
Quaderni Lupiensi di Storia e Diritto

Anno XIV - 2024

ISSN 2240-2772

Comitato scientifico

José Luis Alonso

Martin Avenarius

Ernesto Capobianco

Jean-François Gerkens

Peter Gröschler

Frédéric Hurllet

Massimo Miglietta

Bernardo Perinián Gómez

Salvo Randazzo

Giusto Traina

Giancarlo Vallone

Francisco J. Andrés Santos

Christian Baldus

Laura d'Amati

Teresa Giménez-Candela

Rudolf Haensch

Andrea Lovato

Luigi Nuzzo

Johannes Platschek

Giunio Rizzelli

Vincenzo Turchi

Jean-Jacques Aubert

Giuseppe Camodeca

Luigi Garofalo

Francesco Grelle

Evelyn Höbenreich

Carla Masi Doria

Leo Peppe

Salvatore Puliatti

Martin Schermaier

Jakub Urbanik

Mario Varvaro

Comitato editoriale

Aurelio Arnese

Tommaso Beggio

Pierangelo Buongiorno

Federica De Iuliis

Aniello Parma

Ubaldo Villani-Lubelli

Eliana Augusti

Marta Beghini

Alessandro Capone

Annarosa Gallo

Pasquale Rosafio

Gaetana Balestra

Filippo Bonin

Raffaele D'Alessio

Lucio Parenti

Maria Luisa Tacelli

Lucia Zandrino

Proprietà

Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università del Salento

Ese University Publishing, Università del Salento

<http://siba-ese.unisalento.it/index.php/quadernilupiensi>

Direzione

Prof. Francesca Lamberti

Iscr. Registro Stampa Trib. Lecce al n. 3/2024 e al n. 1395/24 del 29.03.2024

Editore per l'edizione cartacea

Edizioni Grifo

Via Sant'Ignazio di Loyola, 37 - 73100 Lecce

edizionigrifo@gmail.com www.edizionigrifo.it

La pubblicazione di articoli e note proposti alla Rivista è subordinata alla valutazione positiva espressa su di essi (rispettando l'anonimato dell'autore e in forma anonima) da due lettori scelti dal Direttore in primo luogo tra i componenti del Comitato scientifico internazionale. Ciò in adesione al comune indirizzo delle Riviste romanistiche italiane (*AG.*, *RISG.*, *BIDR.*, *AUPA.*, *SDHL.*, *Iura*, *Index*, *Roma e America*, *IAH.*, *Quaderni Lupiensi*, *Diritto@storia*, *TSDP.*), in seguito alle indicazioni del gruppo di lavoro promosso dal Consorzio interuniversitario Gérard Boulvert e a conseguenti delibere del CUN e del CNR. Gli autori sono invitati a inviare alla Rivista insieme con il testo da pubblicare un *abstract* in lingua diversa da quella del contributo e «parole chiave» nelle due lingue.

Sommario

Francesca Lamberti <i>Editoriale</i>	“ VII
Contributi	
Pierangelo Buongiorno <i>BGU II 611 e 628r: fra diritto, processo e potere normativo imperiale</i>	“ 3
Lorenzo Lanti <i>Per una ricostruzione del regno e dell'attività normativa di Treboniano Gallo (251-253)</i>	“ 15
Ines de Falco <i>Interrogationes in iure: un'ipotetica estensione</i>	“ 53
Francesca Lamberti <i>Testamenta e propinquitias nella declamatio minor 308 (Duo testamenta)</i>	“ 69
Johannes Platscheck <i>Zur Ersetzung von sodalicium durch societas in den Digesten und zum Phänomen des collegium sodalicium. Mit Nebenbemerkungen zur so genannten societas publicanorum.</i>	“ 89
Andreas Wacke <i>Ne optimus vel pessimus accipiat. Die Qualitätsanforderungen an Gattungsschulden (unter Einschluss von vertretbaren und verbrauchbaren Sachen)</i>	“ 131
Lucio Parenti <i>«Quia simile est, quasi perdituro pecuniam sciens credideris» (D. 17.1.12.11, Ulp. 31 ad ed.)</i>	“ 165
Maria Vittoria Bramante <i>Note minime in tema di contratti di allattamento</i>	“ 195
Annarosa Gallo <i>Le iscrizioni latine della collezione di Cristiano VIII di Danimarca tra Friederich Münter e Giuseppe Capece Latro</i>	“ 209
Leo Peppe <i>Sulla frase 'partus sequitur ventrem' in Von der Poesie im Recht di Jacob Grimm</i>	“ 225
Francesco Arcaria <i>Profili comparatistici del silenzio nell'esperienza giuridica romana e nel diritto civile ed amministrativo italiano</i>	“ 237

Atti del Convegno internazionale *Questioni di metodo* in collaborazione con la *Cattedra Giorgio Luraschi* (Università del Salento, Dipartimento di Scienze Giuridiche, Lecce, 27 maggio 2023)

Francesca Lamberti <i>'Questioni di metodo'. Al crocevia fra diritto romano e altri saperi: gli atti di un incontro leccese</i>	“ 275
Stefano Polidori <i>Questioni di metodo. Saluti introduttivi</i>	“ 276
Massimo Miglietta <i>Presentazione di una edizione straordinaria della 'Cattedra Giorgio Luraschi': «Questioni di metodo» - Lecce, 27 maggio 2023</i>	“ 277
Paola Biavaschi <i>Questioni di metodo. Rigore e coraggio nel magistero di Giorgio Luraschi</i>	“ 283
Salvo Randazzo <i>Contro il metodo? Breve elogio della discontinuità epistemologica negli studi storico-giuridici e una prospettiva unificante</i>	“ 288
Antonio Banfi <i>Qualche considerazione, preliminare a ogni discussione sul metodo</i>	“ 307
Attilio Pisanò <i>La comparazione diacronica nell'insegnamento della filosofia del diritto. Una proposta metodologica</i>	“ 324
Giovanni Poggeschi <i>Il metodo del diritto comparato o nel diritto comparato? Riflessioni su un tema classico e sempre attuale</i>	“ 337
Tavola rotonda in occasione della presentazione del volume <i>Franca de Marini Avonzo Signora delle fonti</i>, Torino 2023 (Università di Genova, Scuola di Scienze sociali, Genova 19 aprile 2024)	
Gloria Viarengo <i>Introduzione alla Tavola rotonda</i>	“ 353
Aldo Schiavone <i>Franca de Marini Avonzo. Un ricordo</i>	“ 356
Giuseppe Falcone <i>Spunti dal metodo di Franca de Marini Avonzo, Signora delle fonti, fra Tardoantico ed età severiana</i>	“ 360
Massimo Miglietta <i>Gli esordi e la critica testuale. Maturazione di un metodo</i>	“ 376
Francesca Lamberti <i>Franca de Marini Avonzo e il 'metodo', fra esegesi (e storia dell'esegesi), filologia classica, interpolazionismo.</i>	“ 388

Rossella Laurendi De Bacanalibus quei foederatei esent. <i>Franca de Marini</i> <i>e il Senatus consultum de Bacchanalibus</i>	“ 396
Marco Pavese <i>Docenti e scuole di diritto romano a Genova</i> <i>dal primo Novecento al magistero di Franca de Marini Avonzo</i>	“ 401
Massimo Brutti <i>Nota conclusiva sui processi del principato e sulla lettura umanistica delle fonti</i>	“ 405
In memoriam	
Andrea Jördens <i>Mario Capasso (7.5.1951 - 26.12.2023)</i>	“ 437
Discussioni	
Lea Bolognese <i>La crisi della certezza del diritto tra sfide e prospettive future</i>	“ 447
Raffaele D'Alessio <i>Lex Dei: gli studi di Francesco Lucrezi</i>	“ 454
Werner Eck <i>Die diplomata militaria: eine neue Abhandlung</i>	“ 463
Eduardo Murrieri <i>Possessio e servitù: eredità concettuali</i>	“ 468
Libri pervenuti alla redazione	
a cura di Annarosa Gallo	“ 473
Resoconti	“ 479
Abstract	“ 541

Nell'editoriale della scorsa annata ho annunciato la pubblicazione, a partire da quest'anno solare, della rivista anche in formato elettronico. I *Quaderni Lupiensi* del 2024 mi vedono come Direttrice responsabile (come da iscrizione al Registro stampa del Tribunale di Lecce rilasciata il 29 marzo del 2024), con la testata ora nella proprietà dell'Università del Salento (e del Dipartimento di Scienze Giuridiche). La rivista, per scelta condivisa anche con alcuni autorevoli membri del Comitato Scientifico, apparirà da adesso in duplice forma: nella versione digitale messa a disposizione da SIBA ESE Salento University Publishing (così consentendo una più ampia diffusione della rivista e la messa a disposizione dei contributi in Open access) e in quella cartacea, che resta disponibile per i tipi delle Edizioni Grifo (Lecce). La struttura è 'a formazione progressiva': i contributi accolti dalla redazione, in seguito al processo di peer review, verranno caricati e pubblicati sul sito progressivamente nel corso dell'annata.

Siamo, come rivista, profondamente grati sia al Direttore del mio Dipartimento (il Collega Luigi Melica), che al Direttore generale e ai funzionari di Unisalento, per la costante disponibilità e l'accuratezza mostrata nell'accompagnarci nel transito; un grandissimo ringraziamento va anche ai nostri editori, nelle persone di Pierpaolo Cingolani e Paola Pignatelli, alla loro perseverante fiducia e ininterrotto sostegno negli anni, nonostante la condizione non facile in cui versa l'editoria (non solo quella locale).

La trasformazione – come tutti i cambiamenti – non è avvenuta senza ostacoli: alcuni di ordine burocratico, sia pur non legati all'Ordine dei giornalisti di Puglia, alcuni di natura psicologica (connessi con momenti di 'resistenza al cambiamento'). Ciò nonostante i colleghi del Comitato Editoriale, e non solo i più giovani, tutti cresciuti piuttosto in un'era digitale che analogica, hanno aderito in modo unanime alla proposta di far apparire la rivista anche online e ne hanno secondato il progetto. Innovare e stare al passo con i tempi è parso un valore da seguire, pur conservando per molti versi l'impostazione consueta dei *Quaderni*.

Il passaggio ha richiesto alcune modifiche di Statuto: la nuova versione è disponibile online. Sul sito sono pubblicate inoltre, in formato .pdf e in Open access, le singole annate pregresse e ciascun contributo apparso in ognuna di esse.

Non sappiamo, in questa fase di 'transizione digitale', a quante e quali trasformazioni andrà incontro la nostra società. L'intelligenza artificiale è il nuovo tema che occupa anche gli scritti e le menti dei giuristi, oltre che parte delle ricerche degli studiosi. Per un'umanista confrontarsi con cambiamenti di rapidità di gran lunga superiore alle possibilità del cervello umano è faccenda complicata. Al momento, e per quel che attiene ai nostri fini, ci si limiterà a servirsi

delle possibilità legate alla fruizione online e in Open access della rivista, senza escludere, tuttavia nel tempo e con gradualità, ulteriori modifiche.

Questa annata, oltre a una corposa sezione ‘Contributi’, anche stavolta connotata da un profilo internazionale, e alle tradizionali sezioni ‘Discussioni’, ‘Libri pervenuti alla redazione’ e ‘Resoconti’, accoglie altresì gli atti di due Convegni svoltisi nei mesi passati. Il primo, tenutosi a Lecce nel maggio del 2023, sul tema *Questioni di metodo*, ha visto incontrarsi, in connessione con una ‘edizione straordinaria’ della Cattedra ‘Giorgio Luraschi’, colleghi docenti di discipline romanistiche e colleghi cultori di materie *lato sensu* di diritto positivo: nella nostra rivista pubblichiamo parte delle relazioni (prevalentemente di carattere teorico, sia romanistiche che giusfilosofiche che comparatistiche), essendo destinata altresì una porzione degli atti a *Specula Iuris*, e in vista della pubblicazione complessiva delle relazioni in un volume separato, a cura della redazione di *Legal Roots*. Segno, questo, della cooperazione costante fra Direttori di riviste romanistiche e colleghi dei rispettivi Comitati scientifico-editoriali. Il secondo Convegno, svoltosi a Genova nell’aprile del 2024, è stato dedicato alla compianta figura di Franca de Marini Avonzo e alla presentazione di un volume pubblicato in sua memoria: ne diffondiamo gli atti nei *Quaderni* per la cortesia dei nostri ospiti e organizzatori genovesi, Gloria Viarengo, Rossella Laurendi, Marco Pavese. È presente altresì un accorato ricordo dello studioso e latinista salentino, di fama internazionale, Mario Capasso, scomparso alla fine del 2023.

Da questo numero in avanti non apparirà più nella rivista l’Indice delle fonti. Ne abbiamo considerato, come Comitato editoriale, superflua la pubblicazione, considerato che dal 2024 sarà possibile una ricerca direttamente sul .pdf a disposizione di tutti in formato elettronico.

Nel 2011 aprivo la prima annata menzionando il Maestro nella cui figura si riconosceva il nostro ‘piccolo nucleo’ di studiosi attivi a Lecce, Francesco Grelle, e la Biblioteca giusromanistica ‘Gian Gualberto Archi’. Quest’ultima in particolare ha incontrato diverse vicissitudini negli anni, ma dal 2021 è pienamente ricostituita all’interno del ‘nostro’ Dipartimento di Scienze Giuridiche di Unisalento. Siamo stati sostenuti, in tutto questo tempo, da contributi di tanti studiosi, giovani e meno giovani, e di molti grandi Maestri, fra cui innanzi tutto quello nel cui primo insegnamento mi riconosco, Vincenzo Giuffrè (purtroppo non più fra noi) e Andreas Wacke, che ha voluto destinare un proprio lavoro anche al presente volume. Sono particolarmente grata ai componenti (alcuni oramai anche colleghi nel ruolo) del nostro Comitato editoriale. Per questo ‘nuovo inizio’ formulo a tutti noi, e a tutti gli amici dei *Quaderni Lupiensi di storia e diritto*, come allora, l’augurio di *secunda fortuna*, e di *vita longa et bene adhibita*.

Postilla

A brevissima distanza dalla chiusura dell'editoriale è sopraggiunta – un fulmine a ciel sereno – la notizia della scomparsa dell'amico e Collega Cosimo Cascione, il 14 dicembre, cui si è poi aggiunta quella della Professoressa Giuliana Foti Talamanca, il 26 dicembre. Credo sia davvero difficile trovare le parole, quando, come individui e come comunità, perdiamo studiosi di valore, persone la cui statura scientifica e umana ci arricchiva personalmente e come 'famiglia di romanisti'. La scomparsa di Cosimo ha colpito tutti tragicamente, e non solo per la sua ancor giovane età. Eravamo già scossi per via dell'evento che ne aveva provocato la lunga degenza in ospedale, ma in qualche modo fiduciosi che il tempo potesse aprire la strada alla ripresa, fisica e mentale. Il finale tragico ha provocato un enorme sconforto. È umano riandare alle vicende vissute in comune. Con Cosimo eravamo, si può dire, 'cresciuti insieme' come giovani ricercatori, alla 'Federico II'. Avevamo condiviso, da 'ragazzi', come allievi per certi versi in comune di Labruna e Giuffrè, l'organizzazione di convegni e altre iniziative, la cura di pubblicazioni, tanti momenti scientifici e ludici, anche il 'pendolarismo', via funicolare, da Mezzocannone al Vomero. Pure una volta transitata a Lecce, le occasioni di incontro e condivisione erano state frequenti, e intense, sempre assieme all'amica e sodale Carla Masi. Da tempo dividevamo anche le ricerche scaturenti dai PRIN. Ma soprattutto Cosimo era un fratello maggiore per gli allievi 'leccesi', aveva seguito sin dagli esordi, con partecipazione e cura, con l'umanità e lo sconfinato sapere che gli erano propri, le vite, i percorsi, gli studi, di Pierangelo e Raffaele. Non ho cuore né forza, al momento, di aggiungere altro. Troveremo il modo, come studiosi singoli e come collettività, di esprimere il nostro cordoglio. *Curae leves loquuntur, ingentes stupent.*

Francesca Lamberti

CONTRIBUTI

BGU II 611 e 628r: *fra diritto, processo e potere normativo imperiale*

I. *Due papiri, dalla Sammlung Brugsch alle Berliner Griechische Urkunden*

Il 9 settembre 1894 si spegneva a Charlottenburg, neppure settantenne, l'egittologo Heinrich Ferdinand Karl Brugsch. Nella sua vita avventurosa, i cui anni più operosi furono trascorsi per ampia parte in Egitto, Brugsch era riuscito a intessere relazioni feconde con il Khedivé Ismā'īl Pascià e poi con il figlio di questi, Muḥammad Tawfīq Pascià, raggiungendo egli stesso, nel 1881, il rango onorifico di Pascià, usualmente attribuito ai quadri militari e ai funzionari dei quattro principali gradi dell'amministrazione, e solo sporadicamente a taluni notabili civili.

Questo riconoscimento era stato tuttavia una modesta compensazione per la mancata nomina di Brugsch a sovrintendente dell'*al-Madschlis al-A'la li-l-Athar*, vale a dire il 'Consiglio superiore delle antichità egiziane', quale successore del francese Auguste Mariette, morto proprio agli inizi del 1881 e che questo consiglio aveva fondato nel 1859, dirigendolo fino alla morte.

Purtroppo, in questa scelta entravano in gioco anche ragioni di opportunità politica, con il Khedivato ormai sempre più sconnesso dalle strategie della Sublime Porta e sempre più vicino all'area di influenza britannica e francese. A Brugsch fu dunque preferito Gaston Maspero: più giovane di quasi vent'anni, senz'altro meno esperto, ma con in tasca il passaporto giusto: quello francese¹.

A quel punto la posizione di Brugsch in Egitto si fece sempre più defilata; dopo aver accompagnato nei loro viaggi il *Kronprinz* austriaco Rodolfo d'Asburgo e poi Federico Carlo di Prussia (quest'ultimo invero anche in Siria), sul finire del 1883 Brugsch fece ritorno a Berlino. Iniziarono anni tranquilli, in cui il lavoro dell'egittologo prussiano si concentrò nelle poche centinaia di metri fra Unter den Linden e la Spreeinsel, ossia fra l'Università (dove rimase però Privatdozent) e l'*Ägyptisches Museum und Papyrussammlung der Königliche Museen zu Berlin*.

* Il presente lavoro si inserisce nell'ambito del progetto 'Innovazione e vulnerabilità: problemi giuridici e tutele' del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Macerata (finanziamento MUR, programma: Dipartimenti di Eccellenza 2023-2027).

¹ Una retrospettiva agrodolce della vicenda, seppur con toni estremamente sfumati, si legge in H. Brugsch, *Mein Leben und mein Wandern*, Berlin 1894, 352. E d'altra parte la direzione del servizio di antichità egiziane sarebbe rimasta appannaggio esclusivamente di studiosi francesi fino ai tempi di Gamal Abd el-Nasser.

Questi ritmi furono spezzati soltanto da due ultimi viaggi di un Brugsch ormai più che sessantenne in Egitto, «in staatlichem Auftrag zur Erwerbung ägyptischer Altertümer für die preußischen Museen»², nel febbraio-maggio 1891 e poi ancora nel 1892.

Anche da queste ultime missioni, secondo una prassi consolidata nel corso degli anni, Brugsch importò dall'Egitto un numero significativo di papiri e di altre antichità, tutti acquisiti sul mercato antiquario, e confluiti nella sua collezione privata. Benché meno estesa di quella – pure rinomata – di Karl Richard Lepsius, la *Sammlung Brugsch* divenne presto famosa per la rilevanza dei pezzi in essa contenuti³.

Alla morte dello studioso fu dunque la vedova (la seconda moglie Antonie Verständig) a rivendere, in più tranche, la pressoché intera collezione del marito ai *Königliche Museen zu Berlin*, per interessamento del loro direttore Adolf Erman. Questo studioso aveva infatti in animo di lanciare il progetto (oggi ancora in corso) delle *Berliner Griechische Urkunden (BGU)*, ossia l'edizione di documenti greci e latini dell'antico Egitto, conservati nel corso dei secoli su papiro e altri materiali come cocci, pergamena, legno e carta e acquisiti alla disponibilità delle collezioni pubbliche berlinesi⁴. Per il suo lavoro Erman si sarebbe giovato dell'aiuto di numerosi, più giovani studiosi, di volta in volta selezionati sulla base delle loro specifiche competenze in campo non solo papirologico, ma anche filologico, archeologico o storico-giuridico.

L'acquisizione della collezione privata di Brugsch si innestava dunque nel processo di edizione delle *BGU*. Una prima vendita fu operata già sul finire del 1894, e portò – fra gli altri – all'acquisizione di un papiro che recava tanto al *recto* quanto al *verso* dei testi in latino: inventariato con il numero P. 7815, Erman ne affidò lo studio a un giurista dalla spiccata sensibilità filologica come Otto Gradenwitz, inquadrato nella Facoltà giuridica berlinese come 'außerplanmäßiger Professor' e che al tempo divideva i suoi interessi scientifici fra la elaborazione dei primi rudimenti del metodo interpolazionistico e la ricerca papirologica⁵. Il papiro si rivelò prezioso: Gradenwitz vi leggeva i resti

² Così F.W. von Bissing, *Brugsch-Pascha, Heinrich*, in *Neue Deutsche Biographie* II, 1955, 667-668, cui si rinvia anche per un ritratto biografico essenziale.

³ Per un primo inquadramento su questa collezione vd. S. Köpstein, *Das Abklatscharchiv beim Wörterbuch der ägyptischen Sprache*, Teil I, Berlin 1994, 15-17; essa non va in ogni caso confusa con i papiri acquistati da Brugsch nel viaggio del 1891 e acquisiti alla *Papyrussammlung* nel 1892 come dono del re di Prussia (ma inventariati sotto l'annotazione «Sammlung Brugsch 1891»).

⁴ Per un profilo bio-bibliografico di Erman e un approccio alla sua rete di relazioni scientifiche vd. i contributi confluiti in B.U. Schipper (hg.), *Ägyptologie als Wissenschaft. Adolf Erman (1854–1937) in seiner Zeit*, Berlin 2006.

⁵ Per un'introduzione a Gradenwitz vd. soprattutto M. Avenarius *et alii* (hgg.), *Gradenwitz, Riccobono und die Entwicklung der Interpolationenkritik*, Tübingen 2018, ove bibliografia.

di una costituzione imperiale di un imperatore non precisato (al *recto*) e di un editto dei triumviri (al *verso*); i due testi sarebbero poi stati editi in *BGU II*, *sub* 628r e 628v.

Una ulteriore acquisizione di papiri dalla vedova Brugsch avvenne, intanto, nel 1896. Fra i papiri acquisiti quello, inventariato *sub* P. 8507, reca al *recto* un testo latino in tre colonne con la parte finale di un'importante orazione in tema di riforme processuali. Ancora una volta il contenuto giuridico, riscontrabile *ictu oculi*, indusse Erman ad affidare l'edizione del testo a Gradenwitz: il testo sarebbe poi apparso in *BGU II*, *sub* 611. Gradenwitz aveva però, nel frattempo, ricevuto una chiamata a Königsberg e ciò dovette probabilmente consigliare a Erman di affiancargli un co-editore, individuato nel giovane e brillante filologo e papirologo Fritz Krebs⁶.

Di entrambi i papiri, P. 7815 e P. 8507, si annota nelle schede d'ingresso una origine incerta, molto probabilmente dal Faijûm (ossia l'Ἀρσινόϊτης νομός): la provenienza dal mercato antiquario e la tardiva acquisizione alla *Papyrussammlung* non agevola le nostre conoscenze sull'effettivo contesto archeologico del loro rinvenimento.

In ogni caso le vicende di acquisizione e poi editoriali dei due papiri, e quindi ancora la vicinanza di contenuto del *recto* di entrambi, hanno talvolta indotto gli studiosi a esaminarli in maniera endiadica. Le ricerche sinora condotte hanno però tenuto separata la sfera del *monumento* da quella del *documento*⁷, concentrandosi – soprattutto i giuristi – sull'analisi della dimensione documentale con poca o nessuna attenzione agli elementi paleografici (che in particolar modo in *BGU II* 628 vanno considerati anche con riguardo al *verso* del papiro); ma proprio un'attenzione a codesto ultimo aspetto ci permetterà di svolgere considerazioni di più ampia portata in ordine ai contenuti dei due provvedimenti e ad altri aspetti connessi di non trascurabile rilevanza.

II. BGU II 611

Il *recto* di *BGU II* 611 – testo che in ragione delle peculiarità del suo conte-

⁶ Quest'ultimo, nonostante la giovanissima età, fu uno dei principali collaboratori di Erman (con il quale fu peraltro co-autore della silloge *Aus den Papyrus der königlichen Museen*, Berlin 1899, apparsa nella serie degli *Handbücher der königlichen Museen zu Berlin*); morì purtroppo appena trentaduenne, a causa di un male incurabile. Per un ritratto vd. W. Schubart, *Fritz Krebs*, in *Biographisches Jahrbuch für Altertumskunde* 24, 1901 [sed 1902], 28-35.

⁷ Su codesta distinzione vd. almeno J. Le Goff, *Documento/Monumento*, in *Enciclopedia Einaudi*, V, Torino 1978, 38-43.

nuto è stato oggetto di svariate riletture⁸ – presenta la trascrizione di un’orazione di un imperatore⁹, pronunciata davanti al senato, e recante alcuni interventi di riforma in ambito giudiziario, sia in relazione al processo civile, sia in relazione alla repressione criminale dinanzi alle *quaestiones*: fra queste l’abbassamento dell’età minima per la composizione delle *decuriae iudicum*, la riforma delle *feriae iudicariae*, la costituzione di un primo nucleo di sanzionamento per le forme di *tergiversatio*, in un quadro sostanzialmente prodromico al *SC Turpillianum* del 61 d.C.¹⁰. Proprio questo rapporto di necessaria anteriorità tra la disciplina tracciata in *BGU II 611* e il *Turpillianum*, e il riferimento alle *quinque decuriae* in col. I lin. 1, che fissa un necessario *terminus post quem* nella costituzione della quinta *decuria* di *iudices* operata da Caligola (Suet. *Cal.* 16.2), permette di identificare l’autore dell’*oratio* con il principe Claudio. Inoltre, dal tenore di col. III linn. 18 ss. del papiro, si evince che il principe avrebbe interrogato con il senato in qualità di console in carica¹¹, e questo permette di circoscrivere la cronologia di questa orazione svolta ad uno dei consolati ricoperti da Claudio durante il proprio principato e dunque nel primo bimestre di uno degli anni 42, 43, 47 e 51 d.C.

Attesa però l’ampia portata del provvedimento – l’*oratio* sin qui esaminata dovette preludere all’approvazione di un senatoconsulto ‘*per saturam*’, nel quale furono fatte confluire disposizioni diverse, varate con il fine di arginare il sovraffollamento dei tribunali, aumentando il numero degli iscritti nelle liste, riformando il sistema delle ferie giudiziarie¹², e disponendo una rapida risoluzione delle cause pendenti –, del quale il Tacito superstite non fa parola, ci sono margini (per quanto flebili) per escludere il 51, restringendo la cronologia alle altre date sopra indicate.

D’altra parte, anche l’esame paleografico del testo ne fissa la cronologia im-

⁸ Annotata e discussa nelle sue linee essenziali in P. Buongiorno, *Senatus consulta Claudianis temporibus facta. Una palingenesi delle deliberazioni senatorie dell’età di Claudio (41-54 d.C.)*, Napoli 2010, 206-215, cui sia consentito aggiungere anche Id., *Das ‘verleumderische’ negotium. Geschichte einer Ergänzung von BGU II 611*, in *JJP.* 40, 2010, 111-134. Per un’edizione critica aggiornata, dotata di un primo commento e di una traduzione in lingua inglese vd. *CLTP* [= M.C. Scappaticcio (ed.), *The Corpus of Latin Texts on Papyrus*, Cambridge (forthcoming)] IB.16 (*Emperor Claudius, speech before the Senate regarding jurisdictional reforms*, P. Buongiorno).

⁹ Che si trattasse di una sola *oratio* fu dimostrato già da J. Stroux, *Eine Gerichtsreform des Kaisers Claudius (BGU 611)* [= *SBAW.* 8], München 1929.

¹⁰ Profilo ben indagato da G. Purpura, *Il papiro BGU 611 e la genesi del senatoconsulto Turpilliano*, in *AUPA.* 36, 1976, 219-251.

¹¹ Sul punto vd. già P. Buongiorno, *Senatus consulta Claudianis temporibus facta* cit. 207-208.

¹² Cfr. Suet. *Claud.* 23.1; *Galb.* 14.3.

mediatamente a cavaliere della metà di I secolo d.C.¹³ – si tratta, secondo Guglielmo Cavallo, del più antico esempio di autentica scrittura corsiva latina su papiro¹⁴ – e questo impone, ovviamente, di interrogarsi sulle ragioni per le quali il testo di questa *oratio* circolasse nel nomo dell’Arsinoite immediatamente a ridosso degli anni 50.

L’ipotesi più ragionevole è che, al pari di altre orazioni svolte dinanzi ai *patres* dai principi giulio-claudii (si pensi a quella di Tiberio a conclusione del processo contro Gneo Calpurnio Pisone nel 20 d.C., e poi ancora quella dello stesso Claudio pronunciata nel 52 d.C. in occasione dell’approvazione del provvedimento sul *contubernium* di libere e schiavi e che avrebbe prodotto il conferimento di onori al liberto Pallante), il senato ne avesse deliberato la diffusione insieme con il testo del *senatus consultum*.

In altre parole, il testo dell’*oratio* avrebbe finito per divenire un ‘allegato’ al testo del *senatus consultum*; cosa che, nel caso di specie – attesa peraltro la materia spiccatamente tecnica – si sarebbe peraltro ampiamente giustificata.

È dunque ragionevole ritenere che del *senatus consultum* (e, beninteso, dell’allegata *oratio*) si fosse data diffusione anche nelle cancellerie dei governatori provinciali, sicché essi ne tenessero conto nell’amministrazione della giustizia.

Il papiro BGU II 611¹⁵ presenterebbe pertanto la parte finale di un testo più complesso (*senatus consultum* + *oratio*), giunto alla cancelleria del prefetto d’Egitto, lì archiviato¹⁶ e poi trasmesso in copia nei vari distretti della provincia.

Questa ipotesi di lavoro permette di formulare alcune considerazioni sul portato normativo dei *senatus consulta* nel primo principato¹⁷. Considerato che Claudio s’era rivolto al senato svolgendovi una *relatio* in qualità di console, non si può – a stretto rigore – parlare di un *senatus consultum* approvato *auctore principe*. Di certo l’*auctoritas* di Claudio conferiva consistenza politica alla *relatio* che egli aveva svolto in quanto console, ma da un punto di vista formale la deliberazione senatoria era maturata secondo la dialettica fra assemblea senatoria e quello che – formalmente – si presentava a essa come un magistrato repubblicano.

¹³ Vd. R. Marichal, in *Chartae Latinae Antiquiores (ChLA)*, X, Zürich 1979, nr. 418.

¹⁴ G. Cavallo, *La scrittura greca e latina dei papiri. Una introduzione*, Pisa-Roma 2008, 143.

¹⁵ Che presenta in calce alla terza colonna del *recto* una breve annotazione numerale in greco (‘αοv’, equivalente a ‘1150’), a dire il vero non chiarissima: potrebbe suggerire un riferimento al numero del testo trascritto in una silloge di documenti, ovvero a una annotazione di altra natura, magari con riferimento all’importo da versare al copista.

¹⁶ Per un inquadramento delle nostre conoscenze sugli archivi dei governatori provinciali vd. R. Haensch, *Das Statthalterarchiv*, in ZSS. 109, 1992, 209-317.

¹⁷ Tema su cui si ritornerà, peraltro, anche nel § IV, *infra*.

Rilevare pertanto che il senatoconsulto trovasse applicazione anche in Egitto, contribuisce a rafforzare l'idea che il portato normativo dei senatoconsulti potesse essere recepito anche nelle province imperiali, forse veicolato in esse da appositi editti del principe, che formalmente era il titolare dell'*imperium* su tutte le *provinciae* affidategli e pertanto soggetto al quale erano indirizzate, al pari dei magistrati competenti presenti a Roma e in Italia e dei governatori delle province senatorie, le deliberazioni del senato di Roma. Sicché, è verosimile che un *senatus consultum* recante una riforma della giustizia ad ampio spettro come quella documentata da *BGU II 611* avesse come primi 'necessari' destinatari anzitutto i magistrati dotati di *iurisdictio*, a Roma, in Italia e nelle province: dunque sia i governatori delle province senatorie sia il principe, in quanto formalmente titolare della *iurisdictio* nelle province di sua pertinenza, e nondimeno il *praefectus Alexandriae et Aegypti*, titolare di un *imperium* (e dunque di una *iurisdictio*) che *ad similitudinem proconsulis lege sub Augusto ei datum est*, se si presta fede al celebre passo di Ulp. 15 *ad ed.*, D. 1.17.1¹⁸.

Ad ogni buon conto, il riuso del papiro avvenne in tempi relativamente brevi, a quanto pare già prima del finire del I secolo d.C.: esso reca infatti sul *verso* una lista di operai in greco, «in una scrittura di poco posteriore a quella del testo latino»¹⁹; il che suggerisce che la riforma senatoria propiziata da Claudio fosse stata smantellata, almeno per gli ambiti reputati di immediato rilievo in provincia, da provvedimenti successivi, e quindi non si sarebbe sentita la necessità di conservare ancora questo testo.

III. *BGU II 628r*

Più complesso è il discorso per quanto attiene al papiro *BGU II 628*. Come prima accennato, il papiro è opistografo, e al *recto* presenta quello che è espressamente indicato (cfr. col I lin. 1) come l'*exemplum* (e quindi l'antigrafo di una

¹⁸ Per un'impostazione generale del problema vd. G. Geraci, *Genesi della provincia romana d'Egitto*, Bologna 1983, 163 ss., che parla (p. 181), con un'immagine a suo modo efficace, di «*imperium* paraproconsolare»; è discusso, fra le altre cose, se il *praefectus* fosse titolare dell'*imperium* F. Grelle, *I poteri pubblici e la giurisprudenza fra Augusto e gli Antonini* (1991), in Id., *Diritto e società nel mondo romano*, a cura di L. Fanizza, Roma 2005, 343 ss. e poi soprattutto, O. Licandro, «*Aegyptum imperio populi romani adieci*». *L'Egitto e la sua prefettura fra conservazione e innovazione nella politica augustea*, Napoli 2008, o fosse portatore di un *imperium* delegato, come ritiene – a dire il vero senza argomenti davvero probanti – D.A. Faoro, *Praefectus, procurator, praeses. Genesi delle cariche presidiali equestri nell'Alto Impero Romano*, Firenze 2011, 36.

¹⁹ Così S. Ammirati, *Per una storia del libro latino antico: i papiri latini di contenuto letterario dal I sec. a.C. al I(ex.)-II(in) d.C.*, in *Scripta* 3, 2010, 37.

copla conservata in un archivio pubblico) dell'*edictum* di uno sconosciuto imperatore, a sua volta figlio di un imperatore divinizzato (cf. col. I lin. 2: [I]n multis b[e]nefactis consulti[s]que divi parenti[s] mei), in tema di durata dei processi e di contumacia: un tema dunque significativamente affine a quello dell'*oratio* dell'imperatore Claudio tramandata in BGU II 611.

L'identità dell'imperatore edicente è particolarmente controversa in letteratura e nonostante una prevalenza di proposte d'identificazione con Nerone²⁰ non è mancato chi abbia pensato a un imperatore di fine II o inizi III, come Commodo o Caracalla²¹. Dal punto di vista paleografico, tuttavia, BGU II 628r sembra potersi con buon margine di verosimiglianza datare alla prima metà del II secolo d.C.²². A corroborare questo dato, e quindi definitivamente a escludere una datazione ad età tardo-antonina o severiana dell'editto di cui al *recto*, contribuisce adesso la riedizione del *verso* del papiro, compiuta da Michele Pedone nell'ambito del progetto *Platinum* e attualmente in corso di pubblicazione nel *Corpus of Latin Texts on Papyrus*²³.

Essa mette in evidenza come il *verso* del papiro non rechi soltanto l'escerto di un verbale che a sua volta citava un editto del triumviro Ottaviano sui privilegi ai veterani, ma anche, nella prima colonna di testo, una ricevuta di pagamento della *vicesima manumissionum* per una manomissione effettuata nell'anno 185 d.C. Fra le linee 11 e 12 di questa colonna la nuova edizione legge infatti il riferimento alla coppia di consoli ordinari di quell'anno, *Triario Materno / et A[il]io Bradua [consulibus]*, il che costituisce un *terminus ante quem* anche per la redazione del *recto* di BGU II 628.

Prima di procedere oltre, sarà dunque opportuno richiamare il contenuto dell'editto riprodotto in BGU II 628r²⁴. Scopo di tale editto era quello di limitare la durata dei processi rinviati alla *cognitio* imperiale, tanto in appello quanto nella circostanza in cui la causa fosse trasferita al tribunale dell'imperatore da un governatore provinciale.

²⁰ Vd. ora G. Purpura, *Le costituzioni imperiali nei papiri e nelle epigrafi*, in Id. (a cura di), *Revisione ed integrazione dei Fontes Iuris Romani Antejustiniani (FIRA). Studi preparatori*, I. *Leges*, Torino 2018, 523-535, con bibliografia ivi annotata.

²¹ L'ipotesi rimonta a Th. Mommsen, *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1899, 472 nt. 5, ed è stata ripresa fra gli altri da S. Riccobono, in *FIRA* I² 91, e poi ancora sostenuta – a dire il vero senza argomenti probanti – da A.A. Schiller, *The first edict of BGU II, 628, recto* (1966), in Id., *An American Experience in Roman Law*, Göttingen 1971, 179 ss.

²² Cfr. R. Marichal, in *ChLA*, X, nr. 415.

²³ *CLTP* II.26-27 (*Official documents: tax receipt and excerpt from a record of proceedings*, M. Pedone [forthcoming]).

²⁴ Si segue qui l'edizione di *CLTP* II.25 (*Emperor Nero, edict regarding the duration of trials: copy*, P. Buongiorno [forthcoming]).

A tale proposito, in primo luogo il testo richiama espressamente un precedente editto (col. I lin. 8: *s[an]xit*), emanato dal già ricordato precedente imperatore e padre divinizzato, che più volte era già intervenuto sulla stessa materia: provvedimento che stabiliva come le parti interessate fossero tenute a comparire dinanzi al tribunale imperiale entro un termine definito (ma non specificato) e non potessero lasciare Roma prima della discussione del caso; e che, se un condannato avesse appellato e non si fosse poi effettivamente presentato in giudizio, la sentenza sarebbe stata confermata; e che viceversa, se a presentarsi non fosse stata l'accusa, l'imputato avrebbe ottenuto l'assoluzione. In assenza di entrambe le parti, infine, la causa sarebbe stata cancellata dal registro delle *cognitiones* pendenti.

Tale regime era per l'appunto superato dal nuovo editto: quest'ultimo stabiliva che per le cause ordinarie alle parti fossero concessi sei mesi di tempo per comparire, estesi a un anno per chi risiedeva fuori dall'Italia. Per le cause che comportavano invece l'irrogazione della pena capitale, erano previsti periodi più lunghi, di nove e diciotto mesi. In caso di mancata comparizione delle parti, il processo si sarebbe comunque svolto. Era dunque vietata la pronuncia di sentenze in contumacia e prevista la comparizione obbligatoria delle parti, anche mediante il ricorso a *prosecutores*, ossia soggetti incaricati di scortare le parti che giungevano a Roma. Tale procedura, menzionata nella col. II linn. 6-8 (*nisi {q} adfuer[i]nt, fore iam nu[n]c sciant ut cu[m] prosecutor[i]bus [v]eneant*), trova eco in altre fonti: *Act. Apostol.* 27.1 (il processo a San Paolo, celebrato sotto Nerone) e più tardi *Pass. Perp.* 3.1 e *Macer 2 de off. praes.*, D. 48.3.7.

Come ha osservato di recente Bernardo Santalucia²⁵, alcuni testi relativi all'epoca di Claudio (Suet. *Claud.* 15.2; Dio 60.28.6) sembrano alludere alla disciplina dell'editto cui si riferisce la prima parte del nostro testo. Inoltre, Seneca (*apocol.* 12.3 e 14.3) suggerisce pesanti critiche al sistema introdotto da Claudio; è quindi probabile che un editto di modifica sia stato emanato all'inizio del regno di Nerone, quando Seneca collaborava alla definizione delle linee principali della politica imperiale. E d'altra parte, anche il tenore di Dio 61.4.2 suggerisce che un editto su questo argomento possa essere stato approvato già nei primi mesi del principato di Nerone, tra la fine del 54 e il 55 d.C.

Da ultimo, infine, il riferimento ai *prosecutores* nel processo a San Paolo contribuisce ulteriormente a puntellare la cronologia dei due editti sull'appello rispettivamente sotto Claudio e Nerone²⁶.

²⁵ B. Santalucia, *Osservazioni su BGU II 628r*, in *Iura* 64, 2016, 265-275.

²⁶ In materia vd. ora L. Peppe, *Il processo di Paolo di Tarso: considerazioni di uno storico del diritto*, Lecce 2018.

La circolazione di un editto di Nerone in pieno II secolo d.C. solleva peraltro alcune ulteriori domande sul problema dell'effettività dell'applicazione delle costituzioni imperiali anche all'indomani della pronuncia della *damnatio memoriae* di un imperatore.

IV. Contributo di BGU II 611 e 628r allo studio dell'effettività delle costituzioni imperiali

Come abbiamo visto, la paleografia di BGU II 628r, e poi ancora il riuso del papiro non prima del 185 d.C., suggeriscono in maniera evidente come un editto di un imperatore sottoposto a *damnatio* potesse ancora circolare, e trovare applicazione, anche a distanza di oltre mezzo secolo dall'avvenuta *damnatio*, al punto che se ne estraevano *exempla*, ossia copie aventi un crisma di ufficialità (e c'è anzi da chiedersi se questo non fosse direttamente l'antigrafo del testo conservato nell'archivio del governatore provinciale).

È possibile che la *damnatio* comportasse la soppressione del *praescriptum* contenente informazioni sull'imperatore edicente e sul luogo e la data di rilascio (che costituivano la premessa necessaria di ogni costituzione imperiale²⁷): tutti dati che effettivamente in BGU II 628r mancano.

Sarebbe invece erroneo credere (come pure di tanto in tanto si riscontra in letteratura) che la *damnatio* implicasse la necessaria e totale *rescissio* degli *acta* di un imperatore: proprio con riguardo a Nerone, per esempio, Gaio ricorda esplicitamente una costituzione relativa all'elevazione a *cives Romani* dei *Latini Iuniani* che avessero investito in opere edilizie a Roma almeno la metà di un patrimonio di 200.000 sesterzi (Gai. *inst.* 1.33) e poi ancora il *senatus consultum* sulla convalidazione dei legati testamentari, approvato *auctore Nerone Caesare* (Gai. *inst.* 2.197). Ma la interpretazione di BGU II 628r qui prospettata sembra ulteriormente confermare l'effettività di alcuni provvedimenti imperiali ben dopo la *damnatio* dell'imperatore che li avesse emanati.

In altre parole, la *damnatio memoriae* non implicava il necessario 'azzerramento' di tutti gli atti assunti in prima persona dal principe '*damnatus*'²⁸. La *rescissio* era piuttosto un processo autonomamente deliberato dal senato, anche non in presenza della *damnatio*, e richiedeva un'analisi minuta dei provvedimenti da cassare.

²⁷ Si vedano ad esempio, a tale proposito, le prime righe del celebre editto di Claudio del 46 d.C. relativo ad *Anauni, Sinduni e Tuliasses*, noto da CIL V 5050.

²⁸ Come ritiene invece per esempio A. Pesch, *De perduellione, crimine maiestatis et memoria damnata*, Aachen 1995, 320.

Un esempio significativo, a tale riguardo, è quello di Caligola: come è noto Claudio si oppose alla *damnatio* del nipote e predecessore, forse ritenendo che questo avrebbe fortemente indebolito il proprio principato. E quindi, sebbene secondo Suet. *Claud.* 11.3, *Gai quoque etsi acta omnia rescidit*, una lettura di Dio 60.4.1 (τά τε τέλη τὰ ἐπὶ τοῦ Γαίου ἐσαχθέντα, καὶ τᾶλλα ὅσα ἐπιγορίαν τινὰ τῶν πραχθέντων ὑπ' αὐτοῦ εἶχε, κατέλυσε μὲν, οὐκ ἀθρόα δέ, ἀλλ' ὡς ἐκάστῳ πη προσέτυχε) ci suggerisce che la *rescissio* degli *acta* di Caligola avrebbe avuto effetti parziali (limitatamente agli interventi in materia tributaria e criminale) e sarebbe stata promossa da Claudio in momenti differenti²⁹. E d'altra parte, anche il tenore della prima linea superstita di *BGU* II 611 (col. 1 lin. 1: [--- gr]ave videtur [q]uinque decuriis iniungi) suggerisce che il numero di *quinque decuriae* di giudici non dovette essere 'ripristinato' da Claudio in occasione della sua riforma, ma fosse rimasto immutato sin dall'intervento di Caligola richiamato dal sopra citato Suet. *Cal.* 16.2.

In ultima analisi si può affermare che anche l'editto neroniano che conosciamo da *BGU* II 628r dovette sopravvivere agli effetti della *damnatio* di Nerone. E questo costituisce un elemento importante che potrà essere messo a frutto per riconsiderare il tema dell'effettività delle costituzioni imperiali nel corso del primo principato.

Nondimeno, la circolazione del testo in latino (allo stesso modo che *BGU* II 611) suggerisce che la cancelleria del governatore provinciale operasse, al suo interno, facendo ricorso alla lingua latina, riservando il greco alle comunicazioni con le comunità provinciali, massimamente quelle grecolatine.

Appare infine utile svolgere un'ultima considerazione in ordine a *BGU* II 611. Abbiamo visto come non desti particolare meraviglia che un *senatus consultum* approvato *per saturam* circolasse, subito dopo l'approvazione, anche in Egitto. Si tratta di un dato che ci insegna molto sull'effettività dei *senatus consulta*³⁰, atti pienamente operanti sul piano giuridico, prontamente recepiti e applicati, talvolta anche soggetti ad interpretazione estensiva, soprattutto nelle province, ove i promagistrati avevano maggiore margine di discrezionalità³¹.

Ad ogni buon conto, si può ora aggiungere al dossier relativo a *BGU* II 611

²⁹ Buongiorno, *Senatus consulta Claudianis temporibus facta* cit. 102-105, ove ulteriore bibliografia.

³⁰ Una categoria che personalmente ritengo preferibile alla dialettica normatività/legislatività. A tale riguardo sia consentito il rinvio a P. Buongiorno, *Senato, magistrati e popolo: la repubblica del mandato*, in *Politica antica* 12, 2022, 257 ss., part. 259 ss.

³¹ Vd. al riguardo, per esempio, Cic. *fam.* 13.72.2: *id senatus consultum tu interpretabere pro tua sapientia; scio enim eius ordinis auctoritatem semper apud te magni fuisse*. Per un'esegesi del passo vd. P. Buongiorno, *Cicerone, gli affari di Cerellia e un enigmatico senatus consulto in heredes C. Vennonii*, in *Koinonia* 44, 2020, 193-201.

un bronzo epigrafico rinvenuto presso Blera (Viterbo), sulla riva destra del fiume Mignone, e che ha ad oggi avuto una edizione provvisoria da parte dello scopritore, lo storico locale Mauro Tagliani³². Il testo, estremamente lacunoso, è sfuggito al censimento de *L'Année épigraphique*; è stato tuttavia ripreso nel 2015 nella banca dati EDR (EDR155052, C. SLAVICH), senza che però questa schedatura abbia apportato un progresso interpretativo: l'iscrizione necessita quindi ancora di un'edizione critica, supportata da un commento storico-giuridico³³.

Ad ogni buon conto la formulazione del poco testo superstite e il dato paleografico sembrano suggerire che si tratti di un rescritto della cancelleria di Claudio o, al massimo, di Nerone. La cancelleria imperiale sembrerebbe rispondere a una comunità, invitandola a esigere che, in una controversia di natura privatistica, il giudice vada a sentenza anche durante le ferie giudiziarie (*res prolatae*), laddove vi sia già stata la *litis contestatio*. Alle linn. 4-5 si legge infatti:

[--- *si i*]ta contestatis estis litem [---]
[---] ut prolatis quoque rebus iudex [---].

Si tratta di una formulazione che, benché lacunosa, appare perfettamente sovrapponibile con BGU II 611, col. II linn. 2-6:

Hae ne [[*inter*]] *pro* cedant artes male agentibus, si ^β vobis videtur, patres conscripti, decernamus ut etiam ^γ prolatis rebus iis iudicibus necessitas iudicandi ^δ imponatur, qui intra rerum agendarum dieꝝ ^ε incohata iudicia non peregerint.

Siamo insomma, con ogni probabilità, dinanzi ad un'applicazione concreta di una delle norme introdotte dal *senatus consultum* di riforma giudiziaria di Claudio, ossia l'obbligo per i giudici privati di andare a sentenza anche durante le ferie giudiziarie.

Tale norma risulta ribadita all'interno di un rescritto imperiale, ed è palese la dipendenza anche stilistica dal testo dell'*oratio principis* divenuta parte del *senatus consultum*. Da altre fonti (Call. 1 *de iure fisci*, D. 40.15.4) sappiamo che la cancelleria di Claudio fece ricorso a rescritti per questioni di natura eminentemente procedurale; possiamo però adesso apprezzare come a fondamento del nuovo rescritto noto per via epigrafica la cancelleria imperiale avesse assunto un deliberato senatorio che aveva tra le altre cose apportato una riforma al regime dei tempi del processo privato definito a suo tempo dalla *lex Iulia iudiciorum privatorum*.

³² M. Tagliani, *La Tolfa dalle origini al 1201*, Roma 2007, 203.

³³ È tuttavia, al momento, oggetto di studio da parte del sottoscritto e di Andrea Raggi (Pisa).

Si tratta di un dato non trascurabile, tanto più che il *senatus consultum* (per quanto nel caso di specie ispirato dal principe con la sua *relatio*) era pur sempre – sul piano formale – un prodotto normativo tipico della tradizione repubblicana, peraltro in una posizione di maggior rilievo rispetto agli editti e persino alle leggi. E questo è un dato su cui riflettere per riconsiderare, soprattutto in questa prima fase del principato, ancora nel pieno della retorica della *restitutio rei publicae*, la posizione di ‘connessione organica’ – del resto già suggerita dal tenore del quinto editto di Augusto esposto a Cirene – del principe e dei suoi atti in relazione ai poteri pubblici repubblicani e ai loro prodotti normativi. Una posizione di volta in volta in grado di apparire subordinata alla *res publica* e alle sue regole, come pure di sopravanzarle, nei termini di una dialettica fondata sul crescente cumulo di competenze e materie delegate dal senato in capo al principe, come pure della possibilità di quest’ultimo di fare ricorso alla cosiddetta clausola discrezionale di cui abbiamo precisa nozione dalla *lex de imperio Vespasiani*. Il che ci rimanda, per dirla con parole a suo tempo adoperate da Giovanni Pacchioni e poi troppo presto dimenticate, a una lettura del principato (del primo principato, almeno) nei termini di «una super-magistratura» che, senz’altro di fronte a Roma e l’Italia (ma, verrebbe di aggiungere, senza trascurare le province), «rispett(ò) formalmente i precedenti ordinamenti repubblicani», non rinunciando però ad essere, nella sua essenza più intrinseca, una «monarchia a tipo orientale», che avrebbe finito poi per prendere il sopravvento³⁴.

Pierangelo Buongiorno
Università di Macerata
p1.buongiorno@unimc.it

³⁴ Così G. Pacchioni, *Corso di diritto romano* I, Torino 1918, 217 s. nt. 316. Ma per un primo inquadramento della categoria di ‘supermagistratura’ in ordine al principato vd. anche G.R. de las Heras Sánchez, *El régimen jurídico-político de Augusto en el marco de la crisis republicana: revolución o reforma?*, Albacete 1989, 115 (dipendente da Pacchioni).

Per una ricostruzione del regno e dell'attività normativa di Treboniano Gallo (251-253)

I. Sulle tracce della legislazione di Treboniano Gallo

Pochi dettagli si hanno sulla vita e sul regno di Gaio Vibio Treboniano Gallo, così come piuttosto circoscritto è stato l'interesse che egli ha suscitato nella letteratura storico-giuridica¹, che si è sovente limitata a inserirlo nel novero dei *Soldatenkaiser*². Tale categoria storiografica – riconducibile alla crisi del III se-

^{*} Il presente contributo rielabora la relazione *'L'attività normativa di Treboniano Gallo (251-253): peste, religione e diritto privato. Un'ipotesi palinogenetica'*, tenuta nell'ambito del Laboratorio Romanistico Gardesano, Gargnano (BS), 24-25 giugno 2022.

¹ Di lavori monografici dedicati al Nostro mi risultano E. Pettorelli, *L'imperatore C. Vibio Treboniano Gallo*, Bologna 1961, e F. Cotana, *Vibio Treboniano Gallo e la sua terra*, Perugia 2012, cui si possono aggiungere i capitoli di M. Christol, *L'Empire romain du III^e siècle. Histoire politique (de 192, mort de Commode, à 325, Concile de Nicée)*, Paris 1997, 125-131 e U. Huttner, *Von Maximinus Thrax bis Aemilianus*, in K.-P. Johne, U. Hartmann, T. Gerhardt (a c. di), *Die Zeit der Soldatenkaiser. Krise und Transformation des Römischen Reiches im 3. Jahrhundert n. Chr. (235-284)*, Berlin 2008, in particolare 209-221. Da menzionarsi anche alcuni contributi precipuamente di interesse epigrafico e numismatico, quali G. Bovini, *Osservazioni sulla ritrattistica romana da Treboniano Gallo a Probo*, Roma 1943; H. Mattingly, *The Reigns of Trebonianus Gallus and Volusian and of Aemilian*, in *The Numismatic Chronicle and Journal of the Royal Numismatic Society* 6.1/2, 1946, 36-46; C. Preaux, *Trebonien Galle et Hostilianus*, in *Aegyptus* 32, 1952, 152-167; G. Marchetti-Longhi, *La «Juno Martialis» nelle monete di Treboniano Gallo e di Volusiano*, in *Annali dell'Istituto Italiano di Numismatica* 3, 1956, 65-82; J.F. Gilliam, *Trebonian Gallus and the Decii: III ET I COS.*, in *Studi in onore di A. Calderini e R. Paribeni* 1, Milano 1956, 305 ss.; G. Sotgiu, *Treboniano Gallo Ostiliano Volusiano Emiliano (1960-1971)*, in *ANRW*. 2.2, 1975, 798 ss.; W.E. Metcalf, *The Antioch Hoard of Antoniniani and the Eastern Coinage of Trebonianus Gallus and Volusian*, in *Museum Notes (American Numismatic Society)* 22, 1977, 71-94; M. Christol, *A propos de la politique extérieure de Trébonien Galle*, in *Revue Numismatique* 22, 1980, 63-74; J.L. Desnier, *Influence iconographiques orientalisantes dans le monnayage de Trébonien Galle*, in *Schweizer Münzblätter* 34, 1984, 85-88; X. Loriot, *L'atelier d'Alexandrie sous Trébonien Galle: à propos du P. Oxy. 3611*, in *Revue Numismatique* 152, 1997, 53-59; A. Pangerl, *Ein Militärdiplom des Trebonianus Gallus und des Volusianus*, in *Archäologisches Korrespondenzblatt* 34, 2004, 101-105. Si ricordino anche le voci di R. Hanslik, s.v. *Vibius* 58, in *Pauly-Wissowa, Realencyclopädie*, 8A.2, 1958, col. 1984-1993; T. Franke, s.v. *Trebonianus Gallus*, in *Der Neue Pauly*, 12.1, 2002; D. Kienast, W. Eck, M. Heil, *Römische Kaisertabelle. Grundzüge einer römischen Kaiserchronologie*, Darmstadt 2017⁶, 200.

² Come noto, il suo conio si deve a J. Burckhardt, *Die Zeit Constantins des Großen*, Basel 1853, ripreso, tra gli altri, da F. Altheim, *Die Soldatenkaiser*, Frankfurt a.M. 1939; per il percorso della nozione nella storia degli studi cfr., con bibliografia, L. Mecella, *L'età dei Soldatenkaiser nella storiografia recente*, in *Mediterraneo antico* 11.1/2, 2008, 657-671.

colo³, quando «in uno spazio di tempo più breve di un sessantennio, non meno di una ventina di uomini reclamarono ed ottennero il supremo potere; ma arbitra di esso fu lasciata la soldataglia avida di denaro o la corporazione degli alti ufficiali, assetati di potere»⁴ – necessita di alcuni distinguo al suo interno, specialmente, per quello che a noi interessa in questa sede, dal punto di vista della produzione normativa⁵. Se da

³ Tra la numerosa bibliografia su tale periodo mi limito a riportare G. Alföldy, *Die Krise des Römischen Reiches: Geschichte, Geschichtsschreibung und Geschichtsbetrachtung. Ausgewählte Beiträge*, Stuttgart 1989; M. Christol, *L'empire romain du IIIe siècle. Histoire politique (de 192, mort de Commode, à 325, concile de Nicée)*, Paris 1997; J.-M. Carrié, A. Rousselle, *L'empire romain en mutation. Des Sévères à Constantin (192-337)*, Paris 1999, 89 ss.; M. Sommer, *Die Soldatenkaiser*, Darmstadt 2004; D.S. Potter, *The Roman Empire at bay. AD 180-395*, London 2004, 226 ss.; A.K. Bowman, P. Garnsey, A. Cameron (a c. di), *The Cambridge Ancient History, Vol. 12. The Crisis of Empire, A.D. 193-337*, Cambridge 2005, in particolare 60 ss., 156 ss.; K.-P. Johne, T. Gerhardt, U. Hartmann (a c. di), *Delete paene imperio Romano. Transformationsprozesse des Römischen Reichs im 3. Jahrhundert und ihre Rezeption in der Neuzeit*, Stuttgart 2006; M. Sommer, *Die Soldatenkaiser*, Darmstadt 2010; C. Ando, *Imperial Rome AD 193 to 284. The Critical Century*, Edinburgh 2012; I. Fagnoli, *L'anarchia militare e la crisi del III secolo*, Milano 2023.

⁴ M. Mazza, *Lotte sociali e restaurazione autoritaria nel III Secolo d.C.*, Roma-Bari 1973, 3. Questa definizione di sintesi incornicia bene l'assetto istituzionale dopo la morte di Alessandro Severo, in cui, l'inevitabile influenza delle truppe nel processo di legittimazione del *princeps*, unitamente al ruolo assunto dalle gerarchie amministrativo-militari (e la perdurante pressione esercitata dalla classe senatoria) rappresentano una combinazione nuova e decisiva nella rottura della 'costituzione diarchica' caratterizzante i due secoli precedenti (sull'espressione *mommseniana* e la sua contestualizzazione vd. V. Marotta, *Esercizio e trasmissione del potere imperiale (secoli I-IV d.C.)*. *Studi di diritto pubblico*, Torino 2016, 27 ss., 160-161). Ridimensiona il ruolo dei soldati in questo frangente F. Brizzi, *Ancora su Illiricani e 'Soldatenkaiser': qualche ulteriore proposta per una messa a fuoco del problema*, in G. Urso (a c. di), *Dall'Adriatico al Danubio. L'Illirico nell'età greca e romana. Atti del Convegno Internazionale, Cividale del Friuli, 25-27 settembre 2003*, Pisa 2004, 326: «eletti ... non già dal capriccio delle masse militari (che, anzi, seppero per lo più manipolare essi stessi, inducendole a seguire le loro sorti ...), ma dalla volontà di una giunta di alti ufficiali, gli imperatori-soldati dovevano, sulla carta almeno, curare gli interessi e rispondere alle decisioni della élite che li aveva scelti e portati al trono». Un ragguaglio sul rapporto tra l'apparato militare l'imperatore è in E. Flaig, *Den Kaiser herausfordern. Die Usurpation im Römischen Reich*, Frankfurt-New York 2019², 161 ss.

⁵ Per una panoramica generale della legislazione di tale epoca F. Wieacker, *Le droit romain de la mort d'Alexandre Sévère à l'avènement de Dioclétien*, in *RHD*. 49, 1971, 201-223; G. Schnebelt, *Reskripte der Soldatenkaiser. Ein Beitrag zur Römischen Rechtsgeschichte des dritten nachchristlichen Jahrhunderts*, Karlsruhe 1974; T. Honoré, *Emperors and Lawyers. With a Panlinguistics of Third-Century Imperial Rescripts 193-305 AD*, Oxford 1994²; V. Marotta, *Eclissi del pensiero giuridico e letteratura giurisprudenziale nella seconda metà del III secolo d.C.*, in *Annaeus* 4, 2007, 53 ss.; Babusiaux, A. Kolb (a cura di), *Das Recht der 'Soldatenkaiser': Rechtliche Stabilität in Zeiten politischen Umbruchs?*, Berlin 2015 (e i contributi ivi contenuti e che verranno citati *infra*); I. Fagnoli, *Il diritto della cd. anarchia militare tra Roma e realtà provinciale*, in *Ius Romanum* 22.2, 2022, 228-250 [= Ead., *Diritto, religione, politica. Temi di legislazione imperiale tra Decio e Teodosio I*, Milano 2023, 13-32].

una parte l'attività rescrittiva, spesso copiosa⁶, della maggior parte dei *Soldatenkaiser* – il riferimento è, ad esempio, a Gordiano III, Filippo l'Arabo, Decio, Gallieno, Caro, Carino e Numeriano – ha già suscitato l'attenzione dei giuroromanisti⁷, l'attività normativa di Treboniano Gallo, forse per la sua esiguità, non è stata ancora oggetto di specifiche indagini. Essa, infatti, consta soltanto di due rescritti su questioni di diritto privato raccolti nel Codice Giustiniano, nonché di alcuni riferimenti a provvedimenti in materia di politica militare, estera e religiosa, che rappresentano preziose tracce, talvolta ignorate⁸, per comprendere più compiutamente l'attività politica e legislativa di un imperatore.

Perciò, nel ripercorrere il biennio di regno di Treboniano Gallo, riteniamo possa essere di qualche interesse svolgere alcune considerazioni sul suo operato, sotto (almeno) due linee di ricerca: da una parte, per le materie legate al diritto pubblico, l'intento di correlare il tema normativo di volta in volta considerato con il relativo contesto storico-politico; dall'altra, per le questioni privatistiche, la problematica persistenza dei principi costruiti dalla giurisprudenza classica, messi alla prova tanto dalle realtà provinciali e dai tentativi di proteggere le loro

⁶ Per una descrizione quantitativa dei rescritti di tale periodo vd. A.J.B. Sirks, *Das Recht der Soldatenkaiser*, in Babusiaux, Kolb (a c. di), *Das Recht der 'Soldatenkaiser'* cit. 31-45 (con un'utile tabella riassuntiva finale), che lega la qualità e quantità della produzione normativa, comunque mai cessata nel III secolo, agli sforzi e al valore del singolo imperatore, nonché alle frequenti campagne militari in cui egli era impegnato che, di fatto, avrebbero limitato la produttività della cancelleria.

⁷ Senza alcuna pretesa di completezza si considerino: per Gordiano III, T. Spagnuolo Vigorita, *Secta temporum meorum: rinnovamento politico e legislativo agli inizi del principato di Gordiano III*, Palermo 1978; A. Nicoletti, *Sulla politica legislativa di Gordiano III*, Napoli 1981; E. Osaba, *Gordianus rescriptis: rescriptos de Gordiano III en materia total dirigidos a mujeres*, Bilbao 2000. Per Filippo l'Arabo, B. Palme, *Die Reform der ägyptischen Lokalverwaltung unter Philippus Arabs*, in Babusiaux, Kolb (a c. di), *Das Recht der 'Soldatenkaiser'* cit. 192-208. Per Decio, I. Fargnoli, *Tückischer Tyrann oder glänzender Herrscher? Zur Gesetzgebung des Kaisers Decius*, in J. Hallebeek, M. Schermaier, R. Fiori, E. Metzger, J-P. Coriat (a c. di), *Inter cives nec non peregrinos: Essays in honour of Boudewijn Sirks*, Göttingen 2014, 199-217; Ead., *Zu Decius' Kaiserkonstitutionen im Codex Iustinianus*, in Babusiaux, Kolb (a c. di), *Das Recht der 'Soldatenkaiser'* cit. 160-171; Ead., *Proprietà terriera, successione e religione nella legislazione dell'imperatore Decio. Un tentativo paligenetico*, in AARC. 22, 2017, 83-110 [= Ead., *Diritto, religione* cit. 33-55]. Per Gallieno, D. Liebs, *Römische Jurisprudenz in Gallien*, Berlin 2002. Per Caro, Carino e Numeriano, A. Watson, *Private Law in the Rescripts of Carus, Carinus and Numerianus*, in TR. 41, 1973, 19-34.

⁸ Basti ricordare che G. Haenel, *Corpus legum ab imperatoribus romanis ante Iustinianum latorum, quae extra constitutionum codices supersunt*, Lipsiae 1857, 167, citi solamente Zon. 12.21, relativo alla presunta prosecuzione da parte di Gallo della persecuzione cristiana perpetrata da Decio, su cui vd *infra*. Utili considerazioni sulla necessità di tenere conto delle fonti letterarie per la ricostruzione dell'attività normativa imperiale, che spesso testimoniano atti «di tipo amministrativo o meramente ordinativo» vd. E. Germino, *La legislazione dell'imperatore Giuliano. Nuovi spunti per una palingenesi*, in KOINΩNIA 47, 2023, 226.

consuetudini giuridiche, quanto dalle generali tendenze antiformalistiche in materia negoziale e processuale, dettate anche dal passaggio alla procedura delle *cognitiones extraordinariae*⁹.

II. Profili biografici e politica di governo: gli interventi in materie ‘pubblicistiche’

Innanzitutto, è opportuno delimitare temporalmente il periodo di potere di Treboniano Gallo, nonché fornire le principali informazioni biografiche e le coordinate storiche del suo breve dominio.

Egli apparteneva ai *Vibii*, antica famiglia di origine etrusca che aveva ottenuto almeno dal I secolo a.C. la cittadinanza; alcuni esponenti raggiunsero il rango senatorio (tra i quali spiccano per i *Vibii Pansa* – i cui legami con Treboniano Gallo sono però indimostrabili – il triumviro monetale nell’89 a.C. Gaio Vibio Pansa, il suo figlio adottivo Gaio Vibio Pansa Cetroniano, console nel 43 a.C. e Gaio Vibio Pansa, tribuno della plebe nel 51 a.C.)¹⁰.

Gaio Vibio Treboniano Gallo¹¹ deve essere ricollegato ai *Vibii Galli*, notabili umbri, che avevano fatto di *Perusia* il centro dei loro interessi¹², come dimostra

⁹ Vd. T. Honoré, *G. Schnebelt, Reskripte der Soldatenkaiser. Ein Beitrag zur Römischen Rechtsgeschichte des dritten nachchristlichen Jahrhunderts (Review)*, in *JRS*, 70, 1980, 210, cui adde P. Costa, *Constituta per litteras e riconoscimento del debito: ipotesi esegetiche*, in *TSDP*, 14, 2021, per alcune riflessioni sull’allentamento, a partire dal III secolo, del tecnicismo formulare romano a favore delle prassi semplificatrici provinciali in relazione alla *stipulatio*.

¹⁰ Per un ragguaglio sui tre personaggi ho potuto consultare in anteprima la monografia in c.d.s. di Manfredi Zanin, che ringrazio, sui *triumviri monetales*, ove sono puntualmente discusse e risolte alcune questioni prosopografiche, tra cui l’ipotesi della presenza di due diversi *C. Vibii Pansa*, il tribuno e il console; ciò supererebbe l’ostacolo rappresentato, come informa Cass. Dio 45.17.1, dal fatto che il padre di Cetroniano aveva subito le proscrizioni sillane: come è noto, infatti, per aversi il riottenimento da parte dei figli dei proscritti del *ius dignitatis* fu necessaria la *lex (Antonia?) de proscriptorum liberis* del 49 a.C., incompatibile con la nomina di Vibio Pansa a tribuno nel 51 a.C. Sul ricorso all’adozione in funzione di aggiramento della proscrizione sillana vd. C. Russo Ruggeri, *Datio in Adoptionem*. 1. *Origine, regime giuridico e riflessi politico-sociali in età repubblicana e imperiale*, Milano 1990, 84, 96. Anche per i *Vibii Pansa*, così come per i *Vibii Galli*, il legame con *Perusia* è unanimemente accettato in letteratura.

¹¹ Per le discrepanze nella tradizione del nome vd. Pettorelli, *L'imperatore C. Vibio* cit. 6.

¹² Non risultano evidenze del trasferimento dei *Vibii Galli* a Roma; al contrario, per G.L. Gregori, *In cerca di fortuna? Forestieri a Perusia e Perusini forestieri*, in G. Bonamente (a c. di), *Augusta Perusia. Studi storici e archeologici sull’epoca del Bellum Perusinum*, Perugia 2012, 124, i senatori perugini, anche in caso di trasferimento nell’Urbe, mantennero legami economici e attività imprenditoriali nella terra d’origine, spesso con l’ausilio di liberti e sottoposti [cfr. *CIL* XI 1927: *Afinae M(arci) f(iliae) / Geminae Bae/bianae cl(arissimae) f(eminae) / uxori / Vibi Galli c(larissimi) v(iri) / Vibius Thallus / patroni / uxori*, ove è menzionato un

la statua dedicata nel 205 d.C. da Vibio Veldumniano, presunto padre dell'imperatore, all'avo Gaio Vibio Proculeiano Gallo, *curator rei publicae* di *Vettona*, *iudex ex quinque decuriis* e patrono di *Vettona* e *Perusia*, il cui basamento è ancora oggi visibile all'interno della chiesa paleocristiana di Porta S. Angelo¹³.

Gallo nacque tra il 206 e il 207 d.C.¹⁴ nel perugino, verisimilmente nei pressi degli insediamenti di Monte Vibiano e Monte Veldumniano a circa venti chilometri dalla città¹⁵; sposato con Afinia Geminia Bebiana da cui ebbe il figlio Gaio Vibio Afinio Gallo Veldumniano Volusiano¹⁶, con cui condividerà il regno, senatore¹⁷, console *suffectus* nel 245 (II nel 252), fu governatore della Mesia nel 250-251¹⁸, ed è proprio l'assolvimento di questo incarico di *dux limitis*¹⁹ che gli consentì di entrare a stretto contatto con l'imperatore Decio, a partire da

liberto di Treboniano Gallo]. Inoltre, per quanto riguarda Gaio Vibio Proculeiano Gallo, l'inserimento tra i *ducenarii* verisimilmente non comportò il trasferimento a Roma, necessario solamente per i *iudices selecti* (cfr. S. Demougin, *L'ordre équestre sous les Julio-claudiens*, Paris 1988, 465-478). Ulteriori approfondimenti su antenati e familiari di Treboniano Gallo in R. Syme, *Historia Augusta Papers*, Oxford 1983, 195-196.

¹³ CIL XI 1926 = ILS 6616: *C(aio) Vibio C(ai) f(ilio) L(uci) n(epoti) Tro(mentina) / Gallo Proculeiano / patrono Perusinorum / patrono et curatori r(ei) p(ublicae) Vet/tonensium iudici de V dec(uriis) aedi/li patrono collegi(i) centon(ariorum) / Vibius Veldumnianus / avo karissimo ob cuius // dedicationem dedit / decurionibus /(denarios) II plebi /(denarium) I / l(ocus) d(atu)s d(ecreto) d(ecurionum)*.

¹⁴ *Epitome de Caesaribus* 31: (...) *anno aetatis pater septimo circiter et quadagesimo*, ad indicare l'età di Treboniano Gallo al momento della morte nel 253 d.C.

¹⁵ L'intuizione si deve a Cotana, *L'imperatore* cit. 4. In particolare, Monte Veldumniano (oggi noto come Monte Vergnano) sarebbe da collegare nominalmente sia al padre sia al figlio dell'imperatore.

¹⁶ Si è sostenuto che Gallo avesse anche una figlia, nota solamente attraverso un'iscrizione musiva di *Alba Fucens* (AE 1962, 30), in cui una *Vibia C(ai) f(ilia) Galla* avrebbe ristrutturato a sue spese un complesso termale. Ad avvalorare la presenza della famiglia nella cittadina abruzzese si menziona CIL IX 3916, una dedica a Treboniano Gallo. Tuttavia, la letteratura più recente [tra cui M. Buonocore, *Alba Fucens attraverso le sue iscrizioni. Novità e verifiche*, in E. Solin (a c. di), *Le epigrafi della Valle di Comino. Atti del Nono Convegno Epigrafico Cominese. Alvito, Istituto Comprensivo 'Mario Equicola', 13 ottobre 2012*, San Donato Val di Comino 2013, 33-34], alla luce di rilievi paleografici e prosopografici, ha convincentemente anticipato la datazione di AE. 1962, 30, alla metà del I sec. d.C., facendo coincidere la *Vibia Galla* ivi menzionata con l'omonima citata in un'altra iscrizione fucense (AE 2013, 429) insieme al padre *Gaius Vibius*, questore e duoviro della colonia, che aveva curato la realizzazione e il collaudo di qualche opera. Per M.C. Spadoni, *Perugia romana*, Perugia 2017, 61 nt. 168, si tratterebbe della madre di Treboniano Gallo.

¹⁷ Zon. 12.20; egli era *vir clarissimus* in CIL XI 1927.

¹⁸ Vd. Hanslik, s.v. *Vibius* cit. col. 1985. Di *dux limitis* parla Iord. *Get.* 102, nonostante non sia chiaro se si debba intendere la sola Mesia Inferiore o anche quella Superiore: cfr. sul punto L. Mecella, *T. Iulius Priscus e l'assedio di Filippopoli (250/251 d.C.)*, in *Pignora Amicitiae. Scritti di storia antica e di storiografia offerti a Mario Mazza* 1, Acireale-Roma 2012, 305 nt. 45.

¹⁹ Iord. *Get.* 102; Zos. 1.23.2.

un'incursione di Goti²⁰ nella Mesia Inferiore avvenuta nella primavera del 250.

Pur se con alcune divergenze nella narrazione, le fonti storiografiche concordano nell'attribuire a Treboniano Gallo un importante ruolo nel coadiuvare la scelta di Decio di organizzare una barriera anti-gotica al di là del Danubio; le fortune del conflitto furono alterne: a *Novae*, infatti, il *dux Moesiae* riuscì a respingere le truppe di Cniva²¹; nonostante ciò l'esercito romano con Decio a guidarlo non impedì l'assedio di Filippopoli. L'obiettivo dell'imperatore di circondare i barbari e ottenerne la resa incondizionata non giunse a compimento: al contrario, nel giugno del 251²² Decio cadde in un'imboscata nei pressi di *Abrittus*, forse in un'area acquitrinosa che avrebbe fortemente ostacolato l'iniziativa imperiale²³. Il ruolo di Treboniano Gallo in quest'ultima fase del conflitto, nonostante alcuni storiografi menzionino un accordo segreto con i Goti per tendere un'insidia a Decio e prenderne il posto²⁴, dovette essere ininfluenza attesa la sua distanza dal campo di battaglia, mentre a giocare un ruolo decisivo nella disfatta romana fu probabilmente la scarsa familiarità con quei luoghi (ἀγνοία τῶν τόπων²⁵) che anche i detrattori di Treboniano Gallo (Zosimo, Zonara) attribuirono a Decio.

In ogni caso, Gallo ricevette l'acclamazione dalle truppe danubiane insieme al figlio Volusiano²⁶ (καὶ τὰ στρατόπεδα βασιλέα πάλαι τινὰ γενόμενον ὑπατον Γάλλον ἀναγορεύουσιν ἅμα Βουλουσιανῶ τῷ Δεκίου παιδί²⁷) a suggellare un legame che avrebbe indirizzato le azioni immediatamente successive all'insediamento, a partire dall'accordo siglato tra l'imperatore e i Goti. Per la scelta di ricorrere ad una soluzione diplomatica piuttosto che militare, non

²⁰ Sul crescente ruolo barbarico nel *limes* danubiano vd. A. Goltz, *Die Völker an der mittleren und nordöstlichen Reichsgrenze*, in John, Hartmann, Gerhardt (a c. di), *Die Zeit der Soldatenkaiser* cit. 453 ss.; per un approfondimento sul ruolo decisivo di Filippo l'Arabo in questo contesto Christol, *L'Empire* cit. 100-110.

²¹ Iord. *Get.* 101.

²² Sulla data della morte di Decio vd. Fagnoli, *Diritto, religione* cit. 37.

²³ I dettagli sullo scontro sono narrati in maniera diversa: di *Abrittus* parlano Aurelio Vittore e Giordane; i riferimenti alle paludi e all'organizzazione strategica dei Goti nel circondare Decio si trovano in Zosimo e Zonara; per i puntuali riferimenti vd. Pettorelli, *L'imperatore C. Vibio* cit. 10-11.

²⁴ Esso è riportato da Zos. 1.23, Zon. 12.20 e Cedren. 258, sulla cui (scarsa) attendibilità vd. L. Mecella, *Dexippo e Zosimo: alcune considerazioni su un vecchio problema*, in *Mediterraneo Antico* 10.1-2, 2007, 492.

²⁵ Zos. 1.23.3.

²⁶ Per l'*Epitome de Caesaribus* 31.1 Gallo e Volusiano erano stati nominati imperatori sull'isola di Gerba; la letteratura è concorde nel ritenere che tale notizia fosse da ricollegare alle origini di Emiliano, vd. A. Goltz, U. Hartmann, *Valerianus und Gallienus*, in John, Hartmann, Gerhardt (a c. di), *Die Zeit der Soldatenkaiser* cit. 216.

²⁷ Dex. F 17 Martin = F 23 Mecella (= Sync. 459). Dexippo riporta erroneamente che Volusiano era figlio di Decio, confondendolo con Ostiliano.

priva di precedenti nel recente passato²⁸, sono state proposte diverse letture. Se Giordane, limitandosi ad accennare alla notizia dell'accordo²⁹, di fatto rinunciò ad esprimere un giudizio sullo stesso, le più articolate narrazioni dell'atto redatte da Zosimo e Zonara permettono di ricostruirne il contenuto³⁰:

Zos. 1.24.1-2. τὰ τῆς εὐημερίας τῶν βαρβάρων αὐξήν ἐλάμβανεν. Οὐ γὰρ μόνον ἐπανελθεῖν αὐτοῖς εἰς τὰ οἰκεῖα ξυνεχώρει μετὰ τῆς λείας ὁ Γάλλος, ἀλλὰ καὶ χρημάτων τι μέτρον ἔτους ἐκάστου χορηγεῖν ὑπέσχετο, καὶ τοὺς αἰχμαλώτους, οἱ μάλιστα τῶν εὐπατριδῶν ἦσαν, ἐνεδίδου κατ'ἐξουσίαν ἀπάγειν, ὧν οἱ πλείους ἐκ τῆς ἐν Θράκῃ Φιλιππουπόλεως ἀλούσης ἔτυχον εἰλημμένοι.

Zon. 12.21. κρατήσας τοίνυν τῆς τῶν Ῥωμαίων ὁ Γάλλος ἀρχῆς, σπένδεται τοῖς βαρβάροις ἐπὶ συνθήκαις τοῦ λαμβάνειν ἐκείνους παρὰ Ῥωμαίων δασμὸν ἐνιαύσιον καὶ μὴ τὰ Ῥωμαίων ληΐζεσθαι.

Zosimo ricostruisce la stipula dell'accordo in chiave critica per Gallo: dopo la disfatta di *Abrittus* e la caduta dei *Decii*, i successi nemici stavano crescendo al punto di far sembrare inevitabili le misure concesse dall'imperatore e cioè l'impossessamento del bottino di guerra, la promessa di un versamento annuo in denaro e la liberazione dei prigionieri, con particolare riferimento a nobili e aristocratici catturati a Filippopoli³¹. Invece, Zonara appare più equilibrato nella descrizione, ripartendo chiaramente gli obblighi a carico delle parti contraenti: i Romani avrebbero versato una rendita annuale ai Goti per non subire razzie nei territori imperiali.

Pur di difficile inquadramento giuridico (soprattutto per la scarsità di documentazione)³², riteniamo che tale *Friedensvertrag*, che è stato letto sia come

²⁸ Vd. Zos. 1.20.2, ove trova menzione l'accordo di Filippo l'Arabo con i Carpi; cfr. Huttner, *Von Maximinus Thrax* cit. 196 ss. con la discussione delle fonti numismatiche.

²⁹ Iord. *Get.* 106. *hi ergo mox imperio adepti sunt, foedus cum gente pepigerunt Gothorum.*

³⁰ Sul punto vd. B. Bleckmann, *Die Reichskrise des III. Jahrhunderts in der spätantiken und byzantinischen Geschichtsschreibung*, München 1992, 174-178.

³¹ Sulla presa della città, non priva di alterne vicende, da parte dei Goti e il ruolo avuto dall'usurpatore Prisco vd. Mecella, *T. Iulius Priscus* cit. 289 ss. e J. Gruskova, G. Martin, *Zum Angriff der Goten unter Kniva auf eine thrakische Stadt (Scythica Vindobonensia, f. 195v.)*, in *Tyche* 30, 2015, 35 ss., che riferisce della recente scoperta di un nuovo frammento degli *Scythica* di Dexitippos in tema della conquista da parte del re Kniva di una città tracia (probabilmente Filippopoli).

³² L'identificazione dello strumento giuridico utilizzato come un *foedus post deditionem* sembra non appropriata giacché non si ravvisano i suoi tipici momenti diplomatici: né alcuna resa, pur formale, dei Goti, né la *restitutio*, cioè il ripristino del preesistente ordine sociale, né tantomeno il conclusivo assoggettamento delle popolazioni conquistate; inoltre, il fatto che Giordane parli di *foedus* (cfr. *supra* nt. 29) non sorprende dato che egli anacronisticamente farà lo stesso per descrivere l'accordo tra Costantino e i Goti del 332 d.C. (Iord. *Get.* 111). La valutazione dell'accordo costantiniano ha diviso la letteratura sulla posizione paritaria o

un atto di rinuncia al *limes* danubiano per concentrare le energie su Roma³³, sia come un gesto di intrinseca debolezza³⁴, possa essere considerato precipuamente come una mossa, sì inevitabile, considerato che le forze militari romane non sarebbero state in grado di diversificare gli interventi su più fronti³⁵, ma anche volta a rinsaldare il rapporto con i Goti, recentemente deteriorato dal mancato pagamento da parte di Filippo l'Arabo del canone annuo fissato in precedenti accordi e incentivarli a proteggere le province orientali da ulteriori attacchi³⁶ nel tentativo di attrarre nell'orbita romana la loro forza militare.

Risolta temporaneamente la situazione danubiana³⁷, rientrato a Roma nel luglio del 251 d.C. per ottenere dal Senato la ratifica della sua acclamazione, alcune fonti letterarie – che sembrano condensare molto gli eventi – riportano che Gallo e Ostiliano (il figlio superstite di Decio che aveva ottenuto il cesarato

meno dei Goti nella sua stipula, nonché sui loro obblighi. A differenza di quanto sostenuto da Mommsen – che vedeva nell'accordo del 332 d.C. il passaggio a *foedera* che mettevano le parti in una posizione giuridicamente paritaria –, l'esame delle fonti contemporanee all'accordo (Ammiano Marcellino, Eusebio, Libanio) non consente di superare il modello diplomatico altoimperiale; cfr. sul punto K. Ziegler, *Kriegsverträge im antiken römischen Recht*, in *ZRGRA*. 102, 1985, 40-90; P.J. Heather, *Foedera and foederati of the Fourth Century*, in W. Pohl (a c. di), *Kingdoms of the Empire. The Integration of Barbarians in Late Antiquity*, Leiden-New York-Köln 1997, 57-74. L'importanza di questo evento viene piuttosto ridimensionata da G. Zecchini, *La formazione degli stati federali romano-barbarici*, in G. Zecchini (a c. di), *Il federalismo nel mondo antico*, Milano 2005, 132. Nel caso di Treboniano Gallo, il *foedus* sembra indicare un generico patto paritario (se non favorevole ai Goti), sul modello di quello concluso da Gioviano con i Persiani nel 363 (Heather, *Foedera* cit. 61 nt. 20). Non decisiva la denominazione *συνθήκαι* adoperata da Zonara (*ἐπι συνθήκαις* ricorre oltre venti volte nella sua opera in contesti molto diversi), sul cui utilizzo generalizzato nel Tardoantico vd. W. Pohl, *The Empire and the Lombards: Treaties and Negotiations in the Sixth Century*, in Id. (a c. di), *Kingdoms* cit. 84.

³³ M. Besnier, *L'Empire romain de l'avènement des Sévères au concile de Nicée*, Paris 1937, 169-170.

³⁴ E. Manni, *L'acclamazione di Valeriano*, in *RFIC*. 75, 1947, 116-117.

³⁵ Christol, *A propos de la politique* cit. 67 ss.

³⁶ Pensa che questo fosse lo scopo O. Coloru, *L'imperatore prigioniero. Valeriano, la Persia e la disfatta di Edessa*, Bari-Roma 2017, 49. Sul frammento di Pietro Patrizio (Petr. Patr. Frg. 8) che dimostra la consuetudine di ricorrere a queste tipologie di *foedera* vd. Bleckmann, *Die Reichskrise* cit. 176-177; un altro esempio di accordo pattizio più o meno coevo è quello tra Aureliano e gli Iutungi (Dex. F. 24 Martin): il pagamento d'oro e argento conati e non conati in cambio di protezione e rinforzo delle milizie romane. Sui rapporti tra Romani e popolazioni germaniche nel III secolo (analizzando principalmente passi della *Historia Augusta*) vd. A. Lovato, *Prima e dopo Adrianopoli. Forme e modalità d'insediamento dei barbari nei territori imperiali*, in *AARC*. 22, 2017, 261-265.

³⁷ Zos. 1.25.1 ταῦτα οὕτως ὁ Γάλλος διωκητῶς εἰς τὴν Ῥώμην ἀφίκετο, μέγα φρονῶν ἐπὶ τῇ τεθείσῃ πρὸς τοὺς βαρβάρους εἰρήνην, lasciando trasparire (sarcasticamente) la soddisfazione di Treboniano Gallo per il risultato ottenuto.

nell'estate del 250 d.C.)³⁸ divennero Augusti e Volusiano Cesare³⁹.

Forse, possiamo immaginare che dopo la nomina imperiale Treboniano Gallo avrebbe regnato da unico Augusto per un breve lasso di tempo⁴⁰ per dare poi avvio ad una fase di valorizzazione dei *Decii*, forse anche per sottrarsi alle voci che lo accusavano di aver ordito trame contro Decio ad *Abrittus*.

A favore di questa linea d'azione vi sono alcuni comportamenti di Treboniano Gallo, pur se alcuni di dubbia veridicità: infatti, se la *consecratio*⁴¹ di Decio e del figlio Erennio Etrusco (fissata a fine giugno del 251 d.C.) e la scelta di Treboniano Gallo di proseguire nel conteggio della *tribunicia potestas* tenendo conto del *dies imperii* di Decio⁴² suscitano qualche perplessità, l'adozione di Ostiliano e il mantenimento delle prerogative imperiali di Erennia Etruscilla (vedova di Decio) sono elementi non controversi e disvelano l'intenzione di

³⁸ Su quale titolo avesse Ostiliano al momento della morte di Decio vd. Sotgiu, *Treboniano Gallo* cit. 799.

³⁹ Per Aur. Vict. *Caes.* 30.1 le nomine furono contestuali (*haec ubi patres comperere, Gallo Hostilianoque Augusta imperia, Volusianum Gallo editum Caesarem decernunt*). Invece, in Eutr. 9.5 e Oros. 7.21.4-5 vi è addirittura la confusione delle due persone (*Gallus Hostilianus*).

⁴⁰ Così Hanslik, s.v. *Vibius* cit. col. 1987 e Gilliam, *Trebonian* cit. 309 nt. 19, sulla scorta di alcune testimonianze numismatiche ed epigrafiche che indicano Treboniano Gallo come unico Augusto, tra cui la più evidente è rappresentata dalla legenda *PROVIDENTIA AUG.* (in luogo di *AUGG.*) in conii del luglio 251 d.C.; *contra* L. Pareti, *Storia di Roma e del mondo romano. VI. Da Decio a Costantino (251-337 d.Cr.)*, Torino 1961, 29; A. Alföldi, *Studien zur Geschichte der Weltkrise der 3. Jahrhunderts nach Christus*, Darmstadt 1967, 344-345, che pensano all'elevazione ad Augusto di Ostiliano quando Decio era ancora in vita.

⁴¹ In *CIL* VI 31130 = 36760, Decio e Erennio Etrusco sono qualificati *divi*. F.S. Salisbury, H. Mattingly, *The Reign of Trajan Decius*, in *JRS.* 14, 1924, 1-23, non riportano la *consecratio* nella cronologia di Decio; dubbioso Gilliam, *Trebonian* cit. 309 nt. 20, che pensa ad una mancata conferma della divinizzazione da parte del Senato, cui era affidato tale compito (cfr. Tert. *Apol.* 5.1).

⁴² Il dibattito è montato a partire dalla rilevazione di alcune discrepanze e lacune nella cronologia dell'imperatore per come ricostruibile con le fonti documentarie, tra cui la menzione della quarta *tribunicia potestas* e l'assenza nella monetazione alessandrina dei primi due anni (A e B) di regno, su cui vd. Lorient, *L'atelier* cit. 53 ss. Per quanto riguarda la *tr. pot.*, rinnovata il 10 dicembre a partire da Traiano, è verosimile immaginare che Treboniano Gallo, come altri imperatori del III secolo, avesse scelto una diversa computazione, che tenesse forse conto sia dell'assunzione della carica, sia del rinnovo tradizionalmente fissato per il 10 dicembre (in tal senso Pettorelli, *L'imperatore* cit. 3-5). Si avrebbe quindi il seguente conteggio: I (estate 251 – 9 dicembre 251), II (10 dicembre 251 – estate 252), III (estate 252 – 9 dicembre 252), IIII (10 dicembre 252 – morte). I termini della questione e alcune proposte alternative sono presentate da M. Peachin, *Roman Imperial Titulature and Chronology, A.D. 235-284*, Amsterdam 1990, 69-74; invece, a causare l'assenza di monete in Egitto, per Lorient, *L'atelier* cit. 56-57, potrebbe essere stata una manovra fiscale (in P.Oxy. LI 3611 si parla di una ἀφαίρεσις) disposta dalle autorità alessandrine, anche se è possibile che le ripercussioni della peste sull'economia locale abbiano assunto un ruolo non trascurabile nell'attività della Zecca.

ricevere una legittimazione da parte di entrambe le famiglie⁴³.

Tuttavia, la vita di Ostiliano venne bruscamente interrotta forse a causa di una violenta epidemia⁴⁴; ciò ebbe due immediate conseguenze per Treboniano Gallo: trovatosi nuovamente a regnare da solo, egli procedette alla nomina ad Augusto del figlio Volusiano⁴⁵ e alla *damnatio memoriae* di Decio⁴⁶, la cui traccia più vistosa consiste nella presenza in alcune fonti documentarie di ‘*III et I cos.*’ ad indicare il 251 d.C., altrimenti inspiegabile se non attraverso l’erasure dei nomi di Decio ed Erennio Etrusco⁴⁷. Ciò che risulta evidente da queste prime mosse di Gallo è il legame assai stretto che egli doveva avere con il Senato, giacché ogni passaggio necessitava dell’approvazione istituzionale, al punto di far risultare «rather humiliating»⁴⁸ la posizione dell’assemblea a causa del brusco *revirement* sulla figura di Decio.

Come anticipato, le sorti del principato di Gallo mutarono precipitosamente a causa del dilagare di un violento fenomeno epidemico, noto come la ‘peste di Cipriano’ poiché è proprio attraverso le opere del vescovo di Cartagine (soprattutto nel *De mortalitate*⁴⁹) che sono stati descritti più compiutamente

⁴³ Che vi sia uno scarto di tempo tra la nomina di Treboniano Gallo e quella di Ostiliano è confermato da *Epitome de Caesaribus* 30.1. *Vibius Gallus cum Volusiano filio imperaverunt annos duos*. 2. *Horum temporibus Hostilianus Perpenna a senatu imperator creatus* (similmente Zos. 1.25.1); Preaux, *Trebonien* cit. 153-154, osservando O. Cair.Cat. 9709 (= *SB VI 9235*) del 13 agosto 251 che reca la menzione di Ostiliano come Καίσαρ, assume che a quella data l’eventuale nomina ad Augusto del figlio di Decio non fosse nota all’amministrazione egiziana; non mancano, però, evidenze contrarie, che ben si allineano alla ricostruzione alternativa proposta in nt. 40, come un’iscrizione di Keramos (*AE* 1890, 130 = *IK* 30,33) dell’estate del 251, che riporta la titolatura completa di Ostiliano, tra cui Augusto. La produzione di monete di Erennia Etruscilla Augusta continuò per un breve periodo dopo la morte del marito.

⁴⁴ Per Zos. 1.25.2 la morte avvenne per mano di Treboniano Gallo stesso, preoccupato per il montare di rivolte filodeciane.

⁴⁵ In P.Oxy. LI 3610 (anteriore al 30 agosto 251 d.C.) Gallo è unico Augusto: ciò comporterebbe che Ostiliano sarebbe stato imperatore per circa due mesi; anche a non voler accettare una cronologia così stretta, le prime testimonianze di Gallo e Volusiano come Augusti sono di ottobre (monete) e dicembre (P.Oxy. XII 1554), su cui Lorient, *L’atelier* cit. 58-59.

⁴⁶ A partire da un’osservazione contenuta in una lettera di Mommsen a Henzen ‘*Sulla tribu- nizia potestà di Traiano Decio*’ (in *Bullettino dell’istituto di corrispondenza archeologica per l’anno 1865*, Roma 1865, 27 ss.) è stato sostenuto che l’iniziativa della *damnatio* dei Decii fosse stata opera dell’usurpatore Giulio Valente Liciniano, attivo a Roma nel 250, e non di Treboniano Gallo. Tuttavia, il fatto che siano state rinvenute cancellazioni non solo in epigrafi romane, ma anche in Egitto rende l’ipotesi difficilmente praticabile, considerato quanto breve e circoscritta alla sola Roma sia stata la parentesi di Liciniano (vd. Gilliam, *Trebonian* cit. 307 ss.).

⁴⁷ Vd. Gilliam, *Trebonian* cit. 306 ss.

⁴⁸ Cfr. Gilliam, *Trebonian* cit. 310 nt. 29.

⁴⁹ Lumeggia sul titolo e sui caratteri dell’opera F. Gasti, *Cipriano e l’epidemia: dottrina, pastorale, letteratura*, in *Bollettino di Studi Latini* 53.1, 2023, 170 ss.

l'atmosfera, la trasmissione e i sintomi del morbo, inquadrato dalla letteratura più recente come una febbre emorragica⁵⁰ capace di mietere migliaia di vittime ogni giorno⁵¹.

Per alcune fonti, non soltanto la malattia si diffuse durante il regno di Treboniano Gallo, ma, anzi, essa ne rappresenterebbe l'unico aspetto degno di menzione, in un giudizio complessivo del tutto negativo nei confronti dell'imperatore⁵².

Accanto a questa constatazione rinveniamo tracce di interventi imperiali nell'affrontare la piaga:

Aur. Vict. *Caes.* 30.2: *dein pestilentia oritur: qua atrocius saeviente Hostilianus interiit, Gallo Volusianoque favor quaesitus, quod anxie studioseque tenuissimi cuiusque exsequias curarent.*

Secondo Aurelio Vittore, scoppiata la pestilenza, Gallo e Volusiano avrebbero disposto minuziosamente l'organizzazione della sepoltura per le fasce più povere della popolazione, conquistandone il consenso, forse anche grazie all'elargizione di *congiaria*⁵³.

Ora, l'atecnicità di questo riferimento, nonché la sua vaghezza in termini geografici, non consentono di individuare lo strumento giuridico utilizzato dall'imperatore per disciplinare questa situazione, cioè, se si fosse ricorsi, nell'ambito della discrezionalità legislativa del principe, ad un editto (magari *ratione personae*) oppure ad un mandato contenente le istruzioni dirette a

⁵⁰ Cfr. il recentissimo M. Orsag, A.E. McKinney, D.M. Reeder (a c. di), *Interdisciplinary Insights from the Plague of Cyprian*, London 2023, in cui sono discussi e in parte confutati i risultati raggiunti dai due principali studi sull'evento epidemico, cioè K. Harper, *Pandemics and Passages to Late Antiquity: Rethinking the Plague of c. 249-270*, in *JRA.* 28, 2015, 223-260; S.R. Huebner, *The 'Plague of Cyprian': a Revised View of the Origin and Spread of a 3rd.-c. CE Pandemic*, in *JRA.* 34.1, 2021, 1-34, cui adde G. Cuny, *Les crises épidémiques de l'empire romain, 27 av. J.-C. - 476 ap. J.-C.*, Montpellier 2023, 263-325 (tesi di dottorato).

⁵¹ Vd. Harper, *Pandemics* cit. 244.

⁵² Ad esempio Eutr. 9.5 (...*nihil omnino clarum gesserunt. Sola pestilentia et morbis atque aegritudinibus notus eorum principatus fuit*); Chronogr. a. 354, ed. *MGH Chronica Minora I*, p. 148 (*Gallus et Volusianus imper. ann. II m. im d. IX. cong. dederunt X CCL. his imp. magna mortalitas fuit*); Psell. *Hist. synt.* 45 (Γάλλος καὶ Βολουσιανός [...].τούτοιον δὲ βασιλευόντων λοιμώδης νόσος τὴν οἰκουμένην σχεδὸν ἅπασαν κατενείματο ἐφ' ὅλοις ἔτεσι πεντεκαίδεκα). Per la ricostruzione della tradizione delle opere storiografiche che descrivono l'epidemia e dei loro collegamenti vd. Harper, *Pandemics* cit. 241 ss.

⁵³ Per la Chronogr. a. 354 (vd. nt. precedente), le elargizioni ammonterebbero a 250 denari; si tratterebbe di una cifra ingente, considerato che, per non fare che una comparazione, Traiano in diciannove anni autorizzò *congiaria* per 650 denari; inoltre, l'importo del singolo *congiarium* generalmente non superava i 75 denari. Perciò, Gallo ne avrebbe disposti almeno tre. Vd. sul tema I. Marra, *I congiaria per i pueri della plebs urbana nell'impero romano. L'organizzazione amministrativa: dall'estemporaneità alla normazione. Fonti storico-letterarie, giurisprudenziali, epigrafiche e iconografiche*, in *MEP.* 27, 2022, 115 nt. 99.

qualche funzionario o, ancora, alla concessione di *iussa specialia*⁵⁴.

D'altronde, pur con la consueta cautela nell'esame delle narrazioni di questi fenomeni, dove sia alcuni *tópoi* letterari⁵⁵, sia le influenze politiche impattano sulla veridicità dei fatti, alcune evidenze della difficoltà di smaltimento dei corpi delle vittime provengono da Eusebio che, nel paragonare la condotta di cristiani e pagani nei confronti delle sepolture, rimarca come quest'ultimi lasciassero insepolti i cadaveri trattati come rifiuti⁵⁶; si aggiungono, inoltre, alcuni rilievi archeologici⁵⁷.

A voler confrontare questo fenomeno epidemico con gli altri due, ben più noti e studiati, occorsi nella storia della Roma imperiale, cioè la peste antonina e quella giustiniana, possiamo constatare che anche in quei frangenti l'amministrazione imperiale intervenne sul medesimo aspetto: Marco Aurelio promulgò *asperrimae leges* per proibire di inumare i defunti in un luogo arbitrario e finanzia le esequie dei più poveri⁵⁸, così come Giustiniano affidò denaro pubblico

⁵⁴ Sulla suddivisione delle varie tipologie di costituzioni cfr., almeno, V. Marotta, T. Spagnuolo Vigorita, *La legislazione imperiale. Forme e orientamenti*, in A. Schiavone (a c. di), *Storia di Roma*. II. 3. *L'impero mediterraneo. La cultura e l'impero*, Torino 1992, 114-152; J.-P. Coriat, *Le prince législateur: La technique législative des Sévères et les méthodes de création du droit impérial à la fin du principat*, Rome 1997, 29-113. Parla di «legge-provvedimento» e di «provvedimento amministrativo» in riferimento ad «atti privi di contenuto normativo» (in riferimento alle leggi agrarie) U. Laffi, *Leggi agrarie e colonarie*, in J.-L. Ferrary (a c. di), *Leges publicae. La legge nell'esperienza giuridica romana*, Pavia 2012, 461, pur dovendosi applicare la cautela necessaria in ogni caso di retroproiezione di nozioni di diritto positivo.

⁵⁵ P. Costa, *La città malata. Continuità e discontinuità di un topos classico nella legislazione tardoantica*, in *AARC*. 25, 2023, 249 ss.

⁵⁶ Eus. *H.E.* 7.22.10. καὶ νοσεῖν ἀρχομένους ἀποθούντο καὶ ἀπέφευγον τοὺς φιλτάτους κὰν ταῖς ὁδοῖς ἐρρίπτουν ἡμυθῆτας καὶ νεκροὺς ἀτάφους ἀπεσκυβαλίζοντο, τὴν τοῦ θανάτου διάδοσιν καὶ κοινωνίαν ἐκτρέπομενοι, ἦν οὐκ ἦν καὶ πολλὰ μηχανωμένοι ἐκκλίνας ῥάδιον.

⁵⁷ Sulla presenza di alcune fosse comuni a Roma e in Egitto, con la rilevazione di livelli significativamente più alti di calce al loro interno vd. Harper, *Pandemics* cit. 226 ss. Un ulteriore elemento che provverebbe il legame tra l'epidemia e l'imperatore sarebbe l'emissione di un *antoninianus* con raffigurato *Apollo Salutaris*, interpretato tradizionalmente come un segnale dello scoppio della peste e un tentativo di protezione divina (pagana) da Harper, *Pandemics* cit. 225 ss. Non sono mancate ipotesi alternative, che legherebbero questo conio ad influenze iconografiche etrusche, care alle origini di Treboniano Gallo (vd. J. Heurgon, *Traditions étrusco-italiques dans le monnayage de Trebonien Galle*, in *Studi Etruschi* 24, 1956, 91 ss.).

⁵⁸ H.A. *Marc. Aur.* 13: (4) *Tunc autem Antonini leges sepeliendi sepulchrorumque asperrimas sanxerunt, quando quidem caverunt, ne quis [ubi] vellet fabricaretur sepulchrum. quod hodieque servatur (...).* (6) *Tantaque clementia fuit, ut et sumptu publico vulgaria funera iuberet (et) ecferrri.* Già Adriano e Antonino Pio erano intervenuti con alcuni provvedimenti che limitavano la possibilità di sepolture intramurarie (D. 47.12.3.5 [Ulp. 25 *ad ed.*]; H.A. *Pius* 12.3, su cui L. De Petris, *Riscontri del pluralismo legislativo nell'epistolario pliniano*, in *Annali della Facoltà*

a Teodoro, nominato *referendarius*, per risolvere le contingenti problematiche legate all'epidemia⁵⁹.

Attinenti con la peste, quantomeno nella lettura del fenomeno data dal filone cristiano-apologetico, erano gli atti ostili nei confronti delle comunità cristiane perpetrati da Decio⁶⁰ e proseguiti, pur con differente intensità, anche da Treboniano Gallo. Sebbene della sua politica religiosa sia stata data un'interpretazione piuttosto variegata, giungendo a sostenere sia che Gallo avesse pienamente confermato la vigenza dell'editto persecutorio del suo predecessore⁶¹, sia che non vi sia stato alcun atto di prevaricazione durante il suo regno⁶², le fonti offrono qualche elemento per tentare di chiarire il quadro.

Innanzitutto, la concentrazione della totalità dei *libelli* papiracei⁶³ (che certificavano l'assolvimento degli obblighi di sacrificio imposti dall'imperatore) negli anni del regno di Decio (249-251 d.C.) e la loro mancanza durante il regno di Treboniano Gallo suggerirebbero una discontinuità, quantomeno a livello locale, nell'applicazione della linea deciana, forse per restituire alle élites locali una certa autonomia nell'organizzazione del culto pubblico oppure perché l'imperatore sarebbe stato pressato da nuove urgenze, come l'epidemia. A dirimere parzialmente la questione potrebbe essere d'ausilio la lettura di alcuni passaggi dell'epistolario di Cipriano, tratti dalle lettere composte

giuridica dell'Università di Camerino – Studi – 13, 2024, 1 ss.), il cui collegamento con l'epidemia era stato correttamente ridimensionato da C. Bruun, *La mancanza di prove di un effetto catastrofico della 'peste antonina' (dal 166 d.C. in poi)*, in E. Lo Cascio (a c. di), *L'impatto della peste antonina*, Bari 2012, 138 ss.

⁵⁹ Proc. Bell. 2.23.6-8; Pseud. Dyon. Chron. [Ed. Harrak (1999) p. 106-107] in cui si menziona la costruzione di seicento barelle e il reclutamento di uomini che scavassero fosse e ammassassero i corpi; in generale, sulla legislazione giustiniana relativa vd., da ultima, E. Pezzato, *Il morbo di Giustiniano e la legislazione imperiale*, in TSDP. 14, 2021, 1 ss.

⁶⁰ Cfr. per i riferimenti bibliografici K. Harper, *Another Eyewitness to the Plague Described by Ciprian, with Notes on the Persecution of Decius*, in JRA. 29, 2016, 474 ss., cui adde Fargnoli, *Diritto, religione, politica* cit. 33-38, 49-52 che, prendendo in esame la letteratura precedente e le fonti intorno al cd. 'editto di Decio' il quale, come ben noto, obbligava i cittadini a sacrificare agli dei per ottenere un certificato da parte di una commissione locale che attestasse ciò, considera che si sia trattato di un tentativo di «consacrare l'impero romano agli dei per ottenere la loro protezione» e «assicurarsi la lealtà della popolazione»; contra J.B. Rives, *The Decree of Decius and the Religion of the Empire*, in JRS. 89, 1999, 135-154.

⁶¹ Eus. H.E. 7.1; Zon. 12.21 (βαρὺς δὲ καὶ οὗτος γέγονε τοῖς Χριστιανοῖς καὶ οὐχ ἦπτον Δεκίου, διωγμὸν κατ'αὐτῶν ἐγείρας καὶ πολλοὺς ἀνελών); di questo avviso W.H.C. Frend, *A Note on Jews and Christians in Third-Century North Africa*, in JTHS. 21, 1970, 94-96.

⁶² M. Sordi, *I cristiani e l'impero romano*, Milano 1983, 147-148. Significativamente assente il nome di Treboniano Gallo anche in R. Mentxaka, *El edicto de Decio y su aplicación en Cartago con base en la correspondencia de Cipriano*, Santiago de Compostela 2014.

⁶³ Vd. Fargnoli, *Diritto, religione, politica* cit. 50 nt. 103 (con bibliografia).

durante il regno di Treboniano Gallo (*Ep.* 55-61, 64-65)⁶⁴:

Cypr. *Ep.* 55.9. *Qui Cornelium aduersus edicta feralia resistentem et minas et cruciatum et tormenta fidei uigore calcantem uel gladio inuaderent uel crucifigerent uel igne torrerent uel quolibet inaudito genere poenarum uiscera eius et membra laniarent?*

Cypr. *Ep.* 58.9. *Accipiamus quoque ad tegumentum capitis galeam spiritalem, ut muniantur aures, ne audiant edicta feralia, muniantur oculi, ne uideant detestanda simulacra, muniat frons, ut signum dei incolume seruetur, muniat os, ut dominum suum Christum uictrix lingua fateatur.*

Cypr. *Ep.* 59.6. *His ipsis etiam diebus quibus has ad te litteras feci ob sacrificia quae edicto proposito celebrare populus iubebatur clamore popularium ad leonem denuo postulatus in circo (...).*

Nelle tre lettere sopracitate sono evidenziate le ricorrenze di *edictum*; queste, in misura diversa, hanno condotto a sostenere la persistenza di una qualche forma di persecuzione dei cristiani anche sotto Treboniano Gallo; tuttavia, la diversità di contesti delle tre missive rende impraticabile raggiungere una condivisibile *reductio ad unitatem*: nella prima (*Ep.* 55.9), diretta ad Antoniniano, Cipriano esalta Cornelio, appena eletto pontefice, sottolineandone la tenacia e la fede incrollabile avverso gli *edicta feralia* (da attribuirsi necessariamente a Decio alla luce del fatto che Cornelio divenne papa al più tardi nella primavera del 251⁶⁵), che comminavano varie torture, tra cui la crocifissione e la vivicombustione; similmente, anche in *Ep.* 58.9, indirizzata al popolo di Tibari, nel quadro dell'imminente fine del mondo prospettata dal vescovo a causa della malvagità e delle persecuzioni, gli *edicta feralia* non costituiscono una traccia del passaggio di Treboniano Gallo ma, una «rhetorical generalisation»⁶⁶: i cristiani non devono prestare attenzione alle leggi umane⁶⁷, ma cercare di mantenere intatta la sincerità del loro credo; infine, più indecifrabile appare la presenza dell'editto menzionato in *Ep.* 59.6, scritta proprio a papa Cornelio. Cipriano ha corso il rischio di essere divorato dai leoni, su proposta della popolazione eccitata, durante il compimento di sacrifici imposti da un *edictum*: esso è stato identificato

⁶⁴ Per la discussione della datazione delle lettere e la loro contestualizzazione vd. M. Christol, *Regards sur l'Afrique romaine*, Paris 2005, 213 ss.

⁶⁵ Per i dettagli cronologici vd. P. Franchi de' Cavalieri, *La persecuzione di Gallo a Roma*, in *Studi e Testi* 33, 1920, 181 nt. 1. Anche in *Ep.* 56.1 'in persecutione adprehensi' si lega alla persecuzione di Decio (Christol, *Regards* cit. 218).

⁶⁶ G.W. Clarke, *The Letters of St. Cyprian of Carthage III, Letters 55-66*, New York 1984, 232 nt. 35.

⁶⁷ Il fatto che vengano menzionati *edicta* sia in *Ep.* 55 sia in *Ep.* 58 ha condotto taluni a sostenere che Decio avesse promulgato più editti: il primo contro le autorità ecclesiastiche, il secondo più generale; il dibattito è tracciato in Rives, *The Decree of Decius* cit. 141-142.

tanto come un editto imperiale in senso stretto, quanto come una misura locale attuata da un funzionario, così come un provvedimento di carattere prettamente espiatorio per scongiurare l'epidemia⁶⁸.

Il testo, di per sé, non offre elementi affidanti, a parte l'espressione *edicto proposito*. L'azione di *edictum proponere*, non priva di echi nelle fonti giurispresudenziali⁶⁹, indica «la pubblicazione di un editto su supporto mobile e non duraturo (...) un atto concreto il cui soggetto è l'imperatore, ma che non è lui a compiere di persona»⁷⁰.

Volendo fare un confronto con l'età tardoantica, nel disporre l'ordine di pubblicazione *edictis propositis*⁷¹, il legislatore (in particolare delle Novelle post-teodosiane) spesso non si limiterà ad indicare l'ambito territoriale di diffusione della legge, ma impartirà al destinatario (di solito il prefetto del pretorio) ulteriori indicazioni e precisazioni da trasfondere nei propri *edicta*, quali il monito che una disciplina recenziore è stata abrogata (Nov. Val. 8.2.1) o l'evidenziare il diverso trattamento all'interno della stessa categoria professionale (Nov. Theod. 10.2.1)⁷²: operazioni formali in cui non è evidentemente richiesta alcuna 'creatività' al funzionario.

Ora, pur essendo impraticabile applicare *sic et simpliciter* questa considerazione al nostro caso se non altro per ragioni cronologiche e di diversa struttura dell'amministrazione imperiale, risulta difficilmente immaginabile che i funzionari africani avessero avuto un grado di autonomia decisionale così elevato da disporre il compimento di sacrifici. Perciò, pur in un quadro di collaborazione tra la cancelleria di Treboniano Gallo e l'amministrazione periferica africana, la paternità della misura deve comunque essere ascritta all'imperatore.

⁶⁸ Le varie posizioni sono presentate in Franchi de' Cavalieri, *La persecuzione* cit. 184-185 e P. Keretztes, *The Decian Libelli and Contemporary Literature*, in *Latomus* 34.3, 1975, 780 nt. 160.

⁶⁹ D. 27.2.6 (Tryph. 14 disp.); D. 50.2.3.1 (Ulp. 3 de off. proc.). Vd. D. Mantovani, *Giuristi romani e storia dell'economia antica. Elementi per una dialettica*, in C. Buzzacchi, I. Fagnoli (a c. di), *Il diritto allo stato puro? Le fonti giuridiche romane come documento della società antica*, Milano 2021, 181 ss., per l'elencazione delle occorrenze di *edictum + proponere*, talvolta legato alle *laudationes edicti*.

⁷⁰ A. Capone, *Edictum proponere: nota a margine dell'editto di Galerio (30 aprile 311)*, in *QLSD*. 2, 2012, 65, 66 a commento di Tert. *Bapt.* 11.1.

⁷¹ Sulla *propositio* delle costituzioni imperiali, e le differenti regole per le *epistulae* imperiali e le *subscriptiones* rivolte a privati, con particolare riferimento all'età imperiale, vd. G.D. Merola, *La corrispondenza imperiale con le città greche*, in *Historika* 8, 2018, vd. 356 nt. 8.

⁷² Sul punto e con una ricca esemplificazione M. Bianchini, *Sulle modalità di pubblicazione delle Novelle post-teodosiane*, in *RDR*. 20, 2020, 1 ss., cui adde G. Maragno, *Punire e sorvegliare. Sanzioni in oro, imperatori, burocrazia*, Napoli 2020, 67 nt. 47, che sottolinea il fatto che spesso negli ordini di pubblicazione fossero contenute le misure sanzionatorie per chi non avesse ottemperato alla diffusione della legge.

Poi, sull'*occasio* del provvedimento, si può avanzare solamente qualche speculazione: il fatto che non si abbiano riferimenti diretti o indiretti ad eventuali conseguenze sanzionatorie per il mancato compimento dei sacrifici, a differenza di quanto si riscontra per l'editto deciano⁷³, porterebbe a pensare di trovarsi innanzi ad una generica *supplicatio* di tutto il popolo disposta dall'imperatore; in altre parole «an unusual and dramatic rite to win the particular favour of the gods»⁷⁴, una pratica rituale assai ricorrente a partire dall'età repubblicana proprio per far fronte, da un punto di vista religioso-espiatorio, alle epidemie⁷⁵, e che nel III secolo poteva conservare ancora alcuni echi.

Ciò non toglie che Treboniano Gallo avesse anche preso provvedimenti esplicitamente rivolti contro le comunità cristiane⁷⁶, con particolare riguardo al clero dirigente (τοὺς ἱερούς ἄνδρας, τοὺς περὶ τῆς εἰρήνης αὐτῶ καὶ τῆς ὑγείας πρᾶσβεύοντας πρὸς τὸν Θεόν⁷⁷– similmente a Massimino Trace⁷⁸) e attraverso un gesto eclatante: la deposizione e la relegazione a *Centumcellae* del vescovo di Roma Cornelio⁷⁹, che subito un processo pubblico e circondato dal

⁷³ È lo stesso Cipriano a non lesinare dettagli sul punto fornendo informazioni su imprigionamento, esilio e confisca dei beni irrogati in conseguenza al mancato ottenimento dei *libelli* (Cypr. Ep. 6, 10.1, 19.3, 20.2); non si è, però, in grado di dimostrare la presenza delle sanzioni nel testo della legge: vd. Rives, *The Decree of Decius* cit. 137.

⁷⁴ Rives, *The Decree of Decius* cit. 151; questo fine sarebbe da leggere, forse, insieme all'emissione delle monete di cui a nt. 57.

⁷⁵ Note dal racconto liviano sono, ad esempio, la *supplicatio pro valetudine populi* del 212 a.C. (Liv. 38.44) o quella del 180 a.C. per il ristabilimento della salute a Roma e *per omnia fora conciliabulaque* (Liv. 40.37), indette dai consoli su istanza del Senato; vd. F.J. Casinos Mora, *Tanta pestilentia fuit ... Recursos rituales y jurídicos para conjurar las epidemias en la antigua Roma*, in *Studia Historica Historia Antigua* 40, 2022, 220.

⁷⁶ Forse è stata proprio l'introduzione dei sacrifici a dare a Gallo l'occasione di adottare nuovi provvedimenti esemplari: G. Ferri, *Note a margine del restauro della cripta di Cornelio nel comprensorio callistano: la documentazione delle pitture altomedievali nelle tavole cromolitografiche de la Roma Sotterranea cristiana*, in *Rivista di archeologia classica* 95, 2019, 115 nt. 2; un suggestivo graffito demotico (Philae 416), databile al 253 d.C., menziona un Cesare che avrebbe ricevuto (probabilmente per il tramite del prefetto d'Egitto) da parte dei Meroiti alcuni doni, ricavato di sacrifici e offerte alle divinità egizie; tale Cesare sarebbe da identificarsi con Treboniano Gallo (cfr. J. Pope, *The Demotic Proskynema of a Meroite Envoy to Roman Egypt (Philae 416)*, in *Enchoria* 31, 2008/2009, 68 ss.).

⁷⁷ Eus. *H.E.* 7.1.

⁷⁸ Eus. *H.E.* 6.28.

⁷⁹ Sulla sua controversa elezione, sulla questione dei *lapsi* e sul rapporto conflittuale con Novaziano che in risposta alla mancata ascesa al soglio pontificio avrebbe costituito l'omonimo movimento scismatico vd. M. Marcos, *The Making of Novatian the Heretic and the Early Geography of Novatianism*, in *SMSR*. 85.1, 2019, 77 ss. Sul personaggio cfr. *Lib.pontif.* XXII Cornelius.

sostegno della *ecclesia romana*⁸⁰, morì in esilio e divenne martire⁸¹.

Nonostante l'intreccio dell'evento pestilenziale e della magmatica situazione religiosa (in special modo a Roma e nel Nord Africa) dovette assorbire buona parte dell'energia politico-amministrativa di Treboniano Gallo, è comunque possibile riportare qualche cursoria informazione circa la politica amministrativa e militare, atteso che a segnare la conclusione dell'esperienza come imperatore fu proprio lo scontro con Emiliano, causato dalla gestione delle truppe nei rapporti conflittuali con le popolazioni germaniche.

Per quanto concerne la politica municipale, vale la pena ricordare la concessione del *ius coloniae* a *Perusia*, dei cui dintorni Treboniano Gallo e la sua famiglia erano originari⁸², distrutta a seguito del *Bellum Perusinum*, e sottoposta ad una profonda ricostruzione e riorganizzazione istituzionale nel I sec. d.C.⁸³; al tempo dell'imperatore la città era ancora un *municipium*, dal momento che, è ben noto, «il passaggio dal quattorvirato al duovirato non corrisponde a una trasformazione da municipio a colonia»⁸⁴.

Nel corso del III secolo sono numerose sia in Italia sia nelle province le concessioni da parte dell'imperatore del titolo di *colonia*, ormai a carattere meramente onorifico e confermato dal fatto che le città aggiungessero nei loro toponimi *nomina* e *cognomina* dell'imperatore concedente, senza però ottenere dei vantaggi tangibili oltre il prestigio e il raggiungimento di una forte mimesi con Roma⁸⁵.

⁸⁰ Per Cypr. *Ep.* 60.1, alcuni *lapsi* vennero arrestati e condannati durante il processo; questo non proverebbe, però, che Treboniano Gallo avesse autorizzato una persecuzione generale: anche durante gli attacchi ai vertici cristiani perpetrati da Valeriano nel 257 molti fedeli vennero catturati e deportati *ad metalla*; vd. sul punto Franchi de' Cavalieri, *La persecuzione* cit. 189.

⁸¹ I suoi resti rimasero a *Centumcellae* per essere traslati a Roma solo dopo il 253. D'altronde, per chi come Cornelio aveva subito *deportatio* o *relegatio* era fatto divieto essere sepolto in patria *inconsulto principe* (D. 48.24.2 [Marcian. 2 *publ.*]) ed è difficile da ipotizzare che Treboniano Gallo avesse acconsentito a ciò.

⁸² Cfr. *supra* nt. 15.

⁸³ La letteratura ancora maggioritaria attribuisce al principato di Augusto il merito del compiuto riassetto costituzionale di (*Augusta*) *Perusia*, ora *restituta* (*CIL*. XI 1923); vd. per tutti, Spadoni, *Perugia* cit. 101 ss. Non manca un inquadramento alternativo: C. Letta, *Ancora sull'introduzione del duovirato municipale nella Perusia romana*, in Bonamente (a c. di), *Augusta Perusia* cit. 137-154, osservando, tra l'altro, che la pur sicura ricostruzione della città sotto Augusto non avrebbe comportato la conversione ad *Augusta*, unitamente al fatto che in alcune iscrizioni i *quattorviri* (sostituiti dai *duoviri*) compaiono fino al I sec. d.C., posticipa il passaggio ad *Augusta* sotto Tiberio.

⁸⁴ Letta, *Ancora sull'introduzione* cit. 138.

⁸⁵ Vd. A.N. Sherwin-White, *The Roman Citizenship*, Oxford 1973, 411-415, cui adde A. Raggi, *Cittadinanza colonaria e cittadinanza romana*, in G. Salmeri, A. Raggi, A. Baroni (a c. di), *Colonie romane nel mondo greco*, Roma 2004, 55 ss. per il commento di Gell. *Noct. Att.* 16.13.8-9, che mette a confronto colonie e municipi.

Così, come è testimoniato in ben tre rilevanti monumenti perugini, siamo in grado di leggere *COLONIA VIBIA*, rispettivamente, sulla Porta di Augusto (*CIL XI 1929*) e sulla Porta Marzia (*CIL XI 1930*)⁸⁶ come un'aggiunta sulla cornice del fregio metopale, sulla Porta Eburnea in alcuni frammenti disgiunti tra loro (*CIL XI 1931*), ad indicare nel regno di Treboniano Gallo un indiscusso *terminus post quem* per considerare *Perusia* una *colonia*.

Passiamo, invece, a esaminare brevemente le questioni di politica estera. Due sono i fronti che l'imperatore dovette gestire: l'area medio-orientale⁸⁷, che al tempo di Gallo vedeva la massiccia espansione del regno sasanide a discapito dei territori confinanti, costituendo una seria minaccia per i Romani⁸⁸; l'area danubiana, in cui il patto siglato dall'imperatore con i Goti andava onorato, onde evitare rappresaglie e ulteriori incursioni nemiche.

Ebbene, per quanto concerne la prima, tra il 252 e il 253 alcuni indizi lasciano supporre che Treboniano Gallo stesse pianificando una campagna orientale: la zecca di Antiochia, che negli anni immediatamente precedenti aveva prodotto unicamente tetradracmi, avviò una coniazione massiva di *antoniniani*, «l'espèce monétaire militaire par excellence»⁸⁹, con dei tipi iconografici significativi, quali *Mars Propugnator*⁹⁰, che suggerirebbe l'arrivo dell'imperatore in assetto militare; ciò potrebbe essere letto contestualmente all'aggressiva politica di espansione che Shapur I, re sasanide, attuò nel 253, con l'invasione dell'Armenia, gesto da parte sua giustificato, come è possibile ricavare dalle *Res Gestae Divi Saporis*, dal fatto che un Cesare (Treboniano Gallo) con un comportamento fraudolento aveva danneggiato gli Armeni⁹¹.

Quanto al fronte danubiano, la politica temporeggiatrice di Gallo (forse finalizzata all'organizzazione della campagna orientale)⁹² indusse i Goti, dopo un

⁸⁶ B. Borghesi, *Sulla iscrizione perugina della Porta Marzia*, in *ASI*. 16.1, 1850, 89 ss.

⁸⁷ Gli scontri nell'area risalgono già al I sec a.C. Per la contestualizzazione storico-geografica dei contatti tra i Parti e Roma, dalle origini alla battaglia di Carre, vd. G. Traina, *La resa di Roma, 9 giugno 53 a.C., battaglia di Carre*, Bari 2011, 4 ss.

⁸⁸ J. Wiesehöfer, *Das Reich der Sasaniden*, in Johne, Hartmann, Gerhardt (a c. di), *Die Zeit der Soldatenkaiser* cit. 531 ss.

⁸⁹ Christol, *A propos* cit.70, con utili tabelle quantitative relative ai tesori ritrovati a Dura Europos.

⁹⁰ Secondo i rilievi di Metcalf, *The Antioch Hoard* cit. 92, esso rappresenterebbe il tipo più riprodotto in entrambe le officine antiochene (oltre il 90%).

⁹¹ I. 10: καὶ ὁ Καῖσαρ πάλιν ἐψεύσατο καὶ εἰς τὴν Ἀ[ρμενία]ν ἀδικίαν ἐποίησεν (riferimenti in <https://epigraphy.packhum.org/text/314697>); per l'identificazione con Treboniano Gallo e la spiegazione degli eventi che portarono al conflitto (in particolare, l'installazione di Hormizd-Ardashir, figlio di Shapur I, sul trono armeno e la fuga a Roma del legittimo pretendente Trdat III) vd. Coloru, *L'imperatore prigioniero* cit. 35 ss.

⁹² È di questo avviso Christol, *A propos* cit. 74.

breve periodo di stasi, a spingersi in Asia Minore, dove cinsero d'assedio Pessinunte ed Efeso, adducendo a pretesto il mancato pagamento dei tributi pattuiti da parte dei Romani.

Da iscrivere cronologicamente in questa fase vi è l'unica risposta dell'imperatore successiva alla negoziazione dell'estate del 251, sotto forma della concessione di un diploma militare (AE. 2004, 1918)⁹³:

Intus

]GALLUS[
]TRIB POT[
]DV{L}MNIANVS
]IMP PP
]ERVNT IN COHOR[
]CEM I II III IIII
]VI ET PIAE[
]S VN[⁹⁵

Extrinsecus

]PR GALLIAN[
M. VLPIO M F SE[
AEL VIM
DESCRIPT ET RECOGNIT EX TABV[
EST ROM IM MVRO POST TEM[
]A D MINERVA[⁹⁴

La cronologia non può essere fissata con sicurezza per via della perdita dell'indicazione della *tribunicia potestas* e dell'assenza della datazione consolare: l'alternativa è tra il 7 gennaio 252 e il 7 gennaio 253⁹⁶.

Posto ciò, il documento, piuttosto negletto, è di indubbio interesse: si tratta di uno degli ultimi esemplari di diplomi militari, la cui prassi, già ampiamente ridotta nel III secolo, sarebbe terminata agli inizi del IV secolo⁹⁷, nonché dell'u-

⁹³ La restituzione del testo è di Pangerl, *Ein Militärdiplom* cit. 101. La trascrizione nelle due note seguenti è tratta da <https://edh.ub.uni-heidelberg.de/edh/inschrift/HD056064>.

⁹⁴ ----- coh(ortis) ---] pr(aetoriae) Gallian[ae Volusianae p(iae) v(indicis)] M(arco) Ulpio M(arci) f(ilio) Se[---] Ael(io) Vim(inacio) descript(um) et recognit(um) ex tabu[la aerea quae fixa] est Rom(ae) i<n=M> muro post tem[pl(um) divi Aug(usti)] ad Minerva[m].

⁹⁵ [Imp(erator) Caes(ar) C(aius) Vibius Trebonianus] Gallus [Pius Fel(ix) Inv(ictus) Aug(ustus) pontif(ex) max(imus)] trib(unicia) pot(estate) [--- co(n)s(ul) --- imp(erator) p(ater) p(atriciae) et Imp(erator) Caes(ar) C(aius) Vibius Vel]du{l}mnius [Volusianus Pius Fel(ix) Inv(ictus) Aug(ustus) pontif(ex) max(imus) trib(unicia) pot(estate) --- co(n)s(ul) ---] imp(erator) p(ater) p(atriciae) [nomina militum qui militav]erunt in coh(ortibus) praetoriis Gallianis et Volusianis de]cem I II III IIII [V VI VII VIII VIII X piis vindici(bus) q]ui [et] pi[a]e [et fortiter militia functi] sun[te] [---], cui Pangerl, *Ein Militärdiplom* cit. 103 integra: 'ius tribuimus conubii dumtaxat cum singulis et primis uxoribus, ut, etiamsi peregrini iuris feminas in matrimonio suo iunxerint, proinde liberos tollant ac si ex duobus civibus Romanis natos, a.d. VII. id. Ian. (Consuln zu ergänzen für 252 oder 253) co(n)s(ulibus)'..

⁹⁶ Ciò alla luce della consuetudine consolidata per i diplomi militari a partire dal 210 d.C. (ad es. *CIL*. XVI 153; XVI 155). Perciò, per quanto riguarda una possibile integrazione della *tr. pot.*, alla luce della proposta di nt. 42, si potrebbe immaginare che la concessione fosse avvenuta nella II o nella IIII *tr. pot.* di Treboniano Gallo.

⁹⁷ *RMD*. I 78 (306 d.C.); per un approfondimento sul punto vd. F. Castagnino, *I diplomata militaria. Una ricognizione giuridica*, Milano 2022, 152-159, che lega la caduta in desuetudine della

nico concesso da Treboniano Gallo e, in generale, destinato ad un veterano di *Aelium Viminacium*, Marco Ulpio, che aveva militato nelle *cohortes praetoriae Gallianae Volusianae*⁹⁸; pur non essendo in grado di ricostruirne il contenuto per il suo pessimo stato di conservazione e, quindi, verificarne il suo grado di aderenza alla struttura tipica dei diplomi⁹⁹, ciò che è rilevante ai fini di questa indagine è l'ascrizione della fonte all'attività normativa di Treboniano Gallo, giacché, come è noto, il presupposto giuridico per la concessione dei privilegi ai soldati tramite diplomi era la promulgazione di una *constitutio* che recava la lista delle unità coinvolte e la natura dei benefici, di cui il diploma, estrinsecazione dell'*imperium* del *princeps*¹⁰⁰ e destinato al singolo soldato, rappresentava, grazie alla formula *descriptum et recognitum* e alla sottoscrizione di sette testimoni, copia conforme¹⁰¹. Tale scelta di Treboniano Gallo, sia che la si ponga nel 252, sia, a maggior ragione, nel 253, dimostrerebbe la necessità imperiale di fidelizzare i veterani¹⁰² tra i pretoriani (i *milites* tradizionalmente più vicini all'imperatore) e, più in generale, la popolazione romana dell'area, in una fase in cui l'imperatore si trovava a Roma, i Goti promuovevano scorribande e la figura di Emiliano¹⁰³ si stava sempre più stagliando come decisiva per il contenimento nemico.

Egli, infatti, da governatore della Mesia, pur *obscurissime natus (obscurius*

pratica nella seconda metà del III secolo, tra gli altri motivi, all'epidemia, che avrebbe diminuito la disponibilità di manodopera e di materie prime.

⁹⁸ Attestate risultano anche una *cohors II Paphlagonum Galliana Volusiana* e una *cohors II equitata Galliana Volusiana*, menzionate in iscrizioni provenienti da Dura Europos. Sulla scelta di alcuni imperatori di modificare gli epiteti onorifici delle *cohortes* vd. M. Hebblewhite, *The Emperor and the Army in the Later Roman Empire, AD 235-395*, Oxon 2017, 192 ss.

⁹⁹ Su cui Castagnino, *I diplomata* cit. 25-26.

¹⁰⁰ Parlano di assenza di «un vero e proprio carattere normativo» Marotta, Spagnuolo Vigorita, *La legislazione imperiale* cit. 124; in termini simili O. Licandro, *'Il diritto inciso'. Lineamenti di epigrafia giuridica romana*, Catania 2002, 175.

¹⁰¹ Per il dibattito su quale sia la tipologia di costituzione, se *leges datae* o editti, a fondamento dell'emissione dei diplomi militari vd. Castagnino, *I diplomata* cit. 179 ss.

¹⁰² Va rilevato, però, che la condizione dei militari durante la crisi del III secolo non ebbe significativi miglioramenti, né dal punto di vista giuridico né economico, nonostante spesso l'impulso di nomina ad imperatore fosse provenuto dalle truppe: per l'analisi delle costituzioni del periodo che coinvolgevano soldati vd. in D. Liebs, *Kommilitonen erhalten Bescheid. Die Reskripte der Soldatenkaiser an Soldaten*, in Babusiaux, Kolb (a c. di), *Das Recht* cit. 89 ss.; le vicende storiche e la correlazione tra la scarsa produzione di diplomi militari e il disinteresse verso i soldati è lumeggiato da M.A. Spiedel, *Kaiserliche Privilegien, Urkunden und die ‚Militärararchie‘ des Zeitalters der ‚Soldatenkaiser‘. Einige Beobachtungen*, in Babusiaux, Kolb (a c. di), *Das Recht* cit. 46 ss.

¹⁰³ Per qualche ragguaglio sulla sua figura e sul suo brevissimo regno vd. Bleckmann, *Die Reichskrise des III. Jahrhunderts* cit. 178-180, 289-291; Kienast, Eck, Heil, *Römische Kaisertabelle* cit. 203.

imperavit)¹⁰⁴, si fece carico, già nel corso del 252, di organizzare una controffensiva bellica che si rivelò efficace. Ottenuto questo successo anche grazie alla promessa fatta ai suoi soldati di destinare loro in caso di vittoria quanto dovuto ai barbari¹⁰⁵, Emiliano venne proclamato imperatore dalle stesse truppe che avevano acclamato Treboniano Gallo.

Venuto a sapere delle azioni di Emiliano e del fatto che questi stava rientrando in Italia per ottenere il pieno riconoscimento della sua carica, Gallo inviò una richiesta di soccorso militare a Valeriano, allora in Rezia per predisporre un contingente da inviare contro i Sasanidi, ma, non attendendo i rinforzi richiesti, preferì andare incontro ad Emiliano. Ebbene, questa mossa costò la vita all'imperatore e al figlio Volusiano, uccisi ad *Interamna Nahars* (o, secondo alcuni, a *Forum Flaminii*)¹⁰⁶ tra giugno e luglio del 253¹⁰⁷ per mano dei propri soldati che, secondo Aurelio Vittore, erano stati irretiti dalle promesse di maggiori donativi¹⁰⁸ da parte di Emiliano.

III. I rescritti di diritto privato

Ripercorso il periodo di regno di Treboniano Gallo nel tentativo di rinvenire alcune tracce della sua attività normativa – e le relative *occasiones* – attraverso testimonianze letterarie e documentarie, si può ora dedicare l'attenzione alle fonti prettamente giuridiche: ascrivibili alla sua cancelleria (e del figlio Volusiano) sono due costituzioni contenute nel *Codex Iustinianus*, C. 2.18(19).16 e C. 3.36.12, entrambe della primavera del 252.

Quantitativamente, un dato così esiguo non rappresenta un risultato isolato tra i *Soldatenkaiser*, giacché si riscontrano esempi di imperatori con una

¹⁰⁴ Eutr. 9.5.

¹⁰⁵ Zon. 12.21. Per Iord. *Get.* 105, invece, Emiliano saccheggiò la Mesia per ricavarne un bottino.

¹⁰⁶ Per Coloru, *L'imperatore prigioniero* cit. 40 ss., lo scontro avvenne ad *Interamna* ma l'assassinio degli Augusti a *Forum Flaminii*; sulle fonti sul punto vd. Huttner, *Von Maximinus Thrax* cit. 216 nt. 505.

¹⁰⁷ La cronologia di Emiliano è piuttosto complessa da ricostruire, soprattutto per stabilire correttamente il suo *dies imperii* alla luce del probabile sfasamento tra Roma e le province e la conseguente parziale sovrapposizione con Treboniano Gallo (la cui ultima attestazione è in P.Oxy. VIII 11119.30, il 22 agosto 253); vd. H. Mattingly, *The Reign of Aemilian. A Chronological Note*, in *JRS.* 25, 1935, 55-58; Peachin, *Roman Imperial Titulature* cit. 36-37.

¹⁰⁸ Aur. Vict. *Caes.* 31.1-2: *Aemilius Aemilianus summam potestatem corruptis militibus arripuit. Ad quem expugnandum profecti Interamnae ab suis caeduntur spe praemii maioris ab Aemilio, cui nullo labore seu detrimento victoria obveniebat.*

Reskriptenproduktion simile o ancora più ridotta¹⁰⁹, le cui ragioni restano oggetto di speculazioni in parte confliggenti. Se, da una parte, è verisimile immaginare che gli impegni bellici in cui l'imperatore era occupato contribuissero a ridurre la produttività dei suoi uffici, bisogna ammettere che Treboniano Gallo, una volta accordatosi con i Goti nel giugno del 251, non partecipò attivamente ad alcun conflitto¹¹⁰, ma si trattene a Roma per l'intera durata del suo dominio; convincentemente, però, alla luce del meccanismo delle *petitiones* caratteristico dei rescritti, sarebbe proprio la perdurante residenzialità dell'imperatore nello stesso luogo a influire sul numero di costituzioni emesse, giacché, specialmente per le *subscriptiones* richieste da privati (soprattutto quelli che non potevano permettersi un viaggio a Roma o un procuratore che vi andasse), un alto tasso di mobilità della cancelleria agevolerebbe la possibilità di avere un contatto diretto con un numero più elevato di *cives*¹¹¹.

Per quanto riguarda la tipologia, si tratta chiaramente di due rescritti¹¹² – la forma di *constitutio principis* largamente più utilizzata a partire dai Severi¹¹³ – indirizzati a richiedenti privati, i cui casi concreti, che originariamente dovevano essere esposti nel libello, sono facilmente desumibili dal contenuto delle

¹⁰⁹ Ad es. Massimino Trace: 2 rescritti in 40 mesi; Aureliano: 6 rescritti in 60 mesi; Probo: 4 rescritti in 74 mesi. I dati sono ricavati da Sirks, *Das Recht* cit. 45. In generale, la produzione normativa durante la crisi del III secolo (235-284 d.C.) fu tutt'altro che esigua, giacché consta, per limitarsi al Codice Giustiniano, di circa cinquecento costituzioni (cfr. M. Schuol, *Das Recht*, in Johne, Hartmann, Gerhardt [a c. di], *Die Zeit der Soldatenkaiser* cit. 633 ss.), benché la sua distribuzione nel tempo non sia uniforme. In generale, non bisogna dimenticare che la tradizione dei rescritti predioclezianeî (e la loro confluenza nel Codice Giustiniano) si deve al Codice Gregoriano ed è, quindi, già a partire dal filtro applicato per la sua redazione cui si devono queste risultanze numeriche.

¹¹⁰ Contrariamente a quanto sostenuto da Sirks, *Das Recht* cit. 45, per il quale Gallo era un «Kaiser (war) oft kriegsbedingt abwesend und konnte keine Petitionen empfangen oder beantworten».

¹¹¹ Le diverse modalità di accesso all'imperatore a seconda del soggetto richiedente e del suo status sono ben riassunte in A.J.B. Sirks, *Making a Request to the Emperor: Rescripts in the Roman Empire*, in L. De Blois (a c. di), *Administration, Prosopography and Appointment Policies in the Roman Empire: Proceedings of the First Workshop of the International Network Impact of Empire (Roman Empire, 27 B.C. - A.D. 406)*, Leiden, June 28-July 1, 2000, Amsterdam 2001, 122-123.

¹¹² Si tratta più precisamente di *subscriptiones*, le risposte dell'imperatore in calce al *libellus/prex/supplicatio* del privato; le *subscriptiones* rappresentavano, insieme alle *epistulae*, le due *species* con cui l'attività rescrittiva dell'imperatore si sostanziava. Per un approfondimento della caduta in desuetudine del termine *scriptio* a favore del *rescriptum* vd. Marotta, Spagnuolo Vigorita, *La legislazione imperiale* cit. 112 ss.

¹¹³ I dati relativi alle costituzioni prescelte dai Severi, divise per tipologia, rivelano l'assoluta predominanza per i rescritti (1200 su 1365 provvedimenti: il 77,1% per Settimio Severo, il 91,8% per Caracalla, il 99,1% per Alessandro Severo: cfr. Coriat, *Le prince législateur* cit. 153-157).

costituzioni stesse, forse, in conformità alla nuova modalità di pubblicazione dei rescritti che, sicuramente dall'età severiana, non richiedeva più la contestuale affissione del libello e della *subscriptio*, ma solamente della seconda¹¹⁴.

Complessivamente, le due costituzioni hanno fornito impressioni divergenti a chi, pur senza trattarle in modo specifico, le ha prese in considerazione: se Hanslik parla di «Verordnungen im Sinne einer gesunden Familienpolitik»¹¹⁵, Crifò le definisce, rispetto ai rescritti di Filippo l'Arabo e Decio, «non meno interessanti»¹¹⁶, laddove per Liebs si tratta solamente di «zwei wenig aussagekräftigen Reskripte»¹¹⁷.

Ad essere affrontati sono tradizionali istituti di diritto privato¹¹⁸: rispettivamente, l'*actio negotiorum gestorum* (in rapporto con l'*actio mandati*) utilizzata tra componenti della famiglia e le modalità di attuazione di una divisione tra fratelli, temi allo sviluppo dei quali la legislazione del III secolo ha contribuito, occupandosene non di rado¹¹⁹.

La prima costituzione, dal punto di vista cronologico, è C. 3.36.12 (del 14 marzo 252) ed è diretta a Rufo:

C. 3.36.12. IMPP. GALLUS ET VOLUSIANUS AA. RUFO. *Non ideo divisio inter*

¹¹⁴ Vd. D. Nörr, *Zur Reskriptenpraxis in der hohen Prinzipatszeit*, in ZSS. 98, 1981, 20 ss. La questione si inserisce nella più articolata problematica, che egredisce i confini di questa ricerca, se si ricorresse ad una 'massimazione' dei rescritti e, se sì, chi ne fossero gli autori (se la cancelleria redigente o, in alternativa, se questa sia frutto dell'attività compilatoria compiuta dai giustiniane), i cui termini sono ripresi da 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, 827-833, in replica alle posizioni sostenute da M. Amelotti, *Per l'interpretazione della legislazione privatistica di Diocleziano*, Milano 1960, 40 ss., che sosteneva quanto essenziali nel contenuto fossero i testi già nella loro forma originaria; a ciò adde M. Varvaro, *Note sugli archivi imperiali nell'età del principato*, in AUPA. 51, 2006, 381 ss., per alcune considerazioni sull'organizzazione e il funzionamento degli uffici preposti alla conservazione degli atti.

¹¹⁵ Hanslik, s.v. *Vibius* cit. col. 1990.

¹¹⁶ G. Crifò, *Una (vecchia) questione in tema di fonti. «Historia Augusta» e «Codex Iustinianus»*, in *Index* 34, 2006, 485.

¹¹⁷ D. Liebs, *Juristen als Sekretäre der römischen Kaiser*, in ZSS. 100, 1983, 502.

¹¹⁸ Seguendo le ricerche di identificazione dei funzionari redigenti di Honoré, *Emperors and Lawyers* cit. 121-125, si tratterebbe del «secretary no. 13», attivo sicuramente tra il 241 e il 246 (ma forse estendibile al regno di Treboniano Gallo per via di alcune scelte stilistiche ricorrenti, dotato di concisione nell'esprimere principi giuridici, forse, perché avvocato).

¹¹⁹ Basti qualche rilievo numerico: C. 2.18 ('*De negotiis gestis*') contiene sei rescritti di Settimio Severo, tre di Caracalla, cinque di Alessandro Severo, uno di Gordiano III, uno di Treboniano Gallo, sette di Diocleziano; C. 3.36 ('*Familiae eriscundae*') contiene un rescritto di Settimio Severo, due di Caracalla, due di Alessandro Severo, cinque di Gordiano III, uno di Filippo l'Arabo, uno di Treboniano Gallo, tredici di Diocleziano.

te ac fratrem tuum, ut proponis, facta irrita habenda est, quod eam scriptura secuta non est, cum fides rei gestae ratam divisionem satis adfirmet. PP. PRID. ID. MART. GALLO A. II ET VOLUSIANO CONSS.

Contenuta nel titolo 3.36 ‘*Familiae erciscundae*’, la disposizione presenta una fattispecie i cui estremi sembrano agevoli da rappresentare, grazie anche ai riferimenti al destinatario e alla sua prospettazione dell’accaduto (*te ac fratrem tuum, ut proponis*): Rufo e suo fratello si trovano in una situazione di proprietà indivisa; sciolta questa con una divisione, una delle parti è assalita dallo scrupolo – in vista di un processo, in corso o imminente, che coinvolge le parti (o in rapporto con un terzo) – di non aver concluso correttamente la procedura giacché è mancato un documento che dimostrasse l’avvenuta divisione.

La risposta di Treboniano Gallo è intrecciata alla descrizione dei fatti: la mancanza di un atto scritto non inficia la divisione giacché la *fides rei gestae*, da intendersi come «l’esistenza delle dichiarazioni o dei fatti essenziali per la formazione del giudizio di fatto da parte del giudice, e quindi l’affidamento che si deve fare sui medesimi per la valutazione giuridica della fattispecie»¹²⁰, rende

¹²⁰ G.G. Archi, ‘*Civiliter vel criminaliter agere*’ in tema di falso documentale. (Contributo storico-domatico al problema della efficacia della scriptura.), in *Scritti di diritto romano*, 3, Milano 1981, 1610, che così definisce *fides veritatis*, considerata dallo studioso un’espressione sinonimica di *fides rei gestae*. L’utilizzo di quest’espressione disvela l’approccio adottato dalla cancelleria imperiale nel difendere la tenuta dei principi del diritto romano nella «lotta» contro l’emersione della essenzialità della dichiarazione scritta, cui sulla base delle «vedute ellenistiche (...) si viene ad attribuire (...) un’efficacia davvero sorprendente» (cfr. Archi, ‘*Civiliter vel criminaliter agere*’ cit. 1621). Probanti anche le altre occorrenze di ‘*fides rei gestae*’ nelle fonti codicistiche, dove è accostata sia a patti (divisori): D. 2.14.40.2 (Pap. 1 resp.): *Post divisionem bonorum et aeris alieni singuli creditores a singulis heredibus non interpositis delegationibus in solidum, ut convenerat, usuras acceptaverunt: actiones, quas adversus omnes pro partibus habent, impediendae non erunt, si non singuli pro fide rei gestae totum debitum singulis offerant* (nella traduzione italiana del Digesto, a c. di S. Schipani, ‘*pro fide rei gestae*’ è resa opportunamente con «nel rispetto dell’affidamento di quanto compiuto»; sul passo vd. W. Kunkel, *Papinian D. 2,14,40*, in *ZSS.* 111, 1994, 440-441); sia all’oggetto della prova testimoniale: D. 22.5.11 (Pomp. 33 *ad Sab.*): *Ad fidem rei gestae faciendam etiam non rogatus testis intellegitur*. Per Schnebelt, *Reskripte* cit. 192, la *res gesta* è la «tatsächlichen Vollzug der Abrede». Per una panoramica sulla nozione di fides e bona fides, tra la sterminata bibliografia, si vedano almeno i contributi italiani: M. Talamanca, *La ‘bona fides’ nei giuristi romani ‘Leerformel’ e valori dell’ordinamento*, in L. Garofalo (a c. 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, 14-15-16 giugno 2001), 4, Padova 2003, 1-313; R. Fiori, *Bona fides. Formazione, esecuzione e interpretazione del contratto nella tradizione civilistica* in Id. (a c. di), *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato 2*, Napoli 2006, 127 ss.; Id., *Fides e bona fides. Gerarchia sociale e categorie giuridiche*, in Id. (a c. di), *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato 3*, Napoli 2008, 237-259; Id., *Bona fides. Formazione, esecuzione e interpretazione del contratto nella tradizione civilistica* in Id. (a c. di), *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto*

l'accordo verbale pienamente efficace.

Tuttavia, anche per la brevità del testo, non mancano alcune asperità interpretative.

Innanzitutto, pensiamo debba essere chiarito di quale tipologia di divisione si tratti e se essa sia stata incardinata in un processo o se sia svolta stragiudizialmente; i due punti possono essere trattati congiuntamente.

La scelta da parte dei compilatori giustinianeî di collocare la costituzione nel titolo in materia di *actio familiae erciscundae* ha condotto a buon diritto la letteratura¹²¹ a considerare l'atto di Rufo e del fratello come una divisione ereditaria, assorbita per attrazione tematica nella relativa rubrica¹²².

Ad avvalorare questa posizione potrebbe essere d'uopo leggere Sch. 1 ad Bas. 42.3.68¹²³ = C. 3.36.12 (BS. 2625/24; Hb. IV, 283):

Sch. 1 ad Bas. 42.3.68. Κᾶν ἀγράφως διέλωσι τὰ γονικὰ πράγματα μεταξὺ ἐαυτῶν οἱ παῖδες, ἔρωται ἢ διαίρεσις. Ὁμοίως βιβ. δ'. τιτ. κα'. διατ. θ'. Τὸ αὐτὸ δέ φησι καὶ ἡ δ'. διατ. τοῦ λζ'. τιτ. τοῦ παρόντος τρίτου βιβ. Μέμνησο καὶ τῆς ε'. διατ. τοῦ δ'. τιτ. τοῦ β'. βιβ.

L'anonimo estensore, infatti, nel commentare la costituzione di Treboniano Gallo, ne cambia i soggetti – là i fratelli, qui i figli (παῖδες) – e specifica la provenienza familiare dei beni oggetto di divisione (τὰ γονικὰ πράγματα), fornendo ulteriori indizi sulla natura ereditaria della διαίρεσις.

Qualche dubbio, però, potrebbe sorgere dal confronto con i passi riportati nello scolio che presentano lo stesso principio di C. 3.36.12 – cioè che non sia necessaria la forma scritta per aversi la validità di un certo negozio o, detta spe-

privato 4, Napoli 2011, 97 ss; R. Cardilli, *Bona fides tra storia e sistema*, Torino 2014³; sulla pratica dell'*impositio fidei* in età classica vd. S. Schiavo, *Il falso documentale tra prevenzione e repressione. Impositio fidei criminaliter agere civiliter agere*, Milano 2007, 17-45.

¹²¹ In tal senso, ad esempio, Schnebelt, *Reskripte* cit. 191-192; Crifò, *Una (vecchia) questione* cit. 485; P. Voci, *Diritto ereditario romano I. Introduzione. Parte generale*, Milano 1967², 693 nt. 113.

¹²² Sull'*actio familiae erciscundae* vd. almeno i recentissimi (con bibliografia) A. Castresana, § 67 *Teilungsklagen (actio familiae erciscundae, actio communi dividundo, actio finium recondorum*, in AA.VV. (a c. di), *Handbuch des Römischen Privatrechts*, Tübingen 2023, 1868 ss. e M. Beghini, *La divisione giudiziale della comunione non ereditaria. Studio sulla funzione dell'adiudicatio*, Roma 2023, cui adde, con particolare riferimento alla ricostruzione della relativa formula in maniera innovativa rispetto al modello leneliano, M. Varvaro, *Alcune considerazioni sulla ricostruzione delle formule delle azioni divisorie*, in *Scritti per il novantesimo compleanno di Matteo Marrone*, Torino 2019, 287 ss. Infine, sulla possibilità di dividere il *consortium* arcaico, minimamente rilevante per questa indagine, e sul relativo dibattito vd. G. Aricò Anselmo, *'Societas inseparabilis' o dell'indissolubilità dell'antico consorzio fraterno*, in *Iuris vincula. Studi M. Talamanca* 1, Napoli 2001, 149 ss.

¹²³ Bas. 42.3.68 (p. 1936, A V Sch.). Δυνατὸν καὶ ἀγραφὸν γενέσθαι διαίρεσιν ἰσχυρῶς.

cularmente, «che la forma scritta serviva di regola soltanto *ad probationem*»¹²⁴ – senza avere medesima sede nel Codice: si tratta, in ordine, di C. 4.21.9, C. 3.37.4 e C. 2.4.5¹²⁵.

Una lettura un poco più ravvicinata può far meglio comprendere i loro eventuali nessi (oltre al principio appena esposto) con C. 3.36.12: C. 4.21.9¹²⁶, in stretta correlazione con il nostro testo per via della forte somiglianza contenutistica e lessicale¹²⁷, è stata ricollegata dai maestri bizantini come applicabile (anche) all'*actio familiae erciscundae*¹²⁸; C. 3.37.4¹²⁹ non si riferisce direttamente all'*a. familiae erciscundae* ma, bensì, all'*a. communi dividundo*, da esperire per ciò che è rimasto indiviso rispetto agli accordi divisorii (orali) intercorsi tra due fratelli, come le spese e i frutti (il caso potrebbe configurare un possibile epilogo della vicenda di C. 3.36.12)¹³⁰; slegata, invece, dai giudizi divisorii è C. 2.4.5¹³¹

¹²⁴ F. Gallo, *Riflessioni sulla funzione della scriptura in C. 4.21.17*, in *Studi in onore di Biondo Biondi* 2, Milano 1965, 434, ove la regola viene esemplificata proprio attraverso queste quattro costituzioni.

¹²⁵ Inserite, rispettivamente, nei titoli relativi alla documentazione processuale e alla sua forma (C. 4.21 '*De fide instrumentorum et amissione eorum et antapochis faciendis et de his quae sine scriptura fieri possunt*'), all'*actio communi dividundo* (C. 3.37 '*Communi dividundo*') e alla *transactio* (C. 2.4 '*De transactionibus*').

¹²⁶ C. 4.21.9. IMPP. DIOCLETIANUS ET MAXIMIANUS AA. ET CC. ARISTAENETO. *Instrumentis etiam non intervenientibus semel divisio recte facta non habeatur irrita*. PP. VI K. IUL. AA. CONSS. (a. 293).

¹²⁷ '*Divisio...facta...irrita*'; vd. Schnebelt, *Reskripte* cit. 191-192.

¹²⁸ Bas. 22.1.68 = C. 4.21.9 (p. 1055 A III Sch.). Αἱ διαρῆσεις καὶ ἀγράφως γινόμεναι ἰσχύουσιν. Sc. 1 *ad Bas.* 22.1.68 = C. 4.21.9 (BS 1378/23; Hb. II, 498) Ἐγὼς τοῦτο καὶ ἐν τῷ φαμίλιαε νεγκισκουόνδαε καὶ ἐν τῷ κομμονίδι βιδούνδι τοῦ γ'. βιβ.

¹²⁹ C. 3.37.4. IMPP. DIOCLETIANUS ET MAXIMIANUS AA. ET CC. HERODAE. *Si maior quinque et viginti annis soror tua tecum res communes divisit, quamvis non instrumentis, sed aliis probationibus earum diremptam communionem probetur, stare finitis convenit. 1. Quod si minor fuit nec tempus in integrum restitutioni praefinitum adhuc excessit, an in integrum propter divisionem restitui debeat, causa cognita provinciae praeses aestimabit. 2. Idem eorum etiam, quae vobis permanent communia, fieri divisionem providebit, tam sumptuum, si quis de vobis in res communes fecit, quam fructuum, item doli et culpa, cum in communi dividundo iudicio haec omnia venire non ambigitur, rationem, ut in omnibus aequalitas servetur, habiturus*. D. VIII ID. FEBR. CC. CONSS. (a. 294).

¹³⁰ Alla luce del fatto che, come è stato anche di recente ribadito (Beghini, *La divisione* cit. 111-113), l'*actio communi dividundo* abbia alcune applicazioni in caso di comunione ereditaria: cfr. D. 10.2.44 pr. in cui i coeredi ricorrono all'*a. communi dividundo* per le *res* ancora indivise e per le '*causae ex his rebus pendentes*', similmente ai *sumptus* e *fructus* di C. 3.37.4.

¹³¹ C. 2.4.5. IMP ALEXANDER A. EVOCATO. *Cum te transegisse cum herede quondam tutoris tui profitearis, si id post legitimam aetatem fecisti, frustra desideras, ut a placitis recedatur. Licet enim, ut proponis, nullum instrumentum intercesserit, tamen si de fide contractus confessione tua constet, scriptura, quae probationem rei gestae solet continere, necessaria non est*. PP. K. MART. ALBINO ET AEMILIANO CONSS. (a. 227).

(una *transactio* tra un soggetto e gli eredi del suo tutore avvenuta senza *instrumenta* e, per questo, non vincolante nella prospettiva del richiedente), che condivide con C. 3.36.12 la contrapposizione tra la *fides contractus* e la *scriptura, quae probationem rei gestae solet continere*.

Per la questione, invece, se la divisione sia avvenuta effettivamente in sede di giudizio divisorio (alla luce del criterio topografico della costituzione) o, al contrario, se questa sia stata conclusa con un negozio privato, una risposta pienamente soddisfacente si avrebbe soltanto se la trama della fattispecie fosse riportata in modo più dettagliato. Tuttavia, la letteratura¹³² ha unanimemente pensato ad un *pactum divisionis*¹³³, considerato che, sebbene «di gran lunga più importante è la divisione giudiziale», l'ordinamento ammetteva che «la divisione può essere effettuata in via stragiudiziale»¹³⁴.

In effetti, sono molteplici i rescritti imperiali e i frammenti giurisprudenziali (soprattutto *responsa*), databili al III secolo d.C., che descrivono fattispecie ove degli accordi convenzionali¹³⁵ tra coeredi/comproprietari sono avvenuti e che sembrano sancire lo scioglimento del regime di comunione¹³⁶.

Però, ad attenuare la portata innovatrice di questa modalità convenzionale, si deve rilevare che «la divisione volontaria era, per ragioni di carattere tecnico, la più difficile a realizzarsi in pratica»¹³⁷: tali *pacta*, infatti, cui dovevano necessariamente seguire i relativi atti traslativi della proprietà (*mancipatio, in iure cessio, traditio*)¹³⁸ per dotare la divisione di efficacia reale, erano validi sola-

¹³² Cfr. nt. 120.

¹³³ Alternativamente, quasi per mero tuziorismo, si dovrebbe immaginare un caso di questo tipo: 1) un giudizio divisorio effettivamente svoltosi (si spiegherebbe la collocazione codicistica) con relativa *adiudicatio*; 2) come *occasio* del provvedimento, la preoccupazione di una delle parti per l'assenza della sentenza in forma scritta, forse perché (specialmente se il libello proveniva dalla provincia) si aveva scarsa familiarità con i giudizi divisorii; 3) lo svolgimento del processo con la *cognitio* e non con i *concepta verba* (stante la non sussistenza di formalità e requisiti per la *pronuntiatio* del giudice formulare: vd. sul punto M. Marrone, *Contributo allo studio della motivazione della sentenza nel diritto romano*, in *Mélanges en l'honneur de Carlo Augusto Cannata*, Bâle-Genève-Munich 1999, 53 ss.; D.A. Centola, *Riflessioni sulla problematica della motivazione della sentenza nel processo romano*, in *SDHI*. 78, 2012, 417). In questa ricostruzione sarebbe, altresì, difficilmente sostenibile la scelta compositiva della cancelleria (in particolare l'espressione *fides rei gestae*, su cui cfr. nt. 119, nonché la totale assenza di riferimenti ad un incombente/avvenuto processo).

¹³⁴ Cfr. A. Burdese, s.v. *Divisione (diritto romano)*, in *ED*. 13, Milano 1964, 415.

¹³⁵ Il consenso dei coeredi allo scioglimento volontario della comunione è espressamente menzionato in alcuni rescritti: C. 3.36.1 ('*paternam hereditatem ex consensu divisisti*'); C. 3.36.15 ('*si divisionem conventionem factam etiam possessio consensu secuta dominium pro solido rerum...*').

¹³⁶ Cfr. D. 2.14.35 (Mod. 2 *resp.*), D. 2.14.45 (Hermog. 2 *iur. epit.*), D. 10.2.57 (Pap. 2 *resp.*), D. 45.1.122.6 (Scaev. 28 *dig.*), C. 3.36.1, C. 3.36.12, C. 3.36.15.

¹³⁷ A. Guarino, *Ragguaglio di diritto privato romano*, Napoli 2002, 159.

¹³⁸ Cfr. C. 3.36.15.

mente per via di *exceptio*, mentre, per quanto concerne gli effetti obbligatori, si rendevano indispensabili *stipulationes* reciproche con cui le parti si obbligavano a rispettare il regolamento divisorio concordato¹³⁹.

Tuttavia, non esistendo una figura tipica identificabile con una divisione convenzionale con effetti reali¹⁴⁰, i giuristi e la cancelleria dovevano ancora «eine Dogmatik des Teilungsvertrages zu entwickeln»¹⁴¹ e una tangibile dimostrazione di ciò si ha nella sistemazione della casistica e del regolamento del *pactum divisionis*, come visto sopra, tanto nei titoli sui *pacta* quanto in quelli sui giudizi divisorii.

Possiamo, quindi, immaginare che è proprio intorno all'intrinseca fragilità dell'accordo che sia scaturita una controversia e l'esigenza di una pronuncia della cancelleria imperiale.

Inoltre, per quanto concerne la forma dei *pacta divisionis*, sebbene l'accordo tra Rufo e il fratello sia stato concluso oralmente¹⁴², è anche attraverso la scrittura che tale patto ha avuto una buona circolazione ed è, forse, la forma documentale che i fratelli conoscevano¹⁴³.

¹³⁹ Vd. sul punto B. Biondi, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano*, Milano 1948, 241 ss.

¹⁴⁰ M. Talamanca, *L'aequitas nelle costituzioni imperiali del periodo epiclassico*, in G. Santucci (a c. di), *Aequitas. Giornate in memoria di Paolo Silli. Atti di Convegno, Trento, 11 e 12 aprile 2002*, Padova 2006, 155.

¹⁴¹ Liebs, *Hermogenians* cit. 98.

¹⁴² Lo stesso vale per C. 4.21.9 (cfr. nt. 126), rescritto di età diocleziana, a conferma di quanto consolidato fosse l'orientamento della cancelleria imperiale sulla questione.

¹⁴³ Non mancano, tra le fonti giuridiche, casi in cui si menziona la redazione di *instrumenta* divisorii che nella trama del caso assumono un importante ruolo: cfr. D. 2.14.35 (Mod. 2 resp.): *Tres fratres Titius et Maevius et Seia communem hereditatem inter se dividerunt instrumentis interpositis, quibus divisisse maternam hereditatem dixerunt nihilque sibi commune remansisse caverunt. Sed postea duo de fratribus, id est Maevius et Seia, qui absentes erant tempore mortis matris suae, cognoverunt pecuniam auream a fratre suo esse substractam, cuius nulla mentio instrumento divisionis continebatur. Quaero an post pactum divisionis de subrepta pecunia fratribus adversus fratrem competit actio. Modestinus respondit, si agentibus ob portionem eius, quod subreptum a titio dicitur, generalis pacti conventi exceptio his, qui fraudem a Titio commissam ignorantes transegerunt, obiciatur, de dolo utiliter replicari posse*. La fattispecie: tre fratelli hanno diviso l'eredità materna attraverso incartamenti, cioè senza ricorrere ad azione giudiziale e senza lasciare nulla indiviso. Tuttavia, Tizio aveva prelevato delle monete d'oro, non menzionate nel *pactum*, prima della divisione. Modestino ipotizza questa successione di eventi: i fratelli defraudati Caio e Seia avrebbero potuto condurre in giudizio Tizio. L'azione esperibile non viene esplicitata; Tizio avrebbe opposto una *exceptio pacti conventi* supportato dal fatto che il patto avrebbe coperto l'intero patrimonio; ma, a buon diritto, Caio e Seia avrebbero potuto opporre una *replicatio doli*. Per i nostri circoscritti intenti, il testo (sulla cui genuinità a partire dalla ricostruzione fortemente interpolazionistica proposta da Beseler vd. F. Sturm, *Stipulatio Aquiliana: Textgestalt und Tragweite der aquilianischen Ausgleichsquittung im klassischen römischen Recht*, München 1972, 337-338) rappresenterebbe una situazione in cui un giudizio divisorio segue la conclusione dei

Infatti, è stato persuasivamente sostenuto che la via pattizia per lo scioglimento della comunione non fosse ignota alle tradizioni giuridiche greco-egizie che, non avendo familiarità con l'*actio familiae erciscundae* (e l'*actio communi dividundo*)¹⁴⁴, ricorrevano frequentemente a διαόρσεις scritte, come ben testimoniato dalle fonti papiracee¹⁴⁵.

A Roma, invece, la cancelleria imperiale affronta il problema della scrittura così come viene sottoposto dai richiedenti, prendendo in esame «singole concrete figure e singole determinate funzioni processuali»¹⁴⁶. In tal modo, pur senza piena consapevolezza, essa si allinea alle costruzioni giuridiche romane, fondate sulla suddivisione ben definita delle categorie degli istituti e su una lineare distinzione tra finalità sostanziali e processuali, contrariamente a quanto succede nelle province grecofone, ove si adotta un unico principio generale, che attribuisce valore a determinate dichiarazioni scritte senza collegarle a specifici istituti e senza separare gli effetti sostanziali da quelli processuali.

pacta divisionis alla luce di un bene sopravvenuto e fraudolentemente sottratto da Tizio alla divisione. Su quale sia stata l'azione a disposizione di Caio e Seia: per F. Sturm, *ibid.* 338 e D. Daube, 'Utiliter agere', in *Iura* 11, 1960, 139, alternativamente l'*a. familiae erciscundae* o l'*a. communi dividundo*; propende per la prima L. Pellecchi, *La posizione dell'exceptio pacti nell'Editto del Pretore*, in *RHDFE*. 87/2, 2009, 177 nt. 73. Ciò è condivisibile alla luce del fatto che l'*a. familiae erciscundae* possa essere esperita una sola volta tra i coeredi, residuando l'*a. communi dividundo* per eventuali beni indivisi (D. 10.2.20.4 [Ulp. 19 *ad ed.*]), ma i tre fratelli di D. 2.14.35 hanno sciolto la comunione stragiudizialmente.

¹⁴⁴ D. Liebs, *Hermogenians iuris epitomae*, Göttingen 1964, 98. Effettivamente, per quanto il dato debba essere letto con cautela, si ha ricordo dell'*actio familiae erciscundae* solamente in *BGU*. XII 2173 l. 9, un *libellus conventionis* di età tardoantica (a. 498), su cui S. Sciortino, *Il nome dell'azione nel libellus conventionis giustiniano*, Torino 2018, 46 ss. (con bibliografia).

¹⁴⁵ Per alcuni approfondimenti e per la classificazione di questi documenti in singrafi, atti notarili, συγχωρήσεις e chirografi vd. H. Kreller, *Erbrechtliche Untersuchungen auf Grund der graeco-ägyptischen Papyrusurkunden*, Leipzig-Berlin 1919, 77 ss. e R. Taubenschlag, *The Law of Greco-Roman Egypt in the Light of the Papyri, 332 B.C.–A.D. 640*, Warsaw 1955², 220 ss. (vd. anche 239 ss. sulla diversa situazione della *communio pro diviso et indiviso*); un esaustivo catalogo di papiri contenenti divisioni tra coeredi/comproprietari è in A. Calderini, *Un papiro greco inedito con allusione ad una divisione di proprietà*, in *Studi in onore di V. Arangio Ruiz* 3, Napoli 1953, 277-279; di particolare interesse, perché intorno alla stessa divisione, P. Strasb. 6.555 (= P. Strasb. 1.29) e 6.556 del 289: il primo contiene la divisione dei beni della nonna materna fra tre nipoti con una serie di clausole stipulatorie; il secondo consiste in una ἀντικαταλλαγή, cioè uno scambio delle parti tra i coeredi; per l'analisi di alcune tra le clausole ricorrenti in queste fonti vd. A. Berger, *Die Strafklauseln in den Papyrusurkunden: ein Beitrag zum gräko-ägyptischen Obligationenrecht*, Leipzig 1911, 179 ss.

¹⁴⁶ Archi, *Civiliter* cit. 1622; vd. anche Id., *Indirizzi e problemi del sistema contrattuale nella legislazione da Costantino a Giustiniano*, in *Scritti di diritto romano* 3, Milano 1981, 1813 nt. 49, per l'elencazione di alcuni passi della giurisprudenza tardoclassica ove l'esame del documento scritto è volto a vagliare la possibilità di inquadramento della fattispecie in un negozio tipico.

In conclusione sul punto¹⁴⁷, per ritornare a C. 3.36.12, la cancelleria di Treboniano Gallo ha tenuto fermo, esplicitamente, un principio consolidato del diritto romano classico – in materia di inefficacia costitutiva del documento scritto¹⁴⁸ – per consegnarlo all’organo giudicante della questione¹⁴⁹, imponendoci, però, di riflettere su una delle questioni paradigmatiche della convivenza tra l’ordinamento romano e le realtà provinciali, cioè il valore della scrittura – qui applicata al particolare caso della divisione ereditaria – alla ricerca di una non facile forma di sincretismo.

Il secondo rescritto, C. 2.18(19).16 del 21 aprile 252, è diretto a Eutichiano ed è posto nel titolo ‘*De negotiis gestis*’:

C. 2.18(19).16. IMPP. GALLUS ET VOLUSIANUS AA EUTYCHIANO. *Si negotium sororis tuae gerens pro ea tributa solvisti, vel mandante ea vel rogante id fecisti, negotiorum gestorum actione vel mandati id, quod solvisses te constituerit, recipere poteris.* PP. XI K. MAI. GALLO ET VOLUSIANO CONSS.

¹⁴⁷ Su quale piega avesse preso la vicenda di Rufo e suo fratello per causare la richiesta di chiarimento all’imperatore: nel silenzio delle *litterae legis*, si potrebbe ipotizzare un caso simile a D. 2.14.35 (cfr. nt. 141), cioè la sopravvenienza di un bene che risultava ancora indiviso. In alternativa, si veda Cons. 2.7 (IMPP. DIOCLETIANUS ET MAXIMIANUS AA. APRONIAE MAMMAE. *Si divisio inter te et sororem tuam non bona fide facta est, etiam citra principalis restitutionis auxilium, quod etiam maioribus tribui solet, ad aequitatis temperamentum reformari potest et cet.* PP. VI KALENDAS IUL. MAXIMIANO II ET AQUILIA CONSULIBUS). Il rescritto diocleziano (a. 286) – che riguarderebbe una divisione convenzionale di eredità compiuta in mala fede – nega alla richiedente il ricorso ad una *restitutio in integrum* straordinaria, ma, piuttosto, le accorda l’*a. familiae erciscundae* (così deve essere interpretato ‘*ad aequitatis temperamentum reformari*’ per Talamanca, *L’aequitas* cit. 154-155), sottintendendo che non fossero ancora stati compiuti i trasferimenti di proprietà necessari; lo stesso potrebbe essere accaduto in C. 3.36.12, senza che si possa escludere che a dare avvio ad un ipotetico processo potrebbe essere stato un terzo, che vantava una situazione possessoria su un bene oggetto di divisione (probabilmente della porzione di Rufo). Per l’elencazione delle fonti giuridiche tardoantiche in cui compaiono *fides* e *bona fides* vd. P. Bianchi, *Sulla buona fede contrattuale nelle fonti tardoantiche*, in G. Bassanelli Sommariva, S. Tarozzi (a c. di), *Ravenna Capitale. Disciplina degli atti negoziali inter vivos nelle fonti di IV - VII secolo in Occidente*, Sant’Arcangelo di Romagna 2019, 27-72.

¹⁴⁸ Per l’attribuzione del valore *ad substantiam* al documento, esclusi i casi in cui la scrittura era un elemento necessario (Gai. 3.128-134), si dovranno attendere gli interventi legislativi di età giustiniana (soprattutto C. 4.21.17), su cui vd. Gallo, *Riflessioni sulla funzione della scriptura* cit. 413 ss.

¹⁴⁹ Giova ricordare che dal punto di vista dell’*iudex/arbiter* del giudizio divisorio si impone di tenere conto di quanto pattuito tra le parti: D. 10.3.3.1 (Ulp. 30 *ad Sab.*): *Si quid ipsi sine dolo malo inter se pepigerunt, id in primis et familiae erciscundae et communi dividundo iudex servare debet*; D. 10.2.57 (Pap. 2 *resp.*): *Arbitro quoque accepto fratres communem hereditatem consensu dividentes pietatis officio funguntur, quam revocari non oportet, licet arbiter sententiam iurgio pre-rempto non dixerit, si non intercedat aetatis auxilium*, su cui vd. F. Pulitanò, *Profili dell’officium iudicis nei giudizi divisorii*, in L. Garofalo (a c. di), *Il giudice privato romano in ricordo di Alberto Burdese* 1, Padova 2012, 417 nt. 86.

Similmente a C. 3.36.12, i termini generali della fattispecie possono essere ricostruiti in modo agevole grazie ai riferimenti diretti al destinatario: egli, nel gestire un'attività di sua sorella¹⁵⁰, ha pagato dei tributi a lei imputati, chiedendosi ora quale azione gli spetti per aversi rifeuse le spese sostenute per la gestione. La risposta di Treboniano Gallo, che emerge dall'intelaiatura della costituzione, è la seguente: sono esperibili sia l'*actio negotiorum gestorum* sia l'*actio mandati*.

Il rescritto è stato sottoposto, nelle varie 'stagioni' della letteratura interpolazionistica, ad una radicale critica testuale mirata a espungere l'utilizzo alternativo delle due azioni¹⁵¹.

Per Bossowski, le alterazioni apposte avrebbero consentito di ammettere l'*actio mandati* nel caso in cui la sorella avesse autorizzato la gestione e l'*actio negotiorum gestorum* nella situazione in cui il fratello avesse gestito l'affare spontaneamente¹⁵². Solazzi, che aderisce alla restituzione del testo di Bossowski, non ne condivide le ragioni giacché la menzione del mandato (da considerare «un glossema o un emblema puramente illustrativo») avrebbe solamente «il fine di inculcare che la regola enunciata è comune ad esso e alla gestione di negozi»¹⁵³. Kreller, invece, spinto dal tentativo di dimostrare la persistenza (ancora nel III secolo) della doppia formula della *negotiorum gestio*, civile e pretoria, non mantiene i riferimenti all'*actio mandati* e inserisce le integrazioni opportune¹⁵⁴.

Se quest'ultima proposta risulta difficilmente sostenibile, se non altro perché all'epoca di Treboniano Gallo dobbiamo ritenere che la distinzione tra azione pretoria e di stretto diritto fosse ormai sfumata per l'affermarsi della *cognitio extra ordinem*¹⁵⁵, la genuinità del testo (ma, soprattutto, la sua generale ammis-

¹⁵⁰ Parrebbe trattarsi di un caso di *solutio* dell'obbligazione altrui (di varia natura), una delle situazioni tipiche con cui si sostanziava il *negotium gerere* nel campo d'applicazione dell'azione civile: vd. G. Finazzi, *Ricerche in tema di negotiorum gestio II.1. Requisiti delle actiones negotiorum gestorum*, Cassino 2003, 49-51, per la descrizione dei rispettivi ambiti d'impiego dell'azione edittale e di quella *in factum* della *negotiorum gestio*.

¹⁵¹ Sempre preziosa la panoramica sulla questione di F.J. Andres Santos, *Brevissima storia della critica interpolazionistica nelle fonti giuridiche romane*, in *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 33, 2011, 65-120.

¹⁵² F. Bossowski, *Ancora sulla negotiorum gestio*, in *BIDR.* 37, 1929, 286, che ritiene interpolati *vel mandante ea vel rogante id fecisti e vel mandati*.

¹⁵³ S. Solazzi, *Il «procurator ad litem» e la guerra al mandato*, in *Scritti di Diritto Romano 3: 1925-1937*, Napoli 1960, 624-625.

¹⁵⁴ H. Kreller, *Das Edikt de negotiis gestis in der klassischen Praxis*, in *ZSS.* 39, 1949, 395: *Si negotium sororis tuae gerens pro ea tributa solvisti, vel [mandante] <civili, si> ea [vel] rogante id fecisti, <vel honoraria> negotiorum gestorum actione, [vel mandati] id, quod solvisses te constiterit, recipere potes.*

¹⁵⁵ Vd. G. Finazzi, *Ricerche in tema di negotiorum gestio I. Azione pretoria ed azione civile*, Napoli 1999, 138-158, sulla scomparsa dell'azione *in factum*.

sibilità dal punto di vista degli istituti coinvolti), al netto di alcune ineleganze stilistiche¹⁵⁶, può essere mantenuta.

¹⁵⁶ Appare evidente che manchi una congiunzione a legare *si solvisti / vel – vel / id fecisti* (a meno che non si voglia immaginare un inelegante asindeto). Inoltre, *‘vel mandante ea vel rogante’*, pur non volendo arrivare a sostenere si tratti di una «aggiunta completomane» (cfr. S. Solazzi, *Sulle costituzioni del libro II del ‘Codex Iustinianus’*, in *SDHI*. 23, 1957, 55, in riferimento all’inciso *‘seu-expendisti’* di C. 2.18.15), è una ‘distinzione accademica’ (Cfr. D. 17.1.1.2 [Paul. 32 *ad ed.*]. *Item sive ‘rogo’ sive ‘volo’ sive ‘mando’ sive alio quocumque verbo scripserit, mandati actio est*). Si soffermano su questo aspetto del testo gli scolii bizantini a corredo di C. 2.18(19)16 (= Bas. 17.2.16) sui quali, però, le due edizioni (Heimbach e Scheltema) divergono per alternative tradizioni manoscritte (l’apografo Π e il Parisinus Graecus 1352 [P]). Scheltema le riporta entrambe: 1) sch. Π 2 *ad* Bas.17.2.16 (p. 1056 B III Sch. [Thalalaios]) Θαλαλαίου. Σημείωσαι, ὅτι καὶ τὸ εἰπεῖν ‘παρακαλῶ σε τὸδε ποιῆσαι’ τίκει τὴν μανδάτι κατὰ τοῦ παρακαλέσαντος. Καὶ γὰρ ἐν τῷ ζ’. τῶν δε ῥέβρους ἀντὶ τοῦ ‘ἐντέλω μοι’ τέθεικε τὸ, *rogasti me ut tibi hos num(m)os*; 2) sch. Π 1 *ad* Bas.17.2.16 (p. 1060 B III Sch.) Σημείωσαι, ὅτι καὶ τὸ εἰπεῖν παρακαλῶ σε τὸδε ποιῆσαι τίκει τὴν περὶ ἐντολῆς ἀγωγὴν κατὰ τοῦ παρακαλοῦντος καὶ γὰρ ἐν τῷ βιβ. - τιτ. - διγ. - ἀντὶ τοῦ ‘ἐντέλλομαί σοι τέθεικε τὸ ‘παρακαλῶ σε’. Heimbach, invece, integra nella ‘sua’ versione di sch. 2 *ad* Bas. 17.2.16 (Hb. II, 223) un esplicito riferimento proprio a D. 17.1.1.2. Il collegamento proposto da Taleleo sarebbe per H. de Jong, *Ἐντολή (mandatum) in den Basiliken*, Leiden-London 2020, 44, «mit Buch 6 *de rebus* auf D. 17,1 (B. 14,1)» o «vieleicht verweist er mit einem eigenen Beispiel auf D. 17,1,1,2». Ora, la citazione latina *‘rogasti me ut tibi hos num(m)os’* ha corrispondenza con D. 19.5.19 pr. (Ulp. 31 *ad ed.*) *Rogasti me, ut tibi nummos mutuos darem: ego cum non haberem, dedi tibi rem vendendam, ut pretio uteris. Si non vendidisti aut vendidisti quidem, pecuniam autem non accepisti mutuam, tutius est ita agere, ut Labeo ait, praescriptis verbis, quasi negotio quodam inter nos gesto proprii contractus*. Si tratta di un caso di mutuo irrealizzato, in cui, vista la mancanza di liquidità da parte del mutuante, era stato concluso anche un mandato (o un contratto estimatorio) finalizzato alla vendita del bene. Labeone, senza distinguere se la vendita si sia conclusa o meno, afferma che l’ipotetico mutuante avrebbe potuto agire con l’*actio praescriptis verbis*, per quanto anche l’*actio mandati* sarebbe stata esperibile (per M.F. Cursi, R. Fiori, *Le azioni generali di buona fede e di dolo nel pensiero di Labeone*, in *BIDR*. 105, 2011, 158, la proposta dell’*a. praescriptis verbis* è preferibile per via della nullità che affliggerebbe il mandato in questione in quanto *tua gratia*); tuttavia, il fatto che il *‘rogare’* di D. 19.5.19 pr. non sia per concludere un mandato ma un mutuo, ciò rende difficilmente ammissibile il legame con lo scolio di Taleleo a meno che l’autore dello scolio avesse solamente voluto proporre un utilizzo alternativo di *rogo*, per mostrare ulteriormente l’assenza di formalismo nell’utilizzo di determinati verbi. Invece, de Jong, *ibid.* 44, pensa a D. 12.1.11 pr. (Ulp. 26 *ad ed.*) benchè, anche in questo caso, *rogasti* sia da ricondurre ad un mutuo. Considerata la variegata tradizione testuale dello scolio, ci pare comunque necessario mantenere il richiamo compiuto dall’*antecessor* all’interno del diciassettesimo libro del Digesto (giacché nella suddivisione del programma d’insegnamento delineato nella *Tanta/Δέδοικεν* i libri 12-19 del Digesto erano la *pars* didattica *de rebus* e il sesto libro della sezione corrisponde al diciassettesimo: vd. sul punto J.H.A. Lokin, T.E. van Bochove, *Compilazione – educazione – purificazione. Dalla legislazione di Giustiniano ai Basilica cum scholiis*, in J.H.A. Lokin, B.H. Stolte [a c. di], *Introduzione al diritto bizantino. Da Giustiniano ai Basilici*, Pavia 2011, 118 ss.). Si potrebbe, in alternativa a D. 17.1.1.2, pensare ad un riferimento a D. 17.1.6.1 (Ulp. 31 *ad ed.*), che contiene una discussione tra l’esperibilità dell’*actio mandati* e dell’*actio negotiorum gestorum* (ritenuta inammissibile perché nel passo ulpiano il *procurator omnium bonorum* era responsabile per il fatto di aver accettato il mandato, anche se non avesse svolto alcun compito di gestione; sul passo vd. Finazzi, *Ricerche in tema di negotiorum gestio I*. cit. 252 ss.).

Innanzitutto, dal punto di vista del gestore, il suo *animus recipiendi* è chiaramente desumibile dal testo¹⁵⁷; inoltre, il fatto che ad essere gerita fosse la sorella non deve portare alla conclusione dell'irripetibilità di quanto da lui speso. Sebbene, infatti, non manchino esempi in cui ragioni ispirate alla *pietas*¹⁵⁸ e all'*adfectus*¹⁵⁹ tra le parti rendano irripetibili le spese sostenute, non si può prescindere dalla concreta valutazione del contenuto della gestione. Si consideri, a questo proposito, C.2.18(19).11:

C. 2.18.(19).11. IMP. ALEXANDER SEVERUS A. HERENNIAE. *Alimenta quidem, quae filiis tuis praestitisti, reddi tibi non iusta ratione postulas, cum id exigente materna pietate feceris. Si quid autem in rebus eorum utiliter et probabili more impendisti, si non et hoc materna liberalitate, sed recipiendi animo fecisse ostenderit, id negotiorum gestorum actione consequi potes.* PP. XII K. FEBR. ALBINO ET MAXIMO CONSS.

Per quanto rilevante ai nostri intenti, ci preme sottolineare che Alessandro Severo, sottopostagli una questione sulla ripetibilità di alcune spese compiute dalla madre nei confronti dei figli, risponde che per gli alimenti non sarà possibile esperire alcuna azione giacché la madre era mossa da *materna pietas* («l'obbligo morale sussistente nei confronti dei figli»)¹⁶⁰, mentre per spese compiute *utiliter* sarà compito del giudice distinguere quelle in cui ella era mossa da *materna liberalitas*, non rimborsabili, dalle *impensae* prestate *recipiendi animo*, per le quali l'*actio negotiorum gestorum* (contraria) era sicuramente esperibile.

Evidentemente, l'oggetto della gestione di C.2.18(19).16 (l'assolvimento di un obbligo tributario) in combinazione con il rapporto di parentela tra le parti erano ritenuti da Treboniano Gallo elementi non sufficienti per liberare la gerita dall'obbligo di rifusione delle spese.

La sorella di Eutichiano, da parte sua (nello scenario processuale in cui questo rescritto deve necessariamente essere calato), non avrebbe potuto addurre a propria difesa uno degli argomenti verisimilmente più frequenti in cause di questo tenore, cioè «il difetto di utilità dell'ingerenza nella sfera giuridica del

¹⁵⁷ Lo rileva anche Finazzi, *Ricerche in tema di negotiorum gestio II.1* cit. 305 nt. 569.

¹⁵⁸ D. 3.5.26.1 (Mod. 2 resp.). *Titium, si pietatis respectu sororis aluit filiam, actionem hoc nomine contra eam non habere respondi.*

¹⁵⁹ C. 2.18(19).15. IMP. GORDIANUS A. MUCIANO. *Si paterna adfectu privignas tuas aluisti seu mercedes pro his aliquas magistris expendisti, eius erogationis tibi nulla repetitio est. Quod si ut repetiturus ea, quae in sumptum misisti, aliquid erogasti, negotiorum tibi gestorum intendenda actio est.* PP. VI ID. IUL. GORDIANO A. ET AVIOLA CONSS.

¹⁶⁰ Finazzi, *Ricerche in tema di negotiorum gestio II.1* cit. 299. In generale, sulla *pietas* correlata agli alimenti vd. V. Halbwachs, *Haec disceptatio in factum constitit: Bemerkungen zur pietas im römischen Unterhaltsrecht*, in *Fundamina* 20.1, 2014, 371-382.

gerito»¹⁶¹; poi, sempre in relazione all'*utilitas* della gestione, un ulteriore elemento va a rafforzare la posizione del fratello: se, come è stato autorevolmente dimostrato, venivano escluse dall'ambito di applicazione dell'*actio negotiorum gestorum* (contraria) unicamente le spese *quod ipse* (= il gerito) *non facturus esset*¹⁶² – immaginando, quindi, che addirittura alcune spese voluttuarie potessero essere ammesse alla luce delle inclinazioni negoziali del gerito – risulta difficile non ravvisare l'*utilitas* nella *solutio* di un obbligo, come quello del pagamento delle imposte, assunto nei confronti dell'amministrazione imperiale¹⁶³.

Giustificata, dunque, l'operatività dell'*actio negotiorum gestorum* a favore di Eutichiano, resta da accennare alle ragioni della presenza dell'*actio mandati*, parallelamente alle opinioni radicali – di cui si è detto sopra – che vedono non genuina la sua presenza e la mano compilatoria ad inserirla.

Innanzitutto, l'ammissibilità di concorso dell'*actio negotiorum gestorum* con l'*actio mandati* dipende, principalmente, dal fatto che il mandato in questione fosse generale o speciale, giacché è solamente in relazione al compimento di uno specifico affare che poteva aversi, a determinate condizioni¹⁶⁴, il cumulo delle due azioni¹⁶⁵.

¹⁶¹ Finazzi, *Ricerche in tema di negotiorum gestio II.1* cit. 511 nt. 38. Inoltre, se, come pare dalla casistica giurisprudenziale, per i giuristi era sufficiente l'*utilitas* ad integrare la giustificazione della pretesa del gestore e non anche la *necessitas*, che poteva anche non sussistere (vd., ad esempio, il caso della costruzione di un monumento funebre seguendo le volontà de *de cuius*: cfr. D. 3.5.30.4 [Pap. 2 resp.]), a maggior ragione in C. 2.18(19).16 sono le modalità attuative della gestione a farne emergere anche la *necessitas*.

¹⁶² D. 15.3.3.4 (Ulp. 29 *ad ed.*). Sulla sua interpretazione e, più in generale, sui criteri soggettivi per individuare l'*utilitas* vd. Finazzi, *Ricerche in tema di negotiorum gestio II.1* cit. 550 ss., cui *adde* M. Navarra, *Ricerche sull'utilitas nel pensiero dei giuristi romani*, Torino 2002, 50 ss.

¹⁶³ La resa di C. 2.18(19).16 nei Basilici sottolinea questo aspetto riferendosi ai tributi come τὰ δημόσια τελέσματα (*vectigalia publica* tr. Heimbach), benchè non vi siano indizi per poter avanzare ulteriori proposte che identifichino di quali tasse si tratti. Questo è l'unico elemento da rilevare come innovativo del testo originale; per il resto, la costituzione viene fedelmente tradotta: B. 17.2.16 (p. 865, A III Sch.) Ἀδελφὸς ἢ ἀφ' ἑαυτοῦ τὴν διοίκησιν τῶν πραγμάτων πρῶτων τῆς ἰδίας ἀδελφῆς συνετέλεσεν ὑπὲρ αὐτῆς τὰ δημόσια τελέσματα ἢ ἐντειλαμένης αὐτῷ τῆς ἀδελφῆς αὐτοῦ ἤτοι παρακαλεσάσης αὐτὸν τοῦτο ἐποίησε. Καὶ βουλομένῳ αὐτῷ ἀπαιτήσαι τὰ δαπανηθέντα ἀντέγραψεν ὁ βασιλεὺς οὕτως· εἰ τὴν διοίκησιν τῶν πραγμάτων τῆς σῆς ἀδελφῆς χειρίζων ὑπὲρ αὐτῆς τὰ δημόσια κατέβαλες, ἢ ἐντειλομένης αὐτῆς ἢ παρακαλοῦσης σε τοῦτο ἐποίησας, διὰ τῆς περὶ διοικήσεως τῶν πραγμάτων ἀγωγῆς ἢ τῆς περὶ ἐντολῆς τοῦτο, ὅπερ ἂν καταβεβληκέναι σε συσταίῃ, ἀναλαβεῖν δύνασαι. Sulla traduzione letterale dei rescritti dei primi libri del Codice vd. S. Sciortino, *La relazione tra il κατὰ πόδας e le traduzioni di Taleleo dei rescritti latini del Codex*, in *AUPA*. 56, 2013, 113 ss.

¹⁶⁴ Finazzi, *Ricerche in tema di negotiorum gestio I*. cit. 272 nt. 213, che pensa al caso in cui «la *praepositio* avesse riguardato la conduzione di una *taberna* di un certo genere, e l'*institor* avesse posto in essere, nell'interesse del *dominus*, negozi che nulla avevano a che con tale attività», rendendo ammissibile (anche) l'*actio negotiorum gestorum*.

¹⁶⁵ *Contra* l'opinione ricostruttiva di B. Frese, *Prokurator und negotiorum gestio im römischen*

Tuttavia, dal testo sembra emergere in filigrana che tra Eutichiano e la sorella fosse stato concluso proprio un mandato speciale: significativo, infatti, è l'uso del singolare *negotium* (cui corrisponde, nell'incidentale, *id*) ad indicare l'unica attività compiuta dal fratello, cioè, *tributa solvere*¹⁶⁶.

Quindi, l'alternatività tra le due azioni, ammessa da Treboniano Gallo, sarebbe da mettere in stretta correlazione con i limiti della *praepositio*: qualora Eutichiano avesse concluso un negozio diverso dalla *solutio* debitoria della sorella (*per tributa*) e quindi esorbitante rispetto a quanto stabilito, avrebbe trovato campo l'*actio negotiorum gestorum*; viceversa, in relazione al negozio per come fissato dalla *praepositio* sarebbe stata esperibile l'*actio mandati*.

Si potrebbe avanzare il sospetto che, come spesso doveva accadere, colui che aveva richiesto il parere all'imperatore non avesse indicato chiaramente i termini della controversia e, in particolare, l'esistenza e la portata di un valido incarico¹⁶⁷. Per questo motivo l'imperatore avrebbe garantito due *iudicia* alternativi dimostrando (la sua cancelleria), da una parte, comprensione degli sviluppi giurisprudenziali del suo tempo su una complessa sovrapposizione di due consolidati istituti classici¹⁶⁸ e, dall'altra e in connessione, la volontà di aumentare il più possibile il grado di protezione accordato affinché non vi fossero situazioni di fatto da cui si generassero questioni giuridiche sprovviste di alcuna tutela processuale per i soggetti coinvolti, consentendoci, in ultima analisi, di allonta-

chen Recht, in *Mélanges Cornil* 1, Paris 1926, 382, per il quale al *procurator omnium bonorum* faceva capo l'*actio negotiorum gestorum* e a quello *unius rei* l'*actio mandati*. Convincentemente, è stato dimostrato che – pur se con sviluppi diacronici non sempre facilmente ricostruibili – l'*actio negotiorum gestorum* nel rapporto tra *dominus* e *procurator omnium bonorum* è stata soggetta ad una parabola discendente: da unico *iudicium* per i giuristi del I secolo d.C., affiancata poi all'*actio mandati* (con l'ovvio vantaggio per l'attore di poter vedere tutelate anche situazioni di mancata gestione da parte del *procurator*), per arrivare ad Ulpiano per il quale soltanto l'*actio mandati* rilevava (vd. in dettaglio Finazzi, *Ricerche in tema di negotiorum gestio I*. cit. 215-277).

¹⁶⁶ Viceversa, espressioni come '*si is qui ... negotia gerebat*' (D. 17.1.50 [Cels. 38 dig.]) e '*procurator meus in negotia mea impensurus*' (D. 15.3.17 pr. [Afr. 8 quaest.]) sono state lette come riferimenti a *procuratores omnium bonorum* da Finazzi, *Ricerche in tema di negotiorum gestio I*. cit. 236, 240.

¹⁶⁷ Questa è una delle spiegazioni addotte da Finazzi, *Ricerche in tema di negotiorum gestio I*. cit. 275 per dimostrare la presenza delle due azioni in C. 3.32.8. Possiamo aggiungere che una controprova della bontà di questa ipotesi risiede nel fatto che B. 17.2.16 (p. 865, A III Sch.) conservi la duplice azione. Inoltre, non si deve dimenticare che il testo di C. 2.18(19).16, per come è tradito nel *Codex*, può aver subito un processo di 'massimazione' (secondo l'opinione di Volterra), depurato di elementi della fattispecie *de qua* (cfr. nt. 114).

¹⁶⁸ Si considerino, ad esempio, le esegesi di alcuni passi ulpiane (D. 17.1.6 [Ulp. 31 ad ed.]; D. 44.2.5 [Ulp. 74 ad ed.]; D. 14.3.1 [Ulp. 28 ad ed.]; D. 3.5.3.10 [Ulp. 10 ad ed.]) proposte da Finazzi, *Ricerche in tema di negotiorum gestio I*. cit. 252 ss. ove, in generale, vengono superati i numerosi sospetti interpolazionistici relativi all'inserimento della *negotiorum gestio* da parte dei compilatori.

nare lo spettro interpolazionistico che ha costantemente afflitto C. 2.18(19).16 ad appannaggio di una «genuinità sostanziale» della fonte¹⁶⁹.

IV. *Considerazioni conclusive*

Volendo riannodare le fila di questa ricerca su Treboniano Gallo, il suo regno – sul quale, va detto, la penuria di testimonianze e riferimenti domina – è stato considerato in letteratura come l'ultima eco dell'organizzazione politico-amministrativa severiana prima della crisi più profonda che si avrà con Gallieno¹⁷⁰; però, per un imperatore che *vix duobus annis cum Volusiano filio regnum obtinuit*¹⁷¹ e che non si spostò mai dall'Italia, la congerie di eventi che si susseguì fu notevole ed eterogenea, combinandosi fatalmente più piani emergenziali (sanitario, religioso e bellico), che hanno condizionato irrimediabilmente, in termini qualitativi e quantitativi, la politica 'attiva' e l'attività normativa dell'imperatore, che si trattasse di un'«istruzione di carattere amministrativo, decisione del caso con-

¹⁶⁹ Sui problemi sintattici e stilistici di C.2.18(19).16 cfr. *supra* nt. 155. L'espressione è utilizzata da Finazzi, *Ricerche in tema di negotiorum gestio I.* cit. 266 nt. 197 (li riguardava l'inciso 'nisi-habuit' di D. 15.3.3.4 [Ulp. 29 *ad ed.*]), che, peraltro, nell'ambito della sua accurata ricostruzione dell'istituto – si sofferma in modo cursorio anche sulla costituzione di Treboniano Gallo. In generale, valide sul punto le (talora caustiche) osservazioni di F. Zuccotti, *Diabolus Interpolator. Per un ritorno della romanistica ad una reale esegesi critica del testo*, in *LR.* 2, 2013, 141 ss., che invitava a reagire alla «ortodossia genuinista» che affliggerebbe il metodo di lavoro della romanistica contemporanea per cui «scartare un testo come corrotto viene invece percepito dai più come una sorta di spreco e di inutile rottamazione del passo, quasi una rinuncia dell'interprete ad un supposto suo compito di accettare e salvare qualsivoglia lacerto di quanto conservato dai giuristi classici» e a riflettere sulla nozione di «classicità sostanziale» di un passo, al quale *adde* G. Falcone, *L'esordio del commento ulpiano all'editto sui patti (D.2.14.1pr.) tra critica testuale e studio dei percorsi concettuali*, in *AUPA.* 53, 2009, 225, il quale opportunamente sottolinea che «giovarsi di una consultazione prudente e consapevole della produzione interpolazionistica (...) sempre più spesso accantonata dalla recente letteratura» poteva, eliminate le «illusioni demolitorie della genuinità dei testi, il più delle volte ingiustificate e indotte da improvvidi pregiudizi su ciò che poteva e ciò che non poteva considerarsi classico (...), stimolare rinnovate disamine dei testi e a provocare ipotesi di lettura ulteriori». Legge in C. 2.18(19).16 un impoverimento della qualità dogmatica Schnebelt, *Reskripte* cit. 198, affermando che «die Verfasser sachliche Kriterien und subtile Differenzierungen der klassischen Juristen übersehen haben».

¹⁷⁰ Questa è la scansione del periodo proposta da Johne, Hartmann, Gerhardt (a c. di), *Die Zeit der Soldatenkaiser* cit. 1027 ss.

¹⁷¹ Oros. 7.21.4. Per quanto riguarda la finestra temporale del suo regno, esso troverebbe inizio al momento dell'acclamazione da parte delle truppe nel giugno 251 e non dopo la seduta del Senato che prendeva atto della nomina, per via della prassi del retroagire il *dies imperii*, su cui vd. F. Milazzo, *Profili costituzionali del ruolo dei militari nella scelta del princeps dalla morte di Augusto all'avvento di Vespasiano*, Napoli 1989, 204 ss.

creto, o della norma legislativa»¹⁷², le tre tipologie di provvedimento cui, grosso modo, si è cercato di ricondurre le varie disposizioni che abbiamo individuato essere opera di Treboniano Gallo.

Recentemente definito «mediatore senza successo»¹⁷³ per via dell'effimero accordo concluso con i Goti, Treboniano Gallo pare applicare un tono di *medietas* tanto in politica militare, quanto in altre aree d'intervento: dimostrano ciò la probabile attenuazione delle misure anticristiane di Decio (che, non a caso, era indicato in alcune epigrafi come *restitutor sacrorum*)¹⁷⁴ e, in una certa misura, anche la reazione pragmatica al fenomeno epidemico.

Per quanto concerne la sua attività rescrittiva e i giudizi dati in letteratura¹⁷⁵, si può apprezzare – nonostante sia C. 2.18(19).16 sia C. 3.36.12 presentino una forma estremamente breve e siano incentrati su fattispecie e istituti giuridici non certo inediti – l'aderenza al caso concreto, la ragionevolezza, la conoscenza dei principi del diritto giurisprudenziale e il rigore nella loro applicazione: come se, al pari del suo regno, anche la sua attività normativa si stagli come uno degli ultimi baluardi dei principi classici consolidati prima di una fase di ben maggiore permeabilità ad elementi allogeni e ad esigenze semplificatrici e antiformalistiche¹⁷⁶, rendendo, quindi, la figura e l'operato di Treboniano Gallo, al pari di altri *Soldatenkaiser*, meritevoli di approfondimento¹⁷⁷.

Lorenzo Lanti
Università degli Studi di Milano
lorenzo.lanti@unimi.it

¹⁷² Volterra, *Il problema del testo* cit. 825 nt. 3.

¹⁷³ Fargnoli, *L'anarchia militare* cit. 42.

¹⁷⁴ *AE*. 2002, 00465.

¹⁷⁵ Vd. *Supra* III.

¹⁷⁶ Ad una conclusione nel senso della continuità della tradizione romana, nel rispetto delle linee e del concetto del diritto classico, era pervenuto già Amelotti, *Per l'interpretazione della legislazione* cit. 154 per quanto riguarda i rescritti di Diocleziano, nei quali soltanto in situazioni singolari che richiedevano particolari concessioni ci si poteva distaccare dal tentativo di susunzione del caso nelle categorie ben note alla cancelleria; successivamente, anche Schnebelt, *Reskripte* cit. 200 ss. pare giungere a simili risultati dall'esame complessivo della legislazione dei *Soldatenkaiser*. Per alcune considerazioni di sintesi sullo stato degli studi sulla legislazione del III secolo vd. U. Babusiaux, A. Kolb, *Das Recht der Soldatenkaiser – Problematik und Ergebnisse*, in *Das Recht der 'Soldatenkaiser'* cit. 1-11.

¹⁷⁷ Va in questa direzione, per quanto concerne l'attività legislativa imperiale, il PRIN 2022 *Per un 'Atlante' tematico del Codice di Giustiniano* (PI F. Botta), che si prefigge l'obiettivo di realizzare la schedatura di ogni costituzione (con particolare enfasi nella 'massimazione' del contenuto) presente nel Codice Giustiniano, di cui sono lieto di partecipare per la legislazione di Treboniano Gallo, Arcadio, Onorio e Teodosio II (sino al 423).

Interrogationes in iure: un'ipotetica estensione

1. Un testo di Gaio tratto dal IX libro di commento all'editto provinciale e collocato in D. 50.17.42¹ nel titolo attinente alle diverse regole del diritto antico, contiene una prescrizione relativa alla eventualità – riconosciuta a chi succeda ad un altro, ai fideiussori e agli eredi (questi ultimi, però, solo nella veste di convenuto) – di avere giusto motivo di ignorare che ciò che era stato richiesto fosse dovuto o meno. Tale possibilità sarebbe stata, però, esclusa quando fosse stato l'erede a proporre l'azione poiché chi agisce *certus esse debet*. L'attore, infatti, è tenuto ad una preventiva e diligente *exploratio* della *res*² prima di procedere all'azione e, naturalmente, potrebbe ottenere degli strumenti, per circostanziare la pretesa attraverso la formula, come – ad esempio e secondo i casi – una *prae-scriptio*, un *praeiudicium*, una *demonstratio*, una *interrogatio in iure*³.

Con riguardo alla possibilità di utilizzazione della *interrogatio in iure* mi sono chiesta se i casi raccolti nel libro XI dei *Digesta* di Giustiniano, al titolo I *De interrogationibus in iure faciendis et interrogatoriis actionibus* debbano essere considerati un *numerus clausus* oppure se l'espedito pretorio fosse suscettibile di applicazioni ulteriori. In particolare, ho cercato di valutare se anche il convenuto – qualora, ad esempio, fosse stato convocato in giudizio nella qualità di debitore ereditario – nell'approntare la sua difesa, e istruito dal magistrato, potesse giovare di quella che sarei incline a considerare come una facoltà⁴, allo scopo di precostituirsi delle cautele in vista dell'adempimento e di evitare di imbattersi in una situazione ambigua che avrebbe potuto arrecargli nocimento⁵.

¹ *Qui in alterius locum succedunt, iustam habent causam ignorantiae, an id quod peteretur deberetur. fideiussores quoque non minus quam heredes iustam ignorantiam possunt allegare. haec ita de herede dicta sunt, si cum eo agetur, non etiam si agat: nam plane qui agit, certus esse debet, cum sit in potestate eius, quando velit experiri, et ante debet rem diligenter explorare et tunc ad agendum procedere.* Nella ricostruzione leneliana il libro IX è intitolato *Si certum petetur*, frammento L. 204.

² Qui è dubbio se con *res* si intenda il 'debito', 'quanto sia dovuto' – stando al tenore del testo – oppure, con maggiore probabilità, i 'fatti da esaminare', 'come stanno le cose'.

³ Tali clausole potevano rivelarsi necessarie, secondo le esigenze della singola controversia, per una più compiuta individuazione/definizione del *thema decidendum*, ad esempio, per evitare il rischio di pretese non ancora esigibili, per accertare lo *status* di una persona, per spiegare e specificare i termini della questione, per acquisire informazioni, solitamente sulla legittimazione passiva.

⁴ Tale la considerava, ad esempio, E. Betti, *Le 'actiones ex responsione in iure' del processo civile romano*, in *Atti della Reale Accademia delle Scienze di Torino* 50, Torino 1914-1915, 391.

⁵ Cfr. *infra* §§ 2a. e 2b.

Quest'ultima domanda è stata sollecitata dalla lettura della fattispecie contemplata in D. 46.3.36⁶ (Iul. 1 *ad Urs. Fer.*). Nel testo si descrive il fatto relativo ad un figlio che alla morte del *pater*, la cui moglie era incinta, chiede l'adempimento di tutto ciò che era dovuto al padre; la narrazione prosegue con la disputa tra i *quidam* che reputano non si fosse consumata alcuna azione e il figlio avesse bene agito, qualora non fosse nato nessuno, in quanto unico erede, e Giuliano che precisa essere più giusto che il figlio avesse perso quella parte in relazione alla quale era erede prima che fosse certo che nessuno nascesse, quindi la quarta o la sesta, poiché potevano nascere tre o sei figli.

Tralasciando le numerose questioni⁷ che emergono dal testo, mi chiedo: una *interrogatio an heres vel quota ex parte sit*⁸ poteva essere concessa al debitore ereditario, convenuto dall'erede (o coerede) del *de cuius* creditore, per la richiesta dell'intero debito al fine di accertare se quest'ultimo dovesse essere effettivamente adempiuto a lui *in solidum*?

Benché si possa presumere, oltre ad un identico dovere di diligenza del debitore ereditario nel rappresentare la questione dal suo punto di vista, anche una sua corrispondente prerogativa nel predisporre la difesa con strumenti analoghi a quelli che gli sarebbero spettati se avesse rivestito la posizione di creditore

⁶ *Si pater meus praegnante uxore relicta decesserit et ex causa hereditaria totum hoc, quod patri meo debitum fuisset, petissem, nihil me consumpsisse quidam existimant: si nemo natus sit, recte me egisse, quia in rerum natura verum fuisset me solum heredem fuisse. Iulianus notat: verius est me eam partem perdidisse, pro qua heres fuisset, antequam certum fuisset neminem nasci, aut quartam partem, quia tres nasci potuerunt, aut sextam, quia quinque: nam et Aristoteles scripsit quinque nasci posse, quia vulvae mulierum totidem receptacula habere possunt: et esse mulierem Romae Alexandrinam ab Aegypto, quae quinque simul peperit et tum habebat incolumes, et hoc et in Aegypto adfirmatum est mihi.* Un'ampia lettura critica del frammento è stata approntata, nella sua ultima monografia, da L. Parenti, *Urseius Ferox 1. Materiali per una palingenesi*, Lecce 2023, 151 ss.

⁷ Sono state prese in esame *funditus* da Parenti, *Urseius Ferox 1* cit. 151 ss. e *passim*, al quale si rinvia (al di là della cospicua serie di fonti e della letteratura analizzate) per l'acribica puntualizzazione del parere dei *quidam*, della *sententia* di Urseio e dell'annotazione di quest'ultima da parte di Giuliano.

⁸ Secondo C. Sanfilippo, *Interrogatio in iure. Profilo storico*, in *Il Circolo Giuridico* 10, Palermo 1939, ora in *Scritti Jovene*, Napoli 1954, 637 e nt. 19, l'*interrogatio* non si articolava in due autonome interrogazioni 1) *an heres sit* e 2) *quota ex parte heres sit* ma in «una sola ed unica interrogazione, di cui le due domande ora riportate non sono altro che i due membri disgiuntivi: '*an heres (ex asse) vel quota ex parte sit*'. L'attore, cioè, interrogava il convenuto per sapere se fosse erede per l'intero (*heres*), o viceversa lo fosse solo per una parte, e quale». L'equivalenza tra *heres* ed *heres ex asse* sarebbe provata da D. 11.1.9.5 (Ulp. 22 *ad ed.* = L. 660): *Qui interrogatus heredem se responderit nec adiecerit ex qua parte, ex asse respondisse dicendum est, nisi forte ita interrogetur, an ex dimidia parte heres sit, et responderit 'heres sum': hic enim magis eum putato ad interrogatum respondisse.* Sul punto v. anche *ivi*, 639 s., 641 ss. e *infra* nt. 9.

ereditario, a tale interrogativo non è semplice attribuire una risposta con sufficiente margine di attendibilità, almeno stando alla casistica contemplata nel titolo I del libro XI dei *Digesta* che non consente di risolvere testualmente il dubbio⁹ perché nella *sedes materiae* giustiniana sono raccolte principalmente ipotesi in cui ad essere convenuto in giudizio dai creditori ereditari è l'erede debitore al quale i primi, autorizzati dal pretore, rivolgevano l'interrogatorio 'se fosse l'erede ed eventualmente per quale quota'¹⁰.

Le altre ipotesi, documentate, di *interrogatio* previste dall'editto erano quella *an servus in eius potestate sit* o *an servus eius sit*¹¹ in relazione alla legittimazione passiva all'azione nossale¹², quella in tema di *actio de pauperie* per i danni causati da animali e quella relativa alla *cautio damni infecti*. Gli altri, pochi, casi di *interrogationes* che ci sono pervenuti, costituiscono, secondo certa parte della dottrina, il risultato di estensioni di epoca tarda se non addirittura giustiniana.

In tutte le fattispecie rappresentate nel titolo I del libro XI, quindi, il quesito investe chi sia il titolare di un'obbligazione – e, nel caso dell'erede, in che misura – ma, nell'eventualità che si prospetta, sollecitata dalla lettura di D. 46.3.36, si tratterebbe, invece, da parte del debitore ereditario convenuto, di identificare se chi intende escuterlo per l'intero debito, sia erede unico – o se esistano altri eredi – del credito ereditario, e dunque di accertare, questa volta, i presupposti della legittimazione attiva per individuare chi sia il titolare del diritto e per quale parte¹³.

Appare un po' singolare che non siano stati previsti (ma probabilmente non sono giunti fino a noi) ampliamenti della casistica originaria, occasionati da richiesta della parte, consentiti e realizzati ad opera della giurisprudenza – e naturalmente ammessi dal magistrato – che ben avrebbe potuto suggerire l'adozione del modello, paradigmatico, come si vedrà, dell'*interrogatio an heres vel quota ex parte sit* anche su richiesta del debitore ereditario nei confronti dell'erede del creditore per stabilire – defunto il *de cuius*, creditore originario – se il primo

⁹ Com'è noto l'*interrogatio in iure* non aveva una disciplina generale e anche le fonti in nostro possesso non presentano una trattazione unitaria; scorrendo, infatti, i ventidue frammenti raccolti nel titolo I dell'undicesimo libro dei *Digesta* non c'è traccia, e nemmeno vaga reminiscenza, di un modello organico e complessivo di *interrogatio*.

¹⁰ È questo probabilmente il caso più antico, e più importante, di *interrogatio*, contenuto peraltro nell'Editto del pretore, v. O. Lenel, *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, Leipzig 1927³, rist. 1985, § 53, 145 ss., che riferisce l'interrogazione in forma unitaria '*an heres vel quota ex parte sit*'.

¹¹ Lenel, *EP*³ cit. § 58.

¹² Lenel, *EP*³ cit. 160 s. ed nt. 2. Sospetta che l'istituto non possa essere applicato alle azioni nossali, H.-D. Spengler, *Studien zur interrogatio in iure*, München 1994, 84 s., 87 s.

¹³ La richiesta, in tal caso, verte sullo *status* dell'attore, quindi sulla sua qualità di *heres* unico o di coerede e, di conseguenza, sull'ammontare del credito ereditario a lui spettante.

avesse o meno dovuto adempiere il suo debito per l'intero al creditore ereditario che lo avesse escusso e, nell'ipotesi non si dichiarasse erede universale, per quale quota¹⁴. Naturalmente, ma in via informale, resta inteso che le parti avrebbero potuto rivolgersi reciproche domande per specificare sia i punti acclarati che quelli controversi della questione¹⁵.

2. Non si approdò ad una categoria unitaria¹⁶ di *interrogatio*¹⁷ ma, posto che

¹⁴ Per vero un caso di *interrogatio an creditor sit* pare essere indicato in D. 39.5.29 (Pap. 10 resp.). Analizzo il frammento *infra* al § 3.

¹⁵ Quindi, al di là dello strumento 'formalizzato' costituito dalla *interrogatio*, nulla avrebbe impedito, nel corso di una libera discussione, la precisazione dei contenuti delle reciproche posizioni, il porsi domande su argomenti ambigui, senza la preoccupazione di utilizzare un linguaggio tecnico o formule convenzionali, benché questo avrebbe comportato una diversa e meno incisiva valenza dei risultati conseguiti.

¹⁶ Sembra alludervi un testo escerpito dal XXII libro *ad edictum* di Ulpiano = L. 664, D. 11.1.21, *Ubicumque iudicem aequitas moverit, aequae oportere fieri interrogationem dubium non est*, ma dubito della sua classicità sia per il tenore generalizzante dell'intera enunciazione che finisce per snaturare la configurazione originaria dell'*interrogatio* rendendola suscettibile di applicazioni incontrollabili ed arbitrarie, sia per l'inappropriato riferimento al *iudex*, e non al *praetor* (unico soggetto che nella fase *in iure* può autorizzarla) dando luogo, così, ad un fraintendimento perché finisce per degradare la funzione dell'*interrogatio* di «accertamento di un presupposto necessario per la concessione di un mezzo processuale (*formula*, interdetto, *cautio*, ecc.)» (Sanfilippo, *Interrogatio in iure* cit. 678 s.) a strumento probatorio di cui il funzionario-giudice può liberamente servirsi, cosa che avverrà nel processo giustiniano quando la *cognitio extra ordinem* soppianderà definitivamente il processo formulare. Conferma a tale interpretazione è data dal riferimento all'*aequitas*, che, nell'affermazione riportata, non è certamente quella cui si ispirava il pretore attraverso la quale integrava e correggeva il *ius civile*, ma sembra piuttosto somigliare a quella che orientava l'imperatore, o il suo delegato (spesso confusa con il *ius naturale*) che si concretava in *humanitas*, *pietas*, *benignitas* e *caritas*, dando sovente luogo a soluzioni discutibili se non capricciose o autocratiche. Sanfilippo, *Interrogatio in iure* cit. 644, nel ribadire senza dubbio la natura compilatoria del frammento aggiunge che «non è improbabile la congettura che l'originale ulpiano si riferisse alla sola interrogazione ereditaria, ammettendone l'estensione a domande diverse da quella rivolta ad evitare la *pluris petitio*».

¹⁷ Già G. Demelius, *Die Confessio im römischen Civil-Process und das gerichtliche Geständniss der neuesten Processgesetzgebung. Juristische Untersuchung*, Graz 1880, 234 ss., era giunto alla determinazione della impossibilità di una costruzione unitaria anche perché la *ratio* dell'istituto non avrebbe potuto essere limitata all'agevolazione della individuazione della legittimazione passiva del convenuto, prova che, peraltro, non era sicuro potersi raggiungere con l'*interrogatio*. A prescindere dall'atteggiamento squisitamente romano di evitare la *reductio ad unum* degli istituti, Sanfilippo, *Interrogatio in iure* cit. 632, riprendendo la *pars destruens* di Demelius, ritiene che «se si considerano le varie conseguenze che la *interrogatio* può produrre, risulta evidente che esse non possono ridursi ad una concettuale unità. Né una concezione organica dell'istituto avrebbero avuto i giuristi classici, come sarebbe provato principalmente dal fatto che le sue varie applicazioni sono trattate separatamente e in diversi libri dei commentari *ad edictum*, il che autorizza anche a supporre che esse fossero disciplinate in diverse rubriche edittali» e dimostra effi-

alcune tra le ragioni che ispirarono il ricorso alle *interrogationes* presentano dei consistenti spunti di analogia, anche a ruoli processuali invertiti (o meglio, quando a chiedere l'accertamento fosse stato il debitore ereditario), e cioè, nel nostro caso – al di là delle fisiologiche e non trascurabili motivazioni connesse ad esigenze di agilità processuale – sostenere il convenuto nella difficoltà sulla individuazione della legittimazione attiva, cioè del creditore/dei creditori ereditari, è possibile che progressivamente siano state configurate altre ipotesi sebbene non documentate; come, d'altronde, è parimenti probabile che altre ipotesi di *interrogationes* si resero opportune a fronte di giustificazioni diverse da quelle già riconosciute e che, tuttavia, avrebbero meritato considerazione¹⁸.

Una lettura più approfondita della ricostruzione di Sanfilippo rispetto alla configurazione della *interrogatio* – in particolar modo della *interrogatio* ereditaria¹⁹ – nella sua struttura tecnico-giuridica e nelle sue funzioni mi ha stimolato delle riflessioni in ordine al problema che ho rappresentato.

2a. Partiamo dalla prima. Nel ribadire ed avvalorare in più luoghi del suo saggio l'inesistenza nell'Editto giuliano di una rubrica di carattere generale '*de interrogationibus in iure faciendis*'²⁰, lo studioso palermitano²¹, seguendo

cacemente (p. 647 e *passim*) che il titolo I del libro undicesimo dei *Digesta*, '*de interrogationibus in iure faciendis et interrogatoriis actionibus*' è interpolato, «i compilatori introducono appunto l'enunciazione di questa funzione generale, probatoria, assunta dall'istituto nel diritto giustiniano», e che «l'editto giuliano non conteneva una rubrica generale '*de interrogationibus*', ma riferiva le singole disposizioni edittali a proposito dei vari mezzi processuali cui si applicava l'*interrogatio*» (p. 648).

¹⁸ Non ritengo che la casistica contemplata nel titolo I del libro XI sia esaustiva di tutte le possibili applicazioni dell'*interrogatio*; l'estensione ad altre fattispecie dovette realizzarsi non solo allorché fosse rintracciabile un'analogia *ratio* rispetto alle ipotesi già previste ma anche quando si isolarono ulteriori casi sorretti da motivazioni diverse da quelle originarie e parimenti reputate degne di tutela.

¹⁹ D. 11.1.1 pr. (Call. 2 ed. mon. = L. 53): *Totiens heres in iure interrogandus est, qua ex parte heres sit, quotiens adversus eum actio instituitur et dubitat actor, qua ex parte is, cum quo agere velit, heres sit. est autem interrogatio tunc necessaria, cum in personam sit actio et ita, si certum petetur, ne, dum ignoret actor, qua ex parte adversarius defuncto heres exstiterit, interdum plus petendo aliquid damni sentiat*. «Il caso fondamentale di *interrogatio*, assolutamente predominante nella '*sedes materiae*' (D. 11.1) è quello '*an heres vel quota ex parte sit*'. E non senza ragione esso è ricordato come ipotesi fondamentale nel primo fr. del nostro titolo», cfr. Sanfilippo, *Interrogatio in iure* cit. 636.

²⁰ L'Editto giuliano «non poteva conoscerla, data l'essenza dell'istituto, mirante, come vedremo subito, a conseguire singoli scopi nei singoli casi; trattava, viceversa, delle singole ipotesi di interrogazione, incidentalmente, in seno alla esposizione dei singoli mezzi processuali cui era applicata l'*interrogatio*», Sanfilippo, *Interrogatio in iure* cit. 647, ma v. anche *supra* nt. 16.

²¹ Nasce a Palermo (dove si laurea ventenne in Giurisprudenza) nel 1911 ma, dopo un iniziale periodo camerte, com'è noto svolge la sua luminosa carriera accademica all'Università degli Studi di Catania di cui è stato Rettore dal 1950 al 1974.

una felice intuizione del Riccobono²², istituisce un parallelo tra l'*interrogatio in iure* e la *stipulatio*. Quindi, dopo aver constatato l'eterogeneità della funzione dell'*interrogatio*' e riferito molteplici esempi del suo assunto²³, si concentra sul-

²² Nel suo celebre studio, S. Riccobono, *La dottrina delle 'obligationes quasi ex contractu'*, in *AUPA*. 3-4, 1917, 262-318, partendo dall'esegesi di D. 44.7.1 pr. che lo conduce ad «affermare che la tripartizione gaiana delle fonti delle obbligazioni non è opera di mera speculazione né di falsificazione bizantina; ma bensì una delle più pure ed impellenti conseguenze dell'assestamento teorico compiuto dalla giurisprudenza in questo territorio verso la fine del primo secolo e il principio del secondo» (p. 295), in ordine alle obbligazioni '*quasi ex contractu*' e '*quasi ex delicto*' ritiene che «non si può dubitare che i classici abbiano riconosciuto per singoli rapporti obbligatori l'analogia a determinati tipi di contratti o di delitti sulla base or di elementi sostanziali or esclusivamente della identità della formula che si applicava ai medesimi», indicando come esempio la gestione di affari altrui impostata sull'analogia con rapporti contrattuali come il *mandatum* (p. 295), e che «l'analogia ha, invero, nel campo del diritto un grande valore, sia ai fini dell'interpretazione, sia ai fini della costruzione teorica, perché, nella infinita varietà dei casi e dei fatti della vita essa supplisce la norma espressa della legge, e soprattutto rende possibile la determinazione di principi generali e quindi la formazione di un sistema di diritto completo» (p. 296) ed, infine, che esemplare per la figura del quasi contratto è l'*interrogatio in iure* «per cui il convenuto a domanda dell'attore afferma o nega l'esistenza d'un rapporto reale o di '*potestas*' su beni ... da cui scaturisce l'obbligazione. La '*responsio*' affermativa vale come dichiarazione formale di volontà, idonea a stabilire la legittimazione passiva di determinate azioni», «qui è sicuro che il vincolo obbligatorio, che consiste nell'assunzione di responsabilità, non deriva dall'esistenza del rapporto di dominio o di '*potestas*', e nemmeno da un contratto, ma dall'*interrogatio*' e dalla '*responsio in iure*', che i giuristi costruiscono come un'obbligazione quasi da contratto» (p. 296 s.); «ciò significa che la legittimazione passiva dell'*actio*' è divenuta certa e indiscutibile, con tutti i suoi effetti, in forza della risposta del convenuto; il quale perciò '*ex sua responsione convenitur*', come se fosse obbligato '*ex stipulatu*'. L'analogia col contratto, in questo caso, è data da tutti gli elementi esteriori della '*interrogatio*', la quale, meno la solennità, imita perfettamente la '*stipulatio*'; onde ben poté dirsi che l'obbligazione deriva '*quasi ex contractu*'; e non è improbabile, come io ritengo, che il testo ulpiano D. 11.1.11.9 (Ulp. 22 ad ed.): '*Qui interrogatus responderit, sic tenetur quasi ex contractu obligatus*' dicesse addirittura: '*quasi ex stipulatu*'» (p. 297). La rigorosa ricostruzione di Riccobono presenta notevoli aspetti di persuasività ma non mi trova concorde sul punto della mancanza della solennità nella *interrogatio in iure*, della quale, invece, è convinto Sanfilippo.

²³ Sulla funzione ritornerò *infra* § 2b. La molteplicità delle funzioni della *interrogatio* si evince dai singoli casi di applicazione. Una esemplificazione degli scopi la troviamo in D. 11.1.9. 6-7 (Ulp. 22 ad ed. = L. 542): *Illud quaeritur, an quis cogatur respondere, utrum ex testamento heres sit, et utrum suo nomine ei quaesita sit hereditas an per eos quos suo iuri subiectos habet vel per eum cui heres exitit. summam igitur praetor cognoscere debet, cum quaeratur, an quis respondere debeat, quo iure heres sit, ut, si valde interesse compererit, plenius responderi iubeat. quae optinere debent non solum in heredibus, sed etiam in honorariis successoribus. 7. Denique Iulianus scribit eum quoque, cui est hereditas restituta, debere in iure interrogatum respondere, an ei hereditas sit restituta*. Sanfilippo, *Interrogatio in iure* cit. 649, reputa il testo sostanzialmente genuino e non esaustivo dei vari scopi che si potevano perseguire: «altri eventuali fini potevano proporsi le parti, e su di essi svolgere i pretori una preventiva *cognitio* per valutarne l'opportunità» (p. 651). Dobbiamo in aggiunta rilevare che Sanfilippo riscontra una duplice, diversa funzione anche all'interno dell'*interrogatio* nossale (651 ss., 656 s.), nell'*interrogatio* relativa all'*actio de pauperie* (657) e in quella inerente alla *cautio damni infecti* (657 s.).

la sua struttura – concepita, invece, come unitaria – che poggia sul medesimo schema *interrogatio/responsio* tipico della *stipulatio*. Dal più importante negozio verbale l'*interrogatio* mutua anche le caratteristiche: la formalità dello scambio domanda-risposta per cui da quest'ultima deriva il *teneri*²⁴ dell'interrogato anche quando non fosse veritiera; la congruenza della *responsio* dell'interrogato alla *interrogatio*²⁵; lo scambio domanda/risposta che interviene esclusivamente tra le due parti²⁶ e l'interrogazione che esplica efficacia solo *inter partes*²⁷.

Già nel 1915 Emilio Betti aveva inquadrato la *responsio* alla *interrogatio in iure* come un «negozio processuale preliminare alla *litiscontestatio*»²⁸ e rin-

²⁴ «Dalla *responsio in iure*, che ha la sua fonte nell'editto pretorio, deriva un *teneri*, che è analogo all'*obligari* derivante da un *contractus* civile (es.: *ex stipulatu*)», cfr. Sanfilippo, *Interrogatio in iure* cit. 664. Dal carattere formale dello scambio domanda/risposta inferisce anche che la prima «vincola chi la emette, malgrado l'esistenza di qualche fatto che, *iure praetorio*, escluderebbe l'azione» (p. 670), cfr. D. 11.1.12 pr. (Paul. 17 *ad ed.* = L. 271) e che «la *responsio*, una volta data, non si può più ritrattare» (p. 676), contrariamente a quanto si evince da D. 11.1.11.12 (Ulp. 22 *ad ed.* = L. 663) fortemente sospettato di intervento compilatorio. Sembrano dissentire dall'impostazione di Sanfilippo, principalmente rispetto alla natura formale sia della *interrogatio* che della *responsio*, M. Kaser, K. Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1996: «Da – entgegen der Bezeichnung – keine ausdrückliche Frage vorausgesetzt wird, kann die Initiative vom Kläger oder vom Prätor ausgehen. Auch die Antwort des Beklagten ist an keine Form gebunden, doch muß sie eindeutig sein» (p. 253).

²⁵ Una testimonianza della corrispondenza tra domanda e risposta è rinvenibile in D. 11.1.11.5 (Ulp. 22 *ad ed.* = L. 662): *Quod autem ait praetor 'omnino non respondisse', posteriores sic exceperunt, ut omnino non respondisse videatur, qui ad interrogatum non respondit, id est πρὸς ἕπος; e*, nel già riportato *supra* ad altro scopo in nt. 8, D. 11.1.9.5 (Ulp. 22 *ad ed.* = L. 660): *Qui interrogatus heredem se responderit nec adiecerit ex qua parte, ex asse respondisse dicendum est, nisi forte ita interrogetur, an ex dimidia parte heres sit, et responderit 'heres sum': hic enim magis eum puto ad interrogatum respondisse; in entrambi i frammenti è utilizzata l'espressione tecnica 'ad interrogatum respondere'.*

²⁶ «Interrogante non è il pretore, ma l'interessato. Il pretore svolge anche nel nostro istituto quella funzione generale che egli esplica *in iure*: dirige e regola l'attività processuale delle parti, e, come nella formazione della *litis contestatio*, imprime il suggello pubblicistico alla natura contrattuale dell'atto», cfr. Sanfilippo, *Interrogatio in iure* cit. 665.

²⁷ Infatti, come si evince da D. 11.1.22 (Scaev. 4 *dig.* = L. 13) (*Procuratore Caesaris ob debitum fiscale interrogante unus ex filiis, qui nec bonorum possessionem acceperat nec heres erat, respondit se heredem esse: an quasi interrogatoria creditoribus ceteris teneatur? respondit ab his, qui in iure non interrogassent, ex responso suo conveniri non posse*), «interrogante è la controparte (*Proc. Caes.*); gli altri creditori dovrebbero rinnovare l'*interrogatio* per proprio conto. Se invece l'*interrogatio* fosse stata proposta dal magistrato, la risposta a lui diretta sarebbe stata acquisita al processo, e avrebbe potuto essere invocata anche dagli altri creditori», cfr. Sanfilippo, *Interrogatio in iure* cit. 667.

²⁸ Betti, *Le 'actiones ex responsione in iure'* cit. 390: «La *responsio* affermativa ha effetto giuridico quale dichiarazione formale di volontà, a prescindere dal fatto se essa corrisponda o non corrisponda alla realtà effettiva: la posizione giuridica confessata deve – in quanto confessata – valere senz'altro come certa pel *iudex* della *formula ex responsione*, come indiscutibile per la

venuto la finalità dell'istituto pretorio nel favorire una maggiore speditezza del processo²⁹ poiché avrebbe sollevato l'attore dall'onere di provare il presupposto della legittimazione passiva; la sua indagine si era poi polarizzata essenzialmente sulla costruzione della formula pretoria che nelle *actiones ex responsione in iure* si concreta in una modificazione della *intentio iuris civilis* attraverso una *fictio*³⁰.

A mio avviso, la struttura unica, e formale, per tutti i casi di *interrogationes* a noi noti e l'eterogeneità³¹ delle funzioni ad esse collegate possono suggerire delle considerazioni che, se pure non risolutorie rispetto al problema che mi sono posta, inducono a ritenere l'inesistenza di una preclusione all'applicazione dello strumento anche in ipotesi diverse da quelle che ci sono pervenute. Naturalmente resta fuori dal discorso l'*interrogatio*, ormai informale e generalizzata, del periodo in cui la procedura formulare verrà soppiantata dalla *cognitio extra ordinem*, quando l'istituto viene ridotto nella posizione di mezzo di prova ed utilizzato liberamente dal funzionario-giudice.

In via preliminare, però, credo sia opportuno sottolineare che proprio l'insistenza di un presunto editto di carattere generale³² intitolato all'istituto *de quo*, considerato come categoria univoca, lascia intendere che esso potesse essere adottato in situazioni processuali differenti.

Passando all'esame dello schema attraverso il quale lo strumento era utilizzato, esso risulta del tutto speculare alla *stipulatio*³³, come si evince da D.

parte confessa. Tutt'al più il *reus* può contestare l'esistenza o la validità della *responsio* stessa: soltanto per questa via indiretta egli può impugnarne il contenuto» (p. 392).

²⁹ Betti, *Le 'actiones ex responsione in iure'* cit. 392.

³⁰ Betti, *Le 'actiones ex responsione in iure'* cit. 389; sulla duplice possibilità che il pretore – per realizzare la responsabilità processuale *ex responsione* – aveva di utilizzare una *conceptio in factum* della formula o una *fictio* di quel punto pregiudiziale, Betti ritiene che «la più verosimile è che la *intentio* della f.^{la} *ex responsione* fosse *ficticia*: ciò già per un motivo di economia formolare, importando la *fictio* una modificazione della f.^{la} normale molto più lieve che la *conceptio in factum*» (pp. 395 ss. e *passim*).

³¹ V. *supra* nt. 23.

³² V. *supra* nt. 20.

³³ La corrispondenza è negata da G. Pugliese, *Il processo formulare 2. Lezioni dell'anno accademico 1948-1949*, Torino 1950, 80 s., ma gli argomenti su cui poggia la critica non sono persuasivi, «è da osservare che l'*interrogatio* non pare affatto un negozio formale, che i suoi effetti sono di natura nettamente processuale (onde l'assimilazione, che pure è stata fatta, alla *stipulatio* non regge) e che nulla impedisce di supporre che, come spettava al pretore costringere o meno il convenuto a rispondere (Ulp. D. 11.1.9.6), così egli stesso, su richiesta dell'attore, potesse rivolgere la domanda al convenuto». Nemmeno convince la deduzione svolta sulla base di D. 11.1.9 pr. (Ulp. 22 *ad ed.* = L. 660: *Si sine interrogatione quis responderit se heredem, pro interrogatur habetur*) «del resto, si verificavano alcuni effetti dell'*interrogatio* persino in mancanza di una domanda», perché mi pare che in questo caso si intendano parificare gli effetti di una confessione a quelli dell'interrogatorio.

11.1.11.9 (Ulp. 22 *ad ed.* = L. 663)³⁴:

Qui interrogatus responderit, sic tenetur quasi ex contractu obligatus pro quo pulsabitur, dum ab adversario interrogatur: sed et si a praetore fuerit interrogatus, nihil facit praetoris auctoritas, sed ipsius responsum sive mendacium.

Il parallelismo con il modello della *stipulatio* non solo risulta evidente ma deliberatamente spiegato³⁵; l'impianto verbale *interrogatio-responsio* è inequivocabilmente rispettato e, così, come dal contratto (verbale) scaturisce l'*obligatio*, la *responsio* genera un corrispondente *teneri* perché l'*interrogatio* ha la sua fonte nell'autorizzazione del pretore.

Se poi, si riguarda la simmetria dalla prospettiva del negozio *stipulatio* che si materializza nello scambio verbale domanda-risposta, e quindi in un interrogatorio, può apprezzarsi l'intreccio tra strutture negoziali e processuali che non era affatto insolito nella *mens* giuridica romana, anzi costituiva la struttura portante del diritto privato³⁶; del resto, basti pensare ad un esempio opposto, emblematico, di un processo fittizio, quello della *in iure cessio*, che non aveva lo scopo di dirimere una lite bensì quello di perseguire la finalità negoziale del trasferimento del *dominium*.

Com'è noto, proprio la solennità e l'astrattezza, da un lato, della *stipulatio*³⁷ – che, almeno fino all'epoca tardo – repubblicana e classica, con gli strumenti della dogmatica moderna, può essere inquadrata come mero atto giuridico – e la

³⁴ Sul frammento v. anche *supra* nt. 22. Non si può non concordare con le osservazioni e l'esegesi di Sanfilippo, *Interrogatio in iure* cit. 664: «La dottrina, anche recente, si è lasciata trarre in errore dall'espressione '*quasi ex contractu*', intendendola nel senso che essa assume nella compilazione giustiniana, e cioè come categoria generale di fonti delle obbligazioni, inquadrata nella nota quadripartizione bizantina; col risultato che l'intero passo dovrebbe considerarsi opera dei compilatori. Se invece il testo si traduce letteralmente, intendendo il termine '*contractus*' non come 'accordo, convenzione', ma, secondo il suo significato originario, come vincolo obbiettivo discendente da un negozio formale, l'espressione ulpiana perde il significato sospetto di obbligazione derivante da 'quasi-contratto', e ne acquista uno perfettamente ortodosso dal punto di vista sostanziale e rigorosamente tecnico dal punto di vista terminologico».

³⁵ L'espressione '*sic tenetur quasi ex contractu obligatus pro quo pulsabitur*' va proprio ad esplicitare la natura e gli effetti che scaturiscono dalla *interrogatio-responsio* menzionata immediatamente prima, all'inizio del § 9: dallo schema domanda-risposta, perentorio e formale, sorge un vincolo al pari di quello che deriva dal contratto verbale (*stipulatio*) alla quale il primo è assimilato; il '*quasi*' assume, infatti, proprio il valore di 'come se'.

³⁶ Nell'*incipit* del suo illuminante lavoro, L. Lombardi Vallauri, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano 1967, 1, spiega che «con diritto privato va intesa, per Roma, la dinamica unità formata dal diritto materiale e dal diritto processuale (sarebbe forse meglio dire, romanamente, 'azionale'), che non si prestano ad essere capiti e studiati indipendentemente l'uno dall'altro».

³⁷ V. Gai 3.92-109; 4.17a, sulla giuridicizzazione della *stipulatio* attraverso l'introduzione della *legis actio per iudicis postulationem* introdotta dalle XII Tavole.

duttilità e la semplicità che ne conseguono, dall'altro, consentono di accogliere all'interno dello schema qualsivoglia contenuto obbligatorio. In virtù dell'agilità del modello '*stipulatio*', una serie cospicua di relazioni apprezzabili solo sotto il profilo sociale, commerciale, familiare acquisirono rilevanza giuridica³⁸.

Sotto il profilo della struttura tecnico-giuridica dell'*interrogatio* non mi pare sussistano motivi che avrebbero potuto impedirne l'applicabilità ad altre eventualità come quella, che si può ipotizzare dalla lettura di D. 46.3.36³⁹, del debitore ereditario escusso dal creditore, erede del *de cuius*, per l'adempimento *in toto* del suo debito. Il frammento, per vero, non menziona nemmeno il debitore ereditario perché i problemi discussi sono incentrati esclusivamente sul lato dell'erede del *de cuius*: la consumazione dell'azione, la *pluris petitio*, l'eventuale nascita di un figlio. Tuttavia, mi è parso opportuno riguardare il caso anche dalla prospettiva del debitore ereditario che legittimamente avrebbe potuto porsi il problema della effettiva qualità di *heres*, e/o della quota di cui fosse titolare e richiedere pertanto l'*interrogatio in iure*, di chi lo avesse escusso.

Emerge, invece, con tutta evidenza, la posizione del debitore ereditario e in una situazione che presenta analogie con quella considerata, da un testo tratto dal sessantasettesimo commentario all'editto di Ulpiano, D. 5.3.42 (Ulp. 67 *ad ed.* = L. 1462):

Si debitor hereditarius non ideo nolit solvere, quod se dicat heredem, sed ideo quod neget aut dubitet, an hereditas pertineat ad eum qui petit hereditatem, non tenetur hereditatis petitione.

Nella fattispecie descritta la ragione del non voler procedere all'adempimento da parte del debitore ereditario non risiede nell'affermarsi egli stesso erede bensì nel negare o dubitare della qualità di erede di chi esercita l'*hereditatis petitio*. Ad ogni modo, l'ipotesi prospettata nel testo lascia intendere che il problema del dubbio del debitore ereditario sul destinatario, creditore ereditario, del suo adempimento era stato preso in considerazione. Ebbene, anche in questo caso il ricorso all'*interrogatio* si sarebbe rivelato quanto mai utile e nell'interesse di entrambe le parti.

Non è accidentale, a mio avviso, che nella ricostruzione leneliana il frammento preso in esame precede, nel libro 67° del commentario *ad edictum* ulpiano, il caso, rubricato *Pro possessore possidet*, in cui compare evidente il

³⁸ La struttura formale della *stipulatio*, infatti, consentiva di far confluire nella *verborum obligatio* l'assetto d'interessi divisato dalle parti e scaturente dalla *conventio*.

³⁹ Troviamo fattispecie simili a quella discussa nel frammento dove gli elementi fondamentali sono costituiti da un *de cuius* che muore lasciando la moglie incinta, un solo figlio esistente ed un credito ereditario, anche in D. 5.1.28.5 (Paul. 17 *ad Plaut.*) ed in D. 5.4.3 (Paul. 17 *ad Plaut.*).

ricorso ad un interrogatorio formale⁴⁰:

qui interrogatus cur possideat, responsurus sit 'quia possideo' nec contendet se heredem vel per mendacium.

2b. Allo stesso modo secondo cui l'*interrogatio* non integrava una categoria di carattere generale e unitario, parimenti essa non era nata per realizzare un'unica, generica funzione. Il caso più antico e, come visto, in qualche modo paradigmatico anche perché più ricorrente, di *interrogatio*, quella '*an heres vel quota ex parte sit*', doveva assolvere allo scopo di determinare la quota ereditaria ed eludere il rischio della *pluris petitio*⁴¹.

Sanfilippo critica certa dottrina tradizionale⁴² che ravvisa la finalità dell'*interrogatio* nella verifica della «legittimazione passiva all'azione, la cui prova sarebbe riuscita di eccessiva difficoltà all'attore»⁴³. Non credo, con lo studioso, che l'*interrogatio* possa essere considerata a rigore uno strumento probatorio poiché se aderissimo a questa configurazione finiremmo per snaturare l'essenza della fase *in iure* e sminuire quella *apud iudicem* sovrapponendo, e confondendo, ruoli e funzioni di magistrato e *iudex*.

Non concordo, però, con lui quando ne ravvisa una ingiusta facilitazione⁴⁴ a vantaggio esclusivo della parte attrice proprio perché, qualora si convenisse con la mia ipotesi, l'agevolazione sarebbe parimenti spettata al convenuto, debitore ereditario, che l'avesse richiesta, nell'osservanza di una identica garanzia

⁴⁰ D. 5.3.12 (Ulp. 67 *ad ed.* = L. 1464).

⁴¹ La motivazione è illustrata con chiarezza da Callistrato in D. 11.1.1 pr., riportato testualmente *supra* in nt. 19.

⁴² In particolare, si riferisce a Demelius, *Die Confessio im römischen Civil-Process* cit. 245 ss., 304 ss., 318 ss. e agli studiosi che si sono posti sulla sua scia: Betti, *Le 'actiones ex responsione in iure'* cit. 392 («la *interrogatio in iure* preliminare è un istituto pretorio, il quale mira a rendere più spedito il processo esimendo l'*actor* dall'onere di provare il presupposto della legittimazione passiva»); J.G. Lautner, *Zur interrogatio in iure nach klassischem Rechte*, in *Abhandlungen zur antiken Rechtsgeschichte. Festschrift für G. Hanausek zu seinem siebzigsten Geburtstage*, Graz 1925, 52 ss., 64, 70.

⁴³ Sanfilippo, *Interrogatio in iure* cit. 630; lo studioso ritiene che impostata così la funzione dell'istituto, il suo ambito «riesce indeterminato, potendosi estendere, concettualmente, ad un numero indefinito di casi» e «non sarebbe ammissibile che in un sistema processuale come il romano, in cui alla sovrana cognizione del giudice appartiene tutta intera la valutazione del fatto, si sia potuta introdurre una sì grave eccezione, quale l'*interrogatio*, che condurrebbe ad accertare irrevocabilmente *in iure*, un elemento essenziale del fatto controverso» (pp. 632 s.), «si tratta di un istituto pretorio, creato con un editto per una determinata esigenza, e non certo con una funzione generale nel meccanismo della procedura *per formulas*».

⁴⁴ Sanfilippo, *Interrogatio in iure* cit. 637: «non si comprenderebbe, nella specie, perché il pretore avrebbe dovuto decidersi ad introdurre tale mezzo proprio in favore del creditore ereditario e non di altri».

di tutela di entrambi i ruoli e facoltà processuali; anche in quest'ultimo caso la funzione dell'*interrogatio* sarebbe stata comunque quella di determinare la quota ereditaria non allo scopo di evitare la *pluris petitio* ma a quello di eludere un *error ex latere accipientis*⁴⁵.

Tra l'altro, per il debitore ereditario che avesse erroneamente pagato l'intero debito ereditario a quello che credeva fosse l'unico erede, e quindi l'unico creditore, non sarebbe nemmeno spettata la *condictio ex causa furtiva* se quest'ultimo non avesse commesso furto perché non consapevole che la prestazione non gli era dovuta. Il creditore ereditario avrebbe potuto appellarsi all'ignoranza sull'esistenza di altri eredi esistenti o anche di *qui in utero erant* al momento della richiesta.

Naturalmente il magistrato al quale era stata indirizzata la richiesta di *interrogatio* formale avrebbe preso in considerazione se l'istanza del convenuto si fosse palesata come un mero espediente per ritardare l'adempimento o se fosse effettivamente diretta a risolvere una situazione di dubbio in ordine alla individuazione dei creditori ereditari e alla ricognizione delle rispettive quote, eventualità, quest'ultima, che avrebbe invece postulato un preventivo opportuno accertamento.

Rientrava certamente nella sua *causae cognitio* valutare se – al di là delle ipotesi determinate di *interrogatio* previste da specifici editti e prendendo atto delle riflessioni e del dibattito giurisprudenziali⁴⁶ sulla opportunità di estensioni – quel dispositivo processuale potesse essere proficuamente utilizzato anche su richiesta del debitore ereditario nei confronti del creditore ereditario, prima di addivenire alla *litiscontestatio*, per poi pervenire ad una *formula* il più possibile calata nel caso concreto ed autorizzare e predisporre gli strumenti processuali più idonei (proprio perché ancorati alla *interrogatio*) anche tenendo conto

⁴⁵ L'*interrogatio* 'an heres vel quota ex parte sit' costituì l'archetipo intorno al quale si modelarono altre ipotesi di *interrogationes*; in tal senso, specialmente con riferimento all'età giustiniana, cfr. Spengler, *Studien zur interrogatio in iure* cit. 31 ss. e *passim*.

⁴⁶ A titolo di esempio si ricorda il già menzionato, *supra* in nt. 23, D. 11.1.9.6-7 in cui sono discusse ipotesi di estensioni il che fa presumere che fosse vivace il dibattito dei giuristi sull'argomento. Il frammento, secondo Sanfilippo, *Interrogatio in iure* cit. 649 s.: «si riferiva ad una delle più importanti attività del pretore, cioè la *causae cognitio in iure*, che nel nostro istituto si presenta sotto un doppio aspetto: *causae cognitio* generica, sulla opportunità o meno di concedere nel caso concreto una *interrogatio* prevista dall'editto, e specifica, sulla opportunità di accordare nel caso concreto una *interrogatio* richiesta dalla parte, suggerita dalla giurisprudenza, ma non consacrata nell'editto. Nelle varie ipotesi, infatti, in cui la giurisprudenza disputa sull'esistenza o meno di un obbligo a rispondere alla interrogazione, è evidente che non può trattarsi di una interrogazione già stabilita nell'editto. E allora, se si discute della ammissibilità o meno dell'*interrogatio* in determinati casi, è ovvio che la disputa, dal punto di vista pratico, non può essere risolta che dal pretore e mediante *causae cognitio*».

dell'esigenza di agevolare il raggiungimento della finalità processuale senza evitabili intralci.

La complessa dinamica della procedura formulare nella sua fase *in iure* si fondava sulla cooperazione fra attore, convenuto e magistrato allo scopo di assicurarsi la più precisa e circostanziata articolazione della controversia. Ruolo, e responsabilità, del pretore comportavano la necessità di ampliare il contraddittorio, garantire il diritto di difesa del convenuto e suggerire approfondimenti, chiarimenti e specificazioni attinenti alla vicenda sottoposta alla sua *iurisdictio*. Una volta ascoltati i fatti, avrebbe ben potuto, nel corso del dialogo a tre, evocare l'utilità di mettere dei punti fermi, attraverso la concessione dell'*interrogatio*, anche a favore del debitore ereditario convenuto.

3. Un'attestazione, non priva di dubbi, a mio avviso solo di natura formale, ma nemmeno da trascurare, in supporto alla nostra ipotesi sulla eventualità che un creditore potesse essere sottoposto ad un interrogatorio formale⁴⁷ si apprende da un responso di Papiniano, D. 39.5.29 (Pap. 12 *resp.* = L. 680):

Donari videtur, quod nullo iure cogente conceditur. 1. Quidam in iure interrogatus nihil sibi debere tutoris heredes respondit. eum actionem iure amisisse respondi: licet enim non transactionem, sed donationis haec verba esse quis accipiat, attamen eum, qui in iure confessus est, suam confessionem infirmare non posse.

Dopo aver precisato che non si è in presenza di donazione quando è il diritto ad imporla, Papiniano riporta il caso di un tale che interrogato *in iure* rispose che nulla gli era dovuto dagli eredi del tutore e ritiene che (proprio in ragione dell'*interrogatio*) egli ha di diritto perduta l'azione. Infatti, sebbene qualcuno interpreti che non si tratti di transazione ma di parole di donazione, chi ha confessato *in iure* non può invalidare la propria confessione⁴⁸.

Al di là dell'inciso *licet ... accipiat* che può destare qualche perplessità per una disarmonia nel costrutto⁴⁹, l'enunciato di Papiniano si presenta scorrevole

⁴⁷ Non ritiene si tratti di una interrogazione in senso proprio Sanfilippo, *Interrogatio in iure* cit. 645, nt. 35: «In altri due testi (D.39.5.29 e 27.6.12) si fa cenno di una domanda rivolta a conoscere se uno sia creditore o tutore. Dato il silenzio delle fonti a riguardo bisogna concludere che non si tratti della *int. in iure* in senso tecnico», tuttavia, l'argomento *e silentio*, per spiegare l'esclusione dal novero delle presumibili estensioni delle *interrogationes* ai casi indicati, resta debole. La *communis opinio* è incline a riconoscere l'origine giustiniana della *interrogatio 'an creditor sit'*, cfr. S. Di Paola, s. v. *Interrogatio in iure*, in *NNDI*, 8, Torino 1957, 914.

⁴⁸ Il dato rilevante sotto l'aspetto giuridico non riguarda la ragione che ha dato luogo alla rinunzia (*causa transactionis* o *causa donationis*) bensì la circostanza che taluno, *interrogatus*, abbia risposto che nulla gli era dovuto.

⁴⁹ Propendeva per la genuinità del frammento C. Ferrini, *Note critiche ed esegetiche*, in *BIDR*, 14, 1902, 217: «Invece una interpolazione meramente formale e probabilmente fatta a scopo di

ed in linea con la struttura e le caratteristiche tecniche dell'*interrogatio in iure*. Lo schema formale *interrogatio-responsio* è rispettato, *quidam ... interrogatus ... respondit*, e coerenti sono le sue conseguenze: avendo risposto che nulla devono a lui gli eredi del tutore, il creditore ha rinunciato ad esercitare l'azione, che ha, secondo il diritto, irrimediabilmente perso. A parte la possibilità di contestare, esclusivamente, l'esistenza e la legittimità della *responsio* (per poi indirettamente inficiarne il contenuto), è irrilevante che essa non rappresenti la situazione effettiva dal momento che il creditore ha manifestato con quella dichiarazione formale la volontà (e la responsabilità) di riconoscere come vera una determinata posizione giuridica⁵⁰.

Il testo prosegue con una ragionevole giustificazione, *qui in iure confessus est, suam confessionem infirmare non posse*, che a mio parere costituisce ulteriore conferma della natura e degli effetti tanto della *confessio* quanto della *responsio* alla *interrogatio* che finisce per confluire nella prima, poiché entrambe obbligano il dichiarante alle sue affermazioni a prescindere dalla loro effettiva corrispondenza alla realtà⁵¹.

La presenza di una esplicita motivazione (si tratta, peraltro, di un raro esempio di responso motivato⁵²) squisitamente tecnico-giuridica e tra l'altro proma-

dilucidazione ci presenta il fr. 29 § 1 D. 39.5: *licet enim non transactionem, sed donationis haec verba esse quis accipiat* (la dizione è claudicante; almeno fosse detto *transactionis!*). *attamen eum, qui in iure confessus est, suam confessionem non posse*.

⁵⁰ Sul punto si rileggano le condivisibili conclusioni di Betti, *Le 'actiones ex responsione in iure'* cit. 392: «La *responsio in iure* manifesta dunque nel suo effetto vincolante una volontà di disposizione piuttosto che il riconoscimento di un fatto noto al convenuto e difficile a provarsi per l'attore: non tanto la concessione teoretica per sé presa, quanto il *suscipere iudicium* in base alla concessione fatta (*ex responsione*) rappresenta un'assunzione di responsabilità». Si considerino anche quelle di Sanfilippo, *Interrogatio in iure* cit. 665, 667 ss., specialmente sull'analogia, che si evince da D. 11.1.11.9, tra *responsio in iure* e *contractus* (nel senso già precisato, v. *supra* nt. 34, non di 'convenzione' ma di 'vincolo', nel nostro caso nascente dal negozio formale *stipulatio*) e sugli effetti della prima: «la *responsio*, poi, non può eccedere i limiti dell'*interrogatio*, sicché il convenuto, nel rispondere, non può fare menzione di quei fatti che darebbero luogo ad una *exceptio* in suo favore, fatti che verranno poi allegati nella formula (fr. 12. 1). La formalità del nostro istituto si appalesa chiara anche negli effetti della *responsio*: l'interrogato che risponde affermativamente è tenuto dalla sua stessa risposta, indipendentemente dal fatto che essa sia o no veritiera» (p. 669).

⁵¹ Cfr. *supra*, nt. 50 ed E. Betti, *Le 'actiones ex confessione in iure' del processo romano classico*, in *Atti del Reale Istituto Veneto di Scienze, Lettere e Arti* 74, II, Venezia 1914-1915, 1479: «la *confessio in iure* rivela la sua fondamentale identità di funzione ... nel *vincolare*, quale atto di disposizione, *chi la emette* a sottostare alle *medesime conseguenze giuridiche* che il diritto riconosciuto spiegherebbe se esistesse in realtà» (il corsivo è dell'autore).

⁵² In relazione alla mancanza di motivazione nei *responsa*, cfr. F. Horak, '*Rationes decidendi*'. *Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo*, Innsbruck 1969, 75 ss.

nante dall'autorità di Papiniano, consolida la *ratio decidendi* – fondata sulla natura dell'interrogatorio – alla base della soluzione del caso: benché qualcuno ritenga si tratti di donazione e non di transazione (contratto), l'impossibilità di ritrattare la propria risposta, che equivale ad una confessione, è la conseguenza dell'interrogatorio formale⁵³.

Chiaramente l'applicazione della *interrogatio in iure*, al di là delle fattispecie esplicitamente previste dagli specifici editti e stante l'inesistenza di un *edictum* generale ad essa dedicato, avrebbe richiesto una accurata diagnosi del caso concreto per verificare se per le nuove situazioni potesse essere utilizzato lo stesso criterio e, di conseguenza, quello strumento.

Ines de Falco
Università di Napoli 'Federico II'
ines.defalco@unina.it

⁵³ Una volta che l'assetto d'interessi stabilito dalle parti venga convogliato nello schema formale *interrogatio-responsio* diventa trascurabile la diatriba sulla pregressa configurazione giuridica del caso in esame (*donatio/transactio*) poiché, come spiega Papiniano, chi ha dato luogo ad una formale *responsio* (che corrisponde ad una confessione) a seguito di una parimenti formale *interrogatio* non può inficiare la propria *confessio*.

Testamenta e propinquitas nella declamatio minor 308 (Duo testamenta)

1. È stato opportunamente detto, e da diverso tempo, che le declamazioni latine «si vanno ... rivelando con sempre maggiore chiarezza una fonte di prima mano per ricostruire mentalità e modelli culturali, una sede privilegiata di mediazione dei valori e di costruzione sociale dell'individuo, uno spazio intellettuale al cui interno si rinegoziano e si problematizzano le norme che regolano la vita sociale»¹.

Per quel che attiene alla ricerca romanistica, l'attenzione al materiale declamatorio come fonte utile a ricostruire istituti e regole nell'esperienza del principato ha una storia recente, che può farsi risalire, salvo rare eccezioni, agli ultimi vent'anni². Come già da tempo annotato, tale genere letterario rappresenta un

* Il presente contributo è apparso, in versione lievemente diversa, negli *Scritti per Francesco Maria Silla* (a c. di L. D'Amati e L. Garofalo), Napoli 2024. Mi è di sollievo poter dedicare un rinnovato pensiero a Francesco, nel ricordo della sua soavità, *comitas*, e costante dedizione agli studi. Sono assai grata a una serie di amici che hanno, con la loro sapiente lettura, fornito un contributo al presente lavoro: Raffaele D'Alessio, Laura D'Amati, Mario Lentano, Giunio Rizzelli e Antonio Stramaglia.

¹ M. Lentano, *La declamazione latina. Rassegna di studi e stato delle questioni (1980-1998)*, in *Bollettino di Studi Latini*, XXIX 1999, 571 ss.

² Si v. però già prima J. Sprenger, *Quaestiones in rhetorum Romanorum declamationes iuridicae*, diss., Halle 1911 e soprattutto F. Lanfranchi, *Il diritto nei retori romani. Contributo alla storia dello sviluppo del diritto romano*, Milano 1938, in dialettica specie con l'allora recente repertorio di A. Guarneri Citati, *Indice delle parole, frasi e costrutti ritenuti indizio di interpolazione nei testi giuridici romani*, Milano 1927. Per quanto attiene alla ricerca romanistica degli ultimi decenni, per tutti D. Nörr, *Texte zur 'lex Aquilia'*, in *'Iuris professio'. Festgabe M. Kaser*, Wien 1986, 211 ss. (anche in Id., *Historiae iuris antiqui*, T.J. Chiusi, W. Kaiser und H.-D. Spengler (hrsgg.), III, Goldbach 2003, 1701 ss., 1708 s.); D. Mantovani, *I giuristi, il retore e le api. 'Ius controversum' e natura nella 'Declamatio maior' XIII*, in *Sem. Compl.*, XIX, 2006, 205 ss., poi riedito in Id. e A. Schiavone (a c. di), *Testi e problemi del giusnaturalismo romano*, Pavia 2007, 323 ss.; Id., *Declamare le Dodici tavole: una parafrasi di 'XII tab.' V, 3 nella 'declamatio minor' 264*, in *Fundamina* XX, 2014, 597 ss.; V.I. Langer, *'Declamatio Romanorum': Dokument juristischer Argumentationstechnik, Fenster in die Gesellschaft ihrer Zeit und Quelle des Rechts?*, Frankfurt am Main - Berlin - Bern - Bruxelles - New York - Oxford - Wien 2007; M. Lentano, *Retorica e diritto. Per una lettura giuridica della declamazione latina*, Lecce 2014 (seconda edizione, rivista e aggiornata, Lecce 2023); G. Rizzelli, *'Adulterium'. Immagini, etica, diritto*, in F. Milazzo (a c. di), *'Ubi tu Gaius'. Modelli familiari, pratiche sociali e diritti delle persone nell'età del principato*, Milano 2014, 145 ss.; Id., *Declamazione e diritto*, in M. Lentano (a c. di), *La declamazione latina. Prospettive a confronto sulla retorica di scuola a Roma antica*, Napoli 2015, 211 ss.; Id., *Padri romani. Discorsi, modelli, norme*, Lecce 2017; L. Pasetti, A. Casamento,

serbatoio di argomenti, riflessioni, visuali non di rado corrispondenti a quanto rinveniamo negli scritti della giurisprudenza classica. È il motivo per il quale, nonostante la complessità del materiale tradito, un rinnovato studio delle declamazioni dalla prospettiva del giurista, e un loro utilizzo a supporto dell'analisi di fonti giurisprudenziali (o viceversa), è di sicura importanza.

Vorrei fermarmi in questa sede su una *Declamatio minor* (la 308) che potrebbe essere utilmente sottoposta a nuova riflessione.

La raccolta denominata 'declamazioni minori', attribuita convenzionalmente a Quintiliano, ma datata dai più fra il finire del I e la prima metà del II secolo, può essere paragonata a un moderno libro di esercitazioni³: era una tipologia di testi diffusa nelle scuole di retorica del tempo, sui quali i giovani retori in formazione si allenavano a svolgere la complessa pratica della declamazione⁴.

Si trattava di elaborare e recitare ad alta voce, dinanzi all'insegnante e agli altri studenti, un discorso su un dato tema: era l'anticamera di quel che sarebbe avvenuto poi nell'attività forense, o *lato sensu* pubblica (ad esempio funzionariale). Nell'orazione confluivano elementi più basilari, che lo studente aveva appreso nelle fasi precedenti del suo percorso (*progymnasmata*): ad esempio impostare discorsi rivolti a rappresentare visivamente persone, cose, luoghi, situazioni (*ekphrasis*), sviluppare «una singola argomentazione (*anaskeuè* e *kataskeuè*), o ... immaginare con quali parole un certo personaggio avrebbe commentato una determinata situazione (*ethopoiia*)»⁵.

Il declamatore, nel contesto di tale addestramento, doveva anch'egli immede-

G. Dimatteo, G. Krapinger, B. Santorelli, C. Valenzano, *Le Declamazioni minori attribuite a Quintiliano*, I. (244–292), Bologna 2019; A. Stramaglia, M. Winterbottom, B. Santorelli, [*Quintilian*]. *The Major Declamations*, I-III, Cambridge (Mass.), London 2021; recente restatement degli studi di interesse romanistico in C. Masi Doria, *Immagini del processo nelle declamazioni pseudoquintilianee*, in A. Lovato, A. Stramaglia e G. Traina (a c. di), *Le Declamazioni maggiori pseudo-quintilianee nella Roma imperiale*, Berlin-Boston 2021, 267 ss.

³ Edizione critica completa è quella di M. Winterbottom, *The Minor Declamations Ascribed to Quintilian*, Berlin-New York 1984, seguita da quelle di D.R. Shackleton Bailey, *Quintilianus. Declamationes minores*, Stuttgart 1989, e Id., *Quintilian. The Lesser Declamations*, Cambridge (Mass.)-London 2006. Ulteriori indicazioni per tutti in A. Stramaglia, *Come si insegnava a declamare? Riflessioni sulle 'routines' scolastiche dell'insegnamento retorico antico*, in L. Del Corso, O. Pecere (a c. di), *Libri di scuola e pratiche didattiche dall'Antichità al Rinascimento. Atti del Convegno internazionale di studi (Cassino, 7-10 maggio 2008)*, Cassino 2010, 111 ss. (sulla datazione a p. 145).

⁴ Un vivido ritratto delle lezioni presso grammatici e retori in Stramaglia, *Come si insegnava a declamare?* cit. 144 ss. e nt. 92. Si v. per alcuni aspetti puntuali anche L. Pasetti, *Le 'Declamationes minores': funzione e tradizione di un libro di scuola*, in Pasetti, Casamento, Dimatteo, Krapinger, Santorelli, Valenzano (a c. di), *Le Declamazioni minori* cit. XI ss.

⁵ Pasetti, *Le 'Declamationes minores'* cit. XI s.

simarsi in un ruolo, per sostenere le affermazioni della ‘persona’ che interpretava. Le *Declamationes minores*, per come ci sono pervenute, sono impostate nella forma della *controversia*, ossia ambientate in uno scenario di carattere giudiziario.

Disponiamo, per quanto attiene alle *minores*, di 145 pezzi, a fronte di un *corpus* originariamente molto più ampio, comprendente in origine (stando alla numerazione conservata nei manoscritti) 388 declamazioni. Ogni ‘esercizio declamatorio’ è introdotto da un titolo, cui fa seguito un breve testo (*thema* o *argumentum*) che descrive la situazione controversa (di regola finzionale) che fornisce spunto al giovane retore per sviluppare le argomentazioni *ad hoc*: l’allievo, quale parte della sua formazione, doveva assumere il ruolo del rappresentante di (oppure impersonare direttamente) una delle due parti ‘in lite’, in una causa giudiziale fittizia. L’orazione (di difesa o di accusa) costituiva appunto la *declamatio*.

Di solito nel *thema* si allude a ‘norme’ che nel contesto declamatorio vengono definite *leges*: la vicenda immaginaria (non di rado paradossale) sulla quale si incentrava la controversia prendeva spunto, di regola, da una *lex*, posta spesso in correlazione con una o più altre *leges*. Le *leges* coinvolte nei *corpora* declamatori a noi noti di solito non hanno contatto con la realtà, non presentano nessi con disposizioni giuridiche realmente presenti nell’ordinamento romano: esse scaturiscono dalla fantasia dei maestri di retorica, ma – nel corso del tempo – si cristallizzano in buona misura «in formulazioni fisse» che danno vita «a un vero e proprio diritto parallelo, che ha corso e vigenza solo nell’ambito delle scuole»⁶. Rinveniamo dunque *virī fortes* (eroi conclamati), adulteri per i quali le punizioni esulano da quelle previste dal diritto, *raptores* (cioè stupratori) nei cui riguardi colei che ha subito violenza può scegliere fra le nozze e la messa a morte, e così via elencando.

Il (giovane) declamatore, muovendo dalla necessità di applicazione della *lex* o delle *leges* in un caso - si è detto - fittizio che inscena un conflitto fra norme, o mette in crisi il funzionamento della specifica norma enunciata nel *thema*, dovrà allenare le proprie capacità argomentative in vista dell’uso futuro della tecnica oratoria in un tribunale reale o in funzione dell’ufficio che sarà destinato a rivestire. Siamo all’interno di un universo parallelo (o, per così dire, ‘una realtà virtuale’) governato da regole proprie e affollato di accuse di adulterio, di padri severi o troppo miti, di matrigne e figliastri, di maghi, indovini e pirati – e gli esempi potrebbero moltiplicarsi⁷. È il motivo per cui i moderni studiosi di que-

⁶ Lentano, *Retorica e diritto* cit. 29.

⁷ G. Brescia, M. Lentano, *Le ragioni del sangue. Storie di incesto e fratricidio nella declamazione latina*, Napoli 2009; *Le «Declamazioni minori» dello Pseudo-Quintiliano. Discorsi immaginari tra letteratura e diritto*, a c. di A. Casamento, D. van Mal-Maeder e L. Pasetti, Berlin-Boston 2016; Lentano, *Retorica e diritto* cit. 25 ss.

sto genere letterario spesso parlano di ‘mondo di Sofistopoli’⁸.

La raccolta delle *Minores* contiene esempi di porzioni di discorso destinate ad essere (memorizzate e) imitate, con una struttura alquanto prossima agli standard della prosa letteraria. Questi *specimina* (volti, come si diceva, ad argomentare in favore o contro un determinato assunto), chiamati *declamationes* nei manoscritti stessi delle *Minores*, possono essere introdotti o inframezzati da ciò che quei medesimi manoscritti titolano *sermo*. Il *sermo* è la ‘voce’ dell’insegnante che interpella gli allievi; in esso sono proposte in certo qual modo «istruzioni per l’uso, suggerimenti sul modo migliore di impostare l’arringa, sugli argomenti da addurre e le possibili obiezioni da fronteggiare»⁹, ponendo in risalto aspetti su cui approfondire o arrotondare l’impianto discorsivo. La raccolta in esame presenta una varietà di soluzioni: quella ‘standard’ è data da un *sermo* cui fa seguito una *declamatio*; vi sono tuttavia anche casi in cui è presente la sola *declamatio* o il solo *sermo*, casi in cui la prima precede il secondo, e ipotesi di intercalare plurimo *declamatio-sermo*¹⁰. Essendo la struttura non uniforme, si è dubitato della natura di ‘manuale’ della raccolta: i più immaginano che si trattasse di una sorta di ‘prontuario’, una antologia di *exempla*, corredati di commenti più o meno sintetici, non derivante da appunti di allievi, ma messa insieme da un retore e destinata ad essere sviluppata (anche nel dialogo con gli uditori) nel corso delle lezioni; non diretta, pertanto, a una diffusione pubblica, ma ad un uso privato¹¹.

2. Per quanto attiene alla nostra *declamatio minor* 308, l’attenzione su di essa si è ridestata in tempi recenti, grazie a una rilettura della studiosa Ana María Rodríguez González apparsa nel 2013 in *Athenaeum*¹² e alle riflessioni di Dario

⁸ L’inventore della definizione è D.A. Russell, *Greek Declamation*, Cambridge 1983; per un uso del termine fra i romanisti, per tutti G. Rizzelli, *Fra giurisprudenza e retorica scolastica. Note sul ‘ius’ a Sofistopoli*, in *Iura & Legal Systems* VI, 2019, 102 ss.

⁹ M. Lentano, *L’etopea perfetta. I declamatori e il prestito della voce*, in *I Quaderni del ramo d’oro on-line* VI, 2013-2014, 66 ss., 68 s.

¹⁰ J. Dingel, ‘Scholastica materia’. *Untersuchungen zu den ‘Declamationes minores’ und der ‘Institutio oratoria’ Quintilians*, Berlin-New York 1988, 11 ss.; specificamente sul *sermo*, per tutti M. Winterbottom, *The Words of the Master* (2018), ora in Id., *Papers on Quintilian and Ancient Declamation*, a c. di A. Stramaglia, F.R. Nocchi e G. Russo, Oxford 2019, 283 ss.

¹¹ Winterbottom, *The Minor Declamations* cit. XIII: «The doublets and floating passages will arise from the second thoughts that the Master will have added in his margins over a long teaching career. The *sermones* will be the notes, to be expanded in front of the class, on the treatment of each topic. The *declamationes* will be fair copies for dictation or performance»; v. anche, ad esempio, Stramaglia, *Come si insegnava a declamare?* cit. 145; Pasetti, *Le ‘Declamationes minores’* cit. XIV.

¹² A.M. Rodríguez González, ‘Duo testamenta’ (*Ps.-Quint. decl. min. 308*). *El derecho en la escuela*, in *Athenaeum* 101, 2013, 569 ss.

Mantovani (del 2014) nel quadro di un lavoro dedicato alla *declamatio minor* 264¹³. Essa è altresì oggetto di riedizione, traduzione e commento, a firma di Biagio Santorelli, nella raccolta delle *Declamationes minores* (in corso di pubblicazione) a cura di Lucia Pasetti¹⁴. Mi pare vi sia spazio per qualche ulteriore considerazione, almeno per quel che concerne i primi 15 §§ della *declamatio* (rinviando a un ulteriore esame i successivi paragrafi, introdotti e intercalati da *sermones*, e di assai minore interesse per il giurista).

Ne ripropongo anzitutto il *thema*, per poi fermarmi sugli aspetti di maggiore rilievo dello svolgimento declamatorio. Salvo diversa indicazione, ho seguito ovunque il testo di Santorelli.

Decl. min. 308:

(*Thema*)

TESTAMENTA ULTIMA RATA SINT. INTESTATORUM SINE LIBERIS MORTUORUM BONA PROXIMI TENEANT. Quidam primo testamento instituit heredem amicum, secundo facto alterum. Dececit. Posterius testamentum damnatum est. Ambigunt de bonis priore testamento heres scriptus et propinqui.

SIANO VALIDI I TESTAMENTI CONFEZIONATI PER ULTIMI. I BENI DI CHI MUORE PRIVO DI FIGLI E INTESTATO SIANO OTTENUTI DAI PARENTI PROSSIMI. Un tale istituì erede un amico nel primo testamento, ne confezionò poi un secondo istituendo un altro amico. (Il testatore) morì. Il testamento più recente venne invalidato. L'erede istituito tale nel primo testamento e i parenti si disputano i beni (ereditari)¹⁵.

Le due *leges* enunciate in apertura paiono corrispondere a principi vigenti nell'esperienza romana.

Stando alla prima delle due *leges*, l'ultimo testamento è quello valido ai fini della successione testamentaria¹⁶. La formulazione «TESTAMENTA ULTIMA RATA SINT» sembra in qualche modo rievocare le affermazioni di Gai 2.144: *Posteriore quo-*

¹³ Mantovani, *Declamare le Dodici tavole* cit. 597 ss. Riferimenti ad alcuni aspetti della *declamatio* 308 anche in A. Castro Saenz, *Herencia y mundo antiguo. Estudio de Derecho sucesorio romano*, Sevilla 2002, 62 s.; M. Avenarius, 'Ordo testamenti'. *Pflichtdenken, Familienverfassung und Gemeinschaftsbezug im römischen Testamentsrecht*, Tübingen 2024, 442 ss.

¹⁴ Sono grata a Biagio Santorelli per avermi posto a disposizione il testo in anticipo rispetto alla pubblicazione.

¹⁵ La traduzione è a mia cura: alcuni punti sono stati discussi con Antonio Stramaglia.

¹⁶ La si ritrova anche in un frammento ulpiano (da taluni reputato però di fattura giustiniana): Ulp. 2 *ad ed.* D. 28.3.2: *Tunc autem prius testamentum rumpitur, cum posterius rite perfectum est, ...* V. in particolare L. De Sarlo, *Il principio: 'prius testamentum rumpitur cum posterius perfectum est'*, in *AG. CLXII*, 1952, 69 ss.; G. Gandolfi, 'Prius testamentum ruptum est', in *Studi in onore di E. Betti III*, Milano 1962, 211 ss.; P. Voci, *Diritto ereditario romano II. Parte speciale. Successione 'ab intestato'. Successione testamentaria*, Milano 1963², 488 ss.; R. Marini, 'Prius testamentum ruptum est'. *Il problema della revoca del testamento in diritto romano*, Torino 2022, 68 ss. (ivi ulteriore bibliografia).

que testamento, quod iure factum est, superius rumpitur. Nec interest, an extiterit aliquis ex eo heres an non extiterit: hoc enim solum spectatur, an existere potuerit: ideoque si quis ex posteriore testamento, quod iure factum est, aut noluerit heres esse aut vivo testatore aut post mortem eius, antequam hereditatem adiret, decesserit aut per cretionem exclusus fuerit aut condicione, sub qua heres institutus est, defectus sit aut propter caelibatum ex lege Iulia summotus fuerit ab hereditate, ... et prius testamentum non valet ruptum a posteriore, et posterius aequè nullas vires habet, cum ex eo nemo heres extiterit. Il giurista antonino tuttavia – vi ritorneremo – si fermava nel suo excursus sugli effetti di un *posterior testamentum iure factum* e sull’ipotesi di invalidità sopravvenuta di quest’ultimo. Come vedremo non necessariamente la ‘fattispecie’ di partenza della nostra *declamatio* è inquadrabile nella casistica esaminata da Gaio.

La seconda *lex* pare invece una riformulazione dell’enunciato decemvirale (Tab. 5.4) ‘*si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto*’: la norma – come ben noto – era riferita agli *adgnati proximi* del defunto che si trovassero sullo stesso livello di parentela; sappiamo che, a partire dalla media repubblica, quando vi erano più *adgnati* dello stesso grado (es. più fratelli e sorelle figli dello stesso padre, Tit. Ulp. 26.1) si attribuivano, in assenza di *sui heredes*, quote uguali a ciascun parente¹⁷.

Non era infrequente che gli insegnanti ponessero gli allievi dinanzi a ipotesi di *causa coniuncta* (c.d. *ex diverso iure*)¹⁸: fra esse veniva in considerazione anche quella in cui un unico bene, ad esempio un’eredità, fosse conteso da più persone (che pretendevano una specifica applicazione delle *leges declamatorie*), come appunto quando una delle parti in causa basasse il suo diritto su un testamento che sosteneva essere valido ed efficace e il o gli avversari contestassero la validità dell’atto, affermando il proprio diritto in qualità di *heredes legitimi*¹⁹.

¹⁷ Sterminata la letteratura di riferimento. Si rinvia, per tutti, a O. Diliberto, voce *Successione legittima (diritto romano)*, in *ED. XLIII*, Milano 1990, 1298 ss.; G. Finazzi, *La successione ab intestato*, in M.F. Cursi (a c. di), ‘*XII Tabulae*’. *Testo e commento* I, Napoli 2018, 231 ss., specialmente 244 ss.; M. Humbert, *La loi des XII Tables. Édition et commentaire*, Rome 2018, 202 s.; (sulla successione legittima secondo il *ius civile*) M. Wimmer, § 54. *Gesetzliche Erbfolge*, in U. Babusiaux, C. Baldus, W. Ernst, F.-S. Meissel, J. Platschek, Th. Rüdner, *Handbuch des Römischen Privatrechts* I, Tübingen 2023, 1329 ss., 1337 ss.

¹⁸ Cic. *inv.* 1.12; v. fra altri J. Martin, *Antike Rhetorik. Technik und Methode*, München 1974, 23 s.

¹⁹ Ne troviamo un campione appunto in Quintiliano: nel fermarsi, nell’ambito della dottrina degli *status causae*, sulle diverse tipologie di esse, il maestro iberico forniva un esempio del caso in cui, se gli interessati agivano ciascuno in base a una diversa *lex* (a un diverso fondamento di diritto), anche gli *status* delle rispettive orazioni avrebbero dovuto essere differenti. Quint. *inst.* 3.6.94-95: *in coniunctis vero posse duos et tris (scil. status) inveniri. Quod accidit etiam si de una re quaeratur aliqua, sed eam plures petant, vel eodem iure, ut proximitatis, vel diverso, ut cum hic testamento, ille proximitate nitetur.* Significativo è che Quintiliano, nel prosieguo

Formulati gli enunciati ‘normativi’ in esame, nel *thema* della *declamatio* si propone il caso concreto oggetto di disputa. Un tale, evidentemente in assenza di *sui heredes*, aveva confezionato un primo testamento, contenente l’*institutio heredis* di un amico; ne aveva poi redatto un secondo, istituendo erede un altro amico. Dopo la morte del testatore, l’atto confezionato per ultimo viene ‘*dam-natum*’ (tradurrei genericamente con ‘invalidato’²⁰). L’eredità è adesso contesa fra colui che era stato individuato come erede nel primo testamento, l’amico del *de cuius*, e i *propinqui*. Stante il dettato della *lex* enunciata nel *thema* (*INTESTATORUM SINE LIBERIS MORTUORUM BONA PROXIMI TENEANT*), benché gli avversari dell’*heres scriptus priore testamento* vengano chiamati, all’interno della *declamatio*, per lo più *propinqui*²¹, mi pare vi sia poco margine di dubbio per assimilare tali soggetti agli *adgnati proximi* della legge decemvirale, o in ogni caso ai parenti del defunto entro il sesto grado, quei soggetti cioè che il pretore romano ammetteva alla *bonorum possessio sine tabulis*²².

Siamo nell’ambito del cd. *genus iudiciale*: esso si fonda sul confronto fra

del discorso, menzioni, fra le *leges* che potevano venire in considerazione in una *causa coniuncta ex diverso iure*, le seguenti (Quint. *inst.* 3.6.96): *TESTAMENTA LEGIBUS FACTA RATA SINT; INTESTATORUM PARENTIUM LIBERI HEREDES SINT*. La similitudine con le due *leges* enunciate nel *thema* di *decl. min.* 308 è di tutta evidenza, a riprova del fatto che si trattasse di ‘leggi’ retoriche in buona parte modellate sulle norme realmente vigenti nell’ordinamento romano in ambito successorio: deve assumersi, a mio avviso, che le controversie fra *heredes ex testamento* ed eredi legittimi, rispecchiando situazioni di notevole frequenza anche nel ‘mondo reale’ (si pensi soltanto alla notissima *causa Curiana* riferita nel *de inventione* di Cicerone), fossero assai spesso oggetto di esercitazione in ambiente declamatorio. Sulla *divisio* di Quint. *inst.* 3.6.96 si v. da ultimo F. Capizzi, *La viva voce del maestro. Esempi svolti di ‘divisiones’ nell’ ‘Institutio oratoria’ di Quintiliano*, in G. Baffetti, F. Citti, F. Giunti, L. Pasetti (a c. di), *Gli affetti e le ragioni della retorica. Quintiliano e la sua ricezione*, Bologna 2022, 35 ss., specialmente 38 ss.

²⁰ Stessa scelta in B. Santorelli, 308. ‘*Duo testamenta*’ (in corso di stampa).

²¹ *Propinquus* è sostantivo usato nel latino classico a ricomprendere in modo generico parenti e anche affini (si v. *TLL* ahl.: <https://publikationen.badw.de/de/thesaurus/lemmata#74296>). Si v. tuttavia Catull. *carm.* 1.41: *propinqui quibus est puella curae* (dove è difficile non pensare a una tutela affidata agli *adgnati proximi*). Di un *propinquus exheredatus* in favore di un *heres extraneus* è menzione in Cic. *Cluent.* 162.1. Che *propinquus* potesse avere un’estensione più ampia, paragonabile a quella di *necessarius*, risulta da svariate fonti (si v., per tutti, R. Raccanelli, ‘*Cara cognatio*’: la tradizione di una festa fra ‘*propinqui*’, in *Quaderni urbinati di cultura classica* LIII, 1996, 57 ss.). Nel contesto di *decl. min.* 308 l’espressione *propinqui* mi pare si applichi invece ai successibili ammessi alla *bonorum possessio* in assenza di *heredes sui*. V. anche *infra*, nel testo.

²² Sulla posizione dei parenti del *de cuius* all’interno dell’editto sulla *bonorum possessio sine tabulis*, v. part. G. Viarengo, *Gli sviluppi della ‘bonorum possessio’ del figlio emancipato dall’età di Cicerone a Salvio Giuliano*, in *Rivista di diritto romano online* 18, 2018, 1 ss. e, da ultimo, U. Babusiaux, § 57. *Nachlassbesitz* (‘*bonorum possessio*’), in Babusiaux et al., *Handbuch des Römischen Privatrechts* I cit. 1437 ss., specialmente 1499 ss.

parti avverse e le rispettive argomentazioni (*ratio versus infirmatio rationis*²³). L'*heres institutus* nel primo testamento doveva far leva sulla intervenuta invalidità del secondo, che, stando all'applicazione della prima delle due *leges*, avrebbe comportato il rientro in gioco del testamento che lo istituiva erede; i *propinqui* avrebbero invece affermato che, venuto meno il secondo testamento, il *de cuius* fosse da reputarsi *intestatus* – e dunque, alla luce della seconda *lex*, in assenza di *liberi*, l'eredità dovesse toccare a loro²⁴.

3. Ci è preservata nel testo in esame solo la declamazione in favore dell'erede istituito *priore testamento*. In essa l'accento è naturalmente posto sul fatto che il testamento che lo istituisce sia *ratum* (e non *ruptum*, per rifarsi a una terminologia già usata in Cicerone)²⁵. La prima sezione (§§ 1-15) fornisce dati rilevanti a mio avviso anche per il romanista:

(DECLAMATIO)

1. *Et in more civitatis et in legibus positum est ut, quotiens fieri poterit, defunctorum testamento stetur, idque non mediocri ratione. Neque enim aliud videtur solacium mortis quam voluntas ultra mortem; alioqui potest grave videri etiam ipsum patrimonium, si non integram legem habet, ut, cum omne ius nobis in id permittatur viventibus, auferatur morientibus.* 2. *Proximum locum a testamentis habent propinqui, et ita, si intestatus quis ac sine liberis decesserit: non quoniam utique iustum sit ad hos pervenire bona defunctorum, sed quoniam relicta et velut in medio*

²³ Cic. *inv.* 1.18, su cui fra altri L. Calboli Montefusco, *La dottrina del 'krinomenon'*, in *Athenaeum* 60, 1972, 276 ss. Sintesi delle posizioni scaturenti dall'*excursus* ciceroniano e dalle relative esemplificazioni nell'opera giovanile dell'Arpinate in A.A. Raschieri, *Retorica, pratica oratoria e diritto: le cause di eredità nel 'De inventione' di Cicerone*, in *Atti dell'Accademia delle Scienze di Torino. Classe di Scienze Morali* CXLIX, 2015, 137 ss.

²⁴ Rodríguez González, *'Duo testamenta'* cit. 575.

²⁵ Cic. *de orat.* 1.38.173: *... nam volitare in foro, haerere in iure ac praetorum tribunalibus, iudicia privata magnarum rerum obire, in quibus saepe non de facto, sed de aequitate ac iure certetur, iactare se in causis centumviralibus, in quibus usucapionum, tutelarum, gentilitatum, agnationum, adluvionum, circumluvionum, nexorum, mancipiorum, parietum, luminum, stillicidiorum, testamentorum ruptorum aut ratorum, ceterarumque rerum innumera bilium iura versentur, cum omnino, quid suum, quid alienum, qua re denique civis aut peregrinus, servus aut liber quispiam sit, ignoret, insignis est impudentiae.* Si v. J. Stern, *Aspects de la pratique sociale des testaments à Rome. 'Voluntas' du testateur face aux institutions légales et aux normes sociales et transmission des patrimoines par voie testamentaire à l'époque républicaine et du principat*, Napoli 2022, 21 ss. Importanti rilievi, sul punto, in Marini, *'Prius testamentum ruptum est'* cit. 49 ss. Non escluderei che i *testamenta rupta* riguardo ai quali potesse agirsi in giudizio in epoca ciceroniana fossero in specie quelli affetti da invalidità sopravvenuta per via di una *adgnatio sui heredis*. Sul punto si v. in particolare F. Lamberti, *Studi sui 'postumi' nell'esperienza giuridica romana I*, Napoli 1996, e Ead., *Studi sui 'postumi' nell'esperienza giuridica romana II*, Milano 2001.

posita nulli propius videntur contingere. Nihil est ergo quod nos onerare temptent nomine isto propinquitatis, iactatione sanguinis et naturae homines binis iam tabulis exhereditati. 3. Et sane quotiens quaestio iuris est certi et a maioribus constituti, nihil necesse est laudare leges quibus utimur et ad quas vobis iudicandum est. 4. Quaestio igitur totius causae nostrae, ut opinor, in eo consistit, an amicus meus intestatus decesserit. In qua parte delector nihil tam obscure, nihil tam clam esse factum ut nobis probandum sit. 5. Interrogo vos igitur, propinqui, an hic quem intestatum decessisse dicitis scripserit aliquando testamentum. Interrogo vos an hae tabulae quae ex parte nostra proferuntur testati sint. Intellegitisne signum? An omni iure conscriptas [vel] tabulas soletis damnare? 6. Non id agunt, ut non fecerit testamentum, sed intestatum volunt videri eum quia non semel fecerit. ‘Scripsit’ inquit ‘et alteras tabulas’. Apparet quam noluerit intestatus mori. 7. Neque ego negaverim non uno genere fieri intestatos: aut enim is est intestatus qui non scripsit omnino testamentum, aut qui id scripsit quod valere non possit. Vos eligite quem velitis esse intestatum: si eum qui non scripsit, non est hic cuius de bonis agitur (bis enim scripsit); si eum videri vultis intestatum qui vitiosum scripserit testamentum, hoc confiteamini necesse est, vitiosum testamentum esse pro non scripto. 8. Hoc igitur supremum quaero sitne testamentum. Si confitemini esse testamentum, non potest videri intestatus decessisse; si non est testamentum (sicut non est, quia non iure factum est), nihil obstare priori potest. 9. Venio nunc ad meam legem: ‘testamenta ultima rata sint.’ Habet sine dubio, si verba tantum ipsa intueri velimus, hoc ius occasionem brevem calumniae. Quid si enim unum aliquis scripserit testamentum? Potest videri non ultimum quod magis iure primum dixerimus. Sed quemadmodum inter plurima testamenta ultimum valere oportet, ita haec manifesta legis voluntas est, ut id testamentum valeat post quod nullum testamentum est. 10. Neque est incredibile sine dubio, etiam ante hoc testamentum quo ego heres factus sum, scripsisse illum alia testamenta, hominem frequenter hoc facientem. Ita et ultimum videri potest si post alia scriptum est, et si primum scriptum est, quia nullum tamen est quod vincat et potentius sit postea <factum>, pro ultimo habendum est. 11. Sublatum dicunt prius testamentum posteriore testamento; neque ego infitior, si iure factum est testamentum, hoc est, si testamentum est, potentissimam esse defuncti proximam quamque voluntatem. Sed nego ullum postea factum testamentum. 12. Quid est enim testamentum? Ut opinor, voluntas defuncti consignata iure legibusque civitatis. Non dixerim ego testamentum cui numerus signatorum deest, non dixerim testamentum cui libripens et emptor familiae et cetera iuri necessaria: tabulae erunt fortasse et scriptum erit. Et hoc, ut paulo ante dicebam, vestra quoque manifestum confessione est non esse illud²⁶ testamentum: facto enim illo dicitis propinquum vestrum intestatum fuisse. 13. Hoc propius colligamus. Putemus enim factum esse unum hoc testamentum quod damnastis: num dubium erit quin ad vos bona pertinuerint tamquam intestati, id

²⁶ Più di un manoscritto reca la lezione *velud* o *velut*. Ho accolto la lettura di Rohde (*apud Ritter*, 1884, 212), contro Winterbottom, *The Minor Declamations* cit. 451. Mi allontano in questo dalla proposta editoriale di B. Santorelli, che sul punto segue Winterbottom.

est, quin ita heredes futuri fueritis tamquam ille omnino testamentum non fecisset? Quod si hoc pro non facto est, nec testamentum quidem videri potest. 14. Fingamus fuisse ultimum testamentum: quando quaerimus? Puto cum res in lite est, cum in disputatione. Nec pertinet ad nos quod fuerit ultimum, sed quod sit. Si ius utrique testamento constaret, fuisset illud ultimum quod postea factum est; illo vero sublato incipit ultimum esse quod relictum est, ut in contentione cursus qui proximus ab ultimo fuerit, si desistat ultimus, in nomen illius locumque succedit. 15. Ergo ut non fuerit ultimum meum aliquando testamentum, nunc ultimum est, et vos id testamentum fecistis damnando id quod postea factum erat.

1. Sia nelle consuetudini della *civitas* che nelle leggi è stabilito che, ogni qual volta sia possibile, ci si debba attenere al testamento dei defunti, e ciò per un motivo non ir-rilevante. Non sembra infatti esservi altro conforto per la morte che (il pensiero che) la volontà persista dopo la morte; diversamente il patrimonio stesso può esser visto come un peso, se sottoposto a una legge incompleta che, riconoscendoci in vita il pieno diritto di disporne, ce lo sottragga al momento della morte. 2. In posizione subito successiva al testamento vengono i parenti, e a condizione che un tale muoia senza figli e senza testamento: non perché sia necessariamente giusto che vadano a loro i beni dei defunti, ma perché si reputa che a nessuno più che a loro tocchino quei beni oggetto di eredità e, per così dire, messi a disposizione. Non vi è dunque motivo che tentino di far pesare su di noi questo nome, ‘parentela’, vantando sangue e natura, costoro che sono stati pre-terminati già in due testamenti. 3. E di sicuro, ogni volta che si versi su norme di diritto accertate e disposte dai nostri antenati, non è necessario citare le leggi che osserviamo e secondo le quali siete tenuti a giudicare. 4. La questione, dunque, su cui a mio avviso si fonda interamente il nostro caso, consiste in questo: se il mio amico sia morto intestato. A tale riguardo mi rallegro che nulla sia stato fatto in modo così oscuro, così nascosto, da costringerci a provare delle circostanze. 5. Vi chiedo dunque, parenti, se quest’uomo, che affermate sia morto intestato, non abbia mai scritto testamento. Vi chiedo se queste tavolette che, per parte nostra, produciamo non siano di una persona che ha fatto testamento. Non vedete i sigilli? O siete soliti negare il valore (finanche) di documenti confezionati secondo tutti i crismi? 6. Costoro non sostengono che non abbia fatto testamento, ma vogliono che lo si reputi intestato perché non lo ha fatto un’unica volta. «Ha scritto anche altri testamenti», dice. Appare evidente quanto abbia tenuto a non morire intestato. 7. Non intendo certo negare che non vi sia una sola tipologia di intestati: è infatti intestato o chi non ha scritto affatto un testamento, oppure chi ne ha scritto uno che non possa valere come tale. Scegliete voi chi intendete si debba considerare intestato: se lo è chi non ha fatto testamento, allora non si tratta del *de cuius*, visto che ne ha scritti ben due; se intendete che lo sia chi ha scritto un testamento viziato, dovete ammettere, per forza di cose, che un testamento viziato vale come non scritto. 8. Vi chiedo dunque se questo che è stato scritto per ultimo sia o meno un testamento. Se ammettete che sia un testamento, non può ritenersi che quest’uomo sia morto intestato; se non è (come non lo è, perché non è stato fatto in modo conforme al diritto) un testamento, nulla può ostare alla validità del precedente. 9. Vengo adesso alla mia legge: SIANO VALIDI I TESTAMENTI CONFEZIONATI PER ULTIMI. Indubbiamente, qualora vogliamo guardare solo al dettato testuale, il diritto

qui offre un facile spunto a cavilli. Come dovremmo comportarci infatti se un tale avesse scritto un unico testamento? Quello che in modo più corretto dovremmo definire ‘primo’ potrebbe non apparire come ‘ultimo’. Ma come fra più testamenti è l’ultimo a dover essere quello valido, così la manifesta volontà della legge è che sia valido quel testamento dopo il quale non vi è altro testamento. 10. Ed è senza dubbio credibile che costui abbia scritto altri testamenti prima di quello in cui sono stato istituito erede, considerato che era persona che faceva testamento di frequente. Dunque esso può reputarsi ‘l’ultimo’ sia se è stato scritto dopo altri testamenti, sia se è stato scritto per primo: visto che non ve n’è un altro, confezionato dopo di quello, che lo superi e abbia la preminenza, esso può considerarsi ‘l’ultimo’. 11. Costoro affermano che il testamento precedente sia stato invalidato dal successivo; ed io non contesto che, se questo (ulteriore) testamento fosse stato confezionato in modo valido, cioè se fosse un testamento, qualunque fosse stata la più recente volontà del defunto essa dovrebbe valere in modo assoluto. Nego invece che sia stato confezionato, dopo quello in mio favore, un (atto che possa dirsi) testamento. 12. Che cos’è infatti un testamento? A mio avviso è la volontà di un defunto attestata da sigilli, secondo il diritto e le leggi della *civitas*. Io non potrei quindi definire testamento un atto che difetti del necessario numero di testimoni, non potrei definire testamento un atto cui manchino il *libripens*, il *familiae emptor* nonché tutti gli altri requisiti che richiede il diritto: potrà parlarsi al più di tavolette, o di scritto. E proprio per questo, come dicevo poco fa, per vostra stessa ammissione è manifesto che quello non è un testamento: perché nonostante vi sia quest’atto, affermate che il vostro parente è morto intestato. 13. Entriamo più nel merito del ragionamento. Ipotizziamo che sia stato confezionato solo il testamento di cui negate la validità: sarà allora dubbio che vi spettino i beni, in qualità di eredi di un intestato? Ossia che dobbiate essere eredi come se il defunto non avesse affatto testato? Se però questo testamento deve considerarsi come non scritto, allora non può neppure ritenersi un testamento. 14. Poniamo il caso che il testamento confezionato per ultimo abbia avuto validità: qual è il tempo rispetto al quale ci poniamo il problema? Quando la questione va in giudizio, direi, quando viene dibattuta. E a noi non interessa quale sia stato ‘l’ultimo’, bensì quale *lo sia*. Se entrambi i testamenti fossero conformi a diritto, ‘l’ultimo’ risulterebbe quello confezionato dopo; ma una volta invalidato questo, prende ad essere ‘l’ultimo’ quello rimasto, così come in una competizione di corsa, se l’ultimo si ritira, colui che era penultimo prende il suo posto e la sua qualifica. 15. Pertanto, quand’anche il mio testamento, in un dato momento, non sia stato ‘l’ultimo’, adesso ‘l’ultimo’ lo è: e siete stati proprio voi a renderlo tale, invalidando quello che era stato confezionato successivamente.²⁷

L’andamento della *declamatio* non è privo di ridondanze e di ripetizioni, che tuttavia (è stato da tempo rilevato) sono proprie del genere letterario²⁸. Deve anche tenersi presente la possibilità che il declamatore aggiunga alla sua orazione

²⁷ La traduzione è a mia cura.

²⁸ Pasetti, *Le ‘Declamationes minores’* cit. XIII s.

elementi non enunciati in premessa, che si presumono (fanzionalmente) far parte dell'arringa avversaria (e che vanno dunque confutati), e *colores* ai quali in una controversia concreta non si giustificerebbe il ricorso. Si tratta di aspetti dei quali, nella lettura, è opportuno tenere conto.

I primi paragrafi sono volti a porre in risalto la legittimità della posizione dell'*heres extraneus*. Il *pladoyer* si apre infatti, al § 1, con un significativo riferimento a *mores e leges civitatis*: che siano osservate, nei limiti del possibile, le disposizioni di un testamento è regola che trova fondamento nelle consuetudini della *civitas* e nelle *leges*. All'enunciato fa seguito una riflessione sull'importanza che la *voluntas* dello scomparso si protragga *ultra mortem*: una simile convinzione porta conforto nel pensare alla morte. Che l'espressione *solacium mortis* sia riferita al testatore, e non a chi gli sopravvive, è documentato dal prosieguito del discorso: i suoi beni, infatti, potrebbero essere (da lui) avvertiti come un peso, se oggetto di una legge incompleta²⁹, in forza della quale abbia il diritto di disporre del patrimonio in vita ma non al momento della morte³⁰. La proiezione della *persona defuncti* dopo la sua scomparsa appare avere, nelle pa-

²⁹ Intende *integer* come 'dalla validità parziale', non pienamente efficace, B. Santorelli, 308. *I due testamenti* (in corso di stampa), con riferimento ad esempio a Pomp. 32 *ad Sab.* D. 8.6.19 pr. (*nihil iuris amitto ... sed manet mihi ius integrum*). A me pare tuttavia che anche nelle fonti giurisprudenziali sia sostenibile un utilizzo di *integer* nel senso di 'completo', 'integrale', applicabile a tutte (o quasi) le fattispecie che possano venire in considerazione (e quindi, *e converso*, di '*non integer*' come 'lacunoso', o 'claudicante'). Benché il piano declamatorio sia diverso da quello giuridico, mi sembra che se il retore avesse voluto alludere all'efficacia del disposto normativo avrebbe forse usato il sintagma *lex imperfecta*.

³⁰ Considerazioni vicine a quelle esposte dal declamatore, nel senso della connessione fra *lex* e *testamentum* (là dove tuttavia in *decl. min.* 308 la locuzione potrebbe tradursi anche come «regolamentazione incompleta») si rinvengono ad esempio in Cic. *Phil.* 2.109: ... *cum actorum Caesaris defensor esse deberet, et in publicis et in privatis rebus acta Caesaris rescidit. In publicis nihil est lege gravius; in privatis firmissimum est testamentum. Leges alias sine promulgatione sustulit, alias ut tolleret promulgavit. Testamentum inritum fecit, quod etiam infimis civibus semper obtentum est.* (Antonio avrebbe dovuto essere il massimo difensore degli *acta Caesaris*: invece, per quel che riguardava la sfera pubblica, aveva disapplicato le *leges*, e i progetti di legge, del dittatore, per quel che atteneva a quella privata – in cui i testamenti avevano la massima rilevanza – non si era attenuto alle ultime volontà di Cesare). La dicotomia fra *lex* come atto 'autoritativo' appartenente alla sfera pubblica, e testamento come atto 'avente forza di legge' nella sfera privata, appare sovente in Cicerone (Cic. *Caec.* 18.5, *part.* 37.130, *de orat.* 2.27.166). Con un livello più intenso di correlazione, che vede la subordinazione del testamento alla *lex*, lo stesso motivo è in *decl. min.* 374.4: *Deinde haec lex publica est, ad omnes pertinet: testamentum privatum est. Potentius est, quod in albo lego, quam quod in testamento.* Si v. fra altri A.D. Manfredini, *La volontà oltre la morte. Profili di diritto ereditario romano*, Torino 1991, 25 ss.; C. Paulus, *Die Idee der postmortalen Persönlichkeit im römischen Testamentsrecht. Zur gesellschaftlichen und rechtlichen Bedeutung einzelner Testamentsklauseln*, Berlin 1992, 13 ss.; Stern, *Aspects de la pratique sociale* cit. 27 ss., specialmente 35 ss. (ivi bibliografia precedente).

role del declamatore (in connessione con la *lex ivi* difesa), un senso fortemente patrimoniale: le affermazioni giurisprudenziali per cui (Mod. 2 *pand.* D. 28.1.1) ‘*Testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit*’, e (Tit. Ulp. 20.1) ‘*Testamentum est mentis nostrae iusta contestatio in id sollemniter facta, ut post mortem nostram valeat*’, benché assai simili alla *definitio* del declamatore, hanno un tenore più generale³¹. L’affermazione è ribadita più avanti nel testo (§ 12), nuovamente in connessione con l’ordinamento romano, col qualificare il testamento *voluntas defuncti consignata iure legibusque civitatis*, con attenzione anche ai sigilli che accompagnano e (ai sensi dell’editto del pretore) conferiscono ufficialità all’atto.

Se il *testamentum* trova il proprio fondamento nel *ius* e nelle *leges civitatis*, sono analogamente il diritto e la legge ad imporre che, defunto il *de cuius* senza un testamento e senza figli, l’eredità spetti ai *propinqui*. Il retore, nel § 2, nel soffermarsi sulla condizione dei *propinqui*, concorda sul fatto che sia giusto che ricevano l’eredità in assenza di testamento e di discendenti diretti del defunto: questo perché (come mi pare possa intendersi il *videntur*) è previsto dall’ordinamento che essi ottengano il patrimonio ereditario, essendo i parenti stretti coloro a cui più spetta il potersene impossessare³². Tanto noto è lo stato di diritto in materia, afferma il declamatore, che neppure è necessaria la menzione delle leggi su cui esso si fonda³³. Stabilito però che il diritto dei *propinqui* può affermarsi solo subordinatamente alla mancanza di un testamento, non può valere – sostie-

³¹ Il legame fra *mens* e *contestatio* si rinviene già in Servio, tuttavia come espressivo di una paraetimologia: Gell. 7.12.1-2: 1. *Quod neque ‘testamentum’, sicuti Servius Sulpicius existimavit, neque <saecellum>, sicuti C. Trebatius, duplicia verba sunt, sed a testatione productum <alterum>, alterum a sacro imminutum.* 2. *Servius Sulpicius iureconsultus, vir aetatis suae doctissimus, in libro ‘de sacris detestandis’ secundo qua ratione adductus ‘testamentum’ verbum esse duplex scripserit, non reperio; nam compositum esse dixit a mentis contestatione.* V. M. D’Orta, *Saggio sulla ‘heredis institutio’*, Torino 1996, 169 ss.; A. Spina, *Il diritto oltre la vita. Aspetti ideologico-religiosi del diritto successorio romano*, in S. Randazzo (a c. di), *Religione e diritto romano. La cogenza del rito*, Tricase 2014, 373 ss., 401 ss.; da ultimo Avenarius, ‘*Ordo testamenti*’ cit. 82 s.

³² Mi sembra possa rinvenirsi un nesso fra le espressioni di *decl. min.* 308.2, per cui *Proximum locum a testamentis habent propinqui ... quoniam relicta et velut in medio posita nulli propius videntur contingere* (che possiedono un evidente senso di apprensione materiale dei *bona defunctorum*) e l’enunciato normativo di XII Tab. 5.3 (*adgnatus proximus familiam habeto*): onde può legittimamente credersi che il declamatore alludesse qui alla legge decemvirale, nella quale trovava fondamento il diritto dei parenti prossimi.

³³ Non è qui certo che il declamatore abbia riferimento al (reale) diritto della *civitas*. Del resto, addentellati quanto ad una sorta di *favor testamenti* a fronte della successione *ab intestato* si ricavano solo dalla giurisprudenza dell’avanzato principato: v. ad esempio Ulp. 46 *ad ed.* D. 29.2.39: *Quam diu potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur*. Sulla possibilità di proiettare la personalità del defunto al di là della vita, attraverso le ultime volontà, per tutti Manfredini, *La volontà oltre la morte* cit. 13 s.; Avenarius, ‘*Ordo testamenti*’ cit. 169 s.

ne il declamatore – il loro insistere sul legame di parentela, considerato che il *de cuius*, avendo confezionato ben due testamenti, non ha tenuto conto di tale legame e li ha estromessi (§ 3). Appare qui sottesa la premessa, che il declamatore espliciterà più avanti (§§ 8 ss.), che il primo testamento, caduto il secondo, sia da considerarsi *ratum* e dunque applicabile – escludendo dunque che si possa aprire una successione legittima.

4. A questo punto si passa ad esaminare, per confutarli, gli argomenti degli avversari. La *lex* declamatoria afferma che solo il testamento più recente può essere considerato valido. Occorre dunque in primo luogo negare la pretesa dei *propinqui* per cui, essendo invalido l'*ultimum*, si apra la successione *ab intestato*.

È proprio sul significato del termine *intestatus* che si appuntano una serie di argomenti del declamatore³⁴. I *propinqui* asseriscono che il *de cuius* debba reputarsi morto *intestatus* perché, nonostante il secondo testamento sia stato invalidato (*damnatum*), il primo è stato *sublatum* dal secondo³⁵. Che l'argomentazione oggetto di confutazione sia principalmente la qualità di *intestatus* o meno del defunto, si evince sia dalle affermazioni al § 6 (*Non id agunt, ut non fecerit testamentum, sed intestatum volunt videri eum quia non semel fecerit*) che da quelle al § 11 (*sublatum dicunt prius testamentum posteriore testamento*)³⁶. Il declamatore oppone agli avversari diversi argomenti: essi non sono tutti nell'ordine in cui li attenderemmo e sono in parte condizionati dal dettato delle due *leges* enunciate in apertura. (A) In primo luogo si ferma sul senso letterale di *intestatus*: non può intendersi tale colui che abbia tout court redatto un testamento (§ 5: *Interrogo vos ... an hic quem intestatum decessisse dicitis scripserit aliquando testamentum*); (B) non può intendersi tale colui che si sia preoccupato di confezionare *omni iure* (ossia secondo diritto) tavole testamentarie; (C)

³⁴ Anche per tale aspetto (chi e in quali circostanze possa definirsi *intestatus*) si rinvencono già precedenti in Cicerone (testamento di Malleolo, Cic. *inv.* 2.148-149).

³⁵ Nel contesto delle norme effettivamente vigenti nell'ordinamento romano, essi avrebbero dovuto ottenere dal pretore – in quanto *adgnati proximi* - la *bonorum possessio sine tabulis*. La posizione giudiziale delle parti in caso di contesa ereditaria è già chiara in Cicerone (*Verr.* II 1.114): gli eredi legittimi possono ottenere la *bonorum possessio sine tabulis*; se taluno intenda affermare la propria qualità di erede testamentario nei riguardi del *bonorum possessor*, può esperire una *hereditatis petitio*, le cui condizioni sono dettate nell'editto del pretore. Valga, per tutti, il rinvio sul punto a Babusiaux, § 57 *Nachlassbesitz* ('*bonorum possessio*') cit. 1440 s., 1442 ss. (ove bibliografia precedente). Mette appena conto di rilevare che la declamazione non tocca i profili in esame.

³⁶ L'espressione *testamentum sublatum* è usata dai giuristi sia nel senso di testamento dichiarato giudizialmente invalido (Ulp. 4 *opin.* D. 3.5.44) che nel senso di testamento revocato da un secondo testamento (ad esempio Marcian. 4 *inst.* D. 36.1.30 pr.).

non può dirsi *intestatus* chi ha confezionato un secondo testamento, pur avendo intenzione, in tal modo, di revocare il primo (§ 6: *Apparet quam noluerit intestatus mori*); (D) se il (secondo) testamento posto in essere è invalido (*quod valere non possit*), il *de cuius* non è comunque morto *intestatus*, perché deve reputarsi valido il primo testamento³⁷.

Una volta argomentato nel senso che il defunto non sia morto *intestatus* occorre stabilire quali siano da considerarsi le ‘ultime’ volontà dell’ereditando. I *propinqui* potrebbero infatti controargomentare in vario senso: (A) il ‘primo’ testamento non potrebbe essere definito l’ultimo; (B) in subordine il secondo doveva considerarsi quello che avesse propriamente contenuto le ‘ultime’ volontà del defunto.

Quanto alla prima obiezione il declamatore obietta che, anche qualora un tale avesse scritto un unico testamento (che dunque, letteralmente, dovrebbe intendersi come ‘il primo’), si deve considerare manifesta la *voluntas legis* (e dunque non fermarsi su una mera interpretazione letterale) nel senso che sia valido quel testamento dopo il quale non esiste altro (valido) testamento (*ut id testamentum valeat post quod nullum testamentum est*). Non può d’altro canto escludersi che il testatore abbia confezionato altri testamenti: in tal caso l’*ultimum* da reputarsi valido sarebbe senz’altro quello che ha istituito erede l’*amicus* impersonato dal declamatore (§§ 9 e 10)³⁸.

Per la seconda linea argomentativa un indizio è nel § 14: in esso il declamatore ammette, per ipotesi, che il secondo testamento possa essere stato (per un periodo?) *ultimum*, e definito tale nel quadro di una controversia giudiziale (*cum res in lite est, cum in disputatione*). Tuttavia, sostiene, esso era stato ‘ultimo’ solo sino all’invalidazione (*illo ... sublato*). Una volta invalidato il secondo testamento, occorre tornare all’assunto di partenza, e considerarsi *ultimum* il primo.

Uno snodo fondamentale appare, all’interno della nostra *declamatio minor*, l’affermazione presente al § 11: *Sublatum dicunt prius testamentum posteriore testamento; neque ego infitior, si iure factum est testamentum, hoc est, si testamentum est, potentissimam esse defuncti proximam quamque voluntatem*.

³⁷ Rodríguez González, ‘Duo testamenta’ cit. 577: «El análisis de la *voluntas legis* refuerza este argumento de naturaleza formal: ante el hecho incontrovertible de que la voluntad del hombre es cambiante y en ocasiones hay que decidir entre varias manifestaciones de la misma, la norma decide (*lex voluit*) que sea vinculante la expresada en último lugar, porque refleja mejor lo que el difunto quiso justo antes de morir. Lo importante es que esta voluntad perdure en el tiempo, que no haya sido modificada, por ello, cuando el testamento posterior es inválido, debe considerarse que la voluntad inmediatamente anterior permanece (*durat*)».

³⁸ È attestato letterariamente l’uso di *ultimum* (oltre che di *supremum*) per indicare l’atto di ultima volontà (o l’ultimo atto, in ordine di tempo, di ultima volontà): Mart. *epigr.* 4.70: *Nihil Ammiano praeter aridam restem / moriens reliquit ultimis pater ceris*.

Sed nego ullum postea factum testamentum. In essa è esplicitato il punto di diritto: i *propinqui* affermano che il secondo testamento aveva tolto validità al primo, l'*heres ex testamento* sostiene che, essendo il secondo non *iure factum*, riacquista validità l'atto che lo istituiva erede. Come già anticipato, in età antonina il principio vigente era quello per cui (Gai 2.144) *Posteriore ... testamento, quod iure factum est, superius rumpitur*. Il primo testamento sarebbe stato *ruptum* anche là dove, una volta apertasi la successione sulla base del secondo testamento *iure factum*, questo fosse poi risultato inefficace per mancata *aditio* o per morte dell'erede o per altre ipotesi assimilabili³⁹. La regola, confermata anche da testimonianze giuridiche più tarde, appare formulata quasi negli stessi termini nel § 11 della declamazione: un testamento che sia *iure factum* conduce alla revoca di un testamento precedente. *E converso* (ne deriva il declamatore) non toglie valore al primo un testamento *non iure factum* o (per usare la terminologia presente nel *thema damnatum*: di esso non può predicarsi che *testamentum est*⁴⁰. In termini moderni, se il secondo testamento fosse andato incontro a una invalidità sopravvenuta, il primo ne sarebbe risultato caducato; se invece fosse stato affetto da invalidità originaria non sarebbe stato (evidentemente, verrebbe da dire) efficace ad annullare il primo.

5. Dopo aver seguito l'andamento argomentativo della declamazione, vi è forse spazio per qualche spunto di riflessione. Da un canto l'esercizio declamatorio si dipana avendo stretto riferimento al tenore delle due *leges* proposte in apertura: la prima, nella formulazione data, è finzionale, laddove la seconda, sia pur con l'uso di *verba* differenti, appare parafrasare il dettato di XII Tab. 5.3 (*si intestato moritur, ...*). Come si è visto, la difesa dell'applicazione della prima *lex* è l'obiettivo fondamentale dell'arringa, che è pronunciata dall'*heres scriptus* 'priori testamento'. Alcuni degli argomenti usati dal declamatore non sarebbero stati utili in un giudizio reale, considerato che non siamo a conoscenza di una norma, nell'ordinamento romano, il cui tenore letterale fosse «*testamenta ultima rata sint*». Il giovane oratore era spinto a reperire argomenti oscillando (è questo almeno il caso di *decl. min.* 308) fra lo *scriptum* e la *voluntas* (della *lex* declama-

³⁹ *Supra* e nt. 16.

⁴⁰ Rodríguez González, 'Duo testamenta' cit. 586 nt. 52: «la metáfora de la carrera que utiliza el declamador para explicar que, caído el segundo testamento, debe considerarse último el realizado en primer lugar, guarda cierto paralelismo con el modo en que los juristas explican cómo hay que proceder para el llamamiento de los *agnati proximi*: Ulp. 13 *ad Sab. D.* 38.16.2» (in specie *D.* 38.16.2.6: *Proximum non eum quaerimus, qui tunc fuit cum moreretur pater familias, sed eum, qui tunc fuit cum intestatum decessisse certum est. secundum quae et si suus erat qui praecedebat, vel consanguineus, si nemo eorum, cum repudiatur hereditas, vixit, proximum eum accipimus, qui tunc, cum repudiatur hereditas, primus est*).

toria)⁴¹: in ciò consisteva il suo ‘allenamento’, e in tale ottica devono leggersi, nella *declamatio*, interpretazioni non strettamente rispondenti allo stato di diritto del tempo del termine *intestatus*, e di *ultimum* e *damnatum* riferiti a un testamento.

E pure non escluderei che il caso proposto nel *thema* potesse verificarsi nella realtà dei fatti: di due testamenti successivi, che istituivano due diversi eredi *extranei*, il primo era risultato valido, il secondo no; non è impensabile che si instaurasse allora una contesa fra *heredes ab intestato* (che, in assenza di *sui*, erano gli *adgnati* del defunto) e l’erede istituito nel primo testamento. Del resto l’*excursus* di Gai 2.144 verteva solo sull’efficacia revocatoria di un *testamentum posterius iure factum*, non invece sulle posizioni giurisprudenziali concernenti un secondo testamento *non iure factum*⁴².

Al di là della casistica che potrebbe aver dato luogo a una disputa come quella descritta nella declamazione⁴³, deve rilevarsi come, in età antonina, il caso in cui un testatore, dopo aver confezionato un primo testamento, ne avesse posto in essere un secondo con l’idea di revocare il primo, e il *posterius testamentum* per un qualche motivo fosse stato invalido, aveva effettivamente fornito materia di discussione. L’argomento che probabilmente si avanzava nella disputa, poi accolto da una delibera senatoria che tradizionalmente si colloca sotto Antonino Pio⁴⁴, è che, se il *de cuius* aveva confezionato un nuovo atto di ultima volontà, egli intendesse senz’altro togliere l’eredità agli istituiti nel testamento precedente; e tale dato non poteva essere inficiato dal fatto che il *posterius testamentum* risultasse *non iure factum*⁴⁵. Se l’erede istituito nel primo testamento avesse

⁴¹ Sullo *status legalis* ‘*scripti et voluntatis*’ valga il rinvio per tutti a Martin, *Antike Rhetorik* cit. 46 ss.; sulla declinazione di tale *status* nella nostra *declamatio*, v. Santorelli, 308. *I due testamenti* (in corso di stampa).

⁴² Voci, *Diritto ereditario romano* II cit. 513 ss.; Marini, ‘*Prius testamentum ruptum est*’ cit. 25 ss.; Avenarius, ‘*Ordo testamenti*’ cit. 475 s.

⁴³ Potremmo infatti, in via ipotetica, immaginare la seguente successione di eventi: essendo a conoscenza di un unico testamento (il secondo) gli eredi *ab intestato* agiscono nei riguardi dell’*heres institutus* e ottengono una rescissione del testamento e la *bonorum possessio* sui beni del defunto; a quel punto si fa avanti un *heres institutus* in un testamento precedente, che si afferma non essere stato revocato dal successivo: quest’ultimo, nel quadro di una *hereditatis petitio*, afferma il suo diritto nei riguardi dei ‘*propinqui*’ *bonorum possessores*. A quel punto l’esercizio retorico avrebbe avuto un senso anche nella vita (giudiziaria) reale (si v. anche le varianti casistiche vagliate dagli autori citt. *infra* nelle ntt. successive).

⁴⁴ Per la natura del provvedimento e la sua datazione valga il rinvio a quanto osservato da Voci, *Diritto ereditario romano* II cit. 514 e da Lo Iacono, *Ambulatoria est voluntas defuncti? Ricerche sui ‘patti successori’ istitutivi*, Milano 2019, 221 s. V. altresì gli autori citati *infra*, nt. 47.

⁴⁵ Voci, *Diritto ereditario romano* II cit. 514 s.: «il secondo testamento, quando nomina eredi diversi da quelli del primo, mostra chiaramente, nonostante la sua invalidità, che il testatore non voleva che l’eredità spettasse ai primi istituiti». Nello stesso senso S. Serangeli, *Studi sulla revoca del testamento in diritto romano. Contributo alle forme testamentarie*, Milano 1982, 234 ss.

conseguito l'eredità, ciò sarebbe avvenuto (ingiustamente) contro il volere del testatore. Il senato deliberò, per l'ipotesi in esame, che gli *heredes scripti* nel primo testamento dovevano considerarsi indegni e che l'eredità fosse avocata allo stato.

Pap. 16 *quaest.* D. 34.9.12: *Cum quidam <in secundo testamento>⁴⁶ scripsisset heredes quos instituere non potuerat, quamvis institutio non valeret, neque superius testamentum ruptum esset, heredibus tamen ut indignis, qui non habuerunt supremam voluntatem, abstulit iam pridem senatus hereditatem ...⁴⁷.*

Parte della dottrina ipotizza, alla luce della testimonianza in esame, e del lacunoso passaggio di Gai 2.151a (*Quid ergo est? Si quis ab intestato bonorum possessionem petierit et is qui ex eo testamento heres est, petat hereditatem < ... > perveniat hereditas: et id rescripto imperatoris Antonini significatur*) che, prima degli interventi attribuiti al principato di Antonino Pio, da fattispecie come quella (o analoghe a quella) descritta da Papiniano potessero scaturire non solo controverse giudiziarie fra *heredes scripti* nel secondo testamento ed *heredes* istituiti nel primo⁴⁸, ma altresì controversie in cui gli *heredes ab intestato* fronteggiavano

⁴⁶ Arg. ex Bas. 60.42.12: Ἐάν ἐν δευτέρα διαθήκη γράψω κληρονόμων ...

⁴⁷ Sul frammento, *ex multis*, in particolare G. Gandolfi, *Studi sull'interpretazione degli atti negoziali in diritto romano*, Milano 1966, 152; H. F. Wieling, *Testamentauslegung im römischen Recht*, München 1972, 199 s.; Serangeli, *Studi sulla revoca del testamento* cit. 10 ss., 232 ss.; M. Amaya Calero, *Un famoso pleito sucesorio que decide Marco Aurelio*, in *Labeo* XXXIV, 1988, 18 ss.; F. Arcaria, 'Senatus censuit'. *Attività giudiziaria ed attività normativa del senato in età imperiale*, Milano 1992, 164 ss.; R. Zimmermann, 'Unworthiness' in the Roman Law of Succession', in *Essays in Memory of Lord Rodger of Earlsferry*, Oxford 2013, 325 ss.; A. Guasco, *L'indegnità a succedere tra bona ereptoria e diritto di rappresentazione*, Napoli 2018, 45 s.; M. Vinci, *Ut indignis: rispetto della suprema voluntas e rivalutazione della dignità a succedere*, in *BIDR.* 116, 2022, 169 ss.; da ultimo Marini, 'Prius testamentum ruptum est' cit. 111 ss.

⁴⁸ È questa l'opinione (che esclude invece l'eventualità di un conflitto fra eredi legittimi ed *heredes scripti* nel primo testamento) di Vinci, *Ut indignis* cit. 176: «La questione si svolgerebbe ... direttamente tra gli eredi istituiti nel primo testamento e quelli nel secondo. Questi ultimi agiscono con una *petitio hereditatis* contro i primi che, evidentemente già in possesso dei beni ereditari, in seguito ad accettazione espressa dell'eredità o ad una *pro herede gestio* (poco importa), resistono argomentando in base alla prospettiva civilistica prima esaminata: il primo testamento sarebbe rimasto valido ed efficace perché mai *ruptum*. Il decisore di primo grado – difficile dire se ancora i *centumviri* o i giudici della *cognitio extra ordinem* ... – respinge la domanda attrice, assai presumibilmente con la motivazione, condensata da Papiniano, che la seconda *institutio non valeret*». Nonostante la brillante ricostruzione operata dall'a. della fattispecie sottesa a D. 34.9.12, non vedo perché – considerato che verosimilmente il senato giudicava in grado di appello – l'*appellatio* non potesse (anche) eventualmente essere stata esperita dagli *heredes ab intestato* sconfitti nella *hereditatis petitio* promossa dagli *heredes scripti primo testamento* (così già C. Sanfilippo, *Studi sull'hereditas* I, in *AUPA.* 17, 1937, 86 s.; Arcaria, *Senatus* cit. 167).

l'*heres* o i più *heredes* istituiti nel *superius testamentum*, quello tuttora valido⁴⁹.

È accolto da alcuni che i pretesi eredi legittimi argomentassero, in loro favore, che il defunto voleva comunque escludere dalla successione il o gli *heredes scripti* nel primo testamento, dal momento che ne aveva confezionato uno nuovo⁵⁰. Benché quel *testamentum*, cioè, fosse l'ultimo, il '*supremum*', doveva affermarsi, gli *scripti heredes* non avrebbero avuto dalla loro parte la *suprema voluntas* del *de cuius*⁵¹.

E non escluderei neppure, a questo punto, che gli avversari del o degli eredi testamentari potessero essere parenti stretti (*adgnati* o, nel linguaggio declamatorio, *propinqui*) del defunto che tentavano, con le argomentazioni in esame

⁴⁹ Per tutti G. Finazzi, *L'exceptio doli generalis' nel diritto ereditario romano*, Padova 2006, 56 s., sia pure per l'ipotesi (Gai 2.151) in cui il *de cuius* avesse distrutto le (uniche) tavole testamentarie da lui confezionate: «Nella parte iniziale di Gai 2.151a ... compare un elemento il quale induce ad ipotizzare che Gaio non si limitasse ad esaminare la posizione dell'erede testamentario nel caso che l'eredità spettasse al fisco. Si tratta del riferimento alla richiesta della *bonorum possessio sine tabulis*, che, con ogni probabilità, non consentiva di procedere all'*ereptio* fiscale e alla connessa *denegatio actionis* ... che Gaio richiama anche il mezzo di difesa pretorio appare molto probabile, se si considera che, all'inizio di Gai 2.151a, è fatta l'ipotesi *si quis ab intestato bonorum possessionem petierit* ed è menzionata l'*hereditatis petitio* esperita dall'*heres ex testamento*. Atteso che sarebbe stato iniquo defraudare i *bonorum possessores ab intestato* a favore del fisco, si deve pensare che il giurista, innanzi tutto, precisasse che l'*heres scriptus*, il quale, malgrado la condotta eversiva del testatore, agisse in petizione ereditaria, poteva essere respinto dai successori intestati pretorii con l'*exceptio doli*».

⁵⁰ Serangeli, *Studi sulla revoca del testamento* cit. 234 s.: «Tale riforma era invero ... il diretto portato delle mutate concezioni nel campo delle forme testamentarie e l'istanza che ne stava alla base era quella di far sì che, superandosi le arcaiche concezioni dello *ius civile*, improntate a mero formalismo, avesse piena attuazione la *voluntas* espressa del testatore mediante gli atti di eversione talché l'eredità, da un lato non andasse all'*heres scriptus qui non habet voluntatem*, dall'altro venisse raccolta da chi tale *voluntas* aveva per sé all'atto della morte del testatore». L'a. aggiunge, poi, fermandosi sul caso della cancellazione solo della *heredis institutio* in un testamento che il testatore non ha completamente revocato, che «La *voluntas* del testatore è suscettibile di una sola interpretazione: egli vuole conservare valore al testamento (cioè non vuole morire intestato) ma non vuole più quale suo erede quello la cui istituzione ha cancellato. Nei confronti dei successibili *ab intestato* egli ha ... per la seconda volta manifestato *voluntas* di segno decisamente negativo (né più né meno che nel caso ... in cui il testatore, fatto un primo testamento *iure perfectum*, un secondo ne fa formalmente valido, ma in cui istituisce eredi incapaci»). L'argomento sotteso al pensiero di Papiniano (che pare evincersi anche, ad esempio, da Pap. 6 *resp.* D. 28.4.4) è esattamente quello di *decl. min.* 308.3: *Nihil est ergo quod nos onerare temptent nomine isto propinquitatis, iactatione sanguinis et naturae homines binis iam tabulis exheredati*.

⁵¹ Può consentirsi con la visuale espressa da Serangeli (v. sopra, nt. precedente), e ribadita da Marini, '*Prius testamentum ruptum est*' cit. 115, secondo cui «nel testo di Papiniano si coglie un cambiamento di prospettiva – o, se si preferisce, un mutamento di piano – che dalla regola civilistica, attraverso lo *ius novum* introdotto dal senato ..., fa assumere una maggiore centralità al valore della *suprema voluntas*».

(forse all'interno di una *querela inofficiosi testamenti*⁵²), di affermare (eventualmente in un giudizio di secondo grado) la caducazione anche del primo testamento e, appunto, le loro ragioni di eredi *ab intestato*⁵³. Dispute del genere erano verosimilmente frequenti fra fine I e inizi II secolo d.C. (appunto il periodo al quale diffusamente si datano le *declamationes minores*)⁵⁴: ad una di esse potrebbe aver tentato di dare risposta il provvedimento senatorio cui allude Papiniano in D. 34.9.12, verosimilmente di età antonina, avocando allo stato le eredità oggetto di simili contese.

Pur essendo consapevole del fatto che siamo su un piano congetturale, mi pare ben si possa immaginare che le argomentazioni preservate nella *declamatio minor* 308 possano aver avuto una propria importanza anche nelle arringhe pronunciate, all'epoca, nel mondo reale, e non solo entro l'universo di Sofistopoli.

Francesca Lamberti
Università del Salento
francesca.lamberti@unisalento.it

⁵² Vinci, *Ut indignis* cit. 176 (ivi ulteriore letteratura).

⁵³ Sanfilippo, *Studi sull'hereditas* cit. 86 s.: «gli eredi istituiti nel primo testamento avevano condotto vittoriosamente la *hereditatis petitio* contro i *bonorum possessores ab intestato* e questi avevano mosso istanza d'appello all'imperatore; il Senato, giudicando per delega imperiale, aveva accolto le ragioni degli appellanti, tutelando la effettiva volontà revocatrice del testatore contro il principio civile».

⁵⁴ Ne fa ampiamente fede l'epistolario di Plinio il Giovane (composto fra il 96 e il 113 d.C.), all'interno del quale l'intellettuale di *Novum Comum* menziona in più di un caso controversie ereditarie, di regola fra *heredes scripti* e parenti stretti diseredati o preteriti (ad es. in testamenti muliebri). V. per tutti J.W. Tellegen, *The Roman Law of Successions in the Letters of Pliny the Younger*, Zutphen 1982; G. Gulina, *La 'querela inofficiosi testamenti' nella testimonianza di Plinio il Giovane*, in *SDHI*. LXXV, 2009, 261 ss.; Id., *Ancora sulla testimonianza pliniana circa il regime processuale della 'querela inofficiosi testamenti'* (Plin. 'epist.' 6.33.2-6 e 9), in A. Palma (a c. di), *Scritti in onore di Generoso Melillo II*, Napoli 2009, 555 ss.; L. Gagliardi, *I collegi giudicanti: 'decemviri', 'centumviri', 'septemviri', 'recuperatores'*. *Idee vecchie e nuove su origini, competenze, aspetti procedurali*, in L. Garofalo (a c. di), *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese II*, Padova 2012, 339 ss.

Zur Ersetzung von *sodalitium* durch *societas* in den *Digesten* und zum Phänomen des *collegium sodaliticium*

Mit Nebenbemerkungen zur so genannten *societas publicanorum*

«Kein Wort steht still ...»
(Goethe)¹

Dem Phänomen der Interpolationen im Digestentext gebührt weiterhin die Aufmerksamkeit der römischrechtlichen Forschung². Die bewusste inhaltliche Veränderung eines vorgefundenen Texts – zu einem genau zu bestimmenden Zweck – innerhalb der Überlieferung und insbesondere im Rahmen der Kompilation der Digesten muss eine taugliche Erklärung für den formalen oder inhaltlichen Anstoß bleiben, den wir an einem Digestenfragment nehmen – wenn der Anstoß durch die Erkenntnis von eigenen anachronistischen Vorurteilen, durch die Akzeptanz von *ius controversum* der römischen Juristen, durch präzisere Übersetzung, durch Annahme von Schreiberversehen samt Falschkorrekturen nicht befriedigend, das heißt: nur mit geringerer Wahrscheinlichkeit, überwun-

¹ J. W. Goethe, *Maximen und Reflexionen*, in *Berliner Ausgabe XVIII*, Berlin 1960, 622: «Kein Wort steht still, sondern es rückt immer durch den Gebrauch von seinem anfänglichen Platz, eher hinab als hinauf, eher ins Schlechtere als ins Bessere, ins Engere als Weitere, und an der Wandelbarkeit des Worts läßt sich die Wandelbarkeit der Begriffe erkennen».

² Unter Berücksichtigung etwa von A. Watson, *Prolegomena to Establishing Pre-Justinianic Texts*, in *TR*. 62, 1994, 113-125 und J. H. A. Lokin, *The End of an Epoch, Epilegomena to a Century of Interpolation Criticism*, in R. Feenstra u. a. (Hgg.), *Collatio iuris romani. Ét. H. Ankum*, Amsterdam 1995, 261-273, und obwohl es Lokin bevorzugt, «to say goodbye for a while to the attempts of reconstructing the classical 'ideal' and instead to concentrate on the Justinianic texts, regardless of how 'polluted' they may be» – wie will Lokin mit den reform- und kürzungsbedingten Unwuchten umgehen, die ihm bei der «Konzentration auf die justinianischen Texte» unweigerlich auffallen müssen? Sie zu erklären, hat nichts damit zu tun, dass man das Ausgangsmaterial zum «Ideal» erheben würde. Wohin führt die Konzentration auf den Digestentext als solchen, wenn er widersprüchliche Aussagen enthält, die sich aus altem *ius controversum* speisen? Zum justinianischen Text muss man auch erst vordringen: Wie will Lokin mit eigenen Überlieferungsproblemen der justinianischen Texte umgehen (die doch auch zu «pollution» führen), wenn er sie nicht von Interpolationen abgrenzt? S. auch die Beiträge in M. Miglietta, G. Santucci (Hgg.), *Problemi e prospettive della critica testuale*, Trento 2011, insbesondere von R. Lambertini, F. Gorla, D. Mantovani und M. Talamanca, sowie J. G. Wolf, *Interpolationen in den Digesten*, in *SDHI*. 79, 2013, 3-80 (der mir Phänomene wie *nota* und *retractatio* zu wenig von der Interpolation abzugrenzen scheint). Abwehr jüngster Interpolationsvermutungen und Andeutungen methodischer Postulate bei J. Platschek, *Nochmals zu D. 19,1,23 (Iul. 13 dig.) = Iul. 221 Lenel*, in *ZSS*. 141, 2024, 465-478 und *Zum Text von D. 1,16,6 pr. (Ulp. 1 off. procons.) = Ulp. 2144 Lenel*, in *ZSS*. 141, 2024, 528-535.

den werden kann. Derartige Überlegungen unter Verweis auf vermeintlichen «Konservativismus» zu unterdrücken, wäre schlicht methodenfern. Es bedarf umgekehrt nicht (und bedurfte zu keinem Zeitpunkt) einer spezifischen «interpolationistischen Methode», soweit damit mehr gemeint ist als die Integration des Interpolationenphänomens in die Textkritik. Es bedarf einer Textkritik, die bei der Behandlung der Digesten die Besonderheiten der handschriftlichen Überlieferung, der Textgattung, des historischen Sprachstands und die Möglichkeit willkürlicher Eingriffe (sowie deren Grenzen bei substantiellen Änderungen) berücksichtigt, wie dies die klassische Philologie auch bei jedem anderen Text tut. Dieser Weg darf weder als «unjuristisch» abgetan werden: Er setzt die juristische Durchdringung der Texte zwingend voraus, und regelmäßig gehen die philologischen Defizite der Literatur mit juristischen einher; noch darf er *ad libitum* abgekürzt werden, wenn es darum geht, eine Stelle für die Zwecke eigener Dogmen und Theorien zu «retten» oder zu neutralisieren.

Im Folgenden wird eine – fremde – Interpolationsvermutung als wahrscheinliche Erklärung eines Anstoßes dargelegt und verteidigt. Als vorzugswürdige Lesart des Klassikertexts wird sie sodann Überlegungen zu weiteren Texten zugrundegelegt, die das Ausmaß der konsequenten Änderung in byzantinischer Zeit deutlich werden lassen.

I. so{cietas} interpoliert für so<dalicium> im Primärtext von D. 3.4.1 pr., Satz 1 (Gai. 3 ad ed. prov.) = Gai. 87 Lenel

I.1. Befund der Überlieferung – Korrekturbedürfnis – Zwei Modelle

D. 3.4.1 pr. ist die einzige und – als Bestandteil der Digesten – sekundäre Überlieferung eines Abschnitts aus dem dritten Buch des Gaianischen Kommentars zum Provinzialedikt (Gai. 87 Lenel); Gaius kommentiert die ediktalen Regelungen über die Prozessvertretung privater Personenvereinigungen. Die Sekundärüberlieferung lautet nach Hs. Florenz Bibl. Laurenz., S. N.= F, vol. I fol. 62vb l. 29 – 63ra l.1:

Neque †societas† neque collegium neque huiusmodi corpus passim omnibus habere conceditur: nam et legibus et senatus consultis et principalibus constitutionibus ea res coercetur. Paucis admodum in caus^la^li's concessa sunt huiusmodi corpora: ut ecce vectigalium publicorum sociis permissum est corpus habere vel aurifodinarum vel argentifodinarum et salinarum. Item collegia Romae certa sunt, quorum corpus senatus consultis atque constitutionibus principalibus confirmatum est, veluti pistorum et quorundam aliorum et naviculariorum, qui et in provinciis sunt.

«Weder eine Gesellschaft (Nominativ!) noch einen Verein noch einen derartigen Verband zu haben, wird ohne Weiteres allen zugestanden. Denn diese Frage wird so-

wohl durch Gesetze³ als auch durch Senatsbeschlüsse und Akte kaiserlicher Rechtsetzung geregelt. Nur in wenigen Fällen sind derartige Verbände erlaubt worden. So ist es etwa den Gesellschaftern (zur Pacht) der öffentlichen Abgaben gestattet worden, einen Verband zu haben, oder denen (zur Pacht) der Gold- oder Silberbergwerke und der Salinen. Ferner gibt es in Rom bestimmte Vereine, deren Verband⁴

³ Durch *leges publicae*: wie die *lex Iulia (de collegiis?)*, die *CIL VI 2193* in einen Zusammenhang mit der Erlaubnis von Vereinen bringt, dazu jetzt A. Bendlin, *C. C. C (CIL VI 2193 = 4416): Three Letters and a Julian Law in Augustan Rome*, in S. Killen u. a. (Hgg.), *Caput studiorum. FS R. Haensch*, Wiesbaden 2024, 371-389; skeptisch hinsichtlich Existenz und Inhalt einer *lex Iulia, de collegiis*‘ jetzt P. Costa, *Una lex Iulia de collegiis? Note critiche su un paradigma dottrinale*, in *Iuris Antiqui Historia* 12, 2020, 11-57. Dass bei Gaius die *leges censoriae/locationis* «gemeint sein könnten», die (ursprünglich) zensorischen Maßgaben für die Vergabe des Abgabeneinzugs an *publicani*, ist schwer vorstellbar (so aber F.-St. Meissel, *Constat enim societas ex societatibus? Zur ‚Körperschaftlichkeit‘ und anderen Besonderheiten der Publikanengesellschaften*, in J. Hallebeek u. a. (Hgg.), *Inter cives necnon peregrinos. FS. B. Sirks*, Göttingen 2014, 523 f.: «denkbar»; s. schon F.-St. Meissel, *Rez. Fleckner, Antike Kapitalvereinigungen (2010)*, in *ZSS* 130, 2013, 555). Dort sind Regelungen zur Durchführung des Abgabeneinzugs zu erwarten (vgl. D. 50.16.203, Alf. 7 dig. und die *lex portorii Asiae*, s. M. Cottier u. a. (Hgg.), *The Customs Law of Asia*, Oxford 2008), nicht zur körperschaftlichen Organisation auf Bieterseite, so auch G. Poitras, F. Willeboordse, *The societas publicanorum and corporate personality in roman private law*, in *Business History* 63.7, 2021, 1068. Die – einmalige – Erwähnung der *κοινωνία* in § 52 der *lex portorii Asiae* (einem Nachtrag von 5 n. Chr.) hat nichts mit der konstitutiven Anerkennung eines *corpus habere* zu tun (s. unten vor Fn. 57). In der Trias *leges – senatus consulta – constitutiones principum* unter *leges* die zensorischen Versteigerungsbedingungen erfasst zu sehen, ist schon angesichts von Gai. *inst.* 1.2 (und nicht zuletzt angesichts derselben Trias in der *lex portorii Asiae*, § 2) kaum möglich; dazu jetzt F. Battaglia, *Strutture espositive in Gaio: per una morfologia delle Institutiones*, in U. Babusiaux, D. Mantovani (Hgg.), *Le Istituzioni di Gaio: avventure di un bestseller*, Pavia 2020, 240 mit Fn. 65; 253 mit Fn. 85.

⁴ Aus *certa collegia, quorum corpus ...* (Gen. poss.) entnimmt man den (anderweitig unbelegten) möglichen Ausdruck, dass «ein *collegium* ein *corpus* hat» oder «kein *corpus* hat», *corpus* also *Habitus* des *collegium* ist. Nach dem ersten Satz von D. 3.4.1 pr. und nach § 1 ist das *collegium* aber ein *corpus*, das man – bei Betätigung des Erlaubnisvorbehalts – haben kann: *collegium* ist demnach eine Qualität des *corpus*, *corpus* *Habitus* von Personen. A. Groten, *Corpus und universitas. Römisches Körperschafts- und Gesellschaftsrecht: zwischen griechischer Philosophie und römischer Politik*, Tübingen 2015, 158 zieht daraus weitreichende Schlüsse. Eine Verderbnis von *quorum co~~e~~tus* (Gen. obiect.) ... *confirmatu~~s~~ est* («deren Zusammentreten ... anerkannt worden ist»), auf das die Ausdrücke *huiusmodi corpus habere / huiusmodi corpora concessa / corpus habere* in der unmittelbaren Umgebung eingewirkt haben können, ist zwar denkbar (zum *ius coeundi lege permissum* der *collegia* s. D. 50.6.6.12, Call. 1 *cogn.* = Call. 8 Lenel; zu *coetus* vgl. *lex Im.* 74, unten I 2 b). Die Basiliken-Scholien (s. unten nach Fn. 14) lesen bereits ὄν τὸ σωματεῖον (entspr. *quorum corpus*); die Textverderbnis wäre demnach in der Primärüberlieferung vor Justinian zu vermuten. Doch gilt für die *certa collegia* nichts anderes als für *universitas*, *societas* und *municipium*: Wie diese mit dem Plural *universi*, *socii*, *municipes* gleichbedeutend sind, so ist *collegium* Synonym für die *collegae*. Diese bilden und haben gleichermaßen ein *collegium* und damit ein *corpus*. Der Satz bedeutet: «Ferner gibt es in Rom bestimmte Gruppen von *collegae*, deren Verband anerkannt ist» = «bestimmte anerkannte *collegia*». Den von Gaius gewählten Ausdruck stärker zu belasten, führt in die Irre. Das Phänomen ist für das im Folgenden Besprochene wohl gemerkt nicht entscheidungserheblich.

durch Senatsbeschlüsse und Akte kaiserlicher Rechtsetzung bestätigt worden ist, zum Beispiel die der Bäcker und gewisser anderer und die der Schiffer, die es auch in den Provinzen gibt⁵.»

Der Anstoß besteht im Ausdruck *societas habere*. Hier ist eine Veränderung des überlieferten Texts – jedenfalls zur Rekonstruktion des Gaianischen Originals – unumgänglich⁶: Über den – schlicht falschen – Nominativ als Objekt eines aktiven Verbums helfen weder Sprachtoleranz noch Reflexion über die hermeneutische Situation des modernen Lesers oder die Annahme von juristischen Eigenwilligkeiten des Gaius hinweg. Zur Überwindung des Anstoßes bleiben zwei Erklärungen: die als versehentliche Verderbnis des Texts beim Abschreiben und die als Folge eines bewussten Eingriffs. In beiden Fällen erkannte der

⁵ Nach dem Digestentext bezieht sich der Relativsatz mit *qui* auf die – zuvor in auffälliger Weise angehängten – Schiffer (noch nicht einmal auf deren *collegium*, sondern auf sie selbst!). Selbst wenn man *qui* auch auf *pistores* (und *quidam alii*?) erstrecken wollte, würde Gaius sagen, dass es in den Provinzen Bäcker und Schiffer gibt! Zu erwarten ist die Aussage, dass es die – alle – in Rom anerkannten *collegia* auch in den Provinzen gibt. Bei Gaius hieß es mit Wahrscheinlichkeit: *Item collegia Romae certa sunt ... {et naviculariorum}, qu<ae> et in provinciis sunt.*

⁶ Der Nominativ *societas* kann auch nicht durch Korrektur von *habere* zu *haber<i>* bewältigt werden. A. Schulting, N. Smalenburg, *Notae ad Digesta I, Lugduni Batavorum 1804*, 451 bezeichnen *haberi* als Lesart der Vulgat-Handschriften, was zutrifft für: Hs. Vaticano BAV, Vat. lat. 1406 [= V], fol. 27r l. 2, wo *habere* nachträglich dazu verbessert wurde; Hs. Leipzig UB 873 [= L], fol. 19ra l. 20. Th. Mommsen, *Digesta Iustiniani Augusti I, Berolini 1870*, 96 Anm. 1 weist *haberi* ohne Hinweise auf Vulgat-Handschriften (obwohl er V und L grundsätzlich berücksichtigt) dem Werk von Editoren zu; weitere Literatur bei Groten, *Corpus und universitas* cit. 155 Fn. 552 f. *Societas haberi omnibus conceditur* entspricht – will man es überhaupt für möglich halten – jedenfalls nicht dem Sprachgebrauch, vgl. parallel D. 3.4.1 pr. und 1: *sociis permissum est corpus habere; quibus autem permissum est corpus habere*; D. 20.6.2 [Gai. 9 ad ed. prov.]: *hoc facere (nicht: fieri) concedetur*; D. 12.2.31 [Gai. 30 ad ed. prov.]: *non conceditur eandem causam retractare; conceditur habere* in D. 8.6.11 pr. [Marcell. 4 dig.], D. 48.6.10 pr. [Ulp. 68 ad ed.]. Die Juristensprache ließe allenfalls den Ncl *societatem habere omnes conceduntur* erwarten, s. W. Kalb, *Das Juristenlatein*, Nürnberg 1888, 76 f. Fn. 4. D. Mattiangeli, *Societas und corpus. Auf den Spuren einer Handelsgesellschaft als juristische [sic] Person im römischen Recht*, Wien 2017, 382 will (unter Streichung des dritten *neque*) eine Struktur erkennen: *societas conceditur corpus habere*; ebenso schon P. Starace, *Sulla tutela processuale del communiter gerere*, Bari 2015, 129 f.: «Né alla società ... è concesso senza regole di *habere corpus*». *Huiusmodi* verwies dann in die Leere vor dem überlieferten Text (s. unten Fn. 10)? Vor allem aber: Was wird dann aus *omnibus*? *Habere* schlicht zu streichen, würde zwar zu einer möglichen Konstruktion führen (vgl. später: *concessa sunt huiusmodi corpora*; besser wäre dann freilich *passim omnibus conced<un>tur*), doch wäre eine vermutete Einfügung von *habere* ohne Angleichung von *societas* eine nicht wahrscheinliche Verschlimmbesserung. S. Randazzo, *Diritto associativo romano*, Napoli 2021, 174 f. Fn. 50 äußert an *societas habere* keinen Anstoß, spricht aber von einem «possibile ma non significativo rimaneggiamento formale» der Stelle: Soll dazu eine mutwillige Ersetzung der richtigen Form von *societa–haber–* durch die falsche gehören? S. unten bei Fn. 23.

Urheber von *societas habere* nicht, dass eine grammatikalisch falsche Struktur entstand. Der Unterschied besteht in der Initiative: Im ersten Fall wollte er damit den von ihm vorgefundenen Text richtig wiedergeben; im zweiten Fall wollte er ihn verändern. Im ersten Fall ist die Rückveränderung bloße Emendation, im zweiten Fall Konjekture.

Wenn es sich bei *societas* um die versehentliche Verderbnis von *societa<tem>*⁷ (oder – von vorne herein unwahrscheinlicher – *societa<te>s*⁸) handelte, das heißt: nach der Wahrscheinlichkeit handeln müsste, so wäre ein von uns rekonstruierter Gaius-Text entsprechend zu emendieren; die Sekundärüberlieferung, der Digestentext, wäre streng genommen nur unter der unsicheren Prämisse zu emendieren, dass es zu der Verderbnis erst innerhalb der Überlieferung der Digesten gekommen ist⁹, ein Urtext der Digesten also noch einen Akkusativ von *societas* enthielt¹⁰.

⁷ *Societate(m)* liest Hs. Turin BNU, F.II.14 (Italien, 12./13. Jh.) fol. 28vb l. 11. Als ursprünglich vermutet seit Haloander, s. Schulting, Smallegange, *Notae ad Digesta I* cit. 451 mit weiteren Nachweisen; s. auch Groten, *Corpus und universitas* cit. 154 f. mit weiterer Literatur; zuletzt W. Buchwitz, *Darstellung und Gebrauch der senatus consulta in den kleineren Schriften von Gaius*, in P. Buongiorno, S. Lohsse (Hgg.), *Darstellung und Gebrauch der senatus consulta in der römischen Jurisprudenz der Kaiserzeit*, Stuttgart 2022, 140 mit Fn. 3; B. Eckhardt, *Romanisierung und Verbrüderung. Das Vereinswesen im römischen Reich*, Berlin, Boston 2021, 25; Meissel, *Rez. Fleckner* cit. 555 = ders., *Constat enim societas ex societatibus?* cit. 523; ohne Korrektur noch ders., *Societas. Struktur und Typenvielfalt des römischen Gesellschaftsvertrages*, Wien 2004, 209 mit Fn. 548 (s. unten Fn. 13); P. Cerami, *Impresa e societas nei primi due secoli dell'impero*, in F. Milazzo (Hg.), *Affari, finanza e diritto nei primi due secoli dell'impero*, Milano 2012, 195. Offengelassen (und zu oberflächlich berührt) in J. Platschek, *Rez. A. Groten, Corpus und universitas* (2015), in *ZHR*. 181, 2017, 156 (s. auch unten Fn. 36).

⁸ *Societates* liest die Hs. Vaticano BAV, Vat. lat. 2705 (1. Hälfte 12. Jh.), fol. 24vb l. 27. Zuletzt St. Brassloff, *Satura critica*, in *Studi in onore di Salvatore Riccobono nel XL anno del suo insegnamento I*, Palermo 1936, 317 f.; ältere Nachweise bei Schulting, Smallegange, *Notae ad Digesta I* cit. 451. Ein Plural *societates* wäre in der Reihe mit den Singularen *collegium* und *corpus* wohlgeordnet unbefriedigend. Auch noch diese Worte in den Plural zu emendieren, also: *Neque societa<tes> neque collegi<a> neque huiusmodi corp<ora>*, würde die Vermutung von Abkürzungen auch dieser Worte: *colleg'?*, *corp'?* erforderlich machen, die den Plural nicht hätten erkennen lassen und deshalb falsch aufgelöst worden wären; die Abkürzung für *societates* wäre doppelt falsch aufgelöst worden (Nom. Sing. statt Akk. Pl.).

⁹ Verderbnisse durch Abkürzungen nach Entstehung des Digestentexts sind unwahrscheinlich, weil Justinian für sein Werk Abkürzungen ausdrücklich verboten hatte, s. F. M. de Robertis, *Storia delle corporazioni e del regime associativo nel mondo Romano II*, Bari 1971, 387 Fn. 372.

¹⁰ B. D. Shaw, *The Company-State Model and the societates publicanorum*, in *Historia* 71, 2022, 97 will – unter Verwahrung gegen eine Festlegung auf den exakten Wortlaut (Fn. 67) – den «tenor» der Stelle wiedergeben mit: «[*Neque societati neque collegio?*] *huiusmodi corpus passim omnibus habere conceditur ...*» Die Verderbnis von *societati* und *collegio* (ähnlich schon O. Gradenwitz, *Nochmals über das Statut der Elfenbeinarbeiter*, in *ZSS*. 12, 1892, 144: *neque soci<i>s neque collegi<s>*; P. W. Duff, *Personality in Roman private law*, Cambridge 1938,

Setzte ein justinianischer Kompilator als Urheber der Sekundärüberlieferung oder ein vorjustinianischer Bearbeiter aber das Wort *societas* willentlich, ohne die grammatikalische Inkongruenz zu bemerken, an die Stelle eines anderen Worts bei Gaius oder ergänzte er den Gaius-Text aus dem Nichts um das grammatikalisch falsche *neque societas*, so ist der Digestentext als solcher nicht rückzuverändern – er ist dann sprachlich mangelhaft, aber weiterhin so zu lesen, wie ihn sein Erstverfasser wollte bzw. vorfand. Im Digestentext wäre *societas* allenfalls dann zu ersetzen, wenn man eine Veränderung nach Begründung der Digestenüberlieferung annimmt. Der ursprüngliche Gaius-Text wäre aber jedenfalls ohne *neque societas* bzw. mit *neque* und dem im Wege der Konjekture festzulegenden Vorgängerwort zu rekonstruieren. Dabei ist ein Vorgängerwort, das den Interpolator zu seiner grammatikalischen Fehlleistung verleitete, wahrscheinlicher als eine Fehlleistung *ex nihilo*¹¹.

Als dieses Vorgängerwort von *societas* ermittelte im Jahr 1873 Max Cohn¹² den (vom Nominativ nicht zu unterscheidenden) Akkusativ *sodaliticium*¹³. Er tat

144), noch dazu in den falschen Nominativ (als den der Urheber des Fehlers dann wohl auch *collegium* verstanden wissen wollte), und der Wegfall des *neque* vor *huiusmodi* (wie zuletzt bei Mattiangeli, o. Fn. 6) bedürfen erheblicher Zusatzhypothesen, nur um zu dem unbefriedigenden Ergebnis *Neque societati neque collegio ... omnibus ... conceditur* zu gelangen. Den «tenor» der Stelle zu rekonstruieren, kann nicht ohne textkritische Überlegungen auskommen; wenn für ihn keine Formulierung in Betracht kommt, die dem verdorbenen Text mit Wahrscheinlichkeit zugrundeliegen kann, so muss er revidiert werden. Shaw opfert (wie Gradenwitz und Mattiangeli) die Wendung *collegium habere alicui concedere*, die doch inschriftlich bestätigt ist (insbes. *lex Irn. c. 74: ne quis ... conlegium ... habeto*, s. sogleich; *CIL. XIV 2112* (p. 486): *Quib[us] ... collegium(ue) habere liceat*). Außerdem ergibt sich plötzlich die Notwendigkeit, dass Gaius im Bereich vor unserem Fragment über *corpus* gesprochen hätte (*huiusmodi*! – von Gradenwitz, *Statut der Elfenbeinarbeiter* cit. 144 schlicht unterschlagen), die Kompilatoren diese Informationen aber verschmäh hätten, ohne das dadurch inhaltsleer gewordene *huiusmodi* zu beseitigen. Der für Shaws «tenor» erforderliche Eingriff ist weder formal noch inhaltlich weniger «drastic» als die Ersetzung von *societas* durch *sodaliticium* (s. sogleich).

¹¹ Mit der Kalb, *Juristenlatein* cit. 77 Fn. 4 zu rechnen scheint.

¹² Zu Max Cohn (1848-1911) s. W. Hellebrand, *Cohn, Max*, in *Neue Deutsche Biographie* III, 1957, 314. Cohn änderte 1882 nach Annahme der christlichen Religion (1880) seinen Namen in Conrat; Publikationen seit 1882 tragen die Autorenbezeichnung «Conrat (Cohn)», s. unten bei Fn. 128.

¹³ M. Cohn, *Zum römischen Vereinsrecht. Abhandlungen aus der Rechtsgeschichte*, Berlin 1873, 178-180. Zustimmungende Literatur bei A. M. Fleckner, *Antike Kapitalvereinigungen. Ein Beitrag zu den konzeptionellen und historischen Grundlagen der Aktiengesellschaft*, Köln u. a. 2010, 409 Fn. 320. L. Mitteis, H. Peters, in E. Levy, E. Rabel (Hgg.), *Index interpolationum* I, Weimar 1929, Sp. 38 zitieren F. Kniep, *Societas publicanorum*, Jena 1896, 291 vor Cohn (1873). Der Umgang der neuesten Literatur mit dem Vorschlag Cohns wird diesem wissenschaftsgeschichtlich und methodisch häufig nicht gerecht: Groten, *Corpus und universitas* cit. 154-155, 168 erwähnt die Vermutung Cohns (den er im unmittelbaren Zusammenhang durchaus zitiert: Fn. 571, 573) nicht einmal. Gleiches gilt noch für Meissel, *Societas* cit. 209 f., der dort

dies insbesondere unter Hinweis auf die Wiedergabe des Texts in den Basiliken (B. 8.2.101: Hb. I 419; Sch. A I 433), die hier auf die *Digestensumme* des älteren Anonymos beruhen dürfte¹⁴, und einem Scholion, das dem *index* des Stephanos entnommen sein dürfte (Hermeneia zu B. 8.2.101: Hb. I 419; Sch. B I 166 f. Nr.

freilich das Textproblem schlicht nicht erkennt. Gegen *so<dalicium>* argumentiert Meissel, *Rez. Fleckner* cit. 555 = ders., *Constat enim societas ex societatibus?* cit. 523 nunmehr mit der Frage nach dem «Motiv für die ... Veränderung» (ohne Rücksicht auf die Antwort bei Fleckner, *Antike Kapitalvereinigungen* cit. 410, s. auch unten bei Fn. 88) und (ohne Rücksicht auf *huiusmodi corpus/corpora*) mit der Zuweisung der im Fortgang von D. 3.4.1 pr. erwähnten *socii* und *collegia an societa<tem>* und *collegium* im ersten Satz (s. unten bei Fn. 33; zur damit verkannnten Erklärung Fleckners unten Fn. 35). A. Petrucci, *Organizzazione ed esercizio delle attività economiche nell'esperienza giuridica romana*, Torino 2021, scheint an *societas habere* keinen Anstoß zu nehmen (100 Fn. 54), erwähnt *sodaliticium*, nicht aber Cohn (71), und lässt den Befund in den Basiliken unerklärt; seine polemisch-globale Zurückweisung der «*excessi*» (71), «interpretazione ipercritica» (100 Fn. 56) von Fleckner (unter Bezug auf die Erwidernungen Meissels «con fondamento», s. oben und sogleich, und Cherchis, zu ihr unten Fn. 19) verhindert eine wissenschaftliche Auseinandersetzung. Der Einwand Shaws, *Company-State Model* cit. 97 Fn. 67 gegen *sodaliticium*: «it still does not fix the faulty Latin» (man messe an diesem Verdikt nicht Shaws eigene Rekonstruktion, o. Anm. 9!), ist mir nicht nachvollziehbar; mit *sodaliticium* an der Stelle von *societas* ist der Satz sprachlich untadelig – oder hält Shaw *sodaliticium* dann weiterhin für einen Nominativ (vgl. ebd. zunächst: «The first words [!] in the text as we have it are in the nominative» – Shaw liest wohlgermerkt *habere*)? Im Übrigen beruft sich Shaw auf (die Autorität von) Meissel und Cimma, Meissel seinerseits (nunmehr, «con fondamento»? , s. soeben) auf die «m. E. guten Gründe» von Cimma; M. R. Cimma, *Ricerche sulle società di publicani*, Milano 1981, 181 wiederum hält die Ersetzung von *societas* durch *sodaliticium* für «indiscutibile». Den Standpunkt Cohns, den etwa L. Mitteis dezidiert teilt (u. Fn. 32), für «nicht diskussionswürdig» zu erklären, erscheint geradezu ignorant; Cimmas «gute Gründe» (und ihr eigener, gänzlich unmotivierter Interpolationenverdacht), s. unten bei Fn. 29; nach Fn. 33, sind ihrerseits zu schwach, um in der Diskussion zu bestehen. D. Mattiangeli, *Personalità giuridica, società di capitali ed economia capitalista a Roma*, Napoli 2018, 14 erklärt die «interpretazione» von Cohn und Mitteis immerhin für «naturalmente affascinante ma ... si fonda appunto su una teoria e non su fatti»; die ‘fatti’ sieht Mattiangeli offenbar auf seiner Seite (s. aber oben Fn. 6). Keine Spur von *sodaliticium* und Cohn findet sich bei J. S. Perry, *Collegia and their Impact on the Constitutional Structure of the Roman State*, in P. J. du Plessis, C. Ando, K. Tuori (Hgg.), *The Oxford Handbook of Roman Law and Society*, Oxford 2016, 137-147, insbes. 143. Dass auch A. Bendlin, ‘Sodalician Associations’? *Digests* [sic] 47.22.1 pr. and Imperial Government, in W. E. Arnal u. a. (Hgg.), *Scribal Practices and Social Structures among Jesus Adherents. Ess. J. S. Kloppenborg*, Leuven u. a. 2016, 435-463 den Text von D. 3.4.1.1 und die Rekonstruktion Cohns (den auch er durchaus zitiert: ebd. Fn. 10, 43, 65) unberücksichtigt lässt, macht seine Beweisführung unvollständig (und lässt sie scheitern), s. unten Fn. 81. P. Buon giorno, *Riflessioni sulle riforme in tema di diritto associativo da Augusto a Settimio Severo*, in *IVRA*. 71, 2023, 101 Fn. 74 schreibt den Vorschlag einer «arguta quanto audace correzione in *so<dalicium>*» B. Zahn zu (s. unten Fn. 32) und behält *societas ... habere* bei.

¹⁴ Zu ihm J. H. A. Lokin, Th. E. van Bochove, *Compilazione – educazione – purificazione. Dalla legislazione di Giustiniano ai Basilica cum scholiis*, in J. H. A. Lokin, B. H. Stolte (Hgg.), *Introduzione al diritto bizantino. Da Giustiniano ai Basilici*, Pavia 2011, 128–130; 138.

3). Beides führt in die Zeit Justinians und die Jahre nach der Digestenentstehung zurück. Aber auch Scholion τὸ zu B. 11.1.14 (Hb. I 584; Sch. B I 226 Nr. 1) nimmt auf D. 3.4.1 pr. Bezug¹⁵. Das fragliche Wort ist in diesen Quellen durchwegs mit ἑταιρεία wiedergegeben, dem exakten Äquivalent von *sodalitas* und einer tauglichen Übersetzung des substantivischen *sodalitium*¹⁶, und gerade nicht mit κοινωνία, der üblichen Übersetzung von *societas*¹⁷. Die in D. 3.4.1 pr. später genannten *vectigalium publicorum socii* (bzw. *societates*) hingegen erscheinen im Stephanos-Scholion als κοινωνοί (bzw. κοινά), nicht als ἑταῖροι (bzw. ἑταιρεία); das Scholion τὸ zu B. 11.1.14 spricht im Bereich der *vectigalium publicorum socii* von κοινῆ und κοινωνία, bei der Wiedergabe der Trias vom Beginn von D. 3.4.1 pr. bleibt es aber bei ἑταιρεία. Im Basilikentext B. 8.2.101 erscheinen die Tätigkeitsbereiche der *vectigalium publicorum socii*; die Mitglieder der Kollektive in diesen Bereichen erscheinen nicht als κοινωνοί – *socii*¹⁸, der Übersetzer identifiziert sie aber auch nicht mit den Mitgliedern gerade der ἑταιρεία. Wenn man am (gemeinsamen?) Ursprung von Basilikentext und Scholien nicht inkonsequent vorging¹⁹, macht all dies

¹⁵ S. unten bei Fn. 103.

¹⁶ *Sodalis* und ἑταῖρος sind nach A. Walde, J. B. Hofmann, *Lateinisches etymologisches Wörterbuch II*, Heidelberg 1954³, s.v. *sodalis* (S. 552) verwandt.

¹⁷ S. nur B. 12.1 (Hb. I 728 ff.; Sch. A II 676 ff.); H. de Jong, *Some remarks on the (non-) appearance of hetaireia in Byzantine law*, in *SubsGron.* 9, 2014, 338-341.

¹⁸ Auffällig ist – angesichts der Rolle des *manceps* bei der Versteigerung von Abgaben – das Wort μαγκίπων (vgl. C. G. E. Heimbach, in *Basilicorum libri LX*. Vol. I, Lipsiae 1833, 419: *mancipibus*). Das καὶ vor μαγκίπων, das sie (und die nachfolgenden ναυκλήροι) mit «Steuern, Silber- und Goldbergwerken und Salinen» gleichordnet, fehlt in der Handschrift Cb (= Hs. Paris BN, Coisl. gr. 151), was zu einer Überordnung von μαγκίπων führt. Dass Gaius statt *sociis: mancipibus* hatte, wird dadurch aber nicht wahrscheinlich: Denn μάγκαπος ist der «Bäcker» (s. E. Trapp, *Lexikon zur byzantinischen Gräzität II.1*, Wien 2017, s.v.); καὶ μαγκίπων καὶ ναυκλήρων steht für *pistorum et ... naviculariorum* bei Gaius. Das καὶ der restlichen Überlieferung ist beizubehalten, die *mancipes* der Pachtgesellschaften sind fernzuhalten.

¹⁹ *Societas* ist nicht «die wörtliche Wiedergabe von ἑταιρεία» (so – unverständlich – Kalb, *Juristenlatein* cit. 77 Fn. 4; s. aber auch Heimbach, *Basilica I* cit. 419). Nach de Jong, (*Non-) Appearance of hetaireia* cit. 341 (ohne Anstoß am Nominativ *societas* in D. 3.4.1 pr.; ohne Berücksichtigung des Interpolationenverdachts von Cohn; weitestgehend ohne Berücksichtigung «of the corresponding Latin notion in classical and Justinianic Roman law», s. S. 330 Fn. 21, insbesondere von *sodalitium*, s. lediglich S. 338 Fn. 62) ist ἑταιρεία «not common and incorrect», «(mis)used» für *societas*; angesichts von κοινωνοί für *socii* im erwähnten Scholion ist das unwahrscheinlich; s. schon B. Zahn, *Si quid universitati debetur. Forderungen und Schulden privater Personenvereinigungen im römischen Recht*, Wien, Köln 2021, 27 Fn. 30. Die methodisch fragwürdige Erklärung des Scholienbefunds mit einer Fehlübertragung ins Griechische verbaut den Blick auf eine mögliche Divergenz der lateinischen Vorlage des Urhebers der byzantinischen Überlieferung und des uns überlieferten Digestentexts. Nach A. Cherchi, *Profili della disciplina delle società minerarie nel periodo classico*, Cagliari 2020, 36 gilt für ἑταιρεία

wahrscheinlich, dass der Urheber der Wiedergabe mit ἑταιρεία nicht erst ein ihm vorliegendes *societas* im Digestentext uneigentlich im Sinne eines Vereins verstand²⁰, sondern dass ihm ein Text mit *sodalitium* und *sociis* vorlag und es sich dabei um einen insofern noch nicht interpolierten Digestentext oder um den Primärtext aus Gaius handelte²¹.

Zu betonen ist, dass die im Vergleich zum Digestentext auffällige Wiedergabe in den byzantinischen Quellen weder den Anstoß zur Korrektur von *societas* gibt (ihn gibt der Nominativ in Verbindung mit *habere*) noch den einzigen oder auch nur den gewichtigsten Gesichtspunkt bei der Entscheidung für die Rückveränderung von *societas* in ein Vorgängerwort liefert (ihn liefert die Überlegenheit der *lectio difficilior*, dazu sogleich). Die Wiedergabe mit ἑταιρεία in Basiliken und Scholien entwickelt ihre besondere Bedeutung bei der Identifizierung des Vorgängerworts, die wohlgermerkt von anderen Vergleichsstellen gestützt wird.

– weil es sich bei B. 8.2.101 um eine *summa* handle –, dass es «potrebbe essere intesa non già (o non soltanto) come sinonimo di *sodalitium* [das der Byzantiner nach Cherchi wohlgermerkt nicht vorgefunden hat], ma nel senso più generico di organizzazione di persone». Zur allgemeinen Bezeichnung einer «Gemeinschaft» hätte sich κοινωνία freilich mindestens ebenso gut geeignet. Es steht außer Frage, dass die Basiliken und Basilikenscholien bzw. ihr justinianisches Textmaterial «in der Treue zur lat. Vorlage zw. Verkürzung auf die Kernaussagen und nahezu wörtlicher Wiedergabe schwank[en]» (W. Kaiser, *Art. Digesten/Überlieferungsgeschichte*, in *DNP*. XIII (1999) 846). Dass aber derselbe byzantinische Autor *collegia* und *corpora* exakt mit συστήματα und σωματῖα übersetzt hätte (und insofern keineswegs die Verkürzung einer *summa* pflegte), der Scholienverfasser darüber hinaus *socii* exakt mit κοινωνοί, bei *societas* aber in eine – für ἑταιρεία anderweitig nicht belegte – allgemeinere Begrifflichkeit ausgewichen wäre, ist keine wahrscheinliche Erklärung des Befunds. Wer gar unterstellt, die Byzantiner hätten in einem vorgefundenen Gaiianischen *societa-* den (bei der *societas* grundsätzlich fehlenden) körperschaftlichen Charakter erkannt und deshalb ἑταιρεία gewählt, spricht – zwangsläufig – Gaius dieselbe Sensibilität bei der Gestaltung des Texts ab. Dass also die Byzantiner begrifflich feinfühlinger wären als Gaius, erscheint mir methodisch überaus problematisch.

²⁰ So Cohn, *Vereinsrecht* cit. 180.

²¹ Fleckner, *Antike Kapitalvereinigungen* cit. 400-410; Zahn, *Si quid universitati debetur* cit. 27. Meissel, *Rez. Fleckner* cit. 555 = ders., *Constat enim societas ex societatibus?* cit. 523 kennt den Befund, ohne ihn innerhalb seiner Ablehnung von *sodalitium* zu erklären. Zur Möglichkeit, dass «die Byzantiner ... auch klassische Texte, wohl in vorjustinianischer griechischer Übersetzung benützten», s. L. Wenger, *Die Quellen des römischen Rechts*, Wien 1953, 682; 724 mit Literatur. Dass man zur Übersetzung oder griechischen Paraphrasierung der (vollendeten, lateinischen) *Digesten* auf die lateinischen Klassikerschriften zurückgegriffen hätte, erscheint in der Tat unveranlasst. Können Übersetzungen der noch nicht interpolierten Klassikertexte nicht als Hilfsmittel während der Kompilation entstanden sein?

I.2. Wahrscheinlichkeit der Modelle

a) Formale Folgen – sprachliche Inkongruenz

Das Modell «misslungene Interpolation von *so{cietas}* für *so<dalicium>*» war dem Gegenmodell «versehentliche Verderbnis zu *societa{s}*» seit jeher überlegen. Denn formal ist es schwerer zu erklären, wie aus *societa<tem>* (oder *societa<te>s*) bzw. aus welcher Abkürzung dieses Worts durch Falschauflösung das überlieferte *societa{s}* geworden entstanden sein soll²², als den Nominativ *societas* mit Cohn damit zu erklären, dass der Interpolator an den vorgefundenen neutralen Nomina *sodalium*, *collegium* und *corpus* den Akkusativ nicht erkannte und daher einen vermeintlichen Nominativ *so<dalicium>* durch den Nominativ *so{cietas}* ersetzte. Der Nominativ als solcher, genauer: die Wortendung, die dem Nominativ entspricht, ist insofern *lectio difficilior*. Sie führt zum gleichlautenden Akkusativ eines Nomen im Neutrum. Auch nach Kalb hat «der Kompilator» *societatem* an die Neutra *collegium* und *corpus* angeglichen, die er für Nominative hielt, ohne Rücksicht auf *habere* zu nehmen²³. Aber ohne gleichzeitige Ersetzung von *so<dalicium>* ist das unwahrscheinlicher als bei dieser Gelegenheit. Denn wer einen Text emendiert, um ihn sprachlich zu optimieren, wird auf die Satzstruktur größere Rücksicht nehmen, als wer einen technischen Terminus austauschen will. Der Letztere hätte auf *sodalium* fokussiert, der Erstere auf die Grammatik. Sein sprachlicher Fehler würde im Sinne einer Zusatzhypothese schwerer wiegen. Das anstößige *societas habere* lässt sich als Phänomen mangelnder sprachlicher Kongruenz verstehen, wie es auch andernorts Folge von Interpolation ist. Genannt seien nur:

D. 13.7.34 (Marcell. *sing. resp.*) = Marcell. 278 Lenel

Titius cum credidisset pecuniam Sempronio et ob eam {pignus} <fiduciam> accepisset futurumque esset, ut distraheret eam (!) creditor; quia pecunia non solveretur, ...

Den Anstoß erzeugt das Feminin *eam* in *ut distraheret eam creditor*. Denn Bezug genommen wird erkennbar auf die hingeebene Sicherheit; im überlieferten Text ist dies das Neutrum *pignus*. Nach der Wahrscheinlichkeit hat der Bearbeiter nicht irrtümlich *ut distraheret id creditor* zu ... *eam* ... verändert (etwa in Angleichung an *pecuniam*), sondern planmäßig und schematisch *fiduciam* durch *pignus* ersetzt²⁴, dabei aber übersehen, dass das spätere *eam* auf die

²² Für den Akkusativ ist eine Abkürzung zu erwarten, die die Endung des Wortstamms *-tat-* erkennbar lässt: *societat'*. Zu einer Falschauflösung in *societas* hätte sie sich nicht geeignet; man müsste mutmaßen, dass die Abkürzung falsch gelesen wurde (*t=s*).

²³ Kalb, *Juristenlatein* cit. 76 f. Fn. 4.

²⁴ S. schon O. Lenel, *Palingenesia iuris civilis* I, Lipsiae 1889, 634 Fn. 3; C. Zülch, *Der liber*

fiducia erneut Bezug nimmt²⁵. Die Inkongruenz von *pignus* und *eam* entsteht aus der Interpolation von *pignus* für *fiduciam*.

D. 16.3.24 (Pap. 9 *quaest.*) = Pap. 167 Lenel

‘*Lucius Titius Sempronio salutem. <Sestertium> centum {nummos} <milia>, {quos} <quae> hac die commendasti mihi adnumerante servo Sticho actore, esse apud me ut notum haberes, hac epistula manu mea scripta tibi notum facio: quae (!) quando voles et ubi voles confestim tibi numerabo.*’ ...

Den Anstoß erzeugt das Neutrum *quae* in *quae ... tibi numerabo*. Denn Bezug genommen wird – wie im Relativsatz zuvor: *quos ... commendasti* – auf den überlassenen Geldbetrag; im überlieferten Text ist dies das Maskulin *centum nummos*. Dass der Bearbeiter *quos ... tibi numerabo* irrtümlich zu *quae ...* verändert oder eine Abkürzung falsch aufgelöst hätte, ist unwahrscheinlicher, als dass er (hier wie stets, vgl. I. 3.7.3) planmäßig je 1000 Sestertien durch einen *aureus/nummus* ersetzt hat und dabei aus dem Neutrum *sestertium* (Gen. Pl.) *centum milia* ein Maskulin *centum nummos* wurde. Das hat der Bearbeiter beim unmittelbar anschließenden Relativsatz berücksichtigt, in dem er das Neutrum *quae* auf ein Maskulin *quos* umstellt; dass später ein weiterer Relativsatz/relativer Anschluss folgt, hat er übersehen²⁶. Die Inkongruenz von *nummos* und *quae* entsteht aus der Interpolation von *centum nummos* für *sestertium centum milia*.

b) *Inhaltliche Folgen* – *societatem habere* / *sodalitium habere als Gegenstand eines Verbots mit Erlaubnisvorbehalt*

Inhaltlich ist im Modell «versehentliche Verderbnis zu *societa{s}*» schwer erklärbar, warum es nach Gaius «nicht allen erlaubt» sein sollte, *societa<tem> habere* – «eine Gesellschaft zu haben»²⁷, wenn der Ausdruck auch unabhängig

singularis responsorum des Ulpus Marcellus, Berlin 2001, 75: <*fiduciam ante*> *pign<erata>* (aber warum dann nicht jetzt {*pignus*} *ante pignerat{um}*) o.Ä.?).

²⁵ Dass *eam* «ebensogut auf ein *eam rem* hinweisen könnte», so B. Noordraven, *Die Fiduzia im römischen Recht*, Amsterdam 1999, 265, erscheint fragwürdig. Der Text nennt zuvor keine *res/rem* (nicht: *rem pignori accepisset*), mehr noch: wie sich später zeigt, ist die Sicherheit ein *fundus*, s. schon Zülch, *Liber singularis responsorum* cit. 67. Dass *rem* nach *distraheret eam* verloren gegangen wäre, ist im Vergleich zur andernorts gesicherten Ersetzung von *fiducia* durch *pignus* weniger wahrscheinlich, s. Nordraaven ebd. 17-41.

²⁶ Der Schreiber der Florentiner Handschrift (und Papinian? und der Autor des Briefs?) schrieb *que* (=quae), der Korrektor ergänzte zu *quae*. Die Vulgat-Überlieferung vollendet das Ersetzungswerk teilweise durch Änderung zu *quos*, s. Mommsen, *Digesta Iustiniani Augusti* I cit. 476 in app.

²⁷ J. D. Harke, *Römisches Recht*, München 2016², 158 übersetzt (ohne Korrektur von *societas*!): «eine solche Gesellschaft», doch kennt der lateinische Text (anders als bei *huiusmodi corpus*) keinerlei einschränkende Qualifizierung; Gleiches gilt für B. Huwiler, in O. Behrends u. a. (Hgg.), *Corpus Iuris Civilis. Text und Übersetzung* II, Heidelberg 1995, 305: *societas* (unverändert!) ... *habere* – «eine [körperschaftliche] Gesellschaft ... zu bilden».

vom folgenden *neque huiusmodi corpus* verständlich sein soll. Nicht allen *socii* ist es erlaubt, ein *corpus* zu haben – das steht außer Frage und ergibt sich aus dem dritten Satz von D. 3.4.1 pr. Aber allen (Menschen) ist es doch erlaubt und formfrei möglich, eine *societas* einzugehen und «zu haben» (s. nur D. 17.1.4, Mod. 3 reg.; *societatem habere* in diesem Sinne in D. 15.1.15, Ulp. 29 ad ed.; D. 34.1.16.3, Scaev. 18 dig.)²⁸! Dem Wortlaut nach das Zweite zu verneinen (die allgemeine Erlaubnis, eine *societas* zu haben), um das Erste zu sagen (die vorbehaltene Erlaubnis, als *socii* ein *corpus* zu haben)²⁹, wäre ganz unbeholfen.

In die textkritische Diskussion muss die (Cohn noch unbekannte) *lex Irnitana* einbezogen werden. In c. 74 (VIII B 48-VIII C 2) ist dort vom Verbot des *sodalitium conlegiumve habere* die Rede:

R(ubrica.) De coetu sodalicio collegio
Ne quis in eo municipio coetum facito neve sodaliticium con-
legiumve eius rei causa{m} habeto neve ut habeatur coniurato
neve facito quo quid earum rerum fiat ...

Collegium steht – im Kontext eines Verbots und somit im weiteren Kontext einer verweigerten oder vorbehaltenen Erlaubnis – als Objekt von *habere* an zweiter Stelle nach *sodalitium*³⁰. Es entspricht dort dem von Cohn rekonstruierten Gaius-Text.

Es ist somit mehr denn je ein Gebot der Wahrscheinlichkeit³¹, im ersten Satz

²⁸ Fleckner, *Antike Kapitalvereinigungen* cit. 393; 410: «mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit [spricht Gaius] nicht allgemein von der *societas*»; Randazzo, *Diritto associativo* cit. 175: «credo siano determinanti e insuperabili ... le considerazioni ... circa il significato, nel testo gaiano, di *societas* come associazione e non come società».

²⁹ So etwa C. Nicolet, *Deux remarques sur l'organisation des sociétés de publicains*, in H. van Effenterre (Hg.), *Points de vue sur la fiscalité antique*, Paris 1979, 72 f. = ders., *Censeurs et publicains*, Paris 2000, 300 (der *neque societas neque collegium* in spitze Klammern setzt, sich bei der notwendigen Emendation des Texts dann aber doch nicht festlegen will); Cimma, *Società di publicani* cit. 181. Schon dass Cimma ebd. bei Fn. 51 unter Beibehaltung von *societa-* (also unter Annahme einer versehentlichen Verderbnis!) im selben Satz und gerade im Hinblick auf das Verständnis von *societa*<tem> eine verschlechternde Verkürzung des Gaius-Texts durch die Kompilatoren (also eine Interpolation!) in Betracht zieht, muss sich auf den Vergleich der Wahrscheinlichkeit der Modelle auswirken: Cimmas Digestentext wäre im engsten problematischen Bereich mechanisch verdorben und interpoliert; das ist eine Zusatzhypothese mehr als die bloße Interpolation. Dass andere (o. Anm. 12) Cimmas ganz unscharfen, methodisch defizitären Interpolationenverdacht dem präzisen und wohlbegründeten von Cohn vorziehen, bleibt mir unverständlich.

³⁰ Zum Text s. auch unten Fn. 75

³¹ L. Mitteis, *Römisches Privatrecht I*, Leipzig 1908, 396 Fn. 25: «sehr wahrscheinliche Vermutung von Cohn»; Fleckner, *Antike Kapitalvereinigungen* cit. 410 mit weiterer zustimmender Literatur 409 Fn. 320; Zahn, *Si quid universitati debetur* cit. 27; ders., *Vertretung von Personenvielfheiten*, in U. Babusiaux u. a. (Hgg.), *Handbuch des römischen Privatrechts I*, Tübingen

des Gaius-Fragments in D. 3.4.1 pr. (bei Rekonstruktion des Gaianischen Primärtexts) den Ausdruck *societatem habere* fernzuhalten und *so{cietas}* durch *so<dalicium>* zu ersetzen. Soweit eingewendet wird, die Byzantiner hätten keinen Anlass gehabt, durch Einsetzung von *societas* in die Stelle die freie Gründung von gewöhnlichen *societates* in Frage zu stellen³² (das heißt: den oben beschriebenen inhaltlichen Anstoß zu erzeugen), ist vorwegzunehmen (und im Folgenden wahrscheinlich zu machen), dass der beschriebene Eingriff in D. 3.4.1 pr. Teil des größeren Phänomens einer Ersetzung von *sodalitium* durch *societas* in den gesamten *Digesten* ist. Der in D. 3.4.1 pr. entstehende Anstoß ist Begleit-schaden eines schematischen Vorgehens.

II. collegii so{cietatis} interpoliert für collegii so<dalicii> im Primärtext von D. 3.4.1.1

Das Phänomen erstreckt sich nämlich auch auf die folgenden Sätze: Sie sprechen *huiusmodi corpora* – «derartige Körperschaften» an und sodann nacheinander verschiedene *socii* – «Gesellschafter», «Teilhaber»: *vectigalium publicorum ... vel aurifodinarum vel argentifodinarum et salinarum*, sowie *collegia: veluti pistorum et quorundam aliorum, et naviculariorum*. Die hier genannten *socii* und *collegia* wurden in der modernen Literatur mit einem ursprünglichen Nebeneinander von *societa<tem>* und *collegium* im ersten Satz zur Deckung gebracht. Die *socii/sociis* des dritten Satzes wurden als Argument gegen Interpolation und für eine mechanische Verderbnis im ersten Satz benutzt³³.

II.1. vectigalium publicorum socii als Beispiel für (aliud) huiusmodi corpus

Das Argument kann die obigen Überlegungen zur Wahrscheinlichkeit der Interpolation nicht erschüttern. Denn in Wahrheit passen die *socii* im dritten Satz und der weitere Text besser zu einem ersten Satz mit *neque so<dalicium> ... neque huiusmodi corpus* als zu *neque societa<tem> ... neque huiusmodi corpus*.

2023, § 32 Rn. 46 Fn. 136; positiv zuletzt U. Babusiaux, *Rez. Zahn, Si quid universitati debetur*, in ZSS. 140, 2023, 300; zustimmend auch schon E. Kornemann, *Art. collegium*, in *PWRE*. IV.1, 1900, 398; H. Siber, *Römisches Recht* II, Berlin 1928, 52; positiv auch D. Daube, *Rez. P. W. Duff, Personality in Roman private law (1938)*, in *JRS*. 34, 1944, 127.

³² De Robertis, *Storia* cit. I 262 f. Fn. 107: «assolutamente illogica»; Randazzo, *Diritto associativo* cit. 175 Fn. 50.

³³ So schon Duff, *Personality* cit. 143 (dagegen Daube, *Rez. Duff* cit. 127); Cimma, *Società di publicani* cit. 181; Meissel, *Rez. Fleckner* cit. 555 = ders., *Constat enim societas ex societatibus?* cit. 523.

Sprache der Text zunächst regelhaft von *societa*<tem>, *collegium* und einem (anderen, anders benannten) *huiusmodi corpora* als drei Unterfällen der *corpora*, würde er sich bei den folgenden Beispielen für erlaubte *huiusmodi corpora* (*ut ecce ...*, *item ...*) auf *societates* (bzw. *socii*) und *collegia* beschränken; das dritte Element des ersten Satzes («anderes *huiusmodi corpus*») würde nicht durch eigene Beispiele belegt. Was als Auffangbecken für Nicht-*societates* und Nicht-*collegia* in den ersten Satz eingeführt wurde (*neque huiusmodi corpus*), würde unmittelbar danach nur noch als Oberbegriff für *societates* und *collegia* behandelt (*huiusmodi corpora: ut ecce sociis ... item collegia ...*). Unter Gesichtspunkten der *divisio* – für die Gaius ansonsten gerühmt wird – ist das unbefriedigend. Es befriedigt umso weniger, als dass der Leser auf Beispiele für das dritte Element des ersten Satzes in höherem Maße angewiesen ist als auf solche für die ersten beiden Elemente. Denn diese kann er in der Rechtslandschaft aufgrund ihrer Bezeichnung identifizieren; dass alle anderen *huiusmodi corpora* «*corpus*» hießen und dadurch identifizierbar wären, ist aber nicht gesagt: Sie können sich etwa als *ordo* oder *commune* bezeichnen oder schlicht eine Pluralbezeichnung tragen³⁴, ohne dass *corpus* im Namen erschiene. Dass das dritte Element des ersten Satzes im weiteren Text von D. 3.4.1 pr. unbelegt bleibt, versucht man durch eine unpräzise Übersetzung von § 1 zu vermeiden (dazu sogleich).

Ersetzt man aber im ersten Satz von D. 3.4.1 pr. *so*{*cietas*} durch *so*{*dalicium*>, so spricht Gaius im Folgenden die *socii* nicht als Angehörige der zuvor namentlich genannten Personengesamtheiten *so*{*dalicium*> und *collegium* an (das wären *sodales* oder *collegae*), sondern als solche eines anderen, von *so*{*dalicium*> und *collegium* namentlich verschiedenen *huiusmodi corpora*. Die *socii* belegen also das dritte Element des ersten Satzes³⁵.

II.2. *sodalitium*, *collegium* und *collegium sodaliticum* als Synonyme

Sodann kommt Gaius auf bestimmte *collegia* als weitere Beispiele für *huiusmodi corpora*. *So*{*dalicium*> gehört ebenfalls zu den *huiusmodi corpora*. Beispiele für die Zulassung von *sodalicia* werden nicht eigens genannt. Sie sind in

³⁴ Zum Beispiel *CIL. X 3483* (Misenum, 2./3. Jh.): *ordo proretarum* und *collegae*; *CIL. XIV 2408* (Castrimoenium, 169 n. Chr.): *commune mimorum*; *CIL. X 1647* (Puteoli, 161 n. Chr.): *nomine sociorum / scabillarior(um) Puteolanorum / quibus ex s(enatus) c(onsulto) coire licet*; *AE. 1957, 138* (Boncellino, 2. Jh.): *Iuvenes Iovienses* neben den *collegia fabrum et dendrophorum*; vgl. *AE. 1956, 77* (Tibur, 2./3. Jh.): [*so*]{*dalicium iuve*}/[*nu*]{*m Herculano*}/[*rum*]; *AE. 1927, 145* (Rom, 2./3. Jh.): *collegio iuvenum Racillanensium*. S. im Übrigen etwa G. Mennella, G. Apicella, *Le corporazioni professionali nell'Italia romana*, Napoli 2000; allgemein zuletzt S. Ciambelli, *I collegia e le relazioni clientari*, Bologna 2022, 35.

³⁵ S. schon Fleckner, *Antike Kapitalvereinigungen* cit. 407.

denen für *collegia* enthalten – weil Gaius die Bezeichnungen als austauschbar beschreibt. Denn zu diesem Zweck wird *sodalitium* später in einer durch *autem* abgesetzten Aussage wieder aufgegriffen. Um das zu erkennen, ist der Fortgang des Fragments in § 1 einzubeziehen, der einen weiteren, bereits von Cohn wahrgenommenen Anstoß bereithält. Dieser spricht sogar noch deutlicher als D. 3.4.1 pr. für ein ursprüngliches *so<dalici->*. Der Digestentext lautet:

Quibus autem permissum est corpus habere collegii societatis sive cuiusque alterius eorum nomine, proprium est ad exemplum rei publicae habere res communes, arcam communem et actorem sive syndicum, per quem tamquam in re publica, quod communiter agi fierique oporteat, agatur fiat.

Angesprochen sind nach dem überlieferten Text Personen, denen es erlaubt ist, «ein *corpus* zu haben» *collegii societatis nomine* – «unter der Bezeichnung / als *collegium societatis* (oder: als *collegium societatis*?) oder irgendeines von ihnen beiden» – nicht, wie es alle Übersetzungen³⁶ wollen: «oder einer davon verschiedenen (Bezeichnung)». Denn *alter eorum* ist «der eine von ihnen

³⁶Zuletzt etwa R. S. Ascough, Ph. A. Harland, J. S. Kloppenborg, *Associations in the Greco-Roman world. A sourcebook*, Waco, Texas 2017, 270: «under the title of an association (*collegium*), society (*societas*), or some other name»; ebenso (und korrekturbedürftig) noch Platschek, *Rez. Groten* cit. 156. In den Übersetzungen scheint außerdem mitunter *huius modi* in *cuiusque alterius eorum* hineingelesen zu werden: C. F. F. Sintenis, in C. E. Otto, B. Schilling, C. F. F. Sintenis (Hgg.), *Das Corpus Juris Civilis in's Deutsche übersetzt* I, Leipzig 1839², 406: «eine Corporation unter dem Namen einer Innung, Gesellschaft oder jedes andern [Vereins] der Art»; von dort übernommen durch Huwiler, *Corpus Iuris Civilis II* cit. 305: «oder als irgendeine andere Vereinigung dieser Art»; G. Nicosia, in S. Schipani, L. Lantella (Hgg.), *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae* I, Milano 2005, 250: «un corpo sulla base [nomine!?] di un collegio o di una associazione o di qualche cosa d'altro di tal genere»; ganz unklar T. Kinsey, in A. Watson (Hg.), *The Digest of Justinian* I, Philadelphia 1985, 96a: «a corporate body consisting of [nomine!?] a collegium or partnership or specifically [?] one or the other of these [?]; J. G. Bijleveld, M. van de Vrugt, in J. E. Spruit, R. Feenstra, K. E. M. Bongenaar (Hgg.), *Corpus iuris civilis. Tekst en Vertaling II*, Zutphen/'s-Gravenhage 1994, 293: «een corporatief verband onder de benaming van een vereniging, vennootschap of welk ander type darvaan [eorum!?] dan ook»; ähnlich (und nachdrücklich, aber ohne Argument) schon Kniep, *Societas publicanorum* cit. 242: «oder wegen eines jeden andern von ihnen» – was soll das heißen? Wer oder was sind «sie» (s. sogleich bei Fn. 38)? Kniep argumentlos folgend («richtiger») Kornemann, *collegium* cit. 398. Ebenso unverständlich Groten, *Corpus und universitas* cit. 154, 159: «einen Körper unter dem Begriff [nomine!?, dazu Platschek, *Rez. Groten* cit. 156-158] eines Vereins, einer Gesellschaft oder irgendeines anderen von diesen [?]; Eckhardt, *Romanisierung und Verbrüderung* cit. 26: «eine Körperschaft unter dem Namen eines *collegiums* [sic], einer Gesellschaft oder irgendeiner anderen von diesen Formen [?]; K. G. Evers, *Rules and Regulations of Associations. The Eurasian comparandum*, in V. Gabrielsen, M.C.D. Paganini (Hgg.), *Private Associations in the Ancient Greek World*, Cambridge 2021, 221: «a *corpus* in the manner of a *collegium* or *societas* or other organisation [eorum!]; Shaw, *Company-State Model* cit. 99: «the corporate body of a [?] *collegium* or a *societas*, or one [sc. = a corporate body] that is formed under either one of these headings [also *nomine* beschränkt auf den Genitiv *cuiusque alterius eorum*? also Unterschied *corpus collegii/corpus collegii nomine*?]».

(beiden)»³⁷. *Alterius* findet hier nicht als Genitiv von *aliud* («ein anderes») Verwendung: Dagegen spricht schon *eorum* (*aliud eorum* hieße «ein anderes von ihnen = aus ihrer Gruppe» – wer oder was sind dann *ea*?)³⁸; für *aliud* wäre eine Angleichung an *nomine* zu erwarten: *sive quocumque alio nomine* oder Ähnliches³⁹. *Alterius eorum* bedeutet also, dass unmittelbar zuvor eine Kombination zweier Namen genannt ist bzw. bei Gaius genannt war, ohne dass diese Kombination bereits Alternativen zum Ausdruck brächte⁴⁰. Nach dem überlieferten Text wäre das der Ausdruck *collegium societatis* (man beachte, dass vor und zwischen *collegii* und *societatis* im überlieferten Text kein *sive* steht⁴¹). Namentlich angesprochen wären also nur *collegium societatis*, *collegium* und *societas*. Wahrscheinlicher als die Beibehaltung von *societatis* ist aber im Lichte der wahrscheinlichen Interpolation von *so<dalicium>* im ersten Satz von D. 3.4.1 pr.⁴², im Lichte der Wiedergabe mit ἐταυρείας im erwähnten Basiliken-Scholion⁴³ und weiterer Quellen: *collegii so<dalicii> ... nomine*⁴⁴. Dieser Ausdruck kann wiederum auf die Bezeichnung *collegium sodalicium* (Adj.) oder *collegium sodalicii* (Gen.) zurückgehen. Angesprochen sind somit die Personenmehrheiten, die ein *corpus* haben dürfen und

– *collegium sodalicium/collegium sodalicii*
oder (*alterius eorum nomine*:)

³⁷ Cohn, *Römisches Vereinsrecht* cit. 179. S. nur J. Ph. Krebs, J. H. Schmalz, *Antibarbarus der lateinischen Sprache I*, Basel 1905⁷, s. v. *alter* (149). Die Umstellung zu ... *alterius nomine, eorum proprium est* ..., die Mommsen, *Digesta Iustiniani Augusti I* cit. 96 erwägt, ist weder für *proprium est* erforderlich noch ändert sie die Bedeutung von *alterius*; s. schon Cohn ebd. Fn. 71.

³⁸ Die Übersetzungen nehmen die Sinnlosigkeit „oder eines anderen von ihnen“ teilweise in Kauf, s. oben Fn. 36. *Eorum* von *cuiusque alterius* zu trennen, erscheint nicht möglich, s. oben Fn. 37 und unten Fn. 48.

³⁹ Vgl. etwa D. 47.22.3.1 (Marcian. 2 *iudic. publ.*) = Marcian. 202 Lenel: *nisi ex senatus consulti auctoritate vel Caesaris collegium vel quodcumque tale corpus coierit*; aber auch Hadr./Plin. *ep.* 10.34: *quodcumque nomen ex quacumque causa dederimus iis qui in idem contracti fuerint hetaeriae eaeque brevi fient*.

⁴⁰ Cohn, *Römisches Vereinsrecht* cit. 179; Mitteis, *Römisches Privatrecht* cit. 396 Fn. 25 (der den Genitiv auf *corpus* zu beziehen scheint); Fleckner, *Antike Kapitalvereinigungen* cit. 409.

⁴¹ Anders in Schol. οὐ πάσιν zu B. 8.2.101 (Hb. I 419; Sch. B I 166 f. Nr. 3): *κολεγίου ἢ ἐταυρείας ἢ ἐτέρου τινός* (ohne Entsprechung für *eorum*!), vgl. unten bei Fn. 69. Mommsen, *Digesta Iustiniani Augusti I* cit. 96 erwägt – methodisch allzu großzügig – eine Ergänzung zu *societatisve*; zuletzt übernommen von O. Behrends, *Rez. Groten, Corpus und universitas*, in *Gött-GelAnz.* 269, 2017, 218 mit Fn. 64. Mit *alterius eorum* ist das unvereinbar.

⁴² Die notwendige Parallelität betont zuletzt Babusiaux, *Rez. Zahn* cit. 300.

⁴³ S. oben bei Fn. 17 und Fn. 41.

⁴⁴ Wie von Cohn, *Römisches Vereinsrecht* cit. 179 erstmals formuliert. Mitteis, Peters, *Index interpolationum* cit. Sp. 38 nennen diesmal nicht vorrangig, sondern ausschließlich «Kniep Soc. publ. 241», s. oben Fn. 13.

– *collegium* oder
– *sodalitium*
heißen⁴⁵.

In D. 3.4.1.1 hätte bei Gaius demnach spezielle Aussagen – nur – über *collegia sodalicia/-i*, *collegia* und *sodalicia* enthalten, die also die *vectigalium publicorum socii* etc. und das dritte Element im ersten Satz von D. 3.4.1 pr. («anderes *huiusmodi corpus*») nicht betreffen. Dieses dritte Element wäre bei Gaius mit den *socii* und – soweit es der überlieferte Text erkennen lässt – nur mit ihnen angesprochen. *Res communes*, *arca communis* und *actor sive syndicus* wären für Gaius bei ihnen – im Gegensatz zu *collegia sodalicia/-i*, *collegia* und *sodalicia* – *de iure* nicht zwangsläufig zu erwarten⁴⁶. Wenn dem *corpus* der *socii* prozessrelevante Außenwirkung zukommt (und dafür spricht ihre Erwähnung bei der Kommentierung des Edikts), müsste Gaius dies nach den und in Anlehnung an die *collegia sodalicia/-i* in einem nicht überlieferten Bereich ausgeführt haben.

Zu berücksichtigen ist aber auch das Wort *cuiusque*: Wenn wie gesehen *alterius eorum* auf «einen von ihnen (beiden)» Bezug nimmt, so ist die Kombination von *alter eorum* mit *quisque* doch hybrid: «irgendeiner von ihnen beiden», und so naheliegend ist es, dass Gaius nach der Exemplifizierung der *corpora* eine Aussage trifft, die für alle *corpora* – welcher Bezeichnung oder Art auch immer – zutrifft. Wenn sich dies hinter dem jetzigen Wort *cuiusque* verbirgt, so ist als ursprünglicher Primärtext zu erwarten:

Quibus autem permissum est corpus habere collegii so<dalicii> sive {cuiusque} alterius eorum <sive cuiusque rei / sive quocumque [o.Ä.]> nomine, proprium est ...

Die jetzige Wortstellung geht darauf zurück, dass man in *collegii so{cietatis}*, angesichts von Scholion οὐ πᾶσιν zu B. 8.2.101: κολεγίου ἢ ἐταιρείας ἢ ἐτέρου τινός (entspr. *collegii sive sodalicii sive alterius cuiusque*)⁴⁷ eher schon in *collegii so<dalicii>*, womöglich also bereits innerhalb der Primärüberlieferung des Gaius-Texts, unter dem Eindruck von *neque so--- neque collegium* eine asyndetische Reihung erkannte (also bereits zwei alternative Bezeichnungen), die Worte *alterius eorum* dadurch ihre eigentliche Bedeutung verlieren mussten und zwischen *collegii so--- nomine* und der allgemeinen Bezugnahme auf «jed-

⁴⁵ Cohn, *Römisches Vereinsrecht* cit. 179; C. G. Dietrich, *Die rechtlichen Grundlagen der Genossenschaften der römischen Staatspächter* II, in *Jahresbericht der Fürsten- und Landesschule St. Afra in Meissen*, Meissen 1898, 3.

⁴⁶ S. schon Fleckner, *Antike Kapitalvereinigungen* cit. 393.

⁴⁷ S. oben Fn. 41.

wede» Bezeichnung des *corpus* keine eigenständige Variante für die Bezeichnung eines *corpus* mehr darstellen konnten. Die Worte *alterius eorum* wurden daher – willentlich – mit der ursprünglich folgenden Variante zu einer Einheit verschmolzen⁴⁸. Bei Gaius war von allen Kollektiven von Privaten die Rede, die «ein *corpus* haben dürfen»; von den Bezeichnungen dafür sprach er die gängigste in ihrem unmittelbaren Wortumfeld an: *collegium*, *collegium sodalicium/i* und *sodalitium*.

II.3. *corpus der vectigalium publicorum socii: Berufsverband oder verstetigte Erwerbsgesellschaft?*

Von Cohn, zuletzt von Fleckner, wurde in diesem Zusammenhang die Vermutung ausgesprochen, bei dem genannten *corpus* der *socii* handle es sich um einen Berufsverband der Staatspächter einer bestimmten Sparte (und nicht um jede Gesellschaft zur Abgabepacht – eine so genannte *societas publicanorum*)⁴⁹. Gegen das Verständnis als Berufsverband spricht die Gaianische Formulierung *vectigalium publicorum sociis permissum est corpus habere vel aurifodinarum vel argentifodinarum et salinarum*. Die Angehörigen eines solchen Verbands wären ja primär als *conductores/redemptores* – «(Staats-)Pächter» oder *publicani* – «Pächter der öffentlichen Abgaben (*publica*)» erfasst; dass es sich dabei um *socii* (verschiedener *societates*) handelt, kennzeichnet ihren «Beruf» allenfalls sekundär. Auch wenn Staatspächter häufig als *socius* oder *κοινωνός* begegnen, so wird diese Bezeichnung doch nicht unabhängig von einer Beteiligung an einer Gesellschaft sein. Der Text spricht also dafür, dass Gaius Personen vor Augen hat, die zum Zwecke der Abgabepacht miteinander verbunden

⁴⁸ *Cuiusque* kann durchaus aus dem ursprünglichen Gaius-Text stammen. Behrends, *Rez. Groten* cit. 218 Fn. 64 will darin «de[n] Sinn und de[n] Wortlaut der Ediktsrubrik 34 *Quod cuiusque* (!) *universitatis nomine* rell.» wiedererkennen (Hervorhebung im Original; in der Digestenrubrik 3.4 heißt es nach *F* wohlgermerkt *cuiuscumque*, und ob sie überhaupt die Ediktsrubrik wiedergibt, ist «ungewiss», so O. Lenel, *Das Edictum perpetuum*, Leipzig 1927³, 100 Fn. 5). Die «Wendung ... hieße in Langform etwa *sive cuiusque alterius [universitatis] eorum [universorum] nomine*. ... ,Denen es erlaubt ist, den ‚Körper‘ eines Collegiums oder einer [öffentlich-rechtlichen] Gesellschaft oder den irgendeiner anderen [Genitiv von *quaeque alia?*] *universitas* mit dem Namen ihrer Mitglieder zu haben‘ – also *alterius [sc. universitatis]* bei fehlender Verwendung von *universitas* im gesamten vorhergehenden D. 3.4.1 pr.? *Eorum* getrennt von *cuiusque alterius*? *Nomine* getrennt von *collegii societatis/sodalicii*? Wie soll der Leser in *eorum* die Mitglieder der *universitas* erkennen? Das ist schon im Einzelnen, erst recht in der Summe, gänzlich unwahrscheinlich. In die von Behrends mitverantwortete Übersetzung von Huwiler, *Corpus Iuris Civilis II* cit. 305 fand es zu Recht keinen Eingang (s. oben Fn. 36).

⁴⁹ Cohn, *Römisches Vereinsrecht* cit. 176-178; Fleckner, *Antike Kapitalvereinigungen* cit. 405-406.

(*vectigalium socii*) sind und denen es gestattet wird (genauer: denen es gestattet worden ist), ein *corpus* zu haben. Dass – jenseits des Texts – Pächter bestimmter Sparten lokale oder regionale Berufs-*collegia* bilden, ist wohlgermerkt nicht unwahrscheinlich⁵⁰. Der bei Gaius folgende Satz: *item collegia Romae certa sunt ... veluti pistorum et quorundam aliorum ...* steht dem nicht entgegen (er nennt ja lediglich Beispiele für Berufs-*collegia*). Die Berufsverbände der Staatspächter dort eigens zu erwähnen, ist angesichts ihrer – im Vergleich zu den jedenfalls genannten Bäckern – geringen gesellschaftlichen Präsenz nicht zu erwarten; Bergwerkspächter etc. sind vergleichsweise seltene «Berufe».

Wenn aber – um in den Satz *ut ecce vectigalium publicorum sociis permissum est ...* zurückzukehren – *socii*, die sich zur Finanzierung der Staatspacht zusammenzutun, auf Dauer ein *corpus* haben (dürfen), kann das als Alternativmodell zur ursprünglichen Bieterkonkurrenz bei der Verpachtung der Steuern und Abgaben im Wege der Versteigerung verstanden werden: Konkurrirten in der Versteigerung ursprünglich die *mancipes* verschiedener *societates* und profitierte der Staat insofern von der Dynamik der Versteigerung, so kann dort, wo – wie im Fall der berühmten *societas Bithynica* zur Zeit Ciceros – «(alle) übrigen *societates*» in einer *societas* vereint sind (Cic. *fam.* 13.9.2), keine sinnvolle Versteigerung der Steuern mehr stattfinden⁵¹. Wo diejenigen, die mit der Abgabepacht ihr Geschäft machen, «Kartelle» bilden und die Konkurrenz gegenüber dem Staat verweigern, wird der Staat versuchen, das Kartell einer Kontrolle und Abhängigkeit von der staatlichen Anerkennung zuzuführen, um die Pacht der Abgaben an das *corpus* bzw. an einen (mittelbaren) Vertreter des *corpus* zu vergeben. Wenn Tac. *ann.* 13.50 zutreffend überliefert ist⁵², so lässt sich in der Zeit Neros von der Vergangenheit sagen: *plerasque vectigalium societates a consulibus et tribunis plebis constitutas*, womit die verstetigende Anerkennung der *societates vectigalium* gemeint sein müsste⁵³. So unsicher dieser Beleg ist, so deutlich sind verfestigte Strukturen erkennbar, in-

⁵⁰ Die (lokalen) *collegia* (!) *salinariorum* und *aurariorum*, die Cohn, *Römisches Vereinsrecht* cit. 182-183 als Belege für Vereine von Staatspächtern betrachten will, lassen sich so verstehen.

⁵¹ J. Platschek, *Die societas Bithynica in Cic. fam. 13.92*, in *QLSD.* 12, 2022, 62 mit Fn. 18.

⁵² In *societates ... constitutas* stimmen die Handschriften zwar überein, doch ist der Fortgang des Satzes mit dem Abl. abs. *acri etiam populi Romani tum libertate* – «wobei auch die Freiheit des römischen Volkes damals scharf war» überaus fragwürdig (in den Editionen mit geringem Erfolg emendiert zu *acri etiam tum populi Romani libertate*, s. H. Heubner (ed.), *P. Cornelii Taciti libri qui supersunt I. Ab excessu divi Augusti*, Stutgardiae 1983 [Bibl. Teubneriana]) – war vom *ager publicus*: *agri populi Romani* die Rede? Ist *a<g>ri* der Beginn eines neuen Satzes: *A<g>ri populi Romani tum libertate reli<ct?>a mox ita provisa, ut ...?* Sprach Tacitus dort, wo wir *societates* lesen, im Gegensatz zum *ager populi Romani* von den *socii* – «Bundesgenossen»?

⁵³ Zurückhaltender, aber ohne Zweifel an der Überlieferung, Fleckner, *Antike Kapitalvereinigungen* cit. 173.

nerhalb derer sich etwa Personen auf ihren Grabsteinen als Funktionär oder Sklave der *socii* bestimmter Abgaben bezeichnen⁵⁴. Ohne eine Verstetigung und Institutionalisation (und zwar über ein *lustrum* hinaus) wäre diese Qualifizierung fragwürdig. Ein *Philoxen(us) soc(iorum) fer(rariarum?)* (sc. *servus*) erscheint bereits auf einer *tessera nummularia* aus dem Jahr 94 v. Chr.⁵⁵ Bleibarenstempel mit *sociorum plumb(um/-ariorum) Ger(manicum)*⁵⁶ u. Ä. bezeugen dieselbe Perpetuierung. Während die *lex portorii Asiae* von 75 v. Chr. grundsätzlich vom δημοσιώνης ὁ τὴν τελωνείαν μισθωσάμενος spricht, «dem *publicanus*, der den Einzug des Zolls gepachtet hat», erscheinen in einem Zusatz von 5 n. Chr. (§ 52) erst- und einmalig οἱ κοινωνοί: Die Rede ist von der Kennzeichnung eines im- oder exportierten Sklaven «mit dem Siegel/Brandzeichen der *socii*». Damit dürften nicht gerade die konkreten *socii* des *publicanus* gemeint sein, sondern die *socii portorii Asiae* schlechthin⁵⁷. Die konkreten *socii* A, B und C zu einem Zeitpunkt der Gründung der *societas* treten hinter dem verstetigten Kollektiv *socii* zurück. Zu jedem Zeitpunkt kann es sich um andere Personen handeln. *Voluntaria societas* wird zum Gegenbegriff von *societas vectigalis*: D. 17.2.63.8 (Ulp. 31 *ad ed.*) = Ulp. 924 Lenel⁵⁸, weil sich die Mitglieder der *societas vectigalis* einander nicht mehr zur Gründung der *societas* aussuchen; weil nicht ihr Wille die *societas* zustandebringt, sondern diese bereits besteht, wenn sie ihr beitreten. Im Hinblick auf den Tod eines *socius vectigalis* spricht D. 17.2.59 pr. (Pomp. 12 *ad Sab.*) die Verstetigung offen aus. Die Vorstellung einer «juristischen Person» oder auch nur einer modernen «Körperschaft» muss – und sollte aus Gründen historischer Präzision – dafür nicht bemüht werden⁵⁹; denn der Rechtsträger lässt sich hier immer noch mit dem Plural natürlicher Personen: *socii* bezeichnen.

Ist für *socii vectigalium* im Unterschied zu anderen *socii* von Erwerbssellschaften die Verstetigung belegt, so ist es ein Gebot der Wahrscheinlichkeit, die Verstetigung im Gaiianischen *sociis vectigalium corpus habere permitti*

⁵⁴ Zum Beispiel AE. 1988, 1031 (Amorium/Asia, 20 v. Chr.- 60 n. Chr.): *Isochrysus sociorum / p(ublici) XXXX (quadragessimae) p(ortuum) A(siae) vilic(us)*; CIL. IX 6437 (Telesia, 1./2. Jh. n. Chr.): *Bargathi vilico / vicensumae / sociorum ser(vo)*; weitere Nachweise Nicolet, *Organisation* cit. 89, 91 = *Censeurs et publicains* cit. 315 f.

⁵⁵ CIL. I² 2663a; EDR073069; Nicolet, *Organisation* cit. 89 = *Censeurs et publicains* cit. 315.

⁵⁶ P. Rothenhöfer, *Geschäfte in Germanien. Zur Ausbeutung von Erzlagerstätten unter Augustus in Germanien*, in *ZPE*. 143, 2003, 280 mit weiteren Nachweisen in Fn. 18.

⁵⁷ S. oben Fn. 54.

⁵⁸ S. unten Fn. 111.

⁵⁹ F.-St. Meissel, *Klage aus Gesellschaftsvertrag (actio pro socio)*, in U. Babusiaux u. a. (Hgg.), *Handbuch des römischen Privatrechts II*, Tübingen 2023, § 81 Rn. 48; zu den modernen Projektionen jetzt Poitras, Willeboordse, *Societas publicanorum* cit. 1055-1078.

wiederzuerkennen; es ist unwahrscheinlicher, dass Gaius gerade im Hinblick auf die auf der Ebene der *societas* verstetigten *socii vectigalium* nur deren verstetigte Organisation auf einer anderen Ebene in Gestalt eines Berufsverbands anspricht. Unser Text lässt sich argumentativ dafür verwenden, dass es auch⁶⁰ im Bereich der Staatspacht *huiusmodi corpora* gibt, die «*socii ...*» oder gar synonym «*societas ...*» heißen. Dennoch kam bei Gaius das Wort *societas* im gesamten Fragment nicht vor. Die Vertreter der Literatur, die D. 3.4.1.1 – wohl zu Recht – als Beweis für die Qualifizierung der/von *societates vectigalium* als *corpora* betrachten, mögen es verschmerzen, dass diese *societates* bei Gaius nur in Gestalt der genannten *socii* angesprochen waren!⁶¹ Betont sei darüber hinaus, dass die Singular-Plural-Kombination *societas publicanorum* im Sinne einer Gesellschaft zur Steuerpacht den Quellen unbekannt ist⁶². Anders als *societas publicanorum* lässt *socii vectigalium publicorum* nicht erkennen, dass sich alle *socii* auch als *publicani* bezeichnen ließen. Dann aber muss *publicanus* bzw. δημοσιώνης in der *lex portorii Asiae* und im prätorischen Edikt auch keineswegs als «Kollektivsingular» für die *socii* verstanden werden⁶³. Wer nach außen agiert, ist *publicanus*. Dass hinter ihm das verstetigte *corpus* der *socii* steht und zu berücksichtigen ist, wird von der Rechtsordnung anerkannt.

II.4. collegium sodaliticum – «Verein»

Zurück zu den Vereinen und zur gewonnenen Begrifflichkeit *collegium sodaliticum/-i*: *Sodaliticum* kommt von *sodalis* – «Freund, Gefährte, Genosse». *Sodales* im Text des Zwölftafelgesetzes sind nach Gaius – *per definitionem* – Mitglieder eines (privaten) *collegium*:

⁶⁰ Die Stepptänzer (*scabillarii*) von Puteoli mit der Erlaubnis zum *coire* (s. oben Fn. 34) in *CIL*. X 1647 tragen nur die Bezeichnung *socii*.

⁶¹ Denn insofern «entfällt» nicht «die Quellengrundlage für die Annahme, dass die *societas publicanorum* den Vereinen (*collegia*) gleichgestellt ist» (sie bleibt in *vectigalium publicorum sociis* erhalten), so aber Zahn, *Vertretung von Personenmehrheiten* cit. Rn. 12; s. auch Fleckner, *Antike Kapitalvereinigungen* cit. 410 f.; vorsichtiger Poitras, *Willeboordse, Societas publicanorum* cit. 1068.

⁶² S. schon U. Malmendier, *Societas publicanorum. Staatliche Wirtschaftsaktivitäten in den Händen privater Unternehmer*, Köln u. a. 2002, 23 für die juristischen Quellen (was Malmendier nicht daran hindert, ihre gesamte Darstellung unter diesen Begriff zu stellen!). *Cic. fam.* 13.10.2 spricht von *societates (!) publicanorum* – «Gesellschaften mit *publicani*»; die beiden einzigen Belege für *societas publicanorum* finden sich in den *Scholia Bobiensia* zu *Cic. Planc.* 9.24 und 13.33 = 155.16-17 und 158.10 Stangl; s. Fleckner, *Antike Kapitalvereinigungen* cit. 146 Fn. 4. In beiden Belegen (aus einer Quelle, dem Sprachgebrauch eines Autors!) meint *publicanorum societas / societas publicanorum* nicht eine Abgabepachtgesellschaft, sondern die Gesamtheit, die Interessengemeinschaft der *publicani* im Sinne der Belege in *OLD*. s. v. *societas* 4a: *societas civilis, hominum* etc.

⁶³ So aber D. Nörr, *Zur Neuedition der lex portorii Asiae*, in *ZSS*. 130, 2013, 116.

D. 47.22.4 (Gai. 4 *ad l. XII tab.*) = Gai. 435 Lenel

Sodales sunt, qui eiusdem collegii sunt: quam Graeci ἐταιρείαν vocant ...

Ein im Primärtext von D. 3.4.1.1 vermutetes *sodalicii* kann als Adjektiv zu *collegii* verstanden werden⁶⁴: «sodalizisch», «aus *sodales* bestehend». Im häufiger belegten isolierten *sodalitium* ist aus dem Adjektiv ein Nomen geworden⁶⁵ – und zwar im Wege einer elliptischen Substantivierung: *sodalitium* (sc. *collegium, corpus*)⁶⁶ und/oder in Parallele zu gr. τὸ ἐταιρικόν, das schon bei Thukydides belegt ist⁶⁷. *Sodalicii* kann also auch als Genitiv des Nomens ver-

⁶⁴ Vgl. *collegium tribunicium*: Cic. *Sest.* 113 (s. sogleich); *collegius/-m con-/compitalicius/-m*: *CIL.* XI 1550; *CILA.* III-2, 384; die seit Mommsen geläufige Bezeichnung *collegium funeraticium* ist nicht belegt, s. *ThLL.* s.v. *funeraticius* (VI.1, 1582); B. Eckhardt, *Religionis causa? Zur rechtlichen Lage der Vereine «fremder» Götter in der römischen Kaiserzeit*, in M. Blömer, B. Eckhardt (Hgg.), *Transformationen paganer Religion in der römischen Kaiserzeit*, Berlin, Boston 2018, 116 mit Fn. 10: «längst Forschungsgeschichte». *Funeraticium* – «Bestattungsgeld» lässt sich als *funeraticium* (sc. *aes*) verstehen, s. sogleich Fn. 66.

⁶⁵ M. Leumann, *Lateinische Laut- und Formenlehre*, München 1977⁶, 301.

⁶⁶ Th. Mommsen, *De collegiis et sodaliciis Romanorum*, Kiliae 1843, 32 Fn. 1 mit vergleichendem Hinweis auf *gentilicium* (sc. *nomen*); zu *funeraticium* (sc. *aes*) s. oben Fn. 64. Man vergleiche desweiteren allein in der Umgebung von *sodalitium* bei Leumann, *Laut- und Formenlehre* cit. 301: *portitorium* (sc. *aes*), *victoria* (sc. *pugna*), *versoria* (sc. *restis*); J. B. Hofmann, A. Szantyr, *Lateinische Syntax und Stilistik*, München 1965, 154 f.; H. Menge, Th. Burkard, M. Schauer, *Lehrbuch der lateinischen Syntax und Semantik*, Darmstadt 2020⁶, § 24, 5b. Die gedankliche Ergänzung von *collegia* fällt schwer bei einem Verständnis von *sodalicia* im Zusammenhang spätrepublikanischer Wahlen und der *lex Licinia de sodaliciis* (Cic. *Planc.* 36) als «Wahlbündnisse», «Seilschaften» (von Kandidaten), so W. Stroh, *Die lex Licinia de sodaliciis im Lichte von Ciceros Rede Pro Plancio*, in U. Babusiaux, P. Nobel, J. Platschek (Hgg.), *Der Bürge einst und jetzt. FS. A. Bürge*, Zürich 2017, 402 mit Fn. 185. Doch bringt der Ankläger im Plancius-Fall unter *sodalicia* (Stroh ebd.: «auch») die Gefolgschaften von Wahlkandidaten. Sie bilden – jedenfalls faktische – *sodalicia* (sc. *collegia*), ohne dass man von einem «Wahlverein» sprechen müsste (und ohne dass sich die *lex Licinia de sodaliciis* gerade gegen *sodalicia* im Zusammenhang mit Wahlen richten müsste, s. A. Milazzo, *La fattispecie materiale della lex Licinia de sodaliciis e le origini del reato associativo*, in *SDHI.* 79, 2013, 481–499).

⁶⁷ Thuc. 3.82.6; 8.48.3; weitere Belege in *LSJ.* s.v. ἐταιρικός I 2 (p. 700); *ThGL.* s.v. Ἐταιρικός (III 2119). Was Cassius Dio in 45.30.2 als τὸ ἐταιρικόν τοῦ Ἰουλίου bezeichnet, nennt er in 44.6.2 ἐταιρία Ἰουλία. In 38.13.2 findet sich die Gleichsetzung von gr. τὸ ἐταιρικόν und lat. *collegium*: τὰ ἐταιρικά κολλήγια ἐπικωρίως καλούμενα – «die Vereine, die in der Landessprache *collegia* heißen». Als Wiedergabe eines adjektivischen *sodalicia collegia* wird man τὰ ἐταιρικά κολλήγια hier nicht verstehen können, also nicht: «was in der Landessprache genossenschaftliches *collegium* heißt»; denn ἐταιρικόν ist nun einmal nicht Landessprache. Ein in seinen Quellen vorgefundenes *collegia sodalicia* kann freilich auf die Wortwahl τὰ ἐταιρικά des Autors eingewirkt haben. Ob die Substantivierung im Griechischen und Lateinischen parallel verläuft – denkbar ist etwa τὸ ἐταιρικόν (sc. συνέδριον), vgl. E. Schwyzer, A. Debrunner, *Griechische Grammatik* II, München 1966, 175 – oder *sodalitium* die unmittelbare Übersetzung des bereits etablierten τὸ ἐταιρικόν ist, bedürfte weiterer Untersuchung.

standen werden (um als solcher zu *collegium* zurückzukehren?)⁶⁸. Ausschließen lässt sich für D. 3.4.1.1 ein Verständnis von *collegii sodalicii* als asyndetisch geordnete Alternativen⁶⁹ – denn dann hätte *alterius eorum* niemals einen Sinn ergeben («A oder B oder eines von beiden»). D. 47.22.4 und die noch zu illustrierende Synonymität der Nomina *collegium* und *sodalitium* sprechen für das erstgenannte Verständnis und für *sodalicii* als Adjektiv zu *collegii* im rekonstruierten Primärtext von D. 3.4.1.1. Angesichts von D. 47.22.4 erscheint der Ausdruck *collegium sodalitium* zwar geradezu pleonastisch; doch meint Gaius dort sicher nur *collegia* von Privaten (für sie gilt die Satzungsautonomie, von der Gaius spricht), nicht die *collegia* von Amtsgenossen: Beamten oder Staatspriestern⁷⁰. Das «sodalitische Kollegium» ist ein *collegium* von Privaten, ein «Verein»⁷¹. *Collegia sodalitica* sind also keine Teilmenge der Vereine; sie sind die römischen Vereine, im Gegensatz zu den Kollektiven von Amtsträgern⁷², etwa zu dem der Volkstribunen. Letzteres nennt Cicero einmal *collegium tribunicium*, Cic. *Sest.* 113; dabei kann es sich um eine Parallelbildung zu *collegium sodalitium* handeln⁷³.

Auch wenn *collegium sodalitium* als (Selbst-)Bezeichnung in der Vereinslandschaft mangels Abgrenzungsbedürfnis so selten vorkommt, dass es sich weitestgehend der epigraphischen Evidenz entzieht⁷⁴, kennen die Juristen die entsprechende Bezeichnung doch als präziseste und vollständige. *Collegium sodalitium* begegnet im überlieferten Text von D. 47.22.1 pr. (Marcian. 3 *inst.*) = Marcian. 73 Lenel, dem einzigen Beleg für *sodalitium* bzw. *sodalitius*, -a, -um in den justinianischen Quellen:

⁶⁸ Mit dem Ausdruck *collegium sodalicii* vergleiche man strukturell den – singulären – Ausdruck *collegium corporis fabrorum sub(a)edianorum Patric(i)ensium Cordubensium* in *CIL*. II²/7 188, Z. 4-5 (Cañete de las Torres, *Baetica*, 247 n. Chr.). Der vermutete Interpolator von D. 3.4.1.1 wird wohl, muss aber nicht *sodalicii* als Genitiv des Nomens verstanden haben. Auch bei Verständnis als Adjektiv kann er einer Übersetzung mit dem Genitiv *societatis* den Vorzug vor einer mit dem in diesem Zusammenhang ungebräuchlichen Adjektiv *socialis* gegeben haben.

⁶⁹ So aber Zahn, *Si quid universitati debetur* cit. 54; 56 (ohne Übersetzung von *eorum*), vgl. oben Fn. 40.

⁷⁰ Zu ihnen s. nur *ThLL*. s.v. *collegium* B 1 (III 1592) im Gegensatz zu B 2: «*hominum privatorum*».

⁷¹ S. schon Mommsen, *De collegiis* cit. 87 Fn. 1: «de omnibus collegiis illicitis privatorum» (die Qualifizierung als *illicita* vermischt freilich die Rechtsfolge des Verbots mit dem Tatbestand, s. sogleich); zutreffend J. Liu, *Local government and collegia. A new appraisal of the evidence*, in J.-J. Aubert, Z. Várhelyi (Hgg.), *A Tall Order. Writing the Social History of the Ancient World: Essays in honor of William V. Harris*, München, Leipzig 2005, 293: «All kinds of associations could be called *sodalicia*, or *collegia sodalitica*»; dagegen Bendlin, *Sodalitian Associations* cit. 453.

⁷² L. de Ligt, *D. 47, 22, 1, pr.-1 and the formation of semi-public collegia*, in *Latomus* 60, 2001, 358 Fn. 63.

⁷³ Aber auch Cic. *off.* 3.80: *collegium praetorium*.

⁷⁴ S. aber unten bei Fn. 84.

Mandatis principalibus praecipitur praesidibus provinciarum, ne patiantur esse collegia sodalicia neve milites collegia in castris habeant. sed permittitur tenuioribus stipem menstruam conferre, dum tamen semel in mense coeant, ne sub praetextu huiusmodi illicitum collegium coeat. quod non tantum in urbe, sed et in Italia et in provinciis locum habere divus quoque Severus rescripsit. (1) Sed religionis causa coire non prohibentur, dum tamen per hoc non fiat contra senatus consultum, quo illicita collegia arcentur.

Collegia sodalicia sind verboten (um dem politischen Gefahrenpotenzial von Vereinen entgegenzuwirken). In den Provinzen ist die Durchsetzung des Verbots durch kaiserliche *mandata* den Statthaltern anvertraut. Das Verbot gilt auch für *collegia* der Soldaten im Lager. Ausgangspunkt ist, dass jedes private *collegium* ein *collegium illicitum* ist. Der Text ist sparsam und präzise: *Collegia* von Priestern und Beamten sind natürlich nicht verboten, sondern nur *collegia sodalicia*⁷⁵. Keine Ausnahme vom Verbot gilt für die *milites in castris*. Da die Soldaten *in castris* ohnehin keine Beamten- oder Priester-*collegia* bilden, ist die Wiederholung des Adjektivs bei den *collegia* der *milites* entbehrlich. Denkbar

⁷⁵ L. Schnorr von Carolsfeld, *Geschichte der juristischen Person*, München 1933, 239 Fn. 1 versteht *collegia sodalicia* als asyndetische Reihung von Nomina; ebenso offenbar A. J. B. Sirks, *Die Vereine in der kaiserlichen Gesetzgebung*, in A. Gutsfeld, D.-A. Koch, (Hgg.), *Vereine, Synagogen und Gemeinden im kaiserzeitlichen Kleinasien*, Tübingen 2006, 22 mit Fn. 5; Groten, *Corpus und universitas* cit. 268 f. mit weiteren Nachweisen in Fn. 474 (unklar ist, warum Groten dann von einer «verkürzten Wiedergabe in den Digesten» spricht); dagegen Bendlin, *Sodalician Associations* cit. 459 f. mit Fn. 83: *collegia sodalicia<ve>*; jedenfalls gegen *sodalicium* als Adjektiv Eckhardt, *Romanisierung und Verbrüderung* cit. 26 Fn. 30. Das Asyndeton begegnet in der *lex Irn.* c. 74 (oben vor Fn. 30) nur in der Rubrik (und dort in umgekehrter Reihenfolge und in einer Trias mit *coetus*), nicht im Normtext (dort *neve sodalicium conlegiumve eius rei causa{m} habeto*; das dortige *conlegiumve* zwingt erst zur Annahme einer Trias und eines Asyndeton *de ... sodalicio collegio* in der Rubrik). Der Singular bei *sodalici-* und *conlegi-* ist im Normtext (*ne quis ... habeto*) unauffällig, in der Rubrik aber bemerkenswert: *Sodalicium* und *collegium* sind weniger abstrakt als *coetus*; F. Lamberti, «*Tabulae Iritanae*». *Municipalità e «ius Romanorum*», Napoli 1993, 337 und J. G. Wolf, *Die Lex Iritana. Ein römisches Stadtrecht aus Spanien*, Darmstadt 2011, 107 (bei fragwürdiger Wahl der deutschen Begriffe) übersetzen denn auch einen Plural: «Riunioni, associazioni e collegi», «Über Zusammenkünfte, Gesellschaften und Korporationen». Der Singular ist entweder Textverderbnis oder Indiz einer kaum reflektierten Übernahme aus dem Normtext. Zu beachten sind außerdem die unterschiedliche Schreibweise von *col-/conlegium* in Rubrik und Normtext sowie der Umstand, dass der Tatbestand *neve ut habeatur coniurato* in der überlieferten Rubrik keine Berücksichtigung findet (und sich *coniuratio* und *conlegium* in abgekürzter Form ähneln können). Dass Marcian das Asyndeton zur Aufnahme in seinen Text gerade «den seinerzeit wohl allseits bekannten und geläufigen Rubriken entlehnt» hätte (Groten ebd.), erscheint ohnehin zweifelhaft. Spezifische Terminologie wird Marcian den *mandata principalia* entnommen haben; dass diese den Duktus von Gesetzesrubriken (nicht: Gesetzestext) übernehmen, hat keine eigene Wahrscheinlichkeit für sich. Für den rekonstruierten Primärtext von D. 3.4.1.1 lässt sich das Asyndeton ausschließen (s. oben), was für das Verständnis des Marcian-Texts mindestens so große Relevanz hat wie die Rubrik der – im Hinblick auf Textintegrität nicht allzu vertrauenswürdigen – *lex Iritana*.

ist auch, dass im Wortlaut eines *mandatum principale* über das allgemeine Verbandsverbot von *collegia sodalicia* die Rede ist, in einem anderen, das das Verbot für die *militēs in castris* einschärft, bedeutungsgleich von *collegia* und Marcian insoweit eng am Wortlaut bleibt. Lockerungen gelten für Beitragsvereine der *tenuiores*, wenn sich ihre Treffen im Rahmen halten und der Zweck des allgemeinen Verbots nicht gefährdet wird. Eine Bereichsausnahme gilt nach dem nächsten überlieferten Satz des Fragments für das *coire religionis causa*, solange damit nicht der Zweck des Verbots unterlaufen wird (solange also nicht unter dem Deckmantel der Religionsausübung politische Ziele verfolgt werden). Das erlaubte *coire* ist hier nichts anderes als ein Synonym für *collegium licitum habere*, wie der folgende Satz zeigt:

Non licet autem amplius quam unum collegium licitum habere ...

Es ist aber nicht erlaubt, mehr als ein erlaubtes *collegium* zu haben ...

Die Basiliken übersetzen *collegia sodalicia* aus D. 47.22.1 pr. exakt mit *ἐταιρικὰ συστήματα*: B. 60.32.1 (Hb. V 668; Sch. A VIII 2937). Der Ausdruck erscheint auch im Titel von B. 60.32:

Περὶ ἐταιρικῶν συστημάτων καὶ σώματειων, καὶ δημοτικῶν ἀγωγῶν.

Ins Lateinische übersetzt wäre das: *De sodaliciis* (Adj.) *collegiis et corporibus et publicis ludis*. Zwar findet *ἐταιρικῶν* keinen Konterpart im Titel von D. 47.22 (nach allen Handschriften): *De collegiis et corporibus*. In *περὶ ἐταιρικῶν συστημάτων* die «Entsprechung» – das hieße: die Übersetzung – von *De illicitis collegiis* zu sehen, wie derselbe Titel im *index titulorum* der *Digesten* in der *littera Florentina* erscheint⁷⁶, ist aber nicht veranlasst. *De illicitis collegiis* und *περὶ ἐταιρικῶν συστημάτων* können voneinander unabhängige Variationen von *de collegiis* sein. Der *index titulorum* gestattet keine Korrektur der Titelfrubrik von D. 47.22. Zwischen *index* und tatsächlichen Rubriken bestehen durchaus Unterschiede⁷⁷. Der griechische (Erst-)Übersetzer hingegen fand als Titel von D. 47.22 entweder ein (noch nicht interpoliertes?) lateinisches *De collegiis sodaliciis ...* vor, oder die Wiedergabe von *de collegiis* mit *περὶ συστημάτων* erschien ihm für die (als solche kontextlose) Rubrik schlicht zu unpräzise. Schließlich ist die Bedeutung von *σύστημα* erheblich breiter als die

⁷⁶ Zahn, *Si quid universitati debetur* cit. S. 29.

⁷⁷ Im Hinblick auf D. 47 etwa (genannt sind stets *index titulorum*/Digestentext): ... *iussus fuerit*/... *iussus erit* (D. 47.4); *Vi bonorum raptorum*/*Vi bonorum raptorum et de turba* (D. 47.8). Zum *index titulorum* s. W. Kaiser, *Digestenentstehung und Digestenüberlieferung*, in ZSS. 108, 1991, 344 f. Fn. 77.

von *collegium*. In diesem Fall übernahm er den Ausdruck *ἐταιρικὰ συστήματα* – *collegia sodalicia* aus (seinem Text von) D. 47.22.1 pr., oder er war ihm aus anderen Quellen geläufig.

Zu beachten ist zwar, dass das Scholion *οἱ* zu B. 60.32.1 (Hb. V 668 Nr. 1; Sch. B IX 3619 Nr. 1) die uns überlieferten *collegia sodalicia* als *συνέδρια ἐταιρείας τινός* wiedergibt. Rückübersetzt ließe sich das als *conventus/coetus* (Pl.) *alicuius sodalicii* verstehen⁷⁸. Das Scholion gibt auch *neve milites collegia in castris habeant* wieder mit *μηδὲ τοῖς στρατιώταις ἐν τοῖς κάστροις συγχωρεῖν ποιεῖσθαι συνέδρια*, mit der möglichen Rückübersetzung: *neve/neque militibus in castris licere conventus facere*, und auch das *illicitum collegium* des Digestentexts erscheint als *ΛΙCίτιον συνέδριον*. Dass Marcian im zweiten Satz von D. 47.22.1 pr. (*sed permittitur tenuioribus ...*) von *collegia* sprach, ist durch das – in diesem Bereich fast wortgleiche – *Kaput ex S(enatus) C(onsulto) P(opuli) R(omani)* in der Inschrift von Lanuvium (*CIL*. XIV 2112 = *FIRA*. III 35) und andere Inschriften gesichert⁷⁹. Sicher sprach Marcian auch in § 2 der Stelle und in D. 47.22.3 (2 *iud. publ.*) = Marcian. 202 Lenel von *collegium*. Dass man im ersten Satz von D. 47.22.1 pr. *conventus/coetus* bei Marcian zu *collegium/-a* im Digestentext vereinheitlicht hätte (und das Scholion noch einen nicht interpolierten Text zugrundelegen würde), ist angesichts von *coetus illicitos* in D. 47.11.2 unwahrscheinlich und wäre schwer zu motivieren. Der byzantinische Scholiast verwendet also – nicht weit entfernt von *collegium coire* – *συνέδριον/-α* gleichermaßen als «Zusammenkunft»/«Versammlung» und «Zusammenschluss»/«Vereinigung», überträgt damit also (auch) *collegium/-a*⁸⁰. Sollte es bei Marcian (und im ursprünglichen Digestentext?) aber *collegia*

⁷⁸ Anders Bendlin, *Sodalician Associations* cit. 445: «*collegia* (with the attribute) of some *hetaireia*» – «*collegia* mit der Bezeichnung irgendeiner *ἐταιρεία*? Jedenfalls ungenau Heimbach, *Basilicorum libri* cit. V 668: «*collegia sodalitia*».

⁷⁹ A. Bendlin, *Associations, funerals, sociality, and Roman law: the collegium of Diana and Antinous in Lanuvium (CIL 14.2112) reconsidered*, in M. Öhler (Hg.), *Aposteldekret und antikes Vereinswesen*, Tübingen 2011, 238 f.; Zahn, *Si quid universitati debetur* cit. 46-51; Babusiaux, *Rez. Zahn* cit. 301-302.

⁸⁰ Bendlin, *Sodalician Associations* cit. 446 mit Fn. 39; vgl. *ThLG*. s.v. *συνέδριον*: «*Conensus, Concilium ... Sed et Collegium*»; W. Pape, *Griechisch-deutsches Handwörterbuch II*, Braunschweig 1914³, s. v.: «Auch die Versammelten selbst»; H. J. Mason, *Greek Terms for Roman Institutions*, Toronto 1974, s. v.: «1: *senatus*; 2: *conventus*; 3: *consilium*»; in den Wörterbüchern unberücksichtigt ist Schol. νόμου zu B. 60.32.3.1 (Hb. V 669 Nr. 1; Sch. B IX 3620 Nr. 1), s. de Jong, *(Non-)Appearance of hetaireia* cit. 335 f. mit Fn. 45, aber auch schon *IEph*. 2212 aus der Zeit des Claudius mit dem *συνέδριον τῶν ἀργυροκόπων* (entspr. *collegium fabrum argentariorum*) von Ephesus als Begünstigtem einer Grabmalt, s. J. S. Kloppenborg, *Collegia and thiasoi. Issues in function, taxonomy and membership*, in ders., St. G. Wilson (Hgg.), *Voluntary Associations in the Graeco-Roman World*, London, New York 1996, 24.

<*alicuius*?> *sodalici*<*i*> geheißen haben? Dann wäre man erneut beim oben angesprochenen Genitiv. Freilich wäre beim Plural *collegia* – anders als bei *συνέδρια*, bei denen die «Zusammenkünfte» mitschwingen – auch ein Genitiv Pl. *sodaliticiorum* zu erwarten. Mehr spricht also dafür, dass εἶναι συνέδρια ἐταιρείας τινός freie Wiedergabe von *esse collegia sodalicia* im Sinne von *quodcumque sodaliticium coire* ist. Der Ausdruck *collegia sodalicia* ist bereits für den Marcian-Text beizubehalten. D. 47.11.2 und der rekonstruierte Primärtext von D. 3.4.1.1 mit dem Verständnis von *so*<*dalicii*> als Adjektiv stützen sich gegenseitig. Dort wie hier ist weder ein asyndetisches Verständnis noch eine Erweiterung zu *collegia sodalicia*<*ve*> indiziert. *Collegia sodalicia* in D. 47.11.2 bleibt ein Hapaxlegomenon in der handschriftlichen Überlieferung. Sobald man den rekonstruierten Gaius-Text von D. 3.4.1.1 in die lateinische Literatur einbezieht, verliert *collegia sodalicia* diese Qualität⁸¹.

II.5. Epigraphischer Befund

Zum Verhältnis *collegium/sodaliticium* ist zu beachten, dass etwa nach *CIL*. IX 5450 an ein und demselben Ort die *fabri* ein *collegium* haben, die *fullones* ein *sodaliticium* (beide mit *magistri* und *quaestores*):

D(is) M(anibus) / T(ito) Sillio T(iti) lib(erto) / Prisco / mag(istro) colleg(ii) / fabr(um) II et q(uaestori) II / mag(istro) et q(uaestori) sodal(icii) / fullonum / Claudiae Ti(beri) lib(ertae) / uxori eius matri / sodal(ici) fullon(um) / T(itus) Sillius Karus et / Ti(berius) Claudius Philippus mag(istri) et q(uaestores) / colleg(ii) fabr(um) / fili(i) parentib(us) / piissimis

Andernorts haben die *fabri tignarii* ein *sodaliticium*:

CIL. XI 6135

Loc(us) sep(ulturae) / sodaliticium / fabr(um) tig(nariorum)

Gleiches gilt etwa für Vereine für den Silvanus-Kult⁸². Dass sich diese Vereine jenseits von Bezeichnung, Alter oder Renommee in Typus und Struktur

⁸¹ Umso schwerer wiegt es, dass Bendlin, *Sodalician Associations* cit. 435-463 die Rekonstruktion Cohns nicht berücksichtigt, während er den Befund des Hapaxlegomenon in seine Argumentation gegen die «Existenz von *collegia sodalicia*» integriert (ebd. 453 f.). Bendlins zentraler Gedanke, dass die kaiserliche Kontrolle nicht «nur» *collegia sodalicia*, «merely targeting *collegia sodalicia* of a specific type», sondern «any kind of illicit association», «all associations» betroffen haben muss (ebd. 461, 463), geht – wie er selbst erkennt (ebd. 453) – fehl, wenn sich alle Vereine als *collegia sodalicia* bezeichnen lassen.

⁸² Bendlin, *Sodalician Associations* cit. 456 mit Fn. 74.

unterschieden, ist ganz unwahrscheinlich. Angehörige desselben Vereins bezeichnen sich als *sodales* und *collegae*, *sodales* finden sich als Mitglieder eines *collegium*, etwa in⁸³:

CIL. VI 33084 (Rom, 1. Jh.)

D(is) M(anibus) / Epigoni publ(ici) / sodalium / Flavianium / Crescens et / Abascantus / collegae eius / b(ene) m(erenti)

CIL. III 12704 (Doclea/Dalmatia, 2./3. Jh.)

D(is) M(anibus) s(acrum) / Silvio Aesti/vo sodali / Pomp(eius?) Iuli(us) Aced/[i]nus (?) et Fl(avius) Giera/[s]imus colleg(a)e / b(ene) m(erenti) pos(uerunt)

CIL. IX 460 (Venusia)

D(is) M(anibus) / collegius a/quariorum / Sex(to) Peduceo / Faceto / sodales pos(uerunt)

AE. 2012, 397 (Heraclea, 1./2. Jh.)

Dis Manib(us) / L(ucio) Romano N(umeri) l(iberto) / Abascanto / colle[gi]us / Minervius / sodales m(erenti) f(ecerunt) / vixit a(nnos) LXXX

ILS. 9421 (Aricia, 1./2. Jh.)

Di{i}s Manib(us) / L(ucio) Antonio Ionico / sodali iuvenum / colleg(ii) Mart(is) Salut(aris) / et quinq(uennali) colleg(ii) lot(orum) / Nemorensium quinq(uies?) / Cornelia Thallusa / coniug(i) suo ben(e) mer(enti) f(ecit) / et sibi cum quo vix(it) a(nnos) XXX

Die beiden einzigen epigraphischen Kandidaten für die Begrifflichkeit *collegium sodalicium* sind

CIL. VI 10231 = FIRA. III 93 (Rom, 1./2. Jh.)

... schola sub por(ticu) / consecrata Silvano et collegio eius sodalic(i-) ...

CIL. XI 2722 (Volsinii, 2./3. Jh.)

D(is) M(anibus) / Silvini / col(leg-) sod(al-) / fecit

Zu *collegio eius sodalic(io)* bzw. *col(legium) sod(alicium)* lassen sich die Abkürzungen in beiden Inschriften nicht sicher, aber doch mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit auflösen. Für *CIL. VI 10231* kommt als Alternative in Betracht: *collegio eius sodalic(ii)* – «dem *collegium* seines (des Silvanus) *sodalicum*»⁸⁴,

⁸³ Weitere bei Bendlin, *Sodalician Associations* cit. 454 f. mit Fn. 70.

⁸⁴ Groten, *Corpus und universitas* cit. 269; Zahn, *Si quid universitati debetur* cit. 156. Gegen *Sodalic(ii)* – «Die Angehörigen des *sodalicum*» als Subjekt des Folgesatzes, gegen *collegium ... sodalic(iorum)* – «das *collegium* der Angehörigen des *sodalicum*» und gegen *sodalic(iarii/-iariorum)* Bendlin, *Sodalician Associations* cit. 456 f. Zu *consecrata Silvano et collegio eius sodalic(io/-ii)* vgl. *CIL. VI 717 (Rom): Soli / Invicto ... et sodalicio eius / d(e) s(uo) d(onum) d(ederunt)*; *CIL. VI 3728 (Rom, 2./3. Jh.): S[oli] Invicto M(ithrae) / et sodalicio eius / actores de foro suario ...*; *CIL. VI 3729 (Rom): [--- et s]odalicio / [e]ius / [---]s Agathopus et / [---iu]s Thallus.*

also wieder der oben bereits angesprochene Genitiv. Wohl für beides – *sodalicio* und *sodalicii* – ist die Abkürzung *sodalic* anderweitig belegt⁸⁵. Angesichts der Synonymität der Nomina *collegium* und *sodalicium* ist – wie oben bereits angedeutet – die Genitivkonstruktion unwahrscheinlicher. In *CIL*. XI 2722 ist neben *col(legium) sod(alicium)* auch *col(legium) sod(alium)* denkbar (nicht: wahrscheinlicher)⁸⁶. Dass *collegium sodalicium* in den Inschriften allenfalls zweimal, womöglich gar nicht belegt ist, ist aber schon angesichts der Seltenheit des alleinstehenden *sodalicium* kein Argument gegen die Existenz der Begrifflichkeit. In der Bezeichnung als *collegium sodalicium* ist vielmehr eine abgrenzende Präzision zu erkennen, die normativen und juristischen Quellen zuzutrauen, von Dokumenten der Vereinswirklichkeit aber nicht zu erwarten ist: Wo dort *collegium* Verwendung findet, besteht für die Klarstellung, dass dieses «sodalisch» ist, also aus privaten *sodales* und nicht aus Amtsträgern oder (Staats-)Priestern besteht, kein Bedarf. Umgekehrt hat sich *sodalicium* derart zum Nomen verfestigt, dass die damit bezeichnete «Sodalenschaft» die Selbstverständlichkeit, auch eine «Kollegenschaft» zu sein, ohne Informationsverlust ausblenden kann.

II.6. *Verbot der collegia sodalicia, Interpolation von sodalicium*

Die Zeitgenossen Justinians kennen *sodalicia* nicht mehr als Phänomen der lebendigen Vereinslandschaft. *Sodalicium* verfestigt sich – ohne letzte verbleibende neutrale Verwendungsbereiche des Worts – zum schlichten Objekt des Vereinsverbots. Für das Vereinsverbot nehmen die Kompilatoren mit D. 47.22.1/3 (Marcian. 3 *inst.*) = Marcian. 73 Lenel einen besonders «strengen» Text in die *Digesten* auf. Denn es fällt auf, dass bei den beschriebenen Bereichsausnahmen niemals das Wort *sodalicium* begegnet. In Regulativen wie der *lex Iulia* aus *CIL*. VI 2193 mag von der notwendigen Erlaubnis für *collegia sodalicia* die Rede gewesen sein. Die Kompilatoren schöpfen aber aus den *institutiones* Marcians. Deren Wortlaut lässt sich – solange der Leser (wie Teile der moder-

⁸⁵ *CIL*. VI 338 (Rom, 159 n. Chr.): *sacrum Herculi salutari / quod factum est sodalic(io?) horr(eariorum) Galban(orum) cohort(ium)*; *CIL*. IX 5450 (Picenum, 51-130 n. Chr.): *matri / sodalic(ii) fullon(um)*; s. auch *CIL*. V 6951 (Augusta Taurinorum, 1. Jh. n. Chr.): *Genio / M(arci) Isuni / Proculi / sodalic(ium) / iuven(um) / patrono*.

⁸⁶ Groten, *Corpus und universitas* cit. 269 mit Literatur in Fn. 476; Bendlin, *Sodalician Associations* cit. 454. Dass die homogenen Abkürzungen *col* und *sod* in dieser Kombination hingegen für Subjekt und Dativ-Objekt (jeweils im Singular) von *fecit* stünden – d.h. auch: für das Kollektiv *collegium/sodalicium* einerseits und die Mitgliedsbezeichnung *collegae/sodali* andererseits –, ist weniger wahrscheinlich.

nen Literatur⁸⁷) in dem Wort *sodalicia* nicht die bloße Abgrenzung zu Beamten-*collegia* erkennt – so verstehen, dass *sodalicia* bzw. *collegia sodalicia*: alles was so heißt, alles was sich so bezeichnen lässt, ausnahmslos verboten sind; dass anderes (das *stipem menstruum conferre* der *tenuiores*; *religionis causa coire*; *ex auctoritate ... collegium vel quodcumque corpus coire*) erlaubt ist, weil und wenn es nicht dem Sinn und Zweck des *sodalicia*-Verbots widerspricht. Dass es also zwar *collegia tenuiorum licita* und *corpora licita* gibt, aber niemals *collegia sodalicia licita*. Es steht außer Frage, dass dies an eine Verballhornung des Verbots mit Erlaubnisvorbehalt grenzt: Die Qualität *sodalicia* wandert letztlich von der Tatbestands- auf die Rechtsfolgende.

Das Auftauchen von *sodalicia* im Kontext erlaubter Vereine musste bei diesem Verständnis als Anachronismus und Antinomie wahrgenommen werden⁸⁸. Justinian legt Wert auf die Freiheit des Digestenwerks von Antinomien⁸⁹. Am Sitz des Vereinsverbots in den Digesten, im Titel D. 47.22, musste *sodalitium* beibehalten werden. Im Übrigen führte die begriffliche Nähe von *sodales* zu *socii* aber zur Ersetzung von *sodalitium* durch *societas*. Das griechische *κοινωνία* – «Gesellschaft», aber auch: «Gemeinschaft» mag zu einem weiten Verständnis von *societas* beigetragen haben; diese Erweiterung kann das *sodalitium* des klassischen Verständnisses zwar einfangen, aber umgekehrt kann das überkommene Recht des *sodalitium* nicht kollisionslos auf alles erstreckt werden, was unter *κοινωνία* und *societas* fällt. Dass man damit auch jeder Erwerbsgesellschaft, jeder *societas* im Sinne von D. 17.2, die spezifische «Körperschaftlichkeit» unterstellte, von der die *sodalitium*-Stellen sprechen, und umgekehrt das Gesellschaftsrecht aus D. 17.2 für Vereine aktivierte, wurde verkannt. Die systemsprengenden Folgen der Begriffsersetzung werden hier besonders deutlich. Die planmäßige Interpolation deshalb als «assolutamente illogica» und «indiscutibile» abzulehnen⁹⁰, sie aber bei der Ersetzung von *fiducia* durch *pignus*, *mancipium*/*mancipatio* durch *traditio*, *sponsor* durch *fideiussor* etc.⁹¹ anzuerkennen, erscheint fragwürdig.

III. *magistri so{cietat}ium interpoliert für magistri so{dal}ium oder magistri so{daliciari}um im Primärtext von D. 2.14.14 (Ulp. 4 ad ed.) = Ulp. 251 Lenel*

D. 2.14.14 (Ulp. 4 ad ed.)

Item magistri societatum pactum et prodesse et obesse constat.

⁸⁷ S. oben Fn. 81.

⁸⁸ Fleckner, *Antike Kapitalvereinigungen* cit. 410; Zahn, *Si quid universitati debetur* cit. 29 f.

⁸⁹ Const. *Tanta* 15.

⁹⁰ S. oben Fn. 13; 32.

⁹¹ Wolf, *Interpolationen* cit. 32.

Das *pactum* des *magister societatum*, das heißt seine Abrede mit dem Gläubiger bzw. dem Schuldner der *socii* (insbesondere über einen vorläufigen oder endgültigen Klagenverzicht), «nutzt und schadet», gemeint ist: führt zu einer Einrede zugunsten bzw. zulasten der *socii* (wenn der Gläubiger danach die *socii* bzw. die *socii* ihren Schuldner in Anspruch nehmen)⁹². Der Text ist «sprachlich unbefriedigend» – wohlgemerkt nicht wegen eines fehlenden Objekts zu *prodesse et obesse*⁹³ (sonst wäre auch Hor. *poet.* 333: *aut prodesse volunt aut delectare poetae* «sprachlich unbefriedigend»). Anstößig ist auch weniger die ansonsten unbelegte⁹⁴ Form *societatum* statt *societatum*, die sich schwerlich als «falsch» bezeichnen lässt⁹⁵, sondern die Kombination aus dem Singular *magistri* (Gen.)⁹⁶ und dem Plural *societatum*: Einen *magister societatum* gibt es nicht. Sprachlich möglich wären *magistri* (Gen. Sing.) *societati<s>* oder *magistri* (Gen. Sing.) *soci<orum>*. Beides ist als ursprünglicher Primärtext Ulpians und Opfer eines mechanischen Fehlers samt Falschkorrektur zwar denkbar. Von *sociorum* zu *societatum* ist der Weg unter graphischen Gesichtspunkten freilich einigermaßen weit. Gegen ein ursprüngliches *societati<s>* spricht, dass an seiner Stelle ein falscher Plural in den Text gebracht worden wäre, ohne dass irgendeine Veranlassung gerade für den Plural erkennbar wäre. Eine Versetzung von *magistri* (Gen. Sing.) in den Plural: *magistr<orum> societatum*⁹⁷ ließe auch einen Plural *pact<a>* erwarten. Die Veränderung wäre noch schwerer zu erklären, und Ulpian spricht im rekonstruierten Zusammenhang stets im Singular⁹⁸.

Postuliert man aber – gewissermaßen als *lectio difficilior* – für den Urtext bei

⁹² Nach Zahn, *Si quid universitati debetur* cit. 214 handelt es sich dabei um die *exceptio doli*. Die «Wirkung» des *pactum* zugunsten oder zulasten der *societas*, von der Meissel, *Constat enim societas ex societatibus?* cit. 529 spricht, ist dann eine höchst indirekte.

⁹³ So offenbar Meissel, *Constat enim societas ex societatibus?* cit. 529: «... trotz der sprachlich unbefriedigenden Überlieferung, bei der *societati* ausgefallen sein dürfte». Dann stünde ein Singular *societati* nach dem Plural *societatum*. Nach Fleckner, *Antike Kapitalvereinigungen* cit. 388 f. ist daher «mindestens gedanklich *societatibus* oder *sociis* zu ergänzen».

⁹⁴ Eine Suche in den Datenbanken *Amanuensis* (juristische Literatur), *Bibliotheca Latina Teubneriana* (nichtjuristische Literatur) und *Clauss/Slaby* (Inschriften) ergab keinen weiteren Treffer.

⁹⁵ So aber de Jong, *(Non-)Appearance of hetaireia* cit. 332 Fn. 28. Bei *civitas* ist in den *Digesten* ausschließlich (!) der Plural *civitatum* belegt. *Societatum* ist umgekehrt in den juristischen Quellen unbelegt.

⁹⁶ Ein Plural *magistri* lässt sich bei der inhaltlichen Wiedergabe des Texts verwenden, s. etwa Fleckner, *Antike Kapitalvereinigungen* 388: «Ulpian scheint zu sagen, daß eine *societas* bestimmte Repräsentanten (*magistri*) haben kann»; 389: «Bemerkung über die *magistri*» und schon B. 11.1.14 (Hb. I 584; Sch. A II 629, s. unten bei Fn. 101); der überlieferte Text selbst spricht aber vom *magister societatum* im Singular.

⁹⁷ Belegt bei Paul. Fest. p. 126

⁹⁸ S. Ulp. 247-252 Lenel.

magistri (Gen.) einen Singular, für den davon abhängigen Genitiv aber eine Pluralendung, so muss es sich um einen Plural von Personen gehandelt haben; die Veränderung liegt dann im Bereich *societat*-. Als Lösung kommt der Plural *so<dal>ium* in Betracht. Das Amt eines *magister sodalium* ist belegt⁹⁹. Legen wir das aus D. 3.4.1 pr. und § 1 gewonnene Vorurteil zugrunde, dass *sodalium* in den Digesten konsequent durch *societas* ersetzt wurde, so zeigt sich bei *sodalium/societatum* erneut eine verunglückte Ausführung des Ersetzungsauftrags¹⁰⁰ unter (gewollter oder ungewollter?) Erstreckung auf *sodales*. Bereits D. 3.4.1 pr. bezeugt eine gewisse Oberflächlichkeit des Interpolators, der dort den Akkusativ verkannte. Sie könnte sich in D. 2.14.14 bestätigen: Der Interpolator setzt *societat*- an die Stelle von *sodal*- und verkennt dabei, dass er den Plural einer Person durch den Plural eines Abstraktums bzw. einer Personenmehrheit ersetzt. Angemerkt sei, dass die Inschriften ganz vereinzelt das Wort *sodaliciarius* für den Angehörigen eines *sodalium* kennen (und in einem auf die Ehegemeinschaft übertragenen Sinne gebrauchen)¹⁰¹. Es lässt sich nicht ausschließen, dass Ulpian gerade dieses hochtechnische Wort gebraucht. In diesem Fall hätte der Interpolator den (vielleicht abgekürzten oder bereits entstellten) Genitiv der Mitglieder: *sodaliciariorum* mit dem der Vereine: *sodaliciorum* identifiziert, bevor er ihn mit *so<cietati>um* ersetzte. Dass *sodaliciariorum* bereits zu *sodaliciorum* verdorben war, als der Interpolator zur Ersetzung schritt, würde dem Befund in den Basiliken entsprechen, die τῶν ἑταιρειῶν (entspr. *sodaliciorum*) lesen (B. 11.1.14: Hb. I 584; Sch. A II 629)¹⁰²; sie haben – anders als die Digesten – auch den vorangehenden Genitiv im Plural, das *pactum* bleibt im Singular: τὸ σύμφωνον τῶν μαγίστρων τῶν ἑταιρειῶν (entspr. *pactum magistrorum sodaliciorum*). Der Urheber des Basilikentexts kann einen lateinischen Text mit *pactum magistri sodaliciorum* vor Augen gehabt (oder *sodaliciariorum* für *sodaliciorum* gehalten) und bei der Übersetzung die Inkongruenz im Nume-

⁹⁹ Insbesondere in der *Tabula Hebana* (Crawford, *RS*. Nr. 37) Z. 59-62; vielleicht auch in der *Tabula Siarensis*; außerdem *CIL*. XIV 2391: *Magisteria sod[alium Augustalium] Claudialium*.

¹⁰⁰ Die Stelle fehlt bei Cohn, *Römisches Vereinsrecht* cit. 179 mit Fn. 73; eher gegen Interpolation Fleckner, *Antike Kapitalvereinigungen* cit. 389.

¹⁰¹ *CIL*. VI 9275 (Rom, 2. Jh.); *CIL*. VI 10185 (Rom, 4. Jh.); s. Bendlin, *Sodalician Associations* cit. 456 f.

¹⁰² De Jong, *(Non-)Appearance of hetaireia* cit. 331-332 beobachtet, dass in der Handschrift Paris BN, Coisl. gr. 152 (Ca; «the oldest manuscript») τῶν ἑταιρειῶν fehlt. Unklar ist, was sie daraus ableitet; bei der Wiedergabe des Basilikentexts setzt sie «[τῶν ἑταιρειῶν (P)]» in eckige Klammern. Dass die Fragmente in der Hs. Vaticano BAV, graec. 903 (Vb) – die älter als Ca sein können (ohne dass dem angesichts der Regel *recentiores non deteriores* als solches Bedeutung zukäme) – τῶν ἑταιρειῶν lesen, blendet sie gleichzeitig aus (Fn. 25). Dass der Basilikentext ursprünglich (wie Ca) lediglich τὸ σύμφωνον τῶν μαγίστρων (entspr. *pactum magistrorum*) gelesen hätte, ist ganz unwahrscheinlich.

rus (partiell) behoben haben. Zu beachten ist außerdem, dass das Scholion τὸ zu B. 11.1.14 (Hb. I 584; Sch. B I 226 Nr. 1) von ὁ μάγιστρος ἦτοι ὁ σύνδικος τῶν κοινωνιῶν ἦτοι ἐταρειῶν spricht (entspr. *magister sive actor societat(i)um sive sodalitorium*¹⁰³). In Scholion μαγίστρων zu B. 11.1.14 (Hb. I 584; Sch. B I 226 Nr. 4) heißt es dazu: Πρὸςκεῖται εἰς τὸν Ἄνωνυμον ‚τῶν ἐταρειῶν‘ mit Verweis auf D. 3.4 und D. 47.22. Der Scholiast fand *societatum* bereits vor, gab sich damit für das Verständnis aber nicht zufrieden, sondern verband die Stelle mit D. 3.4.1 pr./B. 8.2.101, wo er σύστημα ἢ ἐταιρείαν ἢ κολλέγιον vorfand und die Verbindung zu *κοινωνία* offenbar in dem Satz *ut ecce vectigalium publicorum socii permissum est ...* sah: εἰ γὰρ τινες κοινῇ μισθῶσονται τέλος ...

Es muss eingeräumt werden, dass bei einer Rekonstruktion des Ulpian-Texts zu *so<daliciorum>* eine Interpolation (zu *societatum*) in einem Bereich vermutet wird, der zuvor bereits (zu *sodalitorium*) verdorben war bzw. *uno actu* missverstanden und interpoliert wurde. Doch wäre das, schon angesichts der Seltenheit von *sodalitarii*, nicht unwahrscheinlicher als eine Verderbnis von *magistri societatis* oder *sociorum* zum anstößigen *magistri societatum*. Für unseren Digestentext gilt, dass *societas habere* (D. 3.4.1 pr.) und *magister societatum* (D. 2.14.14) gleichermaßen unpassend verbauten Spolien ähneln.

IV. *so{cietatib}us interpoliert für *so<dalicii>*s im Primärtext von D. 37.1.3.4 (Ulp. 39 ad ed.) = Ulp. 1088 Lenel*

D. 37.1.3.4 (Ulp. 39 ad ed.)

A municipibus et societatibus et decuriis et corporibus bonorum possessio adgnosci potest. proinde sive actor eorum nomine admittat sive quis alius, recte competet bonorum possessio: sed et si nemo petat vel adgnoverit bonorum possessionem nomine municipii, habebit municipium bonorum possessionem praetoris edicto.

Nach dem überlieferten Digestentext können die Bürger eines *municipium*, die Gesellschaften (*societates*), «Abteilungen» (*decuriae*) und Verbände (*corporae*) den Nachlassbesitz (*bonorum possessio*) in Anspruch nehmen. Die Festlegung von *decuriae* auf «Gemeinderäte», also als Synonym für *decuriones* bzw. *curiae*, ist uralt¹⁰⁴ und weit verbreitet¹⁰⁵, aber abzulehnen. Nicht nur besteht (!)

¹⁰³ *Sive sodalitorium* fehlt bei Heimbach, *Basilicorum libri cit.* I 584.

¹⁰⁴ Vivianus, Gl. *A municipibus* zu D. 37.1.3.4: *idem dicendum est in societatibus & curiis & corporibus.*

¹⁰⁵ H. Heumann, E. Seckel, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, s.v. *decuria* (125): «Stadtrat = *curia*» mit Verweis auf D. 29.2.25.1 (s. sogleich) und D. 37.1.3.4; C. F. F. Sintenis, in K. E. Otto, B. Schilling, C. F. F. Sintenis (Hgg.), *Das Corpus juris civilis in's Deutsche*

der Gemeinderat *curia* ursprünglich aus zehn *decuriae* (und kann seinerseits – bei Juristen! – schon deshalb nicht *decuria* heißen). Ulpian spricht ansonsten von den *decuriones* und der *curia*:

D. 3.4.3 (Ulp. 9 *ad ed.*) = Ulp. 330 Lenel
... *nomine civitatis vel curiae* ...

D. 4.2.9.1 (Ulp. 11 *ad ed.*) = Ulp. 372 Lenel
... *vel populus vel curia vel collegium vel corpus* ...

D. 50.4.8 (Ulp. 11 *ad ed.*) = Ulp. 397 Lenel
Ad rem publicam administrandam ante vicensimum quintum annum, vel ad munera quae non patrimonii sunt vel honores, admitti minores non oportet. denique nec decuriones creantur vel creati suffragium in curia ferunt.

Eine Reihenfolge «Gemeinde(bürger)» – «Gesellschaften» – «Gemeinderäte» – «Körperschaften» in D. 37.1.3.4 (Ulp. 39 *ad ed.*) wäre aber auch geradezu wirr. Ähnliches gilt für

D. 29.2.25.1 (Ulp. 8 *ad Sab.*) = Ulp. 2491 Lenel
Servus municipum vel collegii vel decuriae heres institutus manumissus vel alienatus adibit hereditatem.

Zu erwarten ist bei Erwähnung des Gemeinderats eine Reihung wie in D. 4.2.9.1 (Ulp. 11 *ad ed.*): *populus – curia – collegium – corpus*. In D. 46.1.22 (Flor. 8 *inst.*) heißt es zwar tatsächlich: *municipes – decuriae – societates*. Doch ist diese Reihung auch dann sinnvoll, wenn *decuriae* nicht die «Gemeinderäte», sondern die Dekurien – «Abteilungen» im Sinne der Kollektive der *apparitores*, etwa von Schreibern (*decuria scribarum*), bezeichnet. Nur bei dieser Bedeutung ist die Reihung in D. 37.1.3.4 und D. 29.2.25.1 sinnvoll, denn dann stehen die Dekurien neben den ihnen enger verwandten *corpora* bzw. *collegium*¹⁰⁶. Hingewiesen sei

übersetzt III, Leipzig 1831, 818 (bei D. 37.1.3.4): «Decurien» mit Fn. 3: «Sind Stadträte in Municipien und Colonien»; J. A. Ankum, M. J. E. G. van Gessel-de Roo, in J. E. Spruit u. a. (Hgg.), *Corpus iuris civilis. Tekst en Vertaling* V, Zutphen, Gravenhage 2000, 252 (bei D. 37.1.3.4): «stadsraden»; B. Kupisch, in R. Knütel u. a. (Hgg.), *Corpus Iuris Civilis. Text und Übersetzung* V, Heidelberg 2012, 172 (bei D. 29.2.25.1, s. sogleich): «Gemeinderat»; aber auch Zahn, *Si quid universitati debetur* cit. 234.

¹⁰⁶ Dementsprechend *ThLL*. s.v. *decuria* 2 (V.1 Sp. 223) mit D. 37.1.3.4 unter «*apparitorum*», *OLD*. s.v. *decuria* (I 542) mit D. 37.1.3.4 unter «3 A group of public officials or others following the same occupation and organized as a society or club»; eine Gleichsetzung von *decuria* mit *curia* findet sich in *ThLL*. und *OLD*. überhaupt nicht. J. A. C. Thomas, in A. Watson (Hg.), *The Digest of Justinian* III, Philadelphia 1985, 275a übersetzt *decuriae* in D. 37.1.3.4 mit «*decuries*»; unübersetzt («*decuria*») lässt es W. M. Gordon, *ibd.* II, 878a in D. 29.2.25.1. Für die Vermutung einer Interpolation bei *decuriis* besteht kein Anlass, s. aber Cohn, *Römisches Vereinsrecht* cit. 179 f. Fn. 73.

auf Vat. fragm. 158, wo eine *oratio imperatoris Severi* auf die zur Vormundschaft berufenen *collegae in decuria vel corpore, item cognati vel affines* Bezug nimmt, bevor *ceteri cognati vel adfines amicive atque municipes* angesprochen werden.

Societates ist in D. 37.1.3.4 – noch mehr als *magister societatum* in D. 2.14.14 (Ulp. 4 *ad ed.*) – inhaltlich anstößig. Ließe sich in D. 2.14.14 noch sagen, dass die Aussage der Stelle nur für solche *societates* gilt, die einen *magister* haben – ein Amt, das womöglich nur besonderen *societates*, namentlich den *societates* zur Abgabepacht, bekannt ist¹⁰⁷ –, so spricht D. 37.1.3.4 (Ulp. 39 *ad ed.*) von den, also allen *municipia/municipes*, allen *decuriae*, allen *corpora* und demgemäß doch auch von allen *societates*. Für alle *societates*, also auch für die kleinste Einzelunternehmung von zwei *socii*, kann die Stelle aber bei Ulpian keine Geltung beansprucht haben. Es ist auszuschließen, dass namens zweier vertraglich verbundener Kaufleute als solchen und unabhängig von ihrer höchstpersönlichen Nachlassberechtigung die *bonorum possessio* beantragt werden kann; die beiden würden den Nachlassbesitz vielmehr als zwei Berechtigte beantragen. Erwähnt sei außerdem, dass ein *actor*, auf den in D. 37.1.3.4 Bezug genommen wird, für *municipia, collegia, sodalicia* und Einzelpersonen inschriftlich und/oder literarisch anderweitig belegt ist¹⁰⁸, nicht aber für *societates*¹⁰⁹, bei denen er nach dem oben zu D. 3.4.1.1 Gesagten *de iure* auch nicht zu erwarten ist, soweit kein *corpus* gebildet wird.

Meissel will – unter anderem – D. 37.1.3.4 «zwangloser» als einen Beleg dafür sehen, dass «zumindest bestimmte *societates publicanorum*» Körperschaftlichkeit genossen¹¹⁰. «Bestimmte *societates publicanorum*» wären in einem Text über den Nachlassbesitz (!) zwischen Gemeinden und Dekurien eher überraschend: Wer setzt denn eine Erwerbsgesellschaft im Bereich der Abgabepacht zur Erbin ein? Wer fühlt sich einer Abgabepachtgesellschaft so verbunden wie seiner Gemeinde oder seiner Dekurie? Im Text steht außerdem weder *a certis societatibus* noch *a certis*

¹⁰⁷ Fleckner, *Antike Kapitalvereinigungen* cit. 389: «... daß Ulpian eine Sonderform der *societas* meint, nämlich die *societas publicanorum*», s. aber auch unten Fn. 110, 113, 114, 118.

¹⁰⁸ S. nur die Belege bei P. Habel, Art. *actor* 2, in *PWRE. I.1* (1893), 329-330; außerdem *I. Irn.* 70: *actor municipum*; *InscrIt.* III 86 (Atina, 3. Jh.): *Callippo ac/tori sodal/es b(ene)m(erenti) f(ecerunt)*; zum *actor* einer Einzelperson s. Fleckner, *Antike Kapitalvereinigungen* cit. 283, 286 und sogleich Fn. 109, aber auch die vielfach belegten *servi actores; liberti actores*, zum Beispiel in *IDR.* III.4, 248 (*Dacia*, 151-270 n. Chr.): *Soli Invicto pro / salute{m} / C(ai) Iuli Valen/tini c(onductoris) salinar(um) / Iulius Omucio / libertus actor / posuit*; (freie) *actores* von Einzelpersonen ohne Angabe des Status, zum Beispiel *CIL.* VII 318 (Voreda/Britannia, 2./3. Jh.): *Iulius Au/gustalis / actor Iul(i) Lu/pi pr(a)effecti*.

¹⁰⁹ Fernzuhalten ist *conductor socio actorive eius* in der *Lex metalli Vipascensis CIL.* II 5181 = *FIRA.* I 105 Dort scheint es um den *actor* einer Einzelperson zu gehen.

¹¹⁰ Meissel, *Rez. Fleckner* cit. 555; aber auch Fleckner, *Antike Kapitalvereinigungen* cit. 390 mit der Verständnisvariante: «Ulpian meint nur eine Sonderform der *societas*, mutmaßlich die *societas publicanorum*».

societatibus vectigalium o. Ä.¹¹¹ Es wäre auffällig, dass eine Aussage, die nur für ganz bestimmte *societates* gelten soll, für alle *societates* formuliert wird. Wenn das in einer Stelle vielleicht noch hinzunehmen wäre, so gilt dasselbe doch auch für

D. 46.1.22 (Flor. 8 *inst.*) = Flor. 18 Lenel

Mortuo reo promittendi et ante aditam hereditatem fideiussor accipi potest, quia hereditas personae vice fungitur, sicuti municipium et decuria et societas.

und D. 47.2.31.1 (Ulp. 41 *ad Sab.*) = Ulp. 2863 Lenel

Si quis tabulas instrumentorum rei publicae municipii alicuius aut subriperit aut interleverit, Labeo ait furti eum teneri: idemque scribit et de ceteris rebus publicis deque societatibus.

Sollte hier überall¹¹² die Beschränkung der Aussage von vorneherein übergangen worden sein oder gar überall <*certae*> oder <*vectigalium* o. Ä.> planmäßig entfernt worden sein? Dass ein römischer Fachschriftsteller von *societates* sprechen und erst auf Nachfrage klarstellen würde, dass er nur die (wenigen) Abgabepachtgesellschaften meinte, ist kein «zwangloses», sondern ein unbefriedigendes Verständnis der Texte. Und dass man <*certae*> oder <*vectigalium* o. Ä.> gestrichen hätte, wäre ein Interpolationsverdacht, der unwahrscheinlicher ist als die Vermutung der Ersetzung eines anderen Worts durch *societas*. Diese reiht sich ein neben den wahrscheinlichen Ersetzungen von *sodalitium* durch *societas* mit ihren systematischen «Begleitschäden» im allgemeinen Recht der *societas*; jener wäre nur mit einer bewussten Erstreckung des Rechts der Gesellschaften zur Abgabepacht auf alle *societates* erklärbar. Nichts spricht aber dafür, dass irgendwer gerade dieses reformatorische Ziel verfolgt hätte.

Eine Beibehaltung von *societas* (im Sinne einer körperschaftlichen Gesellschaft zur Abgabepacht) in all diesen Stellen würde außerdem bedeuten, dass Ulpian und Florentin hier die für das gesellschaftliche Leben prägenden Vereine

¹¹¹ D. 17.2.59 (Pomp. 12 *ad Sab.*) = Pomp. 577 Lenel: *Adeo morte socii solvitur societas, ut nec ab initio pacisci possimus, ut heres etiam succedat societati. haec ita in privatis (!) societatibus ait: in societate vectigalium (!) nihilo minus manet societas et post mortem alicuius, sed ita demum, si pars defuncti ad personam heredis eius adscripta sit, ut heredi quoque conferri oporteat: quod ipsum ex causa aestimandum est. quid enim, si is mortuus sit, propter cuius operam maxime societas coita sit aut sine quo societas administrari non possit?;* D. 17.2.63.8 (Ulp. 31 *ad ed.*) = Ulp. 924 Lenel: *In heredem quoque socii pro socio actio competit, quamvis heres socius non sit: licet enim socius non sit, attamen emolumenti successor est. et circa societates vectigalium ceterorumque idem observamus, ut heres socius non sit nisi fuerit adscitus, verumtamen omne emolumentum societatis ad eum pertineat, simili modo et damnun adgnoscat quod contingit, sive adhuc vivo socio vectigalis sive postea: quod non similiter in voluntaria (!) societate observatur.*

¹¹² Mit A. Steinwenter, *Aus dem Gesellschaftsrechte der Papyri*, in *Studi in onore di Salvatore Riccobono* I cit. 488 Fn. 4 D. 37.1.3.4 der Interpolation zu verdächtigen, in D. 47.2.31.1 aber *societatibus* auf die Gesellschaften zur Abgabepacht zu beschränken, erscheint geradezu willkürlich.

unerwähnt ließen (anders als in D. 29.2.25.1 (Ulp. 8 *ad Sab.*) = Ulp. 2491 Lenel: *vel collegii*), die im Vergleich dazu aber überaus seltenen *societates vectigalium* besonders würdigten. Das entspricht schlicht nicht der Erwartung. Ein großer Teil der Reichsbevölkerung ist Mitglied in einem Verein, ein verschwindend kleiner ist *socius* einer Gesellschaft zur Abgabepacht.

Bei Ulpian stand demnach *a municipibus et so<dalicii>s* ...¹¹³ Dass die Basiliken (B. 40.1.3.4: Hb. IV 51; Sch. A V 1784) und das Scholion καὶ πόλεις zu B. 40.1.3.4 (Hb. IV 51 Nr. 4; Sch. B VI 2355 Nr. 5) *societatibus/societates* in D. 37.1.3.4 mit κοινωνία wiedergeben, spricht nicht gegen *so<dalicii>s* bei Ulpian, sondern nur für eine Übernahme aus dem bereits interpolierten Digestentext oder eine Angleichung daran.

Damit aber sind auch zwei weitere Belege für die Interpolation gewonnen: V. so{cietas} *interpoliert für so<dalicium> im Primärtext von D. 46.1.22 (Flor. 8 inst.) = Flor. 18 Lenel*

Aus dem Gesagten ergibt sich für den Primärtext von D. 46.1.22:

*Mortuo reo promittendi et ante aditam hereditatem fideiussor accipi potest, quia hereditas personae vice fungitur, sicuti municipium et decuria et so<dalicium>*¹¹⁴.

Die Gemeinde, die Dekurie¹¹⁵ und der Verein vertreten wie die *hereditas iacens* die Stellung einer Person¹¹⁶. Wie sich die Darstellung Florentins zum Konzept einer «juristischen Person» verhält, soll an dieser Stelle nicht vertieft werden (entscheidend ist hier der Aspekt der Rechtsnachfolge; um sie zu beschreiben, wählen die anderen Juristen nicht das Bild vom *vice personae fungi*)¹¹⁷. Betont sei aber, dass Florentin am Ende der Stelle nicht von der *societas* (schlecht-hin) sprach, auch nicht von bestimmten *societates*, sondern vom Verein.

¹¹³ Vermutet von Cohn, *Römisches Vereinsrecht* cit. 179 mit Fn. 73; Zahn, *Si quid universitati debetur* cit. 234; für Fleckner, *Antike Kapitalvereinigungen* cit. 390 steht die Möglichkeit einer «textlichen Veränderung» neben der einer Verwendung von *societas* in Beschränkung auf «(Berufs-)Verbände beziehungsweise die *societas publicanorum*», s. oben bei Fn. 49 und 110; zuletzt L. Maganzani, *Florentinus. Institutionum libri XII*, Roma, Bristol 2022, 154: «*societas vectigalis*».

¹¹⁴ Vermutet von Cohn, *Römisches Vereinsrecht* cit. 179 mit Fn. 73; Fleckner, *Antike Kapitalvereinigungen* cit. 390 wie oben Fn. 113.

¹¹⁵ S. oben bei Fn. 111.

¹¹⁶ Zur *hereditas* fast wortgleich D. 41.3.15 pr. (Paul. 15 *ad Plaut.*) = Paul 1217 Lenel: *nam hereditatem in quibusdam vice personae fungi receptum est*.

¹¹⁷ S. schon J. Platschek, *Das «nomen universitatis» in D. 3.4.7.2 (Ulp. 10 ed.)*, in *Index* 40, 2012, 628-632; gültig bleibt (auch für *municipium*, *decuria* und *sodalicium*) M. Kaser, *Das römische Privatrecht* I, München 1971², 721: «... die Erbschaft als solche stehe an der Stelle des Berechtigten, ohne daß man dabei doch an eine selbständige Rechtspersönlichkeit, eine, juristische Person⁴, gedacht hätte»; s. auch oben Fn. 59.

VI. so{cietatibu}s interpoliert für so<dalicii>s im Primärtext von D. 47.2.31.1 (Ulp. 41 ad Sab.) = Ulp. 2863 Lenel

Als Primärtext von D. 47.2.31.1 ist zu lesen:

Si quis tabulas instrumentorum rei publicae municipii alicuius aut subripuerit aut interleverit, Labeo ait furti eum teneri: idemque scribit et de ceteris rebus publicis deque <collegiis?> so<dalicii>s¹¹⁸.

An *tabulae instrumentorum*, den «Beweisurkunden» einer Munizipalgemeinde (*res publica municipii alicuius*, zum Genitiv vgl. etwa D. 33.2.34 pr., Scaev. 18 dig.: *res publica Arelatensium*; die *Arelatenses* bilden die *Colonia Iulia Paterna Arelate Sextanorum*) kann durch Entwendung oder Überschreiben ein *furtum* verwirklicht werden – obwohl es nicht einen *dominus* oder konkrete Miteigentümer gibt, die man ohne Weiteres unter den Tatbestand *invito domino* subsumieren könnte; es handelt sich um eine spezifische *res communis* im Sinne von D. 3.4.1.1: *ad exemplum rei publicae habere res communes*, Marcian kennt *res universitatis*¹¹⁹. Dieselbe Qualität haben die Urkunden «der übrigen *res publicae*», also anderer «Gemeinwesen» (der *res publica Romana*, der *coloniae* etc.)¹²⁰, und der *sodalicia* – «Vereine». Die Basiliken (B. 60.12.31.1: Hb. V 477; Sch. A VIII 2828) übersetzen mit ἡ τιμος συστήματος, entspr. *sive alicuius collegii*¹²¹; es lässt sich nicht ausschließen, dass Ulpian oder schon Labeo von *collegiis sodaliciis* sprach. Ob Labeos Katalog insofern abschließend ist, darf dahinstehen – für *decuriae* und andere *corpora* wird angesichts von D. 3.4.1.1 nichts anderes gelten. Von den *societates* (schlechthin) schrieb Labeo aber nicht: Bei der gewöhnlichen *societas* ist der einzelne *socius* Vertragspartner nach außen und Eigentümer der Beweisurkunden über seine (auch gesellschaftsbezogenen) Geschäfte¹²²; sollte die Urkunde einmal zum – nicht notwendig gebildeten – Gesellschaftsvermögen gehören, so gilt das Sachenrecht der *communio* und die konkreten *socii* sind Miteigentümer. Der Tatbestand des *furtum* stößt hier von vorneherein auf kein Problem¹²³.

¹¹⁸ Vermutet von Cohn, *Römisches Vereinsrecht* cit. 179 mit Fn. 73; Fleckner, *Antike Kapitalvereinigungen* cit. 391 wie oben Fn. 113.

¹¹⁹ D. 1.8.2 pr., Marcian. 3 *inst.*; D. 1.8.6.1, Marcian. 3 *inst.*; I. 2.1 pr./6.

¹²⁰ Zahn, *Si quid universitati debetur* cit. 219 mit Kritik des Basilikentexts.

¹²¹ Zahn, *Si quid universitati debetur* cit. 219 f. (ohne jeden Interpolationsverdacht).

¹²² Vgl. D. 47.2.52.18 (Ulp. 37 *ad ed.*): *furtum* an verpfändeter Sache, *si ex duobus sociis omnium bonorum unus rem pignori acceperit*.

¹²³ D. 17.2.45 (Ulp. 30 *ad Sab.*): Konkurrenz mit *actio pro socio* bei *furtum* durch *socius*; D. 47.2.45 (Ulp. 41 *ad Sab.*): *furtum* durch *socius*; Paul. 2.31.26: *furtum* an *servus communis*.

VII. Gesamtschau – Interpolationsmodell

Dass der Urheber der Interpolation in all diesen Stellen *societas* auf die Gesellschaften zur Abgabepacht beschränkt wissen wollte, lässt sich ausschließen. Er wollte das «rechtlich unmögliche» *sodalitium* durch ein unverfängliches Wort für «Gemeinschaft», «Zusammenschluss» ersetzen. Blickt man auf die derart interpolierten Stellen, so zeigt sich, dass die Ersetzung durch *societas* durchwegs einen Anstoß erzeugt, unglücklich ist und stets eine bessere Alternative für den Umgang mit *sodalitium* bestanden hätte – aber nicht immer die gleiche! Da *collegium* und *sodalitium* synonyme Verwendung finden, wäre es sinnvoller gewesen, in D. 3.4.1 pr. *neque sodalitium* schlicht zu streichen. Auch in D. 3.4.1.1 hätte man sich auf *collegii sive cuiusque rei* o. Ä. *nomine* beschränken können. Beim *magister so<dal>ium/so<dalicior>um* in D. 2.14.14 kam eine Streichung nicht in Betracht, aber besser gelungen wäre ein *magister collegiarum* oder (bei verfehlter Inkaufnahme des Plurals der Gesamtheiten) *collegiorum* oder *corporum*. In D. 37.1.3.4 wäre, in Angleichung an D. 29.2.25.1 (Ulp. 8 *ad Sab.*) = Ulp. 2491 Lenel: *vel collegii*, eine Ersetzung durch *collegiis* sinnvoller gewesen, ebenso in D. 47.2.31.1; entsprechend in D. 46.1.22 eine solche durch *collegium*. Doch kam keine dieser jeweiligen Alternativen – ersatzloses Streichen, Ersatz durch *collegae/collegium/corpus* – als einheitliche Maßgabe in Betracht: Es stand zu befürchten, dass die schlichte Streichung an anderer Stelle Unverständliches zurücklassen würde (wie in D. 2.14.14: *magistri pactum et prodesse et obesse constat*); die Ersetzung durch *collegium* oder *corpus* hätte diese Begriffe *in concreto* womöglich verdoppelt (wie in D. 3.4.1). Der einheitliche Umgang mit *sodalitium* bestand daher in der konsequenten Ersetzung durch *societas*¹²⁴.

Dass in den gesamten *Digesten* und damit in Fragmenten aus verschiedensten Werken der klassischen Literatur *sodalitium* durch *societas* ersetzt ist, macht es unwahrscheinlich, dass die Ersetzung im Einzelnen bereits vor der Arbeit an den *Digesten* erfolgte¹²⁵. Sie erfolgte mit Wahrscheinlichkeit *in toto* im *Digestenwerk*. Denkbar ist, dass die Kompilatoren bereits bei der Arbeit in den Unterkommissionen, das heißt bei der Auswahl der Fragmente aus den ihnen zugewiesenen Massen (folgt man dieser Vermutung über die Arbeitsteilung der Kompilatoren) die Ersetzung vornahmen oder vormerkten; *terminus post quem* für die Interpolation ist insofern der Beginn der Kompilatorenarbeit im Jahr 530 n. Chr. Denkbar ist aber auch, dass aus den Fragmenten bereits ein *Digestentext* entstanden war, bevor man ihn systematisch und geradezu mechanisch

¹²⁴ S. oben nach Fn. 88.

¹²⁵ Was Fleckner, *Antike Kapitalvereinigungen* cit. 410 mit Fn. 325 für D. 3.4.1 pr./1 explizit «in Erwägung zieh[t]».

(ohne vertiefte Durchdringung des Texts) auf *sodalicium* durchsuchte und die Ersetzung vornahm. Wegen der notwendigen Oberflächlichkeit des Bearbeiters kam es dabei zur signifikanten Verwechslung von Nominativ und Akkusativ bei *sodalicium/societas* in D. 3.4.1 pr.; die Ersetzung führte zu den oben dargestellten Unstimmigkeiten mit dem Recht der *societas*, die nicht einem profunden Bearbeiter der Einzelstelle, schon gar nicht dem Verfasser des Primärtextes zuzutrauen sind, sondern nur auf der fehlenden Passgenauigkeit des im Einzelfall nicht mehr reflektierten Substituts beruhen. Erfolgte die Änderung *uno actu* im gesamten Digestentext, so bedeutet dies, dass es einen insofern nicht interpolierten Digestentext gab. Er kann den byzantinischen Quellen mit ἐταιρεία zugrundegelegen haben bzw. für das Eindringen von ἐταιρεία in die byzantinische Überlieferung verantwortlich sein.

Terminus ante quem für die Interpolation von *societas* für *sodalicium* im Digestentext ist jedenfalls die Entstehung der Florentiner Digestenhandschrift, die auf das 6. Jahrhundert datiert und zunehmend in unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang mit der justinianischen Kompilation gebracht wird¹²⁶. Erstmals kann die konsequente Ersetzung von *sodalicium* aber kaum bei der Anfertigung (Mommsen: «*inter scribendum*») von *F* vorgenommen worden sein. Dass die primäre Vorlage von *F* (Mommsen: «*archetypus*») bereits «wissenschaftlich bearbeitet» war, wurde vermutet¹²⁷. Conrat (Cohn) nennt die Beseitigung von *leges geminatae* und Antinomien¹²⁸. Für derartiges fänden sich auch in *F* selbst (Mommsen: «*post scriptum librum*») äußere Spuren¹²⁹ (freilich nicht bei *societas/sodalicium*). Gemeint sind also gerade nicht Änderungen der justinianischen Kompilatoren an den klassischen Texten, sondern Änderungen Späterer an einem bereits vorhandenen, von den Kompilatoren vollendeten Digestentext. Dabei geht diese ältere Literatur davon aus, dass der vollendete Digestentext auch in einer maßgeblichen Handschrift vorlag. Doch tendiert man mittlerweile zu einem Modell, wonach aus der Kommissionsarbeit der Kompilatoren mehrere Fassungen hervorgingen, die als Abschreibevorlagen dienten, es also keine «authentische» Handschrift des Dige-

¹²⁶ Kaiser, *Art. Digesten* cit. 846 mit weiterer Literatur; E. Spagnesi (Hg.), *Le Pandette di Giustiniano. Storia e fortuna della 'Littera Florentina'*, Firenze 1983, 25 mit Literatur S. 16-17; M. C. Vicario, *Il manoscritto Laurenziano delle Pandette: Appunti per una ricognizione codicologica*, in A. Corbino, B. Santalucia (Hgg.), *Justiniani Augusti Pandectarum Codex Florentinus I*, Firenze 1988, 17-20; N. G. Wilson, *A Greek Palaeographer Looks at the Florentine Pandects*, in *SubsGron.* 5, 1992, 1-2 mit weiterer Literatur in Fn. 5.

¹²⁷ Mommsen, *Digesta Iustiniani Augusti I* cit. LVI-LVII; F. Schulz, *Einführung in das Studium der Digesten*, Tübingen 1916, 2.

¹²⁸ M. Conrat (Cohn), *Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts im frühen Mittelalter I*, Leipzig 1891, 119 mit Fn. 3; zu Conrat (Cohn) s. oben Fn. 12.

¹²⁹ Conrat (Cohn), *Geschichte der Quellen* cit. 119 mit Fn. 4.

stentexts gab, von der sich die Vorlage von *F* durch Bearbeitung entfernen konnte¹³⁰. In *F* würde sich dann der Interpolationsvorgang von *sodaliticium* zu *societas* widerspiegeln; das Exemplar, das der byzantinischen Tradition zugrundeliegt, wäre insofern «unfertig»¹³¹. Ob die Kompilatoren vor Abschluss ihrer Tätigkeit die Ersetzung von *sodaliticium* vornahmen (und sich dies nicht in allen Endentwürfen niederschlug) oder ob die Ersetzung nach Abschluss der Kompilation erfolgte, lässt sich kaum sicher sagen. Die Wahrscheinlichkeit mag dafür sprechen, dass bereits die zur Anpassung der Juristenschriften berufenen Kompilatoren (Const. *Deo auctore* 7) die vermeintliche Antinomie beseitigten und nicht Spätere unberufen, aber derart konsequent *sodaliticium* im gesamten Digestentext umstellten. Zu beachten ist jedenfalls, dass ein Vergleichsexemplar, wenn es denn zur Korrektur von *F* herangezogen wurde¹³², den Korrektoren der Handschrift keinen Anlass gab, *sodaliticium* im Text wiederherzustellen. Zwar kommt in Betracht, dass den Korrektoren «nicht stets ein Vergleichstext zur Verfügung stand»¹³³. Dass das ausnahmsweise bei allen fünf Stellen mit *so<dalici->* der Fall wäre, ist aber unwahrscheinlich. Dies spricht dafür, dass die Interpolation, wenn es ein Vergleichsexemplar gab, auch dieses erfasst hatte¹³⁴. Auch die Vulgat-Überlieferung liest an den hier besprochenen Stellen stets *societa-*. Folgt man Mommsens Theorie von einem *Codex secundus* (*S*), von dem alle Vulgat-Handschriften abstammen, der aber seinerseits nicht nur von *F*, sondern auch von einer von *F* verschiedenen Handschrift abhängt¹³⁵, so spricht der Befund jedenfalls dafür, dass *S societa-* las, vielleicht auch dessen von *F* verschiedener Vorläufer.

¹³⁰ D. Nörr, *Zur neuen Faksimile-Ausgabe der littera Florentina*, in *IVRA* 39, 1988, 131; 133 mit weiterer Literatur in Fn. 67; B. Stolte, *Some thoughts on the early history of the Digest text*, in *SubsGron.* 6, 1999, 107; W. Kaiser, *Zur Herkunft des Codex Florentinus*, in A. Schmidt-Recla (Hg.), *Sachsen im Spiegel des Rechts*, Köln 2001, 56 f.; kritisch D. Mantovani, *La critica del testo del Digesto fra passato e futuro*, in M. Miglietta, G. Santucci (Hgg.), *Problemi e prospettive della critica testuale*, Trento 2011, 168 f. Fn. 49.

¹³¹ Nörr, *Neue Faksimile-Ausgabe* cit. 132.

¹³² Kaiser, *Herkunft des Codex Florentinus* cit. 40 f. Für D. 3.4.1, D. 46.1.22 und D. 47.2.31.1 sieht W. Kaiser, *Schreiber und Korrektoren des Codex Florentinus*, in *ZSS.* 118, 2001, 172; 183 den Korrektor 2 zuständig, für D. 2.14.14 Korrektor 1 (ebd. 172; 179), für D. 37.1.34 Korrektor 5 (ebd. 172; 199). Zu einem von der Schreibervorlage verschiedenen Vergleichsexemplar der Korrektoren 2 und 5 s. ebd. 188; 201; 217; skeptisch Mantovani, *Critica del testo* cit. 165 Fn. 40.

¹³³ Kaiser, *Schreiber und Korrektoren* cit. 188.

¹³⁴ Zur Erklärung «identischer Fehler im eigenen Exemplar des Korrektors [2]» mit einem Hyparchetyp der Vorlage von *F* und des Vergleichsexemplars s. Kaiser, *Schreiber und Korrektoren* cit. 196 Fn. 251.

¹³⁵ Dazu Stolte, *Some thoughts* cit. 104–109; W. Kaiser, *Besserlesungen in den Vulgathandschriften gegenüber Codex Florentinus und Basiliken?*, in K. H. Muscheler (Hg.), *Römische Jurisprudenz. Dogmatik, Überlieferung, Rezeption. FS D. Liebs*, Berlin 2011, 302 f.; Mantovani, *Critica del testo* cit. 166.

Beruhet die byzantinische Überlieferung im Bereich von D. 3.4.1/B. 8.2.101 auf einem (noch) nicht interpolierten Digestentext, so bestätigt dies, dass sie insofern eine Tradition des Digestentexts bezeugt, die außerhalb der gesamten uns erkennbaren lateinischen Überlieferung liegt¹³⁶. Sie kann sich neben der uns erkennbaren Überlieferung erhalten haben, im Extremfall aber auf eine Handschrift beschränkt haben. Daneben steht die Möglichkeit, dass die Interpolation zu *societa*- die gesamte Digestenüberlieferung erfasste und das *ἐταιρεία* der Basilikenüberlieferung auf einen noch nicht kompilierten Gaius-Text zurückgeht¹³⁷. Auch die byzantinische Tradition wurde in Teilen – etwa im Bereich von D. 37.1.3.4/B. 40.1.3.4: *κοινωνία* – von der Interpolation erreicht und stellt sich daher – nicht überraschend – heterogen dar. Ob sich im Basilikenmaterial in anderen Fällen wie bei *so<dalicium>/ἐταιρεία* eine im Vergleich zu *F* weniger oder gar nicht interpolierte Tradition bemerkbar macht, muss daher mit Vorsicht evaluiert werden.

Johannes Platschek

(Ludwig-Maximilians-Universität München)
johannes.platschek@jura.uni-muenchen.de

¹³⁶ Die Basiliken-Überlieferung kennt Digestentext, der in *F* fehlt (ohne durch den Korrektor der Handschrift ergänzt zu sein) und auch der Vulgat-Überlieferung nicht vermittelt wurde, s. Kaiser, *Schreiber und Korrektoren* cit. 192.

¹³⁷ S. oben Fn. 21.

Ne optimus vel pessimus accipiatur¹

Die Qualitätsanforderungen bei Gattungsschulden (unter Einschluss von vertretbaren und verbrauchbaren Sachen)

Unser juristisches Vokabular enthält zwei einander ähnelnde Begriffe, die jedoch zu unterscheiden sind: nämlich Gattungsschulden und vertretbare Sachen. Die Unterscheidung hat im 19. Jahrhundert Levin Goldschmidt maßgeblich herausgestellt². Die römischen Juristen unterschieden weniger deutlich. Ich beginne deshalb mit terminologischen Vorbemerkungen, ehe ich mich meinem eigentlichen Thema, den selten behandelten Qualitätsanforderungen an Gattungsschulden aus rechtshistorischer und rechtsvergleichender Sicht zuwende.

I. Vertretbare Sachen (*coese fungibili*)³

1. Vertretbar sind bewegliche Sachen, die im Verkehr nach Zahl, Maß oder

* Il seguente articolo è destinato agli studi in onore di Letizia Vacca.

¹ Von Ulpian D. 30.37 pr. zitierte Worte des Gaius Cassius Longinus (unten IV 2).

² L. Goldschmidt, *Handbuch des Handelsrechts* Teil C (1868-1883), Neudruck 1973, 23; ders., Bd. I 1: *Zur Lehre von der Waare*, 1868, § 60 ff. Vgl. Th. Rüfner, in *HKK* (u. Fn. 4) zum *BGB* I, 2003, §§ 90-103, Randnr. 23.

³ Schrifttum: O. Karlowa, Über den Begriff der fungiblen Sachen, in *Grünhuts Zeitschrift* 16, 1889, 406 ff.; St. Brassloff, *Die Bezeichnung der vertretbaren Sache bei den römischen Juristen*, in *Wiener Studien* 36, 1914, 348 ff.; E. Genzmer, *Pondere, numero mensura*, in *AHDO/RIDA*. 1, 1952, 469 ff.; G. Savognone, *La categoria delle res fungibiles*, in *BIDR*. 55-56, 1952, 18 ff.; F. Casavola, *Emptio pondere numero mensura*, in *Scritti Jovene*, Napoli 1954, 551 ff.; F. Heinemann, *Maß, Gewicht, Zahl*, in *Museum Helveticum* 32, 1976, 183 ff. Zuletzt vor allem die vorwiegend rezeptionsgeschichtlich und rechtskritisch ausgerichtete Untersuchung von Th. Rüfner, *Vertretbare Sachen? Die Geschichte der res quae pondere numero mensura constant*, Berlin 2000, rezensiert von Chr. Baldus, in *Labeo* 49, 2003, 212-216; Th. Finkenauer, *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte [ZNR]*, 2007, 118 ff. – Rüfner ist ein vorzüglicher Latein-Kenner. Aus nationalen und internationalen *Certamina* ging er als prämiierter Sieger hervor. Die von ihm analysierten lateinischen Quellen übersetzt Rüfner jedoch leider nicht. Seine Exegesen beginnt er oft mit dem Abschnitt «Formales» (S. 57-66). Darin vergleicht er zumeist die Ausdrucksweise verschiedener Juristen und die Bedeutung einzelner Wörter. Generell ist ein einleitender Abschnitt «Formales» aber nicht empfehlenswert. Beginnen sollte eine Exegese mit der Klärung des Sachverhalts; «Formales» kann (soweit erforderlich) in Fußnoten erledigt werden. Kaum verständliche Abkürzungen ohne Informationsgehalt wie «Alf 5 dig a Paul epit» und «Pomp 9 Quint Muc (so S. 27 Fn. 34) beeinträchtigen in den Augen von unserem Fach weniger vertrauten Lesern das Präsentationsgewand unserer Disziplin. Nach dem Zitat eines Autors ist überdies (zumal wenn dessen Name nicht durch Kapitälchen oder Kursivsatz hervorgehoben wird) ein Komma zu setzen.

Gewicht bestimmt zu werden pflegen, so die Legaldefinition in § 91 BGB⁴. Ohne Inhaltsangabe oder Beispielsnennung werden mit dieser Vorschrift aus dem Allgemeinen Teil des BGB nur drei Arten der Bemessung einer beliebigen Menge von Handelswaren beschrieben. Denn mit den Worten «im Verkehr» ist der Handelsverkehr gemeint, verwiesen wird also auf das im Großhandel oder im Einzelhandel Übliche, auf die dortigen Usancen. Vertretbare Sachen sind landwirtschaftliche Produkte wie Getreide, Kartoffeln, Eier, Milch, Wein, überdies Bergbau-Erzeugnisse wie Kohlen oder Erze, auch Sand, sowie serienmäßig hergestellte neue Sachen jeder Art, solange diese nicht in Gebrauch genommen wurden⁵. Ihre Vertretbarkeit ist nicht im Sachenrecht, sondern für Schuldverträge von Bedeutung. Beim Sachdarlehen muss der Geber dem Nehmer eine vertretbare Sache überlassen, der Nehmer muss (außer dem bedungenen Zins) bei Fälligkeit Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückerstatten⁶. Dasselbe gilt für die uneigentliche Verwahrung (das *depositum irregulare*), § 700 BGB. Die Gefahr des Untergangs oder der Verschlechterung der übereigneten Sachen trägt dann der Empfänger (Darlehensnehmer). Dieselben Rechtsfolgen galten gemäß Gaius D. 23,3,42 für die zur Mitgift bestellten vertretbaren Sachen⁷.

2. Im Usus Modernus sprach man von *res fungibiles*, später verdeutscht als ‚fungible Sachen‘. In den antiken Rechtsquellen kommt das Adjektiv *fungibilis* noch nicht vor. Der Ausdruck *res fungibiles* ist eine originelle Schöpfung des Freiburger Juristen Ulrich Zasius (1461-1535)⁸. Seinem Benennungsvorschlag folgten zahlreiche spätere Autoren⁹. Der kleine Traktat *De rebus fungibilibus*

⁴ Die historischen Grundlagen der Vorschrift erläutert zusammenfassend Th. Rüfner, in *Historisch-Kritischer Kommentar [HKK] zum BGB I*, 2003, §§ 90-103, Randnr. 21 ff. Die Bezeichnung ‚vertretbare Sachen‘ stammt von Karl Salomo Zachariae von Lingenthal (1769-1843), siehe B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 1906⁹, I § 141 Fn. 1. Missverständlich sprach Windscheid selber von ‚Gattungssachen‘.

⁵ Neue Bücher derselben Auflage sind vertretbare Sachen, gebrauchte antiquarische nicht. Ein Buch wird aber in der Regel nur verliehen, kaum einmal darlehensweise übereignet. Das Einzelstück einer Auflage nennen wir Exemplar (ital. copia). Ein von Hand geschriebener römischer *liber* (Buchrolle) war nicht vertretbar.

⁶ § 607 BGB. Für Gelddarlehen gelten ab 2001 die neuen Vorschriften der §§ 488 ff. BGB.

⁷ Rüfner (o. Fn. 3) 46.

⁸ Auf Zasius verwies schon Windscheid (o. Fn. 4) Fn. 3. Ich zitiere aus dem *Responsum* des Zasius von 1541 nach Rüfner (o. Fn. 3) 93: *Rectius vero res fungibiles novo nostro vocabulo nominari possunt, quod ex communicabile natura functionem... recipiunt*. «Mit Recht können diese Sachen in unseren neuen Wortschatz als ‚fungible‘ bezeichnet werden, weil sich aus ihrer einheitlichen Eigenschaft ihr Bestimmungszweck ergibt». – Alle folgenden Übersetzungen stammen (wo nichts anderes angegeben) von mir. Rüfner übersetzt die lateinischen Quellen nicht.

⁹ Mudaeus, Styck, Brunnemann, Vinnius, Voet; für Schottland James Stair. Deren Schriften sind angeführt von Rüfner (o. Fn. 3) 93 f.

von 1611 des Johannes Althusius (1560-1638) wurde oft zitiert und begünstigte die Verbreitung des Ausdrucks. Pothier französisierte ihn als *choses fungibles*. Auf Pothiers Einfluss beruht vermutlich die Aufnahme des Ausdrucks als Art. 1291 (bezüglich der Aufrechnung, *compensation*) in den Code civil von 1804. In Gesetzbücher der deutschen Sprache wurde der Terminus ‚fungible Sachen‘ hingegen nicht aufgenommen.

3. Quellenmäßige Grundlage für die Wortschöpfung von *Zasius* bildete eine Bemerkung des klugen Dogmatikers Iulius Paulus im später zu betrachtenden Text D. 12.1.2.1 (unten I 5), wonach die Sachen, *quae pondere numero mensura consistunt*, «in genere suo functionem recipiunt», die also durch ihre Zugehörigkeit zu einer Gattung charakterisiert werden (frei übersetzt)¹⁰. Der Ausdruck *functio* findet sich einzig in dieser Digestenstelle, ansonsten 285 mal in spätantiken Konstitutionen bezüglich der Aufgabe von Beamten. Aber schon Pedius bemerkte bezüglich der Konkretisierung eines Klagebegehrens, dass gleichbedeutende Bestimmungsweisen untereinander austauschbar sind: *quatenus mutua vice fungantur, quae tantundem praestent* (nach Paulus D. 12.1.6 i. f.).

Den Ausdruck *fungibel* kritisierte man einst als «barbarisch»¹¹. Er ist aber keine banausische Sprachverwilderung, sondern gehört der gehobenen Gelehrtensprache an. Als «verunglückt» bezeichnete man auch die Übersetzung als «vertretbar»¹². Durchaus zutreffend kommt durch diese Bezeichnung jedoch zum Ausdruck, dass *fungible* Sachen untereinander austauschbar oder auswechselbar sind, weil sie nicht durch individuelle Merkmale gekennzeichnet sind. Eine Sache kann darum für andere «eintreten»¹³.

Austauschbar sind insbesondere Sachen, die einander dermaßen gleichen wie «ein Ei dem anderen». Die (auch auf Personen, besonders auf Zwillinge bezogene) Redewendung begegnet schon bei Cicero und Seneca¹⁴. Damit ist

¹⁰ Die auf *recipiunt* folgenden Worte *per solutionem quam specie* sind schwer verständlich. Emendiert werden sie im Schrifttum durch den Zusatz eines Komparativs (*magis* oder *potius*); s. Rüfner 37.

¹¹ So R. Schneider in der deutschen Übersetzung hrsg. von Otto, Schilling, Sintenis II, 1831, zu D. 12.1.2.1 Fn. 5. Ebenso Windscheid (wie o. Fn. 4).

¹² So M. Kaser, *Das römische Privatrecht* (2. Aufl.) I 382 [künftig: *RP*] mit Quellen und Schrifttum.

¹³ A. Guarino, *Diritto privato romano*, Napoli 2001¹², § 19.6 spricht von «surrogabilità».

¹⁴ *Tam simile quam ovo ovum*: Sen. *Apokolokyntosis* 11.5. *Non ovum tam simile ovo*: Cicero, *Quaestiones Academicae* 4.18. L. Röhrich, *Lexikon der sprichwörtlichen Redensarten* I, 2009, 354. – Einer Anekdote zufolge verkaufte ein Sklavenhändler zwei aneinander zum Verwechseln ähnlich sehende schöne Knaben teuer als Zwillinge (etwa für gemeinsame Auftritte im Theater). Der Käufer bemerkte bald, dass sie unterschiedliche Sprachen sprachen und aus verschiedenen,

gemeint die äußere Form, die geometrische Gestalt, im Unterschied etwa zu Würfel, Zylinder, Tetraeder; und der äußeren Form nach gleichen sich nun einmal trotz ihres beachtlichen Größenunterschieds Straußen-Ei und Wachtel-Ei. Bei der zitierten Redewendung denkt man in erster Linie an Hühnereier. Aber sogar bei denen gibt es (wie bei anderen Nahrungsmitteln) verschiedene Güte- oder Handelsklassen¹⁵.

4. Die Konstanz der Wortfolge *pondere numero mensura* ist erstaunlich. Sie findet sich stereotyp in 23 Belegstellen vom 1. Jahrhundert n. Chr. bis Justinian¹⁶. In keiner Quelle begegnet eine andere Reihenfolge. Ihre Gleichförmigkeit ähnelt den Vorgängen des Abzählens («1, 2, 3») oder Buchstabierens («a, b, c»)¹⁷. Auf welche Autorität sie zurückzuführen ist, lässt sich nicht aufklären. Nirgends wird ein offizieller Erlass oder ein Gewährsmann zitiert¹⁸.

Von der lateinischen Trias ist das Abzählen am einfachsten durchzuführen, dazu braucht man kein Messgerät. Vermutlich deshalb hat der BGB-Gesetzgeber in § 91 die Reihenfolge umgestellt und die Bestimmung nach der Zahl vorgezogen. Bei der Übersetzung der lateinischen Trias berechtigt dies aber nicht zu entsprechender Umstellung¹⁹. Der Regel «so frei wie nötig» gebührt der Vorrang vor der grundsätzlich erwünschten Orientierung des Übersetzens nach der Zielsprache.

voneinander weit entfernten Gegenden stammten. Auf die Beschwerden des Käufers entgegnete der Verkäufer, wenn zwei nicht von derselben Mutter geborene und noch dazu schöne Knaben einander so haargenau ähnelten, sei das Wunder noch größer als bei wirklichen Zwillingen und ihr Verkaufswert darum umso höher zu veranschlagen. Plinius d. Ä., *Naturalis historia* 7.56; É. Jakab, *Praedicere und cavere beim Marktkauf*, 1997, 21. – Nach neueren genetischen Untersuchungen gibt es tatsächlich (wenngleich selten) miteinander nicht verwandte aber doch einander zum Verwechseln ähnliche Doppelgänger mit großenteils denselben genetischen Anlagen, sogenannte «ultra-look-alikes»: *Frankfurter Allgemeine Zeitung* Nr. 196 vom 24.8.2022 Seite N 1; <https://www.smithsonianmag.com/smart-news/doppelgangers-dont-just-look-alike-they-also-share-dna-180980635/> [Aufruf 26.8.2022].

¹⁵ <https://de.wikipedia.org/wiki/Güteklasse> [Aufruf 4.4.2023]. Bei Eiern z. B. bezüglich Käfig-, Boden- oder Freilandhaltung. Selten gleicht ein Ei demnach haargenau dem anderen.

¹⁶ Bei Gaius 6 mal, Gai. epit. 1 mal, Maecian 1 mal, Licinnius 1 mal, Papinian 1 mal, Ulpian 3 mal, Ulp. epit. 2 mal, Paulus 3 mal, Lex Romana Burgundionum 1 mal, Justinian 4 mal. RÜFNER (o. Fn. 3) 25 nennt 21 Belegstellen.

¹⁷ Mündlicher Hinweis von Evelyn Höbenreich.

¹⁸ Auf griechische Parallelen in literarischen Quellen für den Dreiklang verweisen Genzmer und Heinemann (beide o. Fn. 3). An deren Vorbildlichkeit für die römischen Juristen zweifelt RUFNER 29 f.

¹⁹ So allerdings (auf Frank Peters zurückgehend), die deutsche Übersetzung von Behrends/Knütel/ Kupisch/ Seiler [künftig: BKKS] zu D. 12.1.2.1 und § 3. An anderen Stellen haben BKKS jedoch die lateinische Reihenfolge beibehalten.

Auf welche Weise die Vorgänge des Wägens und Messens praktisch durchgeführt wurden, gehört zu den Prolegomina einer antiken Rechtsökonomie. Deren ausführliche Beschreibung ist noch ein Desiderat. Ich muss mich hier auf Andeutungen in den Fußnoten beschränken. Maße und Gewichte²⁰ waren normiert und unterlagen amtlicher Kontrolle. Waagen und Gewichte sind in jedem Antiken-Museum zu sehen. Unter *mensura* sind vor allem Hohlmaße für Getreide²¹ und für Flüssigkeiten (Wein, Öl) zu verstehen²². Seltener sind Längen- oder Flächenmaße, etwa für Seile (Schiffstaue) oder Tuche (Gewebe, Teppiche).

Die mit der Konjunktion «oder» verbundenen Merkmale sind gleichwertig und untereinander austauschbar. Vertretbare Sachen ändern ihre Eigenschaft nicht mit historisch gewandelten²³ oder von Ort zu Ort verschiedenen Handelsgewohnheiten²⁴.

²⁰ Ein nützlicher Überblick bei Guarino (Fn. 13) § 19.6. Eine ausführliche Tabelle römischer Maße und Gewichte in *DNP*. 16, 2003-2016, 445-450.

²¹ Anschauliche Fußbodenmosaiken zeigen das Zumessen von Korn durch einen *mentor* (Kornmesser) durch Glattstreichen des *modius* mit Hilfe eines *rutellum* (Streichbretts); wiedergegeben bei E. Höbenreich, *Annona: Juristische Aspekte der stadtrömischen Lebensmittelversorgung*, 1997, Tafeln 6-8. Ein *modius* umfasste 8,75 Liter, das ist weniger als eine 10 Liter umfassende Gießkanne. Die Übersetzung ins Deutsche als ‚Scheffel‘ war wesentlich umfangreicher: in landschaftlich hochgradiger Verschiedenheit zwischen etwa 20 bis zu unhandlichen über 200 Litern. Siehe [https://de.wikipedia.org/wiki/Scheffel_\(Maßeinheit\)](https://de.wikipedia.org/wiki/Scheffel_(Maßeinheit)) [Aufruf 4.4.2023]. Örtlich unterschiedlich war auch das italienische Äquivalent *moggio*. ‚Scheffel‘ war überdies ein Flächenmaß, nämlich für die Größe eines zur Aussaat eines Scheffels von Saatgut bestimmten Ackers. Wegen des großen Volumens bedeutet das Verb ‚scheffeln‘: etwas in Mengen zusammenraffen. Eine Herleitung von lat. *scafa* (kleines Schiff, Boot) ist etymologisch zweifelhaft. Abbildungen auf römischen Münzen unter [https://de.wikipedia.org/wiki/Modius_\(Einheit\)](https://de.wikipedia.org/wiki/Modius_(Einheit)) <https://es.wikipedia.org/wiki/Fanega>. Auffallenderweise kannten die Römer kein größeres Getreidemaß als den *modius*. Selbst bei den staatlichen Getreide-Importen rechnete man nach Millionen *modii* und nicht nach einer größeren (Gewichts)einheit. Die damalige Reichseinheitlichkeit des *modius* ist andererseits im Vergleich zur großen lokalen Verschiedenheit der Größe eines Scheffels vor der Vereinheitlichung der Maße und Gewichte im Zuge der Französischen Revolution bemerkenswert. *Modius* (abgeleitet von *modus* ‚Maß‘) gehört zu den wenigen Wörtern, die die Griechen aus dem Latein entlehnten. Serapis, der ägyptische Gott der Unterwelt, trägt einen *modius* auf dem Kopf als Symbol für Wohlstand und Fruchtbarkeit der Erde.

²² Dazu die tabellarische Übersicht bei É. Jakab, *Das Risikomanagement beim Weinverkauf*, München 2009, 267. Zum Zumessen von Wein nach den Papyri, den römischen Agrarschriftstellern und den Juristen S. 227 ff. (§ 12).

²³ Getreide und Getreideprodukte werden heute nach Gewicht, nicht nach Mengen gehandelt. Das Abwiegen ist weniger aufwendig als das Einfüllen in und Entleeren aus Messgefäßen. Zum Wiegen auf der Stangenwaage muss das Handelsgut allerdings in Säcken verpackt sein. Und Ledersäcke (*cullei*) waren wertvoll, auch leere Säcke eigneten sich z. B. zur Pfandbestellung, Scaevola D. 13.7.43.1. Sie waren anscheinend nicht überall in ausreichender Anzahl verfügbar, darum wurde Weizen unverpackt in das Schiff des Saufeius hineingeschüttet, D. 19.2.31.

²⁴ Importierte Avocado-Früchte werden bei uns stückweise (also nach Zahl) angeboten. Während meines ersten Aufenthalts auf Teneriffa staunte ich über deren hohen Preis – bis ich erfuhr,

5. Nur vertretbare (oder verbrauchbare: unten II 3) Sachen taugen als Gegenstände für ein Sachdarlehen. Zur Abgrenzung des *mutuum* von anderen Rechtsgeschäften äußert sich der Spätklassiker Iulius Paulus:

D. 12.1.2 (Paulus libro 28. *ad edictum*): Unter dem Ediktstitel *De rebus creditis*²⁵ pr. *Mutuum damus recepturi non eandem speciem quam dedimus (alioquin commodatum erit aut depositum), sed idem genus: nam si aliud genus, veluti ut pro tritico vinum recipiamus, non erit mutuum. 1. Mutui datio consistit in his rebus, quae pondere numero mensura consistunt, quoniam eorum datione possumus in creditum ire, quia (scr. quae) in genere suo functionem recipiunt per solutionem quam specie: nam in ceteris rebus ideo in creditum ire non possumus, quia aliud pro alio invito creditori solvi non potest.*

Ein Darlehen gewähren wir, wenn wir nicht dieselben Stücke zurückerhalten sollen, die wir hingegeben haben (sonst wäre es Leihe oder Verwahrung), sondern Sachen derselben Gattung. Wenn es nämlich eine andere Gattung ist, wenn wir zum Beispiel für Weizen Wein zurückerhalten sollen, ist es kein Darlehen. – § 1: Die Gewährung eines Darlehens geschieht mit solchen Sachen, die nach Zahl, Maß oder Gewicht bestimmt werden, weil wir [nur] durch die Hingabe solcher körperlichen Gegenstände [unter Verlust des Eigentums] zum bloßen Forderungsinhaber werden können, die ihre Tauglichkeit zur Erfüllung aus ihrer Zugehörigkeit zu einer Gattung beziehen, nicht aus ihrer Eigenschaft als einzelne Stücke. Durch Hingabe anderer Sachen können wir nämlich deshalb nicht zum bloßen Forderungsinhaber werden, weil einem Gläubiger nicht gegen seinen Willen anstelle der einen Sache eine andere geleistet werden kann.²⁶

Die Darlehensgewährung grenzt Paulus in diesem theoretischen Traktat von anderen Vertragstypen ab. Ein Darlehensnehmer muss andere als die empfangenen, aber derselben Gattung zugehörige Sachen zurückgeben. Soll der Empfänger hingegen dieselben Sachen wie die erhaltenen zurückgeben, dann ist dies Leihe oder Verwahrung. Sollen aber Sachen anderer Gattung als die erhaltenen zurückgewährt werden (beispielsweise Wein anstelle geleisteten Getreides), dann ist dies Tausch, kein Darlehen. Geeignete Darlehensgegenstände sind solche Sachen, die nach Gewicht, Zahl oder Maß gehandelt werden. Durch deren Übereignung an den Empfänger (*mutuas dando*)²⁷ erlangt der Geber gemäß § 1

dass Avocados dort nach Gewicht (Kilogramm) gehandelt werden. Auf der fruchtbaren Atlantik-Insel kann man Avocados nämlich ausgereift vom Strauch pflücken. In Österreich werden zuweilen auch Hühnereier pro Kilogramm angeboten.

²⁵ Dazu vor allem B.-H. Jung, *Darlehensvaluierung im römischen Recht*, Göttingen 2002, 52 ff. mit reichen Literaturangaben.

²⁶ Diese etwas freie und leicht kommentierte Übersetzung ist entnommen aus BKKS (o. Fn. 19).

²⁷ Als Realvertrag kommt das Darlehen mit der Übereignung des Gegenstandes zustande.

eine Forderung auf Rückgewähr von Sachen gleicher Gattung. Die von Paulus zweimal gebrauchte charakteristische Wendung *in creditum iri* bedeutet «eine Forderung eingehen, in ein Guthaben umwandeln», «sich als Eigentümer zum Gläubiger degradieren»²⁸. Die am Schluss angeführte Begründung passt hingegen nicht zum Vordersatz. Eine *datio in solutum* kann zwar dem Gläubiger nicht aufgedrängt werden. Aufgedrängt wird ihm eine Sache anderer Art aber nicht, wenn er (wie dem Zusammenhang nach vorausgesetzt) von vornherein mit ihr einverstanden ist²⁹.

II. Verbrauchbare Sachen (*coese consumabili*)

1. Während die römischen Juristen (wie gezeigt) noch keinen gemeinsamen Oberbegriff für vertretbare Sachen kannten, begegnet in den Quellen doch eine Definition für verbrauchbare Sachen, nämlich *res quae usu consumuntur*. Verglichen mit den vielen Quellen zu *pondere numero mensura* (o. Fn. 16) ist die Wendung allerdings selten³⁰. An konkreten Beispielen erwähnen 6 Stellen die Nahrungstria *vinum oleum frumentum*³¹, gleichfalls stereotyp in dieser Reihenfolge³². Außer Lebensmitteln sind verbrauchbar aber auch Mittel für die Körperpflege, Viehfutter, Heizmaterialien, gewisse Baustoffe wie Sand u. dgl.

²⁸ Die Wendung begegnet auch in D. 19.2.31 und D. 36.1.67.4; vgl. A. Bürge, *Der Witz im antiken Seefrachtvertrag. Beobachtungen zur Vertragspraxis im antiken Mittelmeerraum*, in *Index* 22, 1994, 405 Fn. 31. Das Zustandekommen eines Darlehens ist damit nicht notwendig gemeint. Auch eine Rückforderung aus ungerechtfertigter Bereicherung käme in Betracht. Vgl. Marcian D. 19.5.25 i. f.: ... *quod autem indebitum datur, aut ipsum repeti debet aut tantundem ex eodem genere...* Wurde Nichtgeschuldetes geleistet, so ist entweder dasselbe zurückzufordern oder ebenso viel aus derselben Gattung. Ein Darlehen verlangt zudem einen diesbezüglichen Konsens. BKKS (o. Fn. 19, Rubrum D. 12.1) übersetzen *creditum* mit «anvertrauen». Nach D. 12.1.2.3 ist *creditum* der weitere Begriff. Oft ist er aber gleichbedeutend mit Darlehen, *mutuum*. Einen Klärungsversuch unternimmt Rüfner (o. Fn. 3) 36.

²⁹ Am Bezug des letzten Satzes auf die *datio in solutum* zweifelt mit ausführlicher Begründung Rüfner 38-42.

³⁰ Einmal kurz bei Ulpian D. 13.6.3.6; dann im Rubrum D. 7.5. Ausführlicher Inst. 2.4.2.

³¹ Viermal Gaius *inst.* 2.196 und 3.90, D. 13.3.4 und D. 28.8.6. Ferner Javolen D. 33.6.7 pr. und Inst. 2.4.2. Neben der Lebensmitteltrias erwähnt Gaius 3.90 aber auch die drei Metalle *aes argentum aurum*, und zwar beide Kategorien als fungible Sachen.

³² Getreide als wichtigstes Grundnahrungsmittel wäre an erster Stelle zu erwarten. Getreidedarlehen sind die häufigsten Beispiele in den Quellen. *Triticum* steht an erster Stelle aber nur im Rubrum zu D. 33.6. Als Gegenstand von Vermächtnissen wird in diesem Digestentitel mit Abstand am häufigsten Wein genannt, nämlich in 22 Paragraphen, Getreide und Öl hingegen nur je zweimal. Fleisch wird in der Nahrungstria nicht erwähnt; *caro, carnis* ist in den Quellen selten. Große Qualitätsunterschiede bestanden beim lebenswichtigen (aber in den Rechtsquellen kaum behandelten) Salz.

2. Eine einzige späte Quelle rechnet auch Kleider (*vestimenta*) zu den verbrauchbaren Sachen (Justinians Inst. 2.4.2)³³. Das ist unzutreffend. Zur Begründung heißt es in Lehrbüchern, dass Kleider durch ihre Benutzung abgenutzt werden. In der Abnutzung besteht jedoch nicht ihr bestimmungsgemäßer Gebrauch³⁴; die Abnutzung ist nur eine unerwünschte Begleiterscheinung ihres Gebrauchs^{35,36}.

3. Verbrauchbare Sachen bilden eine Unterkategorie der vertretbaren. Wohl alle verbrauchbaren Sachen sind auch fungibel. Bei Sachdarlehen bilden sol-

³³ Beeinflusst vielleicht durch das Rubrum zum Titel D. 7.5; er handelt vom Nießbrauch an Sachen, *quae usu consumuntur vel minuuntur*. In Ulpian D. 34.2.22 bedeutet *consummatum* hingegen «fertig gewebt». Das mehrere Fachausdrücke der Weberei enthaltende Fragment ist ohne Übersetzung kaum zu verstehen.

³⁴ vgl. § 92 BGB, Bestimmungsmäßig gebrauchen‘ heißt nach Ulpian D. 7.1.15.1 *secundum condicionem eius uti*. Nach zutreffender Bemerkung von Guarino (o. Fn. 13) Fn. zu § 19.5 sind cose consumabili «quelle la cui utilizzazione, secondo la loro destinazione normale, si esaurisce in una volta sola». Cose deteriorabili bilden nach Guarino eine mittlere Kategorie.

³⁵ Durch Abnutzung werden im Laufe der Zeit viele Gebrauchsgegenstände in ihrem Wert vermindert, auch Teppiche, Möbel. Übertrieben behauptete Windscheid, *Pandekten I* § 140 Fn. 2, Kleider würden durch Gebrauch zwar «nicht aufgebraucht, aber allmählich in Lumpen verwandelt». Ein Nießbraucher darf nach Ulpian D. 7.1.15.4 von Kleidern keinen bestimmungswidrigen Gebrauch machen (*ne abutatur*). Besonders haltbar, ja Generationen-übergreifend ist Lederkleidung (wie Sklaven sie trugen); vgl. die Lederhosen-Saga von B. von Münchhausen, <https://www.peter-becker.de/index.htm>. «Abnutzbare Sachen» bilden entgegen Windscheid keine juristische Kategorie. In zeitraubender Handarbeit gefertigte Kleidungsstücke waren in der Antike (auch wenn schon getragen) wertvoll. (Nur einmalig zu verwendende Wegwerf-Unterwäsche gab es nicht). Nach den Körpermaßen ihres Trägers angefertigte Kleidungsstücke sind auch keine vertretbaren Sachen. Kleider kann man nur entleihen, aber nicht als Darlehen (mit der Pflicht zur Rückübereignung gleichartiger Stücke) aufnehmen. An Wolle kann man nach Ulpian D. 7.5.11 keinen Nießbrauch bestellen, ebensowenig wie an Parfüm oder Gewürzen. Die von Ulpian nicht erwähnte Begründung ist im Fehlen einer fruchttragenden Muttersache zu sehen. Nießbrauch gibt es an Schafen. (Bei an verbrauchbaren Sachen zu bestellendem Nießbrauch erwirbt der Begünstigte gemäß § 1067 BGB daran Eigentum, mit der Pflicht zur Erstattung ihres Anfangswertes bei Nießbrauchsende). Die Verarbeitung von Wolle zu Kleidungsstücken ist wertsteigernd, nicht-mindernd. Dasselbe gilt von Baustoffen (Lehm, Sand, Zement): Solche Rohstoffe sind vertretbare Sachen, aber die daraus hergestellten Produkte sind nicht verbrauchbar (anders das Mahlen von Getreide, das Keltern von Weintrauben). Ob man Brot zum Darlehen geben könne, wurde von Accursius merkwürdigerweise bezweifelt, siehe Rüfner (Fn. 3) 77 f.

³⁶ Der gemäß § 474 BGB amtlich sogenannte «Verbrauchsgüterkauf» ist kein Verkauf von verbrauchbaren Sachen, sondern von beweglichen (auch nichtverbrauchbaren) Sachen durch einen Unternehmer an einen Endabnehmer, den sogenannten Verbraucher. «Verbraucher» heißt ein Kunde auch, wenn er die Sache mit ihrem Gebrauch nicht aufbraucht. Treffender wäre die Bezeichnung «Gebrauchsgüterkauf»; darunter fallen auch Verbrauchsgüter, denn im Verbrauch von dazu bestimmten Sachen liegt deren Gebrauch (§ 92 BGB).

che über verbrauchbare Sachen im praktischen Leben die große Mehrzahl. Im Widerspruch dazu sprechen neuere Gesetze überwiegend von vertretbaren (so § 607 BGB), selten von verbrauchbaren Sachen. Im letzteren Sinne ist gemäß Art. 1892 des Code civil tauglicher Darlehensgegenstand «une certaine quantité de choses qui se consomme par l'usage», also *res quae usu consumuntur*. Dementsprechend lautet die Kapitelüberschrift ausdrücklich «Du prêt de consommation». Italiens Codice civile von 1942 spricht hingegen in Art. 1813 (abweichend vom älteren Codice per il Regno d'Italia, Art. 1892) beim *mutuo* von *cose fungibili*. Auch wo wie in Österreich das Gesetz von verbrauchbaren Sachen spricht (so bis zum Jahre 2010 § 983 ABGB), interpretierte man dies erweiternd im Sinne von vertretbaren Sachen³⁷.

Die Suche nach unverbrauchbaren vertretbaren Sachen fällt jedoch schwer. Auf dieser Suche stößt man letztlich auf standardisierte Mehrweg-Verpackungen und auf Paletten für den Transport von schwergewichtigen Baumaterialien³⁸. Getränkeflaschen und Transportpaletten sind gewiss vertretbare, nicht aber verbrauchbare Sachen. Der Käufer erlegt einen Geldbetrag als «Pfand» (eine Barkaution) für die Rückgabe. Er schließt aber nicht zusätzlich zum Kauf einen Darlehensvertrag über die zurückzugebenden Behälter ab. Es handelt sich nicht um einen gemischten Vertrag, nicht um eine Kombination aus zwei Vertragstypen. Die Rückgabe ist unselbständige Nebenpflicht von einem anonymen Massengeschäft, bei dem die Parteien nicht als Darlehensgläubiger und -schuldner einander gegenüberreten. Vor allem muss der Käufer nicht seine Kreditwürdigkeit dartun. Der Käufer betrachtet sich auch nicht als Eigentümer der für ihn nutzlos gewordenen leeren Flaschen oder Paletten. Behält sich eine Brauerei durch Vermerk auf den Bierkästen ihr Eigentum daran vor, kommt nur eine Gebrauchsleihe, kein Darlehen in Betracht.

Antike Amphoren als Behälter für Wein und Öl waren zumeist Einweg-Gefäße. Nach ihrer Leerung wurden sie vermutlich nicht in die Produktionsstätten zurückgebracht, wie aus der Existenz des Monte Testaccio zu schließen ist: Zu diesem 35 m hohen Schuttkegel mit einem Umfang von 1000 m wurden die Bruchstücke aus den nahen Hafens- und Speicheranlagen in der Nähe des Tiber (überwiegend aus der Zeit von 140 bis 250 n. Chr.) aufgeschüttet. Noch brauch-

³⁷ Eine ausführliche rechtsvergleichende Darstellung bringt J. Kranjc, *Der Darlehensgegenstand in der europäischen Tradition: vertretbare oder verbrauchbare Sachen?*, in *Orbis Iuris Romani* 10, 2005, 103-126, zu Österreich 123 f. Seit 2010 spricht § 983 ABGB aber ebenfalls von vertretbaren Sachen. Im Gemeinen Recht wurden vertretbare und verbrauchbare Sachen oft nicht unterschieden, s. Rüfner (o. Fn. 3) 103.

³⁸ Ausführlich erörtert von K. B. Berger, in *Münchener Kommentar zum BGB* IV (7. Aufl. 2016) § 607 RandNr. 10-16.

bare verwendete man zum zweiten Male öfters nicht als Gefäße, sondern als Hohlkörper für den Auftrieb von Flößen, oder man vermauerte sie in Gewölben³⁹.

III. *Gattungsschulden und Stückschulden*

1. Die Bestimmung als Gattungsschuld hängt nicht von der Verkehrsanschauung, sondern von der Parteivereinbarung ab. Das BGB regelt die Gattungsschuld folgerichtig nicht im Allgemeinen Teil (erstes Buch, § 91), sondern im Allgemeinen Schuldrecht (zweites Buch, § 279, seit 2001 im Wortlaut unverändert in § 243)⁴⁰. Gattungsschulden enthalten zwar zumeist vertretbare Sachen. Gattungsmäßig können aber auch nichtvertretbare Sachen geschuldet sein, Beispiele: Ein Kunstmaler verspricht zehn zu schaffende Gemälde dem Inhaber eines Hotels zur Ausschmückung seiner Gästezimmer oder einer Arztpraxis zur Verschönerung ihrer Räumlichkeiten. Oder ein Autohändler kauft 10 gebrauchte Kraftwagen für den Export. Im Italienischen unterscheidet man cose generiche von obbligazioni generiche⁴¹. Das Wort Gattung bedeutet «Zusammengehöriges», vgl. Ehegatte.

2. Im gemeinen Pandektenrecht unterschied man Genussschulden von Speziessschulden. Der Ausdruck *species* ist jedoch nicht eindeutig und darum zu vermeiden. Die Grundbedeutung des vielfältig schillernden Wortes ist Anblick, Aussehen (von *spectare*), Gestalt, Form; daher *speciosus* ansehnlich, wohlgestaltet. Auch in den Rechtsquellen bedeutet *species* aber auch Art, Unterart einer Gattung⁴², also das Gegenteil zum Einzelstück. Diese Bedeutung lebt in den romanischen Sprachen fort⁴³. Im Sinne von «Gattung» verwenden die dortigen Kodifikationen die Wörter espèce, specie, especie sogar bei der Definition des Darlehens⁴⁴. Seit Carl von Linnés Klassifikation von Pflanzen und Tieren un-

³⁹ Art. *Mons Testaceus*, DNP. 8, 2000, 385; Art. *Transportamphoren*, DNP. 12/1, 2003, 756-759, (757).

⁴⁰ Rechtsvergleichend H. Bätge, Art. *Gattungsschuld*, in F. Schlegelberger (hrsg.), *Rechtsvergleichendes Handwörterbuch* III, 1931, 622-634. Die Entwicklung zum modernen Recht erörtert ausführlich F. Dorn, in *HKK* (o. Fn. 4) II 1, 2007, § 243 S. 365-431.

⁴¹ Guarino (o. Fn. 13) § 19.6 und § 66.3.3.

⁴² Im Verhältnis zu versprochenem «Purpur» ist «*purpura* aus *Tyros*» eine *species* und diese wiederum eine Untergattung; Gaius 4.53d.

⁴³ Bätge (Fn. 40) 623, 625.

⁴⁴ Fr. Code civil Art. 1892; it. Codice civile Art. 813, ebenso Schweizer OR Art. 312 in französischer und italienischer Fassung; span. Código civil Art. 1753. Alle abgedruckt bei Kranjc (o. Fn. 37) 106 ff.

terscheidet man Gattungen von *species* als Unterarten, Subspecies. Nur manchmal bezeichnet *species* in den Rechtsquellen das Einzelstück (im Gegensatz zu *genus*)⁴⁵, aber auch den Einzelfall⁴⁶. Je nach dem Zusammenhang bedeutet *species* also Grundverschiedenes, einerseits Stück, andererseits das Gegenteil Art, Gattung⁴⁷. Schillernd ist auch die Bedeutung von *genus* (eigentlich Geschlecht, Abstammung). Gleichbedeutende Parallelwörter kennt das Lateinische nicht. *Series* ist die Reihenfolge⁴⁸.

3. Für «Stück» gibt es im Lateinischen außer *species* offenbar kein anderes Wort. Oft wird es in Texten weggelassen⁴⁹. *Fragmentum* ist das Bruchstück⁵⁰. *Segmentum* kommt in den Rechtsquellen nicht vor. ‚Stück‘ bedeutet etwas von einem Ganzen Abgeschnittenes (z. B. Tortenstück, Brotschnitte). Gebäckstücke nennt man mancherorts «Teilchen». Auch wenn nicht mit Messer oder Schere abgeschnitten, spricht man vom «Abschnitt» i. S. des Kapitels eines Buches oder von einem Stück des Weges (einer Wegstrecke), aber auch von einem Theaterstück⁵¹. Ital. ‚pezzo‘ soll keltischen Ursprungs sein. Frz. ‚morceau‘ bedeutet eigentlich Bissen (von lat. *mordere*, beißen); dem entspricht der deutsche Diminutiv «ein bisschen».

4. In einer Truhe verschlossene Gelder folgen nach einhelliger Juristenansicht bis ins Detail den Regeln über die Stückschuld. Gleiches gilt etwa für eine Schiffsladung. Das Behältnis ist (samt seinem eventuell wechselnden Inhalt) das geschul-

⁴⁵ Besonders in der Parömie *Species perit ei cui debetur – genus perire non censetur*. Liebs, *Lateinische Rechtsregeln* Nr. S 56. Kaser, Knütel, Lohsse, *Römisches Privatrecht*, 22. Aufl. 2021, § 52 RandNr. 20.

⁴⁶ *Species* als «Rechtsfall» zum Beispiel in Marcellus D. 46.3.72.5 (unten IV 3).

⁴⁷ Das Verb ‚spezifizieren‘ bedeutet: etwas genauer bestimmen. Ein Beispiel für den in § 375 HGB geregelten Spezifikationskauf: Ein Baustoffhändler kauft von einer Nagelschmiede eine bestimmte Menge von Nägeln oder Schrauben und behält sich einstweilen deren später zu bestimmenden Maße vor.

⁴⁸ Zweimal bei Ulpian D. 37.11.2.4 und D. 50.15.1 pr.; ansonsten über 35 mal in nachklassischen Quellen.

⁴⁹ Ein Stück Fleisch *caro*; ein Stück Holz *lignum*; ein Stück Eisen *ferrum*; zahlreiche weitere Beispiele in H. Menge, O. Güthling, *Langenscheidts Großwörterbuch Deutsch-Lateinisch* s. v. Stück.

⁵⁰ Nur einmal in D. 8.5.8.5 (herabfallende Steine aus einem Steinbruch). Fragmente heißen überdies Auszüge aus Quellen, wie die *Fragmenta Vaticana*.

⁵¹ C. Zuckmayer gab seiner Autobiographie den Titel «Als wär’s ein Stück von mir» (1966), zurückgehend auf eine Zeile aus Ludwig Uhlands Gedicht «Der gute Kamerad». Der Titel von Zuckmayers Memoiren ist ein elegantes Wortspiel mit der Zweideutigkeit des Wortes «Stück»: einerseits als Körperteil, andererseits als literarisches Produkt.

dete Stück⁵². Wenn der gesamte Vorrat geschuldet wird, ist dies keine Vorratsschuld oder beschränkte Gattungsschuld. Wo keine Möglichkeit zur Auswahl besteht, haben wir es nicht mit einer Gattungsschuld zu tun⁵³. Ersteigert man einen bestimmten Stapel Brennholz, so erlangt man ebenfalls eine Stückschuld. Auch die Rückleistungspflicht eines um eine Sache ungerechtfertigt Bereicherten ist (zunächst) eine Stückschuld, selbst wenn diese Sache eine vertretbare ist⁵⁴. Unter das Edikt ‚*Si certum petetur*‘ fällt nach Paulus D. 12.1.6 auch eine mengenmäßig bestimmte Gattungsschuld.

5. Die Parömie *Tot stipulationes quot res* passt nur auf gebündelte Stückschulden⁵⁵. Ist die Leistung von einer der versprochenen Sachen tatsächlich oder rechtlich unmöglich, oder ist eine davon ungültig versprochen, so ist das Versprechen insoweit nichtig, der Rest aber bleibt gültig. Entsprechend zu reduzieren ist der Anspruch auf die Gegenleistung. Bei gattungsmäßig bestimmten Sachen (etwa 100 zu schlagenden Baumstämmen) wäre es jedoch sinnlos, ebenso viele Stipulationen anzunehmen (obwohl jeder einzelne Stamm mit einer durchlaufenden Zählernummer gekennzeichnet und dadurch individualisierbar ist).

6. Kein Gattungskauf ist der Kauf eines Sachinbegriffs «in Bausch und Bogen» (etwa einer Erbschaft, eines Warenlagers). Die darin befindlichen disparaten Sachen bilden keine Gattung. Zum Begriff der Gattung gehört die Gleichartig-

⁵² A. Wacke, *Pecunia in arca*, in *OIR*. 8, 2003, 98; italienische Übersetzung von Francesca Lamberti als Monographie unter gleichlautendem Titel, *Pecunia in arca*, Lecce 2002, 36 ff., 68 Fn. 125. Ulpian D. 30.30.6: ... *si legetur pecunia quae in arca est vel vinum quod in apothecis est, dicendum est cessare clausulam (sc. ut annua bima trima die dato), quoniam quotiens species legetur, cessare diximus*. [Wenn in einer Truhe befindliche Gelder oder in Kellern lagernder Wein vermacht wurde, ist zu sagen dass die Klausel (sc. der Zahlung in drei Jahresraten) nicht in Betracht kommt, weil sie – wie wir sagten – ausscheidet, sobald bestimmte Stücke vermacht sind.]

⁵³ So beurteilte das Reichsgericht das Versprechen der «ersten 30 Tonnen» von aus einer bestimmten Grube geförderten Erzen nicht als Gattungsschuld, *RGZ*. 92, 369. Dasselbe gilt für das gesamte Korn aus der Ernte eines Landguts: Bätge (Fn. 40) 625.

⁵⁴ Vgl. Marcian D. 19.5.25 i. f.: ...*quod autem indebitum datur, aut ipsum repeti debet aut tantundem ex eodem genere*... (Im Zusammenhang mit dem Ersatz für nichtgeschuldete Arbeitsleistungen). «Wurde Nichtgeschuldetes geleistet, so ist entweder dasselbe zurückzufordern oder ebenso viel aus derselben Gattung». Bei Unmöglichkeit der Herausgabe ist der Bereicherte gemäß § 818 Abs. 2 BGB zum Wertersatz verpflichtet. Muss er danach stets Geld leisten? Nein: Solange er (bei Gattungsschulden) *tantundem ex eodem genere* in natura leisten kann, ist die Herausgabe für ihn nicht unmöglich.

⁵⁵ Ulpian D. 45.1.1.5 für zwei namentlich benannte Sklaven. Kaser, Knütel, Lohsse (o. Fn. 45) § 19.4 und § 50.13. A. Wacke, *D. 50.17.45 pr.: Eine klassische Regel über den Erwerb von eigenen Sachen*, *IVRA*. 70, 2022, 377 f.

keit⁵⁶. Gehören einzelne Gegenstände nicht zu dem Sachinbegriff oder gehen sie unter, so darf der Käufer den zu zahlenden Preis nicht mindern (vgl. § 2380 BGB).

7. Tiere sind keine vertretbaren Sachen (vgl. § 90a BGB). Massenhaft gefangene kleine Fische (Sardinen, Heringe), die tonnenweise gehandelt werden, sind vertretbar und verzehrbar. Werden Herdentiere mit der Abrede überstellt, dass bei Vertragsende Tiere von gleicher Anzahl zurückzugeben sind, auch wenn einige der überstellten nicht mehr leben sollten, so ist dies ein noch im Schweizerischen Obligationenrecht Artt. 302-304 geregelter Eisern-Vieh-Vertrag⁵⁷.

8. Einzigartig und unvertretbar ist ein sogenanntes (meist nur digital existierendes) Non-Fungible-Token («NFT»)⁵⁸.

IV. Zur Auswahl eines generaliter geschuldeten Sklaven

1. Bei den bisherigen Untersuchungen über Gattungsschulden im römischen Recht stand das Problem des Gefahrübergangs durch deren Konkretisierung im Vordergrund⁵⁹. Abhandlungen über deren Qualitätsanforderungen blieben die Ausnahme⁶⁰. Nach verbreiteter Ansicht konnte ein Gattungsschuldner, falls nichts anderes vereinbart war, mit dem schlechtesten Stück aus der Gattung erfüllen (u. Fn. 88). Die für diese Ansicht sprechenden Quellen sind jedoch nicht zahlreich⁶¹. Dem widersprechen insbesondere Aussagen über Gattungsvermächtnisse, über deren Inhalt Erbe und Legatar keine Vereinbarung getroffen

⁵⁶ An einer Sachgesamtheit kann man aber z. B. einen Nießbrauch oder ein Pfandrecht bestellen: A. Daubermann, *Die Sachgesamtheit als Gegenstand des klassischen römischen Rechts*, Frankfurt 1993; rezensiert von Chr. Baldus, *SCDR*. Supl. 1992/1993, 1994, 55-69.

⁵⁷ N. Grass, Art. *Viehverstellung*, in *HRG*. V, 1993, 912 f. Italienisch ‚soccida‘.

⁵⁸ Ein kryptografisch eindeutiger, unteilbarer, unersetzbarer und überprüfbarer Gegenstand; siehe Wikipedia Non-Fungible-Token.

⁵⁹ Eine Gattungsschuld konkretisiert sich zur Stückschuld, sobald der Schuldner das zur Leistung seinerseits Erforderliche getan hat (§ 243 Abs. 2 BGB), wenn er also eine Sache aus einem Vorrat ausgesondert und zur Abholung bereitgestellt oder sie (bei Schickschulden) an den Gläubiger abgesandt hat.

⁶⁰ Etwa P. Beretta, *Qualitas e bonitas nell'obbligazione di genere*, *SDHI*. 9, 1943, 202 ff. Dort insbesondere die Quellen zu *qualitas*. Beretta erklärte allerdings die Zusicherung «besten» afrikanischen Weizens in D. 45.1.74 und 45.1.75.2 für interpoliert (so sein Ergebnis S. 223). Dieser einzelten Ansicht ist nicht zuzustimmen. Weitere Literatur bei Kaser (o. Fn. 12) 495 f.; Guarino (o. Fn. 13) Fn. zu § 66.3.3 und im Folgenden. *Qualitas* bezieht sich auch auf das Vermögen, die Kreditwürdigkeit einer Person (*qualitas personae*).

⁶¹ Javolen D. 17.1.52 Satz 1 (unten VI); Paulus D. 33.6.4 Satz 2 (unten V 2).

haben. Vermachte ein Testator «einen Sklaven» aus seinem Gesinde ohne nähere Angabe, so fragt sich, welcher gewählt werden konnte. Die hierzu überlieferten drei Fragmente enthalten praktische Beispiele und bilden (wie sich zeigen wird) eine sich sinnvoll steigernde Sequenz.

Sklaven werden gehandelt (etwa wie Pferde), sie sind aber keine vertretbaren Sachen⁶². Sklaven gelten nicht als verkäufliche Waren (*merx*); Sklavenhändler heißen darum nicht *mercatores*, sondern *mangones* oder (technisch) *venaliciarii*.⁶³ Auf den Sklavenmärkten wurden sie in der Regel einzeln versteigert. Obwohl nicht «fungibel», wurden doch den Quellen zufolge zuweilen pauschal zehnte, ja sogar einhundert Sklaven geschuldet⁶⁴. Das sind dann Gattungsschulden. Wird jemand mit dem Vermächtnis «eines Sklaven» bedacht, dann soll ihm dieser in der Regel aus dem Erbschaftsvermögen zugewendet werden, damit der Begünstigte weiterhin mit einer Dienstperson versorgt ist. Das ist dann eine begrenzte Gattungsschuld.

Je nach ihrer Herkunft, ihrem Lebensalter, ihren Fähigkeiten unterlagen Sklaven unterschiedlicher Wertschätzung, und danach richteten sich ihre Verkaufspreise⁶⁵. Wurde «ein Sklave» *generaliter*, also ohne Namensnennung (*sine proprio nomine*) aus Vermächtnis oder Stipulation geschuldet⁶⁶, so fragt sich, welche Eigenschaften der vom Schuldner zu leistende Sklave haben musste oder nicht haben durfte, um erfüllungstauglich zu sein. Die drei folgenden, einander teilweise zu widersprechen scheinenden Digestenstellen sind bei wohlwollender Interpretation weitgehend miteinander zu vereinbaren.

⁶² Wenn Savigny einmal die römischen Juristen als «fungible Personen» bezeichnete, meinte er mit dieser provozierenden, aber nicht abwegigen Charakterisierung, dass sich ihre Methoden der Entscheidungsfindung unter einander nicht wesentlich unterscheiden.

⁶³ Mela-Afrikan D. 50.16.207; Jakab, *Praedicere* (o. Fn. 14) 16-21; Á. d'Ors, *Las Quaestiones de Africano*, Roma 1997, 95 f.

⁶⁴ D. 46.3.29 (medio): *decem homines*; D. 45.1.117: *centum homines, quos ego heresve meus eligerem*; Knütel, *Studi Sanfilippo* III 376 f.

⁶⁵ Ulpian D. 50.15.4.5; Jakab (Fn. 63) 7 ff. Oft beruhen solche Einschätzungen auf Vorurteilen; reiche Hinweise im Stichwortregister vom Handwörterbuch der antiken Sklaverei [HAS] III (2017) Sp. 3767 f. sub «Sklaven, Vorurteile» und «Sklaven, Wert». Ein *pretiosissimus homo* begegnet in Gaius 4.14, ein *homo magni pretii* in Inst. 4.6.19. Einen *homo vilissimus* erwähnen Gaius 4.53d und Paulus D. 9.4.17. Kriterien für die Wertschätzung werden im allgemeinen nicht genannt. Unterschiedliche Wertschätzungen von Sklaven erwähnt Ulpian D. 47.10.15.44 bezüglich des vom Prätor bei der Erteilung der Injurienklage auszuübenden Ermessens. Kranke und behinderte Sklaven waren verständlicherweise billiger. Eine *pluris petitio* begeht nach Gaius 4.53d auch, wer aus einer Gattungs- oder Wahlschuld mit Wahlrecht des Schuldners vorgegriffen einen bestimmten Gegenstand einklagt, mag dieser auch der billigste sein, etwa der Stichus aus einer *generaliter* eingegangenen Verpflichtung. Preise für Sklaven bestimmter Güte setzt Justinian C. 6.43.3 pr. fest.

⁶⁶ Eine *obligatio incerta* nach Ulpian D. 45.1.75.1.

2. Der älteste Beleg geht zurück auf Gaius Cassius Longinus, den Mitbegründer der nach Sabinus benannten Rechtsschule. Er plädierte zwecks Vollzugs des *SC Silanianum* in einer Senatsrede vom Jahre 61 n. Chr. für die Tötung aller Sklaven des ermordeten Stadtpräfekten Lucius Pedanius Secundus; um 69 n. Chr. ist er gestorben. Ulpian zitiert Cassius im folgenden Text, dessen Quintessenz ich als Überschrift meiner Abhandlung voranstellte.

D. 30.37 pr. (Ulpianus libro 21. *ad Sabinum*):
Legato generaliter relicto, veluti hominis, Gaius Cassius scribit id esse observandum, ne optimus vel pessimus accipiatur. Quae sententia rescripto imperatoris nostri et divi Severi iuvatur, qui rescripserunt homine legato actorem non posse eligi.

Wurde ein Vermächtnis unter allgemeiner Bezeichnung hinterlassen, zum Beispiel «ein Sklave», so ist, wie Gaius Cassius schreibt, zu beachten, dass darunter weder der beste noch der schlechteste zu verstehen ist. Diese Ansicht wird gestützt durch ein Antwortschreiben unseres Kaisers (Antoninus Caracalla) zusammen mit dem vergöttlichten Septimius Severus, worin sie zum Bescheid gaben, beim Vermächtnis «eines Sklaven» könne nicht der Verwalter gewählt werden.

Ne optimus vel pessimus ist die einzige Formulierung dieser Art. *Accipiatur* heißt: «als Wille des Testators ist anzunehmen»⁶⁷. Die Alternative richtet sich je nachdem, welcher Person das Auswahlrecht zusteht: Der Legatar darf nicht den besten, der (normalerweise wahlberechtigte) Erbe nicht den schlechtesten auswählen⁶⁸. Letzteres wird bestätigt durch Julian-Afrikan D. 30.110: *heredem in hoc teneri, ut non pessimum det* (siehe sogleich 4). Aber auch der beste Sklave gebührt dem Bedachten nicht. Dies bekräftigten die Kaiser Septimius Severus und Caracalla (zwischen 198 und 211 n. Chr.) auf Anfrage im praktischen Falle des vom Bedachten gewünschten *servus actor*, den ihm der Erbe nicht gewähren wollte.

Der mehrdeutige Ausdruck *actor* ist auslegungsbedürftig. In Betracht kommt hier ein Vermögensverwalter oder ein Gutsverwalter. Ein Übersetzer der Quelle sollte sich nicht festlegen, denn Übersetzung und Auslegung sind zu unterscheiden⁶⁹. ‚Bester Sklave‘ (*optimus*) war der Vermögensverwalter; ihm war der Auf-

⁶⁷ Nicht etwa ist gemeint, der Bedachte dürfe weder den besten noch den schlechtesten entgegennehmen; so freilich B. Biondi, *Successione testamentaria*, Milano 1952, 436. Biondi erklärte den Satz für sinnwidrig. Den besten zu bekommen, könne dem Bedachten doch nur recht sein. Diese Deutung verstößt gegen das Gebot der wohlwollenden Interpretation.

⁶⁸ Ein etwa wahlberechtigter Legatar wird für sich gewiss nicht den schlechtesten wählen; deswegen ist der zweite Fall (*vel pessimus*) entgegen Guarino (o. Fn. 13) jedoch nicht «sbagliato». Nach Guarino Fn. zu § 66.3.3 sei der 2. Fall interpoliert; er streicht *vel pessimus*. Diese Variante bezieht sich jedoch auf den eventuell wahlberechtigten Erben.

⁶⁹ Zur Problematik des «interpretierenden Übersetzens» Knütel, in M. Armgardt, F. Klinck, I. Reichard (eds.), *Liber amicorum Christoph Krampe*, Berlin 2013, 215-229. Dazu kritisch A.

seher eines Landguts in der Hierarchie des Gesindes untergeordnet. Das kaiserliche Reskript wird deshalb einem Vermögensverwalter (Buchhalter, Kassenwart) gegolten haben⁷⁰. «Lo schiavo messo a capo dell'amministrazione» nennt ihn zutreffend Guarino (o. Fn. 60)⁷¹. Als Führer des Hausbuches (des *codex accepti et depensi*) stand er in der Rangordnung des Dienstpersonals an der Spitze und genoss eine ausgesprochene Vertrauensstellung. Könnte er ausgewählt werden, würde das häusliche Rechnungswesen zusammenbrechen, bis eine Ersatzperson für ihn gefunden ist und diese sich eingearbeitet hat. Daran kann der Testator nicht gedacht haben. Gedacht war an einen solchen Sklaven, den der Erbe ohne Einbuße entbehren kann.

3. Mit einem Sklaven, dessen Besitz dem Empfänger wieder entzogen werden kann, kann der Gattungsschuldner nicht erfüllen. Einen schlecht beleumundeten Sklaven kann der Gläubiger andererseits nicht zurückweisen:

D. 46.3.72.5 (Marcellus libro 20. *digestorum*):

Qui hominem debebat, Stichum, cui libertas ex causa fideicommissi praestanda est, solvit: non videtur liberatus: nam vel minus hic servum dedit quam ille, qui servum dedit nondum noxa solutum. num ergo et si vispellionem aut alias turpem dederit hominem, idem sit? et sane ‚datum‘ negare non possumus, et differt haec species a prioribus: habet enim servum, qui ei auferri non possit.

Wer die Übereignung «eines Sklaven» schuldete, leistete den Stichus, der aufgrund eines Fideikommisses freizulassen war. Damit ist er nicht als befreit anzusehen. Er leistete nämlich sogar weniger als derjenige, der einen von der Deliktshaftung nicht befreiten Sklaven hingab. Gilt dann dasselbe auch, wenn er einen Totengräber oder einen anderen schlecht beleumundeten Sklaven leistete? Freilich können wir nicht leugnen, dass («ein Sklave») geleistet wurde, und dieser Fall unterscheidet sich von den erstgenannten; denn er bekam einen Sklaven, der ihm nicht weggenommen werden kann.

Wacke, *Vitae parallelae: An Rolf Knütels Seite von Hamburg ins Rheinland*, in *In Memoriam Rolf Knütel*, Bonn 2022, 26 ff., 28 f. Der Übersetzer eines kompletten Digestentitels kann für eine einzelne Passage nicht soviel Zeit aufwenden wie der Verfasser einer Exegese. Beim interpretierenden Übersetzen läuft man Gefahr sich zu irren, mit möglicherweise fatalen Konsequenzen für das allgemeine Verständnis einer Quelle nach der als authentisch angesehenen Übersetzung. Im Zweifel sollte sich ein Übersetzer daher besser nicht festlegen.

⁷⁰ Vom *servus actor* handeln über ein Duzend Rechtsquellen. *Actor* heißt er wohl deswegen, weil er auch Forderungen einzutreiben hat. Vgl. *coactor* in D. 40.7.40.8.

⁷¹ Als «Gutsverwalter» übersetzt ihn hingegen Knütel in der deutschen Übersetzung des *Corpus Iuris Civilis* von 2012. Der Verwalter eines Landguts hieß *vilicus*. Von ihm handeln 17 Quellen. Der *vilicus* hatte von früh bis spät die Arbeiten der Sklaven zu beaufsichtigen und durfte sich vom Landgut nicht entfernen. Aufschlussreich D. Flach, *Römische Agrargeschichte*, München 1990, 171 ff. Er gehörte zu dessen «Zubehör» (*instructum*), D. 33.7.18.4; D 33.7.12.5; C. 6.38.2 (293) und war deshalb gewöhnlich nicht Gegenstand eines separaten Rechtsgeschäfts.

Marcellus äußerte sich dem Zusammenhang nach bezüglich des aus einem Stipulationsversprechen geschuldeten (beliebigen) Sklaven (vgl. die vorausgehenden §§ 2-4). Die *actiones ex stipulatu* und *ex testamento* folgen jedoch gleichen Regeln. Wäre ein Sklave aus Vermächtnis geschuldet, hätte Marcellus ebenso entschieden. Verpflichtungen aus Stipulation und aus Damnationslegat sind auf *dare*, also auf Eigentumsverschaffung gerichtet. Dauerhaftes Eigentum am Sklaven kann aber nicht verschafft werden, wenn er freigelassen werden muss. Dem Empfänger verblieben bestenfalls die Patronatsrechte. Damit erlangte er dem Text zufolge weniger, als wenn der Sklave wegen einer begangenen Unrechtstat noch der Noxalhaftung unterliegt. Durch Wiedergutmachung (*noxiam sarcire*) kann er nämlich von dem Makel gelöst werden. Das Freilassungsfideikommiss zwingt hingegen unabwendbar. Mit einer Veräußerung erlischt die Freilassungsaufgabe ebensowenig wie die Noxalhaftung. Das Angebot eines damit behafteten Sklaven kann der Gläubiger demnach zurückweisen. Nahm er ihn in Unkenntnis dessen an, kann er (gegen Rückgabe) auf Nachlieferung oder auf Ersatz klagen. Denn mit einem solchen Erfüllungsversuch gilt der Schuldner nach Marcellus als nicht befreit (*non liberatus*). Erheben kann der Gläubiger die Klage auf Erfüllung sogleich; anders als ein Käufer muss er nicht bis zur tatsächlichen Eviktion warten⁷². Denn nach dem strengen römischen Eviktionsprinzip muss ein Verkäufer nur den ungestörten Besitz, das *habere licere* garantieren. Ein auf *dare* gerichteter Anspruch zielt hingegen (wie hier) auf die Verschaffung unbelasteten Eigentums.

Nicht zurückweisen kann der Gläubiger nach Marcellus jedoch einen *vispellio*, weil (und wenn) ihm das übertragene Eigentum nicht entzogen werden kann. *Vispellio* war ein Leichenträger⁷³, oder eher ein Totengräber oder Bestatter⁷⁴. Beim außerdem genannten *turpis homo* wäre etwa an einen Kloakenreini-ger zu denken. Wegen ihres (oft nachts, auch an armen Personen) verrichteten schmutzigen Geschäfts standen Bestatter am untersten Ende der gesellschaftlichen Stufenleiter und galten als verächtlich⁷⁵.

⁷² Bei der *obligatio dandi* löste der Rechtsmangel als solcher bereits die sofortige Klagemöglichkeit des Gläubigers aus: *magis puto non esse exspectandam condicionem* (scil. die von *statuliber* zu erfüllende Bedingung), so Afrikan D. 46.3.38.3; W. Ernst, *Rechtsmängelhaftung*, Tübingen 1995, 104 f., 113 f.; A. Dieckmann, *Der Nacherfüllungsanspruch*, Diss. Hannover 2007, 63.

⁷³ So U. Wesel, *Vispellio*, in ZSS. 80, 1963, 392-394.

⁷⁴ S. Querzoli, *Vispellio. Lo schiavo becchino nei Digesta di Ulpio Marcello*, in *Ostraka* 24, 2015, 99-105.

⁷⁵ Von kommunalen Ehrenämtern waren *vispelliones* nach der *Tabula Heracleensis* 19/20 ausgeschlossen. Der Testamentserbe eines *vispellio* konnte nach Marcian. D. 36.1.7 i. f. nicht zum Erbschaftsantritt gezwungen werden, wenn er künftig dessen Namen tragen sollte. Die unzumutbare Bedingung wurde vermutlich gestrichen.

Hiernach hielt Marcellus anscheinend jeden Sklaven für erfüllungstauglich, der nicht mit einem Rechtsmangel behaftet war. Harmonisierende Vergleichsbeachtung mit der zuvor behandelten Ansicht des Cassius D. 30.37 pr. (oben 2) führt jedoch zu dem Schluss, dass ein *vispellius* zwar ein minderwertiger, aber kein *pessimus servus* war⁷⁶. Anders als der von Marcellus erwähnte *noxae non solutus* ließ sich der *vispellio* kein Vergehen zuschulden kommen. Ihm ist es nicht anzulasten, wenn er grundlos zu derart erniedrigender Tätigkeit gezwungen wurde. Trotz seines geringeren Verkaufswertes kann er durchaus ein loyaler und pflichtbewusster Diener sein. Der Empfänger kann ihn auch als Gärtner oder Landarbeiter beschäftigen. Betrieb der Testator selber als *libitinarius* ein Bestattungsunternehmen⁷⁷, dann bezog sich sein Vermächtnis naheliegenderweise auf einen seiner anagestellten *vispelliones*⁷⁸; mit einem solchen musste der Legatar dann rechnen. Anders als ein Käufer gemäß D. 21,2,31 konnte sich ein Vermächtnisnehmer '*vispellium non esse*' nicht zusichern lassen. Ein geradezu verdorbener, korrupter Sklave war er nicht⁷⁹. Schlechtere Eigenschaften haben unfolgsame, aufsässige, rebellische, zur Flucht oder zur Trunksucht neigende Sklaven. Zu denjenigen Sklaven, die man lieber nicht haben möchte⁸⁰, weil sie ihren Herrn schädigen, gehört der *vispellio* nicht. Zu einem derartigen diebischen Sklaven äußerte sich jedoch Julian nach dem folgenden Text.

4. D. 30.110 (Africanus libro 8. *quaestionum*):

Si heres generaliter servum quem ipse voluerit dare iussus sciens furem dederit si que furtum legatario fecerit, de dolo malo agi posse ait. sed quoniam illud verum est heredem in hoc teneri, ut non pessimum det, ad hoc tenetur, ut et alium hominem praestet et hunc pro noxae dedito relinquat.

Soll der mit einem Vermächtnis beschwerte Erbe allgemein «einen Sklaven seiner Wahl» leisten, übereignet er jedoch wissentlich einen Dieb und bestiehlt dieser den Legatar, so kann wegen Arglist geklagt werden, sagt er (sc. Julian). Weil aber der Erbe richtigerweise nicht den schlechtesten leisten darf, muss er sowohl einen anderen Sklaven leisten als auch (dem Legatar) den Dieb als an Schadens Statt ausgeliefert belassen.

Ein diebischer Sklave ist nicht erfüllungstauglich, einen derartigen *pessimus servus* könnte der Gläubiger zurückweisen. Hier hat ihm der Erbe die schädliche Eigenschaft des Sklaven bewusst verheimlicht und dieser den Empfänger

⁷⁶ I. Opelt, *Die lateinischen Schimpfwörter*, Heidelberg 1965, führt *vispellio* nicht an.

⁷⁷ Ein solcher Fall begegnet in D. 14.3.5.8, wo sich ein Leichenwäscher (*pollinctor*) Sachen des Verstorbenen aneignet. Umfassend S. Castagnetti, *Le leges libitinae flegree*, Napoli 2012.

⁷⁸ Die Bezeichnung als *vispellio* setzt eine Tätigkeit von gewisser Dauer voraus. Wer einmalig ein Grab schaufelt, wird dadurch nicht zum *vispellio*.

⁷⁹ S. dazu die Fälle in D. 11.3 *De servo corrupto*.

⁸⁰ Wie Justinian C. 8.53.35.2 sagt, unten VII.

später bestohlen. Wegen dieses Diebstahls kann der Empfänger als jetziger Herr sich nicht selber (*noxaliter*) verklagen⁸¹. Doch kann er den Erben als früheren Herrn mit der *actio de dolo* belangen. Weil mit dem Dieb die Gattungsschuld nicht erfüllt werden kann, wird er gewissermaßen noch dem Vermögen des Erben zugerechnet. Die *noxae deditio* durch den Erben wird vereinfacht dadurch vollzogen, dass er dem Empfänger den bereits übergebenen Sklaven belässt⁸². Der Empfänger besitzt den diebischen Sklaven alsdann aufgrund eines neuen Titels; er kann ihn züchtigen oder veräußern⁸³. Sein Anspruch auf Leistung eines anderen Sklaven aus der Gattung besteht fort. Die Entscheidung ist *lege artis* goldrichtig hergeleitet⁸⁴.

5. Die Lehre des Frühklassikers Cassius Longinus, dass bei einem der Gattung nach geschuldeten Sklaven weder vom Gläubiger der beste noch vom Schuldner der schlechteste gewählt werden darf, haben zwei spätere klassische Fragmente bestätigt. Nicht gesagt wird in diesen Texten, nach welchem Vergleichsmaßstab der beste oder der schlechteste zu bestimmen ist. Ist *optimus* nur der idealiter denkbar beste? Oder der auf dem Sklavenmarkt erhältliche teuerste mit den besten Eigenschaften? Bei einem aus dem Nachlass zu leistenden Sklaven (also bei begrenzter Gattung) wären alle dazu gehörigen Sklaven auf ihre

⁸¹ Auch Entwendungen von gewaltunterworfenen *servi et filii* aus dem Hausvermögen sind materiellrechtlich *furtum*, D. 47.2.17 pr., die entwendeten Sachen folglich *res furtivae*. A. Wacke, *Actio rerum amotarum*, Köln 1963, 87 f.

⁸² Eine *brevi manu traditio*. Sie erspart die Rückgabe und nochmalige Hingabe. Ob mit dem ersten Erfüllungsversuch abstrakt das Eigentum überging, bleibe dahingestellt.

⁸³ Minderwertige oder straffällig gewordene Sklaven waren allerdings schwer zu verkaufen. Der *praeco* musste sie lange Zeit ausbieten; Jakab, *Praedicere* (o. Fn. 14) 43.

⁸⁴ Der zweite Satz ist wohl eine Hinzufügung Afrikans. D'Ors (o. Fn. 63) 408 erklärt den zweiten Satz im Anschluss an Lenel für unecht, weil die Verpflichtung zur Leistung einer «calidad media» justinianisch sei. Bei dieser *petitio principii* lässt d'Ors Cassius Longinus D. 30.37 pr. (oben 2) außer Acht. Lenel, *Afrikans Quästionen*, ZSS. 51, 1931, 1 ff., [= *Gesammelte Schriften* IV, 655 ff.], aus der Hochphase der Interpolationenkritik stammend, streicht p. 47 den zweiten Satz weg. Für Echtheit mit Recht (wenngleich nur sehr kurz) D. Liebs, *Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht*, Göttingen 1972, 119, 120. Anhaltspunkte für mangelnde Prinzipientreue (Liebs) finde ich nicht. Um Noxalhaftung aus einer nichtdeliktischen Klage geht es hier nicht; dazu Kaser, RP I (o. Fn. 12) 633 mit Fn. 28 (in Kasers Text korrigiere «der Beklagte» in: Kläger). Nur den ersten Satz behandelt McCormack, ‚*Dolus*‘ in *Decisions of the Mid-classical Jurists (Julian-Marcellus)*, in *BIDR.* 96-97, 1993, f. 83. Von Biondi (o. Fn. 67) angedeutete Bedenken wegen der Subsidiarität der *actio doli* bestehen nicht. Mit der Nachlieferung eines mangelfreien Sklaven ist der durch den Diebstahl angerichtete Schaden nicht ersetzt. Der Legatar hat kumulativ beide Klagen. Gegen G. Grosso, *I legati nel diritto romano*, Torino 1962², 269 ff. außer Liebs auch Kaser, RP II² 557 Fn. 19 a. E. Weitere Lit. mit zutreffender Inhaltsangabe bei L. J. ter Beek, *Dolus: Een semantisch-juridische studie*, Nijmegen 1999, II 665 f.

Qualitäten hin zu durchmustern. Scheidet man von den in Betracht kommenden die obersten und die untersten mit jeweils etwa 10 bis 15 Prozent aus, dann wäre noch eine erhebliche Schwankungsbreite von mindestens 70 Prozent erfüllungstauglich, das bedeutet eine Abweichung von der mittleren Güte nach oben und unten von jeweils 35 Prozent. Die Praxis mag damit zurechtgekommen sein. Justinian hat die Anforderungen später präzisiert (unten VII).

V. Präzisierung der geschuldeten Qualität nach Verbrauchsgewohnheiten?

1. Die Zuwendung von nur der Gattung nach bestimmten Sachen von Todes wegen unterscheidet sich von einer Stipulation unter Lebenden in zweifacher Hinsicht. Erstens erhält der Begünstigte die Zuwendung ohne seine Mitwirkung; eine bestimmte Qualität kann er sich – anders als ein Stipulationsgläubiger – nicht ausbedingen. Zweitens erhält der Bedachte die Zuwendung in der Regel unentgeltlich (falls sie nicht mit einer Auflage verbunden ist); er muss also gegebenenfalls mit der schlechtesten Qualität vorlieb nehmen. Die vom belasteten Erben zu leistende Güte hängt folglich vom wirklichen oder vom mutmaßlichen Willen des Testators ab. Fraglich ist vor allem, welche Indizien für die Ermittlung seines mutmaßlichen Willens in Betracht zu ziehen sind.

2. Enthält also ein Testament keine Angabe über die Qualität von einer zu leistenden Menge verbrauchbarer Sachen, so fragt es sich, anhand welcher Kriterien die Güte bestimmt werden kann. Eignet sich die bisherige Verbrauchsgewohnheit des Hausherrn zur Konkretisierung eines von ihm angeordneten unbestimmten Gattungsvermächnisses? Die Frage wird von Paulus verneint, in widersprüchlicher Weise hingegen von Ulpian für das Geldvermächnis in zwei Fragmenten bejaht⁸⁵. Den Vorzug verdient (wie zu beweisen sein wird) insbesondere für im Rückblick auf die Vergangenheit angeordnete Unterhaltsvermächnisse die Bejahung.

D. 33.6.4 (Paulus libro 4. *ad Sabinum*):

Cum certum pondus olei non adiecta qualitate legatur, non solet quaeri, cuius generis oleo uti solitus fuerit testator aut cuius generis oleum istius regionis homines in usu habeant: et ideo liberum est heredi, cuius vellet generis oleum legatario solvere.

Wurde eine bestimmte Gewichtsmenge Öls ohne Angabe von dessen Güte vermacht, so pflegt man nicht zu prüfen, welche Ölsorte der Testator zu verwenden pflegte oder welche Ölsorte die Leute in seiner Gegend verwenden. Demnach steht es dem Erben frei, Öl jeder beliebigen Qualität dem Legatar zu leisten.

⁸⁵ D. 32.75 und D. 30.50.3. Zu beiden sogleich sub 3 mit Fn. 100.

Drei Sorten von Olivenöl waren zur Römerzeit im Handel: als Speiseöl für die Ernährung (als wichtiges Grundnahrungsmittel neben Getreide und Wein), als Körperöl für die Hygiene, sowie als Brennstoff für die Lampen⁸⁶. Von den von den Agrarschriftstellern genannten zehn Olivensorten erbrachte die Sorte *Licinia* das beste Öl, die Sorte *Sergia* war die ergiebigste⁸⁷. Das italische Hauptanbaugebiet lag um Venafrum; importiert wurde Olivenöl aber auch aus Istrien und vor allem aus der iberischen Provinz Baetica. Zur Beleuchtung verwendete man auch andere Öle, hergestellt aus Mandeln oder Nüssen. Welche Sorte aus diesem großen Angebot konnte der mit einem Vermächtnis Bedachte beanspruchen, wenn im Testament nur die Menge angegeben, die Qualität aber nicht spezifiziert war?

Die hier vorliegende unbestimmte Gattungsschuld kann der Schuldner nach allgemeiner Lehre mit der geringwertigsten tauglichen Ware erfüllen⁸⁸. Nur in diesen Minimalwert darf ihn folglich der *iudex* im Falle der Nichterfüllung verurteilen⁸⁹. Das ist eine Ausprägung des *favor debitoris*⁹⁰, und da Schuldner hier der Erbe ist, zugleich des *favor heredis*⁹¹. Die Leistung von Getreide bester afrikanischer Sorte (*tritici optimi Africani*)⁹² musste sich ein Stipulationsgläubiger zusichern lassen. Mehr als von ihm versprochen, musste ein Schuldner nicht leisten (*in dubio mitius* oder *contra stipulatorem*). Einem Stipulator war es folglich zuzuschreiben, wenn er sich nicht die beste Qualität zusichern ließ (*sibi imputetur, de se queri debet*).

⁸⁶ H. Schneider, Art. *Speiseöle*, in *DNP*. 12/2, 2003, 1118 ff. Besonders kostbar war das in D. 34.2.21.1 genannte *nardum purum*, ein aus der Wurzel der Narde (eines Baldriangewächses) gewonnenes ätherisches Öl. Nach dem Markus-Evangelium 14.3 zerbrach eine Frau ein mit diesem Balsam gefülltes Alabasterfläschchen und goss den Inhalt auf das Haupt des zu Bethanien im Hause Simons des Aussätzigen speisenden Jesus, was Anwesende als Verschwendung kritisierten.

⁸⁷ F. De Martino, *Wirtschaftsgeschichte des alten Rom*, München 1985, 264 [= *Storia economica di Roma antica*, Firenze 1979-80] Kap. XX bei Fn. 59-61.

⁸⁸ Statt Vieler: Th. Finkenauer im *Handbuch der Römischen Privatrechts* (hrsgg. Babusiaux, Baldus etc.) I, 2023, 585, § 21 Rn. 29 Fn. 206. Mit Guarino (o. Fn. 13) § 66.3.3 ist allerdings die schlechteste Qualität entsprechend Cassius-Ulpian D. 30.37 pr. und Afrikan D. 30.110 auszunehmen.

⁸⁹ Die *condemnatio* aus dem Edikt *si certum petetur* ging auf *quanti ea res est*: Lenel, *Edictum perpetuum*, 240. Für das Damnumlegat verzichtete Lenel 367 f. auf eine Rekonstruktion der *actio ex testamento*.

⁹⁰ Andeutungen dazu bei Kaser, Knütel, Lohsse (o. Fn. 45) § 18 Randnr.14.

⁹¹ H. J. Wieling, *Testamentsauslegung im römischen Recht*, München 1972, 167. Eine Aufzählung diverser *favores* als Auslegungsrichtlinien bei Guarino (o. Fn. 13) § 21.4.

⁹² D. 45.1.74 und 45.1.75.2. Von *triticum* handeln insgesamt 29 Quellenbelege. Im Spanischen entlehnt als *trigo*. Das Italienische kennt nur *frumento* und *grano*, letztes von lat. *granum* (in den Rechtsquellen nur einmal in einer testamentarischen Verfügung von Grundstückszubehör in D. 33.7.6). Als mit dem Oberbegriff ‚Cerealien‘ verwandt begegnet in den Rechtsquellen viermal *Cerealis* nur als Eigenname.

Der von Paulus im Anschluss an Sabinus zu entscheidende Fall betraf allerdings ein Vermächtnis. Da einseitig ohne Mitwirkung des Anspruchsberechtigten angeordnet, passt darauf eine gegen den Legatar zu richtende Auslegungsmaxime nicht. Zu fragen ist vielmehr danach, was der Testator vermutlich gewollt hat. Zwei mögliche Auslegungskriterien weist Paulus in seinem Bescheid zurück:

Die Tatsache dass man im Hause des Testators üblicherweise Öl oder Weizen von hervorragender Qualität verzehrte (oder Wein von erlesener Provenienz trank)⁹³ verpflichtete den Erben nicht zu Leistungen von ebenso vorzüglicher Beschaffenheit. Die mangelnde Bestimmtheit wird durch das frühere Verhalten des Testators nach Ansicht des Juristen nicht ausgeräumt. Betrifft das Vermächtnis allerdings Öl aus dem eigenen Vorrat des Testators (Vorratsschuld), dann wird er an dessen Qualität gedacht haben. Hat etwa der Erbe als Sohn am elterlichen Tisch solch gutes Öl mitverzehrt⁹⁴, oder erhielt der Legatar schon zu Lebzeiten des Testators Öl von solcher Güte, dann wurde dadurch ein Vertrauen auf dessen Fortgewährung erweckt. In dem von Paulus referierten, vermutlich einst von Sabinus entschiedenen Regelfall sollte aber der vielleicht hausfremde Erbe das Öl erst auf dem Markt erwerben (Beschaffungsschuld.)

3. Das Vermächtnis von Münzgeld von unbestimmter Qualität soll nach Ulpian aber (merkwürdigerweise) doch vorrangig nach der *consuetudo* des Testators oder seiner Region ausgelegt werden:

D. 32.75 (Ulpianus libro 20. *ad Sabinum*):

Nummis indistincte legatis hoc receptum est, ut exiguiore legati videantur, si neque ex consuetudine patris familiae neque ex regionis, unde fuit, neque ex contextu testamenti possit apparere.

Wurden Münzen ohne nähere Angaben vermacht, so sind anerkanntermaßen solche von geringstem Wert als vermacht anzusehen, wenn dies weder aus der Gewohnheit des Hausvaters noch der Gegend seiner Herkunft noch aus dem Zusammenhang des Testaments geklärt werden kann.

Vermacht ist anscheinend nicht ein nomineller (ziffernmäßig bestimmter)

⁹³ Insbesondere Falerner Wein, der von Horaz besungenen berühmtesten Weinsorte aus dem nördlichen Kampanien. Genannt in D. 33.1.17.1. Bei nicht angegebener Qualität von vermachtem Wein will R. Astolfi, *Studi sull'oggetto dei legati* II, Padova 1969, 142 f. die für das Vermächtnis von Öl in D. 33.6.4 angegebene Auslegungsregel entsprechend anwenden. Die Agrarschriftsteller Columella und Vergil zählen annähernd zweihundert Weinsorten auf, viele von ihnen mit besonderen Namen bezeichnet, Beretta (o. Fn. 60) 206 ff. Vermachten Wein darf der Legatar auf seinen Geschmack hin prüfen, D. 33.6.2.1.

⁹⁴ Oder ein *socius* in einer neuzeitlich sogenannten *communio ad unum panem vel vinum*; S. Lepsius, *Art. Gesamthand*, in *HRG²* (o. Fn. 57, 2009), 265.

Geldbetrag, sondern eine Anzahl von Münzen (*nummi*) als körperlichen Gegenständen⁹⁵. Auszugehen ist von der Existenz unterschiedlicher Währungen im römischen Reich⁹⁶. Allein in den drei Jahren 193-196 soll Septimius Severus über 340 Münztypen ediert haben⁹⁷. Geldschulden hat der Schuldner mit der am Leistungsort (dem *locus solutionis*) allgemein akzeptierten Münzsorte zu bezahlen; eine schlechtere muss der Gläubiger nicht annehmen. Die Berücksichtigung der in D. 32.75 genannten *consuetudo regionis* trifft insoweit das Richtige⁹⁸. Der hier zu bestimmende Inhalt des Vermächtnisses ist indessen eine Freigebigkeit; der Testator schuldet dem Legatar nichts. Da nach dem Greshamschen Gesetz mit der Neuprägung schlechterer Münzen das gute alte Geld aus dem Zahlungsverkehr vertrieben und gehortet wird⁹⁹, wollte der Testator vielleicht von ihm gehortete alte Münzen von höherem Edelmetallgehalt als dem gegenwärtigen vermachen. Ein solches Vermächtnis kann der Erbe evidentermaßen nicht wirksam mit der schlechteren neueren Münzsorte erfüllen. Ein solcher Testatorwille kann auch *ex contextu testamenti* hervorgehen, heißt es am Schluss von D. 32.75, d. h. *earum quae praecedunt vel quae sequuntur summarum scripta* nach dem insoweit inhaltlich übereinstimmenden Paralleltext von Ulpian D. 30.50.3¹⁰⁰.

4. Münzen sind die fungibelsten aller Gattungssachen. Die speziellere gegenteilige Auslegung des auf Öl gerichteten Gattungsvermächtnisses in D. 33.6.4 leuchtet nicht ein¹⁰¹. Die vermutlich auf Sabinus zurückgehende Außerachtlassung der Verbrauchsgewohnheit des Testators oder seines Umfeldes aus dem Paulusfragment D. 33.6.4 wird nicht näher begründet und kann nicht unwidersprochen geblieben sein. Die Annahme ist lebensfremd, der Testator habe mit der Nichtangabe der *qualitas* dem Erben freigestellt, die schlechteste Sorte zu leisten. Da der Nachlass dem Erben unentgeltlich zufällt, ist es ihm zuzumuten, daraus eine bessere Qualität als die schlechteste abzugeben oder mit Erbschaftsmitteln auf dem Markt zu besorgen.

⁹⁵ Auch eine Geldsummensschuld wäre jedoch nach den genannten Kriterien auszulegen.

⁹⁶ M. Crawford, Art. *Geld, Geldwirtschaft, DNP*. (Fn. 86) 4, 2003, 877 ff.

⁹⁷ De Martino (Fn. 87) Kap. XXVI bei Fn. 46.

⁹⁸ Über lokale Gewohnheiten siehe (ausgehend von einem praktischen Fall) G. Klingenberg, *Ein Irrtum über eine lokale Gewohnheit*, in *Ars boni et aequi. Festschrift für W. Waldstein*, Stuttgart 1993, 167-175.

⁹⁹ Benannt nach dem Ratgeber der britischen Königin Elisabeth und Begründer der Londoner Börse Thomas Gresham (1519-1579).

¹⁰⁰ Aus Ulpian 24. Buch *ad Sabinum*. In § 3 werden noch andere Anhaltspunkte für die Auslegung erwähnt, Astolfi (Fn. 93) II (1969) 222 ff.

¹⁰¹ Nach Wieling, (Fn. 91) 167 lasse sich die Unterscheidung nicht begründen. Die Sonderstellung des Geldvermächtnisses beruhe vielleicht «auf der Tradition eines abweichenden *exemplum*». Eher umgekehrt nimmt das Ölvermächtnis wie von Sabinus entschieden eine Sonderstellung ein.

Beschafft er sich eigens zwecks Abfindung des Legatars eine schlechtere Qualität als er selber vom Testator erbt, kann man ihm *dolus* vorwerfen. Beim Gattungsvermächtnis sie selber ist die Qualität auch nach der Erwartung zu bestimmen, die der Legatar hegen darf. Der Willensforschung nach den von Ulpian wiederholt genannten Kriterien gebührt der Vorrang vor der Regel *in dubio mitius*. Kann der Zweifel ausgeräumt werden, ist für ihre Anwendung kein Platz¹⁰². Wenn das Vermächtnis einer Jahresrente *sine adiectione summae* nach Nerva primär danach bestimmt werden soll, *quod testator praestare solitus fuerat* (D. 33.1.14¹⁰³), dann ist nicht einzusehen, weshalb beim ähnlichen Vermächtnis von Öl *non adiecta qualitate* die Verbrauchsgewohnheit des Testators unberücksichtigt bleiben soll. Die geringste Güte wird nur dann geschuldet (*receptum est*), wenn kein anderer Wille des Testators zu ermitteln ist.

VI. Stipulation und Bürgenregress

Für die aus einem Stipulationsversprechen geschuldete Qualität haben wir außer Marcellus D. 46.3.72.5 (oben IV. 3) eine Äußerung von Javolen zu einem etwas atypischen Fall des Bürgenregresses:

D. 17.1.52 (Iavolenus libro 1. *epistularum*):

*Fideiussorem, si sine adiectione bonitatis tritici pro altero triticum sponndit, quodlibet triticum dando reum liberare posse existimo. A reo autem non aliud triticum repetere poterit, quam quo pessimo tritico liberare se a stipulatore licuit. Itaque si paratus fuerit reus, quod dando ipse creditori liberari potuit fideiussori dare et fideiussor id quod dederit (id est melius triticum) condicet, exceptione eum doli mali summoveri existimo*¹⁰⁴.

Versprach ein Bürge für einen anderen die Lieferung von «Weizen» ohne Angabe von dessen Güte, so kann er meines Erachtens den Hauptschuldner durch die Lieferung von Weizen jeder beliebigen Sorte befreien. Vom Hauptschuldner kann er jedoch keine bessere Weizensorte erstattet verlangen als die schlechteste, mit der

¹⁰² *In dubio mitius* und ähnliche Regeln sind nur subsidiäre Entscheidungshilfen, falls das wirklich Gewollte nicht durch Auslegung zu ermitteln ist.

¹⁰³ D. 33.1.14 (Ulpianus libro 2. *fideicommissorum*): *Si cui annuum fuerit relictum sine adiectione summae, nihil videri huic adscriptum Mela ait: sed est verior Nervae sententia, quod testator praestare solitus fuerat, id videri relictum: si minus, ex dignitate personae statui oportebit*. Wurde jemandem eine jährliche Rente ohne Bestimmung des Betrages vermacht, so sei ihm nichts vermacht, sagt Mela. Richtiger ist aber die Ansicht des Nerva, als vermacht sei das anzusehen, was ihm der Testator zuzuwenden pflegte; andernfalls muss der Betrag nach der Standeswürde der Person bestimmt werden. Dazu Wacke, *Quae vivus/viva praestabam: Unterhaltsfortzahlungsvermächtnisse nach Maßgabe lebzeitiger Zuwendungen*, IVRA 69, 2021, 391 ff., 408 f.

¹⁰⁴ Interpunktion von mir geändert.

er sich vom Gläubiger hätte befreien können. Wenn daher der Schuldner bereit war, dem Bürgen zu geben womit der sich selber dem Gläubiger gegenüber befreien konnte, der Bürge aber das was er leistete (nämlich besseren Weizen) erstattet verlangt, ist er meines Erachtens mit der Einrede der Arglist abzuwehren.

1. Der von Javolen knapp skizzierte Sachverhalt lässt sich folgendermaßen veranschaulichen. Dem Betreiber einer großen Müllerbäckerei (etwa vom Zugschnitt des berühmten Eurysaces)¹⁰⁵ verspricht ein Getreide-Importeur die laufende Lieferung von Weizen ohne Angabe einer bestimmten Qualität¹⁰⁶. Als Großabnehmer kommt auch die staatliche Getreide-Verwaltung (*annona*) in Betracht¹⁰⁷. Zur Sicherung gegen eventuelle Lieferungsaußfälle dieses Händlers verbürgt sich für ihn ein zweiter Importeur¹⁰⁸. Nachdem nun der erste zum Fälligkeitszeitpunkt nicht leistet, springt der Bürge für ihn ein; er liefert allerdings eine bessere Sorte, als der Schuldner zu seiner Befreiung hätte leisten müssen¹⁰⁹.

¹⁰⁵ Eine Abbildung bei E. Höbenreich, *Annona*: (Fn. 21) Tafel 15. Weiteres in: Der Neue Pauly, Art. *Bäckereien, Mehl, Mühle*, Band 2, 2003, 394-396. – Endverbraucher erwerben rohe, unverarbeitete Körner heutzutage nur als Naturkost-Anhänger (um sie im Haushalt zu schrotten) oder als Hühner- und Vogelfutter in überschaubaren Mengen. Bürgschaften werden für solche Geschäfte nicht übernommen.

¹⁰⁶ Ein Großlieferant verspricht auch nach D. 18.1.81.1 einem anderen Gutsbesitzer die jährliche Lieferung von 100.000 *modii* Getreide aus seinem Landgut. Ein späterer Käufer des Landguts haftet als Singularsukzessor nach Scaevola von Rechts wegen nicht für die persönliche Verpflichtung des Veräußerers. Denkbar wäre es jedoch, dass der Käufer die Lieferungspflicht mit befreiender Wirkung übernimmt und der Veräußerer für ihn als Bürge einzustehen verspricht.

¹⁰⁷ Die mit der öffentlichen Getreideversorgung betrauten Amtsträger arbeiteten mit privaten Importeuren und Schiffseignern Hand in Hand: Höbenreich 51 (eine Art *public-private partnership*, PPP). Als Saatgut verwendeten Landwirte hingegen zumeist Teilrücklagen aus eigener Vorjahresernte, D. 33.7.12 pr. (Teil 2): M. A. Ligios, *Interpretazione giuridica e realtà economica dell'instrumentum fundi*, Napoli 1996, 86 ff. Ein scharf kalkulierender Gutsherr sollte nach Cato vor allem Verkäufer, nicht Einkäufer sein: D. Flach (o. Fn. 71) 127.

¹⁰⁸ Zugrunde liegt der Abmachung ein Lieferungskauf größeren Zuschnitts. Als reine *emptio venditio* kommen Gattungskäufe in den Quellen nicht vor; man bekräftigte sie regelmäßig mit Stipulationen. Der Lieferant konnte also einen Kaufpreis beanspruchen. Der Preis für die zweit- oder drittbeste Sorte war vermutlich niedriger als der für die optimale; der Käufer konnte damit als Müllerbäcker billigeres Brot (für ärmere Käuferschichten oder für das Militär als Kommissbrot) produzieren. Die Bürgschaft für die Lieferung rechtfertigte andererseits eine Anhebung des Preises. Der Bürge beanspruchte jedoch eventuell seinerseits eine Provision. Zugunsten von Einzelhändlern oder Verbrauchern als Abnehmer wäre die Eingehung einer Bürgschaft ungewöhnlich. So wie hier beispielhaft aufgrund der Interessenlage ökonomisch analysiert, lässt sich Javolens knapp geschilderter Sachverhalt veranschaulichen.

¹⁰⁹ Eine bevorzugte Kornsorte war die *siligo* = Weichweizen (unterschieden von *triticum* im engeren Sinne = Hartweizen); erwähnt in D. 3.5.29(30) und D. 47.2.52.11. Gemeinhin wird *siligo* als «Winterweizen» übersetzt, wurde aber auch als Sommerfrucht kultiviert. Winterweizen ist wegen der längeren Vegetationsperiode ertragreicher. Die Quellen bei den klassischen Agrar-

Die geleistete bessere Sorte verlangt der Bürge vom Hauptschuldner ersetzt; der Hauptschuldner bietet aber nur die noch vertragsgerechte schlechtere Sorte als Ersatz an. Javolen entscheidet im zweiten Satz zugunsten des Hauptschuldners. Die bessere Sorte leistete der Bürge demnach auf eigenes Risiko; diese Einbuße muss er selber tragen. Das Fragment gilt gemeinhin als Beleg dafür, dass ein Gattungsschuldner (und dementsprechend auch dessen Bürge) die schlechteste mangelfreie Ware aus der versprochenen Gattung leisten durfte. Diese Ansicht kann sich auf den ersten Satz (*quodlibet triticum dando reum liberare posse existimo*) stützen. Bei einem Versprechen von mittlerer Qualität wäre aber ebenso zu entscheiden, falls ein Bürge eine bessere oder gar die beste Sorte leisten sollte.

2. Der Bürge verlangt also Erstattung dessen, was er tatsächlich geleistet hat (*id quod dederit*)¹¹⁰; der Hauptschuldner will jedoch nur erstatten, was als Minimum geschuldet war: Hierin besteht der Interessenkonflikt. Fraglich ist, mit welcher Klage der Bürge vorgeht¹¹¹. Die Frage sei der Vollständigkeit halber hier miterörtert, obschon sie etwas von unserem eigentlichen Thema wegführt. Die *actio* müsste naheliegenderweise eine strengrechtliche Klage sein mit einem bestimmten Antrag, die der Beklagte nur dadurch zu Fall bringen kann, dass er die geschuldete Mindestqualität an Weizen anbietet und die *exceptio doli* vorschützt. Die *actio mandati contraria* kommt dafür nicht in Betracht¹¹²:

schriftstellern sind mit Inhaltsangaben angeführt von I. Fargnoli, *Il passante truffaldino e il furto di frumento in una testimonianza di Labeone*, in C. Cascione, C. Masi Doria (a. c. di), *Fides humanitas ius. Studii in onore di L. Labruna III*, Napoli 2007, 1725 f., weiterführend mit reichen Schrifttumsangaben D. Flach (o. Fn. 71) 250 ff.

¹¹⁰ Die vielfach als nachträgliches Einschleibsel betrachtete Hinzufügung *id est melius triticum* ist zur Präzisierung des zuvor geschilderten Sachverhalts wichtig.

¹¹¹ Vom Gläubiger konnte der Bürge die geleistete bessere Sorte nicht zurückverlangen. Denn jede Leistung innerhalb der Gattungsbreite hatte Tilgungswirkung, auch die Leistung einer besseren Qualität: Bätge (Fn. 40) 628. Zurückverlangen kann ein Schuldner nur eine vom Gläubiger nicht akzeptierte gattungsfremde *aliud*-Lieferung. Eine bessere als die geschuldete Sorte wird ein Gläubiger dankbar annehmen; eine Beeinträchtigung seiner Interessen ist kaum denkbar. Empfindet ein Empfänger gelieferten Wein als zu stark (Beispiel von Bätge, o. Fn. 40, 628), kann er ihn verdünnen. Die Römer tranken Wein regelmäßig mit Wasser versetzt. Ungemischter Wein (*merum*) war nicht das Alltagsgetränk.

¹¹² Dies gegen P. Frezza, *Le garanzie delle obbligazioni I. Le garanzie personali*, Padova 1962, 165 f. Die Konträrklage aus Mandat war nach seiner insoweit zutreffenden Ansicht zwar der prinzipiell bevorzugte Rückgriffsweg für einen Bürgen (vor allem wenn ihm die für die *actio depensi* vorgeschriebene Wartefrist von sechs Monaten nicht zuzumuten war). Wegen der zur Abwehr der Klage nach Javolen erforderlichen *exceptio doli*, die den *bonae fidei iudicia* im allgemeinen inhärent war (was Frezza hier nicht beachtet) passt die Auftragsgegenklage aber nicht in diesem Fall. Eine *exceptio doli* gegenüber einer *actio mandati contraria* begegnet ausnahmsweise in dem verwickelten Fall von Paulus D. 46.1.71 pr., vermutlich gestützt auf einen *dolo petit*-Einwand. Dazu Th. Finkenauer,

Als *bonae fidei iudicium* richtet sie sich auf das unbestimmte, erst vom *iudex* zu beziffernde Ziel des *quidquid dare facere oportet ex fide bona*. Ein ziffernmäßig bestimmter Antrag war für dieses *petitum* nicht erforderlich. Ein Zessionsregress, falls sich der Bürge bei der Befriedigung des Gläubigers dessen Forderung gegen den Schuldner abtreten ließ, ist ebenfalls auszuschneiden, denn die abgetretene Hauptforderung enthielt (wie vorausgesetzt) keine Qualitätsangabe.

Etlischen Interpreten zufolge habe Javolen von der einem Sponsionsbürgen zustehenden *actio depensi* gehandelt; dafür spreche das Wort *sponondit* im ersten Satz¹¹³. Die *actio depensi* erwähnt Gaius zweimal in seinen Institutiones (3.127 und 4.22); in den von Justinian überlieferten Quellen verblieben allerdings von ihr kaum Spuren. Es fragt sich jedoch, ob die von Ulrich Manthe als 'Bürgenzahlungsklage' verdeutschte *actio*¹¹⁴ auf Bürgschaften für Naturalleistungen (wie hier von Korn) überhaupt anwendbar war¹¹⁵. Außerdem musste der Bürge dem Gläubiger (jedenfalls ursprünglich) *per aes et libram* gezahlt haben; dazu hätten sich fünf männliche Formzeugen mitsamt einem *libripens* in (oder vor) den Kornspeicher (*horrea*) begeben müssen¹¹⁶. Und der Rückgriff gegen den Hauptschuldner hätte dem Bürgen erst nach einem halben Jahr zugestanden. Für den auf fortlaufende Kornlieferungen angewiesenen Geschäftsverkehr waren das kaum zumutbare Bedingungen. Vor allem ist ungewiss, ob das Klageziel der *actio depensi* auf Erstattung des *id quod dederit* gerichtet war.

Wegen der im Schlusssatz erwähnten, auf *id quod dederit* gerichteten *condictio* ist vielmehr in Ergänzung des Sachverhalts zwanglos zu vermuten, dass der Haupt-

Zur Inhärenz von Einreden im bonae fidei iudicium, in IVRA 68, 2020, 77-136, 114-116. Das Dogma von der Inhärenz wurde nach Finkenauers überzeugenden Ergebnissen ich immer strikt befolgt. Als Vorsichtsmaßnahme konnte eine *exceptio* auch im *b. f. iudicium* eingeschaltet werden.

¹¹³ Lenel, *Palingenesia* I, 286 Fn. 3, Ders., *EP*³ 215 Fn. 1; Frezza (wie Fn. 112); B. Eckardt, *Iavoleni epistulae*, Berlin 1978, 62 f.; L. J. ter Beek, *Dolus* (o. Fn. 84 a. E.) II 844 mit weiteren Nachweisen.

¹¹⁴ U. Manthe, *Gaius Institutiones, herausgegeben, übersetzt und kommentiert*, Darmstadt 2004, 273.

¹¹⁵ O. Lenel, *Edictum perpetuum*, Leipzig 1927³, 296 f. vermutete mit schwachen Argumenten eine spezielle *in factum* konzipierte Rückgriffsklage für Sponsions- und andere Bürgen. Sie soll an die Stelle der *actio depensi* getreten sein. Nach dem Rekonstruktionsvorschlag von Kaser ging die *condemnatio* dieser prätorischen Sonderformel auf *quanta pecunia Aulo Agerio abest, tantam pecuniam iudex... condemnato*: so Kaser, *Unmittelbare Vollstreckbarkeit und Bürgenregreß*, in ZSS. 100, 1983, 124 ff.; T. Giménez-Candela, *Mandatum und Bürgenregreß*, in D. Nörr, S. Nishimura (Hrsgg.), *Mandatum und Verwandtes*, Berlin 1993, 170 f.; nicht fehlerfrei wiedergegeben von L. Bernad Segarra, *Relaciones entre fianza y mandato en derecho romano* (ohne Ort und Jahr, nach 1997) 340 ff. (weithin Frezza folgend) 345. Diese hypothetische Sonderklage war danach zuständig für die Verbürgung von Geldschulden.

¹¹⁶ Über die Lagerung von Getreide und die Anlage von Kornspeichern anschaulich Flach (o. Fn. 71) 256 f.

schuldner eine hierauf gerichtete Rückgriffsstipulation zugunsten des Bürgen eingegangen war. Daraus haftete er im Regressfalle mit einer *condictio certae rei*¹¹⁷. Um sie zu Fall zu bringen, musste er als Beklagter eine *exceptio doli* vorschützen.

3. Fraglich ist, weshalb dem Bürgen ein *dolus* vorzuwerfen ist¹¹⁸. Dass er absichtlich eine bessere Qualität lieferte, etwa um den Hauptschuldner als einen Konkurrenten zu schädigen, ist nicht anzunehmen. Vielleicht wollte er aber den Gläubiger als seinen Geschäftsfreund begünstigen, in der Erwartung, bei anderer Gelegenheit von ihm Vorteile zu erlangen (nach der Devise *manus manum lavat*). Vielleicht hat er zwar nicht mutwillig, aber aus Unachtsamkeit oder Sorglosigkeit¹¹⁹, oder um seinen Speicher zu räumen eine bessere Qualität geliefert als erforderlich. Vorausgesetzt ist demnach, dass der Bürge anders handeln konnte; denn Müssen setzt Können voraus, *ought implies can*¹²⁰. Wenn wegen eines Lieferengpasses im Getreidehandel momentan keine geringere Qualität angeboten wurde, hätte auch der Hauptschuldner keine solche leisten können; dann kann man dem Bürgen nichts vorwerfen. Das Vorliegen eines *dolus* ist mithin situationsbedingt zu beurteilen. Als Beauftragter muss ein Bürge im Interesse des Hauptschuldners mit Rücksicht auf dessen wirklichen oder mutmaßlichen Willen handeln. Die Grenzen seines Mandats darf ein Beauftragter nicht überschreiten, *diligenter fines mandati custodiendi sunt* (Paulus D. 17.1.5 pr.). Wer bei der Führung eines fremden Geschäfts mehr als erforderlich aufwendet, kann nur das Erforderliche, nicht seine Mehraufwendungen ersetzt verlangen (gleichfalls Paulus D. 3.5.24[25])¹²¹. Javolens Votum will verhindern, dass der Hauptschuldner durch die Leistung des Bürgen in eine schlechtere Lage gerät als er selber, wenn er rechtzeitig geleistet hätte. Kann der verklagte Hauptschuldner aber auch gegenwärtig keine mindere Qualität anbieten, wird er in den Geldwert der vom Bürgen geleisteten besseren verurteilt.

¹¹⁷ Ter Beek (Fn. 113) sieht im Verb *condicet* hingegen eine untechnische Alternativbezeichnung für eine erhobene *actio depensi*. – Ob dem Bürgen auch ohne *stipulatio* eine Rückgriffskondition gegen den durch seine Leistung befreiten und dadurch bereicherten Hauptschuldner zugestanden hätte, ist für das klassische Recht zweifelhaft. Im geltenden deutschen Recht wird neben der Leistungskondition eine Rückgriffskondition als Bereicherung «in sonstiger Weise» bejaht (§ 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB). Befreit war der Hauptschuldner hier aber ebenfalls nur von seiner Minimalschuld; den Wert der geleisteten besseren Qualität konnte der Bürge damit nicht ersetzt verlangen.

¹¹⁸ Wegen Bereicherungsabsicht wäre ein *dolus* zu bejahen, wenn der Bürge mehr erstattet haben will, als er selber leistete. Soviel begehrt er hier aber nicht.

¹¹⁹ Er achtete nicht auf seine Befugnis, eine mindere Qualität liefern zu dürfen.

¹²⁰ R. Zimmermann, *The Law of Obligations*, Cape Town 1990, 194 Fn. 61, 687 Fn. 71.

¹²¹ Gemäß § 670 BGB sind auch Aufwendungen zu ersetzen, die der Beauftragte den Umständen nach für erforderlich halten durfte. *Ex ante* für erforderlich gehaltene Aufwendungen sind auch dann zu ersetzen, wenn sie sich *ex post* als unnötig herausstellen. Unscharf Art. 1720 des italienischen Codice civile.

VII. Präzisierung durch Justinian

Für die Spätantike verbleiben drei inhaltlich übereinstimmende Verordnungen Justinians aus den Jahren 530 und 531 zu unserer Fragestellung, von denen zwei zusammengehören. Die beiden zusammengehörigen betreffen Schenkungsversprechen, die dritte handelt von der *optio legati*, einem Vermächtnis mit Auswahlbefugnis.

C. 8.53.35.1 (Iustinianus):

Si vero redditum certum ex possessionibus donaverit, non tamen nomina possessionum edixerit, necesse habere de sua substantia fundos tradere tantum redditum inferre valentes, quantum in donatione posuerit, in talibus tamen agris, qui nec omnibus quos habet in possessione anteponuntur nec deteriores omnibus sunt, sed status mediocris inveniuntur.

Wenn er jedoch gewisse Einkünfte aus Besitzungen verschenkte, ohne die Namen der Besitzungen anzugeben, so soll er aus seinem Vermögen Grundstücke leisten, die an Ertrag soviel hergeben wie er bei der Schenkung angab; allerdings solche Äcker, die weder besser sind als alle anderen von ihm besessenen noch schlechtere als alle anderen, sondern die als von mittlerer Güte befunden werden.

C. 8.53.35.2 (Iustinianus):

Similique modo, si quis certum numerum servorum donaverit, non tamen et is nominatim servos inscripserit, et hic mediocris figurae servos tradere et neque tales, quos non habere magis quam habere prodest, nec iterum eos, qui omnem servorum familiam donatoris antecellunt: sed et hic mediocritas spectetur.

Auf gleiche Weise soll jemand, der eine bestimmte Zahl von Sklaven schenkte, aber nicht deren Namen angab, Sklaven von mittlerer Figur¹²² übertragen, nicht etwa solche, von denen es nützlicher ist, sie nicht zu haben als sie zu haben, aber auch nicht solche, die aus dem gesamten Sklavengesinde der Schenkers herausragen, sondern auch hier ist die Mittelmäßigkeit zu beachten.

C. 6.43.3.1b (Iustinianus):

Censemus itaque, si intra annale tempus ille qui eligere iussus est hoc facere supersederit vel minime potuerit vel quandocumque decesserit, ipsi legatario videri esse datam electionem, ita tamen, ut non optimum ex servis vel aliis rebus quicquam eligat, sed mediae aestimationis, ne, dum legatarium satis esse fovendum existimamus, heredis commoda defraudentur.

Wir verordnen daher, wenn der Wahlberechtigte die Wahl nicht vornimmt oder sie nicht ausüben kann oder wenn er irgendwann stirbt, dass die Wahlbefugnis dann als dem Vermächtnisnehmer selber verliehen anzusehen ist; so jedoch, dass er nicht den besten von den Sklaven oder von anderen (vermachten) Gegenständen auswählen darf, sondern nur einen von mittlerem Schätzwert, damit nicht, indem wir den Legatar genügend begünstigt zu haben glauben, der Erbe um seine Vorteile gebracht wird.

¹²² *Figura* hier im Sinne von Gestalt, Ausbildung, Arbeitsleistung.

Das Schenkungsversprechen (von dem *const.* 35.1 handelt) war nach Justinian ein formloser Konsensalkontrakt¹²³. Die erste, auf den 18. März 530 datierte Konstitution erging 11 Monate vor der Einsetzung der Digestenkommission (am 15. Dezember 530: *const. Deo auctore*), die zweite (vom 1. September 531) 9 Monate danach. Dass die hier betrachteten Klassikertexte von der Kommission verändert wurden, lässt sich entgegen den Behauptungen mancher Textkritiker (vgl. o. Fn. 84) nicht nachweisen¹²⁴.

In der Auswahl des mittelwertigen Sklaven oder sonstigen geschenkten oder vermachten Gegenstandes aus dem Vermögen des Schenkers oder Testators, der *res mediae aestimationis*, stimmen die drei Quellen überein. Die nähere Bestimmung müsste im Streitfalle ein Richter treffen. In der dritten Quelle wird das Auswahlrecht praktischerweise letztlich dem Bedachten zugestanden. In den klassischen Quellen war das Kriterium der mittleren Qualität wohl dem Sinne nach gemeint, aber im Wortlaut noch nicht anzutreffen. Ansonsten bedürfen Justinians inhaltlich klare Anordnungen keines weiteren Kommentars.

VIII. Moderne Rechtsordnungen

1. Ohne große inhaltliche Abweichungen werden die Qualitätsanforderungen in den modernen Zivilgesetzbüchern unterschiedlich formuliert. Die Formulierungen lassen sich in drei Gruppen einteilen: *a)* Nach französischem Code civil Art. 1246 und spanischem Código civil Art. 1167 muss ein Gattungsschuldner weder die beste noch darf er die schlechteste Qualität leisten. So begrenzt beschrieb die Leistungspflicht schon Cassius nach Ulpian D. 30.37 pr. (oben IV 2). *b)* Nach preußischem ALR I 5 § 275 und deutschem BGB § 243 (vormals § 279) wird eine Sache mittlerer Art und Güte geschuldet; so seit 2007 auch Österreichs ABGB § 905b. Diese Auffassung entspreche der heutigen Verkehrsanschauung, heißt es zur Begründung in den Motiven zum BGB¹²⁵. Von der Paarformel «Art und Güte» ist das neben ‚Gattung‘ pleonastische Wort ‚Art‘ eigentlich überflüssig; es sei denn eine der Gattung untergeordnete Subspecies wird geschuldet.

¹²³ In Abkehr von den strengen Formvorschriften für die Schenkung von Konstantin: Kaser, *RP* II² 394 ff., 396 f.

¹²⁴ Nicht einmal wurde die von Sabinus-Paulus D. 33.6.4 (oben V 2) zur Qualitätsbestimmung abgelehnte Berücksichtigung der individuellen oder regionalen Verbrauchsgewohnheit an die Mehrzahl der gegenteiligen Zeugnisse angepasst. Das der herrschenden Auslegungspraxis widersprechende Fragment hätten die Kompilatoren weglassen können.

¹²⁵ In der Paragraphenfolge übersichtlich zusammengestellt von O. Haidlen, *Bürgerliches Gesetzbuch mit Motiven*, Stuttgart 1897, I S. 303 unter Angabe weiterer Vorläufervorschriften auch aus partikularen Gesetzesentwürfen.

Inhaltlich ist die erstgenannte Formulierung dem Anschein nach etwas breiter. c) Nach dem Sächsischen BGB (von 1865) § 696, Schweizer OR Art. 71 Abs. 2 und italienischem Codice civile Art. 1178 dürfen die zu leistenden Stücke nicht unter mittlerer Beschaffenheit sein. Diese negative Formulierung ist als am präzisesten vorzugswürdig, wie oft bei rechtlichen Vorschriften¹²⁶.

2. Für Gattungsvermächtnisse lauten die Bestimmungen in Frankreichs Code civil Art. 1022 und Spaniens Código civil Art. 875 ebenso wie für gewöhnliche Gattungsschulden. Nach Österreichs ABGB Art. 659 ist die Auswahl «mit Rücksicht auf den Stand und das Bedürfnis des Legatars» zu treffen. Nach deutschem BGB § 2155 ist eine «den Verhältnissen des Bedachten entsprechende Sache» zu leisten. Die Berücksichtigung seiner Verhältnisse geht nach Ansicht der BGB-Verfasser weiter als die seiner Bedürfnisse¹²⁷. Wurde die Auswahl dem Legatar überlassen, so kann er gemäß § 656 von Österreichs ABGB und Art. 664 comma 2 von Italiens Codice civile aus dem Nachlass sogar die beste Sache wählen (ebenso ALR I 12 § 393). Das erscheint bedenklich und widerspricht sowohl der erörterten Ansicht des Cassius Longinus D. 30.37 pr. als auch Justinians C. 8.53.35.1 und C. 6.43.3.1b. Berechtigte Interessen des belasteten Erben darf die Wahl jedenfalls nicht beeinträchtigen.

IX. Die wichtigsten Ergebnisse

Was vertretbare (fungible) Sachen sind, richtet sich nach der Verkehrsan-schauung, was Gattungsschulden, bestimmt die Parteivereinbarung, bei Dam-nationsvermächtnissen die Anordnung des Testators. Auch nichtvertretbare Sa-chen können Gegenstand einer Gattungsschuld sein. Die römischen Rechtsquel-len enthalten für vertretbare Sachen keinen Oberbegriff, sie sprechen von *res quae pondere numero mensura consistunt*. Verbrauchbare Sachen (*res quae usu*

¹²⁶ Deutlich am Beispiel der Goldenen Regel: Die seit dem alten Orient verbreitete negative Fas-sung «Was du nicht willst, das man dir tu, das füg' auch keinem anderen zu» ist als Schädigungsver-bot Inhalt des *neminem laedere*. Die positive Fassung «Alles was ihr wollt, das euch die Menschen tun, das tut ihnen auch» (Matthäus 7.12) ist hingegen ein diffuses Gebot der Nächstenliebe.

¹²⁷ Der von einem Autohändler mit einem PKW Bedachte mit zahlreichen Familienangehöri-gen hat an einem geräumigeren Fahrzeug größeren Bedarf als an einem Kleinwagen. Ein Sammler kostbarer Porzellanteller hat für die Zuwendung eines ihm fehlenden Tellers nicht geradezu ein Bedürfnis, doch entspricht sie seinen Verhältnissen. Ein passionierter Reiter soll aus einem Reit-stall sinnvollerweise dasjenige Pferd bekommen, auf dem er schon zu Lebzeiten des Testators geritten ist. Dass der auszuwählende Gegenstand für den Bedachten brauchbar sein muss (so ALR I 12 § 392), versteht sich.

consumuntur) bilden eine Unterkategorie der vertretbaren; genannt werden die Nahrungsmittel *vinum oleum frumentum*. Kleider (*vestimenta*) sind entgegen einer Stelle in Justinians Institutionen (I. 2.4.2) keine verbrauchbaren Sachen. In deren Abnutzung besteht nicht ihr bestimmungsmäßiger Gebrauch, sie ist nur eine unerwünschte Begleiterscheinung ihres Gebrauchs. Als Darlehensgegenstände nennen geltende Gesetze (außer Geld) «vertretbare Sachen», in der Praxis sind dies aber nur verbrauchbare Sachen. Getränkeflaschen und Transportpaletten, im Schrifttum als vertretbare aber unverbrauchbare Sachen angeführt, sind keine tauglichen Gegenstände eines Darlehens.

Den Gegensatz zur Gattungsschuld bildet die Stückschuld. Im Gemeinen Recht unterschied man Genussschuld und Speziesschuld. Den mehrdeutigen Ausdruck *species* sollte man jedoch vermeiden. *Species* ist zugleich eine Untergattung. In den Quellen meint *species* auch den einzelnen Rechtsfall.

Eine Gattungsschuld konnte ein römischer Schuldner nach herrschender Ansicht mit der schlechtesten mangelfreien Sache erfüllen. Dieser Ansicht kann man zustimmen, wenn sich ein Gläubiger nicht (wie bei der Stipulation) die beste Qualität zusichern ließ. Der mit einem Vermächtnis Bedachte konnte jedoch den Testator in der Regel nicht zu einer entsprechenden Genauigkeit des Leistungsinhalts drängen. War ein Sklave *generaliter* (ohne Angabe von Namen, Eigenschaften oder Fähigkeiten) vermacht, dann ist als Wille des Testators anzunehmen (*accipiatur*), dass weder der wahlberechtigte Legatar den besten noch der wahlberechtigte Erbe den schlechtesten leisten darf. Als *optimus servus* wird genannt ein *actor*, d. h. ein Vermögenverwalter; als Freigelassener konnte er zum *procurator* aufsteigen. Der Verwalter eines Landgutes (*vilicus*) war ihm untergeordnet. *Pessimus* (oder *vilissimus*) *servus* war insbesondere ein diebischer Sklave oder ein anderer (etwa rebellischer oder korrupter), den man lieber nicht haben als dass man ihn haben wollte. Kein *pessimus* (wenngleich minderwertig) war ein *vispellio* (Leichenbestatter) oder ein zu anderen ekligen Tätigkeiten gezwungener Sklave (*turpis homo*). Der mit einem Freilassungsfideikommiss belastete Sklave war nicht erfüllungstauglich, der mit einer Noxalhaftung beschwerte war minderwertig. Justinian bestätigte diese aus drei Digestenstellen hervorgehenden Ergebnisse in Erlässen aus den Jahren 530/531, wonach die *mediocritas* zu befolgen und eine Sache *mediae aestimationis* zu leisten ist. Ob beim Vermächtnis von verbrauchbaren Sachen die geschuldete Qualität nach der Verbrauchsgewohnheit des Testators oder seiner Region zu bestimmen ist, war den Quellen zufolge kontrovers. Vorzuziehen ist die bejahende Ansicht.

Nach neuzeitlichen Zivilrechtskodifikationen ist – inhaltlich übereinstimmend – eine Sache von mittlerer Beschaffenheit zu leisten. Statt dieser positiven Formulierung ist die negative präziser, wonach die geschuldeten Stücke

nicht unter der mittleren Qualität sein dürfen. Die Erfüllung von Gattungsvermächtnissen soll sich zuweilen nach den Bedürfnissen oder Verhältnissen des Bedachten richten. Der geschuldete Gegenstand kann danach von überdurchschnittlicher Qualität sein. Den wertvollsten Gegenstand darf der Legatar jedoch (entgegen gelegentlicher Gesetzesvorschriften) jedenfalls dann nicht wählen, wenn dadurch berechnigte Interessen des belasteten Erben beeinträchtigt würden.

Andreas Wacke
Universität zu Köln
andreas.wacke@uni-koeln.de

**«Quia simile est, quasi perdituro pecuniam sciens credideris»
(D. 17.1.12.11, Ulp. 31 ad ed.)**

1. In un noto passo di Ulpiano in materia di mandato, tratto dal trentunesimo libro del suo commentario all'editto, è presente una frase che suscita delle perplessità, non essendo chiaro il suo significato:

D. 17.1.12.11 (Ulp. 31 ad ed.): *Si adulescens luxuriosus mandet tibi, ut pro meretrice fideiubeas, idque tu sciens mandatum susceperis, non habebis mandati actionem, quia simile est, quasi perdituro pecuniam sciens credideris. Sed et si ulterius directo mandaverit tibi, ut meretrici pecuniam credas, non obligabitur mandati, quasi adversus bonam fidem mandatum sit.*

Il giurista severiano contempla il caso seguente: un adolescente lussurioso aveva dato mandato ad un soggetto di fare una fideiussione a favore di una meretrice. Il mandatario non avrebbe avuto a disposizione l'*actio mandati contraria*: il caso era infatti analogo («*quia simile est*»)¹ a quello in cui un tale avesse prestato del denaro, sapendo che il mutuatario lo avrebbe sperperato («*perdituro*»)². Ma anche se – afferma Ulpiano – il minore avesse dato mandato direttamente di prestare denaro alla meretrice non sarebbe stato obbligato, come se il mandato fosse stato conferito contro la buona fede.

Si tratta quindi di due fattispecie in cui l'*adulescens luxuriosus*³ non risul-

¹ La frase «*simile est quasi*» non è estranea alle fonti, trovandosi in altri due luoghi: Cic. *Ad Att.* 1.16.10: ... *quid? hoc simile est? inquam 'quasi in aperto dicas fuisse?' ...*; Pomp. *Atell. Fragm.* 74: *Simile est, quasi cum in caelo fulgit propter lunam Lucifer.*

² Sul termine «*perdituro*», v. Ch.G. Wenzel, *Disputatio juridica de pecunia statim perdituro credita, ex l. 12 §. 11. D. Mandati*, Lipsiae 1715, 8: «*Vocabulum Perdituro quod attinet, illud a verbo perdere descendit, quod mihi heic idem est, ac bona sua turpiter dataque opera dissipare aut consumere. ... Ideoque Leges de Perdituro mentionem facientes hominem indignant prodigum, atque luxuriosum.*».

³ Secondo S.A. Fusco, «*Adulescens luxuriosus*». Ulp. *D. 17.1.12.11 – ein Mandat contra bonos mores?*, in D. Norr, Sh. Nishimura (Hrsg.), *Mandatum und Verwandtes. Beiträge zum römischen und modernen Recht*, New York, London, Paris, Tokyo, Hong Kong, Barcelona, Budapest 1993, 403 ss., seguito da A. Maffi, «*Adulescentes*» e meretrices fra Plauto e la giurisprudenza, in E. Cantarella, L. Gagliardi, *Diritto e teatro in Grecia e a Roma*, Milano 2007, 224, l'adolescente lussurioso sarebbe un *filius familias*. Tuttavia, tale tesi è senz'altro da escludere non solo perché non vi è alcun cenno nel testo ad un *filius familias* ma solo ad un *adulescens*, ma perché nel passo viene esclusa l'*actio mandati*, né si può pensare che l'azione si intendesse nei confronti del *pater*, dato che nella seconda parte del testo si esclude che l'*adulescens* fosse obbligato per il mandato («*non obligabitur mandati*»), segno evidente che non si stava

tava obbligato con l'*actio mandati contraria*⁴: mandato di prestare fideiussione nel primo caso⁵; mandato di credito nel secondo⁶. La giustificazione è diversa: «*quia simile est, quasi perdituro pecuniam sciens credideris*»⁷ nel primo caso; «*quasi adversus bonam fidem mandatum sit*» nel secondo.

Tralasciando la seconda fattispecie, che pure risulta interessante nella giustificazione della negazione del vincolo per il minore⁸, ciò su cui vorrei soffermar-

riferendo affatto ad un *filius familias*. Escludono che si tratti di un *filius familias*, tra gli altri, J.J. Hallebeeck, *Si ob stuprum datum sit, cessat repetitio. The palingenesis of an early responsum*, in ZSS. 112, 1995, 408; A.J.B. Sirks, *Luxuriosus: Losbol, Zwelger, Dandy?*, in Aa.vv., *Viva vox iuris Romani, Essays in honour of Johannes Emil Spruit*, Utrecht 2002, 262; F. Musumeci, «*Uti quaeque res erat, animadvertam*». Protezione editale dei minori e mezzi pretori adottati per la sua attuazione, in *Studi per Giovanni Nicosia* 5, Milano 2007, 473 nt. 80; Id., *Protezione pretoria dei minori di 25 anni e ius controversum in età imperiale*, Torino 2013, 196 nt. 84; A. Wacke, *In pecuniam ludere: Die Rechtsfolgen verbotener Glücksspiele nach dem prätorischen Edikt*, in ZSS. 135, 2018, 321 s. nt. 206. L. Pasetti, *Tre momenti del dialogo tra retorica e diritto in età imperiale*, in C. Buzzacchi, I. Fagnoli [a cura di], *Il diritto allo stato puro? Le fonti giuridiche romane come documento della società antica*, Milano 2021, 290, invece, non esclude che si possa trattare di un figlio di famiglia.

⁴ Non sono affatto d'accordo con C. Herreros González, *Las meretices romanas: mujeres libres sin derechos*, in *Iberia* 4, 2001, 115, secondo cui dal passo si evincerebbe che in caso di fideiussione, per mandato, a favore di una meretrice il fideiussore non avrebbe contratto alcuna obbligazione («Ulpiano también recoge la norma de que ser fiador de una meretriz por mandato equivale a no ser fiador, a no contraer ningún tipo de obligación y por lo tanto, no estar obligado hacia la meretriz»). Nel passo, infatti, non solo si prende in considerazione la fattispecie particolare in cui la fideiussione era stata fatta su incarico di un mandante adolescente lussurioso qualora il mandatario fosse stato *sciens* (in mancanza di *scientia* è da supporre, invece, che avrebbe potuto agire contro il mandante), ma viene semplicemente esclusa la possibilità da parte del fideiussore che avesse pagato al creditore di agire mediante *actio mandati contraria* contro il mandante, lasciando quindi inalterata la validità della fideiussione.

⁵ È probabile che la fideiussione fosse relativa ad un mutuo concesso da un terzo alla meretrice. In tal senso, v., tra gli altri, A. Guarino, *Mandatum credendi*, Napoli 1982, 73; Fusco, «*Adulescens luxuriosus*» cit. 404; Hallebeeck, *Si ob stuprum* cit. 405; Musumeci, «*Uti quaeque res erat, animadvertam*» cit. 474; Id., *Protezione pretoria* cit. 196.

⁶ M. Talamanca, *La bona fides nei giuristi romani. 'Leerformel' e valori dell'ordinamento*, in L. Garofalo (a c. di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea* 2, Padova 2003, 231, evidenziava come vi fosse «un'inversione nell'ordine logico della trattazione, vale a dire di discutere prima del *mandatum a fideiubere* e poi di quello a *credere*».

⁷ Il «*quasi*» non è da collegare a «*perdituro*» – come sembra fare il Maffi, «*Adulescentes*» cit. 224 – ma a «*credideris*», come giustamente ha evidenziato il Musumeci, *Protezione pretoria* cit. 198 nt. 88.

⁸ Molti ritengono che il riferimento alla buona fede presente nel testo andrebbe letto come *bonos mores* (v., per tutti, G. Beseler, *Textkritische Studien*, in ZSS. 53, 1933, 25, che riteneva però l'intera parte finale non genuina; V. Arangio-Ruiz, *Il mandato in diritto romano. Corso di lezioni svolto nell'Università di Roma nell'anno 1948-1949*, Napoli 1949, rist. anast. 1965, 107 s.; Guarino, *Mandatum credendi* cit. 74 ss.). Secondo il Talamanca, *La bona fides* cit. 232:

mi è la frase posta a fondamento del mancato riconoscimento dell'*actio mandati contraria* della prima fattispecie.

Secondo il Bortolucci⁹ questa non sarebbe genuina, ma probabilmente una

«il *mandatum* è *adversus bonam fidem*, evidentemente perché *contra bonos mores*, anche se ciò non venga detto». V. anche S. Di Maria, *Cari e 'vecchi' boni mores. Primi spunti per una comparazione diacronica*, in *Historia et Ius* 20, 2021, 8, «il mandato è nullo perché contrario alla *bona fides*, essendone l'oggetto *contra bonos mores*». Favorevole alla genuinità del riferimento alla *bona fides* anche A. Watson, *Contract of Mandate in Roman Law*, Oxford 1961, 90. S. Randazzo, *Mandare. Radici della doverosità e percorsi consensualistici nell'evoluzione del mandato romano*, Milano 2005, 175 s. Il Fusco, «*Adulescens luxuriosus*» cit. 389 ss., tuttavia, ha evidenziato come, da un confronto con altri testi (Gai 3.157; D. 17.1.6.3 [Ulp. 31 *ad ed.*]; D. 17.1.22.6 [Paul. 32 *ad ed.*]; I. 3.26.7), un mandato *contra bonos mores* fosse diverso rispetto al caso in questione, in cui risulterebbe difficile intravedere, a suo avviso, una *causa turpis*. Egli ritiene, pertanto, che il minore fosse in realtà un figlio di famiglia e che, con tale mandato, si sarebbe aggirato il sc. Macedoniano: la *fraus legi* avrebbe portato il mandato ad essere contrario alla *bona fides* e quindi invalido. Tuttavia, la ricostruzione del Fusco, se pure suggestiva, non può essere accolta, in quanto nel testo non vi è alcun elemento che possa far pensare che l'*adulescens* fosse un figlio di famiglia (sul punto, v. *supra*, nt. 3). Tuttavia, la circostanza, evidenziata dal Fusco, che non si tratti di una *causa turpis*, e che quindi non ci si trovi di fronte ad un mandato *contra bonos mores*, risulta convincente (in tal senso, v. anche T.A.J. McGinn, *Prostitution, Sexuality, and the Law in Ancient Rome*, New York 1998, 23. Secondo il Wacke, *In pecuniam ludere* cit. 321 s. nt. 206, troppo semplicemente il Fusco esclude che si tratti di contrarietà ai *boni mores*. Secondo lo studioso, infatti, ci si sarebbe aspettati proprio come giustificazione l'essere contrario alla morale, in quanto permettere a un giovane ozioso di condurre una vita dissoluta a credito violerebbe, a suo avviso, certamente i *boni mores*; tuttavia, lo studioso sostiene che una violazione della buona fede fosse sufficiente perché l'*actio mandati* non avesse successo, perché apparteneva ai *bonae fidei iudicia*, ed è per questo motivo che Ulpiano si sarebbe accontentato di questo modo di esprimersi. La contrarietà alla buona fede è, a mio avviso, rinvenibile nella consapevolezza, da parte del mandatario, che l'*adulescens* avrebbe sperperato il suo denaro, in quanto di sicuro non avrebbe proceduto, una volta rimborsato il denaro dato a mutuo mediante l'*actio contraria*, a rivalersi nei confronti della meretrice. Alcuni però ritengono che in questa fattispecie mancherebbe la *scientia* del terzo: v., per tutti, Arangio-Ruiz, *Il mandato* cit. 108; Musumeci, «*Uti quaeque res erat, animadvertam*» cit. 475; Id., *Protezione pretoria* cit. 198. Tra coloro che invece sostengono che anche in questa seconda fattispecie venisse considerata la *scientia* del mandatario, v. Guarino, *Mandatum credendi* cit. 74; Randazzo, *Mandare* cit. 174; Wacke, *In pecuniam ludere* cit. 322 nt. 207, 24. Sul punto, v. anche *infra*, § 4 e nt. 84.

⁹ G. Bortolucci, *Il Mandato di credito*, in *BIDR.* 28, 1915, 183: «Il periodo segnato tra parentesi quadre è forse un'aggiunta (glossema postclassico?)». Favorevoli alla non genuinità del testo, tra gli altri, v. Beseler, *Textkritische Studien* cit. 25, che riteneva la frase una sciocchezza, perché colui che prestava denaro ad uno scialacquatore avrebbe avuto comunque un diritto pienamente valido («*Quia – credideris* ist Unsinn, shon deshalb, weil *qui perdituro pecuniam creditit* selbstverständlich einen vollgültigen Darlehensanspruch hat»); H. Siber, *Schuldverträge über sittenwidrige Leistungen*, in *Studi in onore di P. Bonfante* 4, Milano 1930, 121 e nt. 50, secondo cui «dass es 'a fonds perdu' gegeben und deshalb nicht rückforderbar sei ... ist gewiss nicht römische Anschauung» (p. 121 nt. 50).

glossa postclassica. Per lo studioso, infatti, il mandato sarebbe stato comunque nullo per l'obiettivo immoralità dell'oggetto, a prescindere da qualsiasi consapevolezza del mandatario. Tuttavia, come ha efficacemente messo in luce il Sanfilippo, «la critica testuale del Bortolucci non persuade»¹⁰. La *scientia* del mandatario, infatti, è prevista anche nella stessa fattispecie analizzata («*idque tu sciens mandatum susceperis*») ed è presupposta come condizione per la negazione dell'*actio mandati*; pertanto, la decisione risulterebbe sempre fondata sulla *scientia* del mandatario, anche eliminando la frase «*quia simile ... credideris*», con la conseguenza che, qualora il mandatario fosse stato *ignorans* gli sarebbe stata riconosciuta l'*actio mandati contraria*¹¹. Inoltre, come evidenziato dal Siber¹² e dall'Arangio-Ruiz¹³, nel testo non viene dichiarata l'invalidità del contratto, ma soltanto l'impossibilità da parte del mandatario *sciens* di poter agire contro il mandante per il rimborso di quanto versato¹⁴ («*non habebis mandati actionem*»)¹⁵.

¹⁰ C. Sanfilippo, *Corso di diritto romano. Il mandato. Parte I*, Catania 1947, ora in *Rivista di diritto romano* 4, 2004, 19.

¹¹ In tal senso, Sanfilippo, *Corso di diritto romano* cit. 19 s. Secondo lo studioso si tratterebbe di un'*actio mandati utilis* («precisamente di un'*actio ficticia 'ac si utile mandatum esset'*»), dato che «l'*actio mandati* sarebbe stata in ogni caso esclusa dalla nullità obbiettiva del contratto» (p. 20). L'ipotesi non mi persuade. A ben guardare, infatti, il mandato di prestare fideiussione ad una meretrice non mi pare si possa considerare di per sé come un atto nullo per immoralità dell'oggetto, e ciò a prescindere dalle reali intenzioni dell'adolescente lussurioso (magari un eventuale compenso larvato sotto forma di fideiussione) e dalla 'professione' della debitrice. D'altronde, la nullità del contratto di mandato non è sancita dal testo, in cui si legge invece che il mandatario *sciens* «*non habebis mandati actionem*», cioè era solamente esclusa la possibilità di agire contro il minore.

¹² Siber, *Schuldverträge* cit. 121.

¹³ Arangio-Ruiz, *Il mandato* cit. 107 s.

¹⁴ In tal senso, v., tra gli altri, Hallebeck, *Si ob stuprum* cit. 408; Musumeci, «*Uti quaeque res erat, animadvertam*» cit. 474 nt. 83; Id., *Protezione pretoria* cit. 197 nt. 87, secondo il quale «se il mandato fosse stato davvero nullo, nemmeno il mandatario *ignorans* avrebbe dovuto avere la possibilità di esperire l'*actio mandati contraria* (possibilità la cui esistenza si desume, invece, implicitamente dal nostro testo)»; inoltre, secondo l'autore, la circostanza che viene accostato questo particolare mandato ad un mutuo fatto al minore dissipatore, sulla cui validità non vi sono dubbi, dimostrerebbe che anche il mandato fosse valido. Per l'invalidità del mandato, v. Guarino, *Mandatum credendi* cit. 74; Talamanca, *La bona fides* cit. 232; Randazzo, *Mandare* cit. 168 ss. (il quale parla di «radicale inesistenza dell'obbligazione» [p. 168] e di «radicale nullità, in quanto il contratto è certamente invalido» [p. 170]).

¹⁵ Secondo il Musumeci, «*Uti quaeque res erat, animadvertam*» cit. 474 nt. 83, 476; Id., *Protezione pretoria* cit. 197 nt. 87, 199, l'espressione alluderebbe ad una *denegatio actionis* nei confronti del mandatario dell'*actio mandati contraria*, così come troviamo nel passo gaiano D. 4.4.27.1 (Gai. 4 ad ed. prov.) (per il testo v. *infra*, in questo stesso paragrafo).

2. Escludendo il carattere insiticio della frase «*quia simile ... credideris*»¹⁶, ci si chiede, in particolare, che cosa intendesse Ulpiano con tale espressione.

Secondo il Musumeci¹⁷, la frase farebbe riferimento ad un mutuo effettuato ad un adolescente sperperatore. Secondo lo studioso, Ulpiano avrebbe accostato il mandato a *fideiubere* a favore di una meretrice al mutuo fatto al minore nella consapevolezza che fosse scialacquatore¹⁸.

In effetti tale ipotesi sembrerebbe trovare esplicita conferma in un testo di Gaio:

D. 4.4.27.1 (Gai. 4 *ad ed. prov.*): *Si pecuniam, quam mutuam minor accepit, dissipavit, denegare debet proconsul creditori adversus eum actionem. ...*

Il giurista, nel commentario all'editto provinciale, afferma che, qualora il

¹⁶ Non è totalmente da escludere che nel testo vi siano delle mende formali. Secondo il Siber, *Schuldverträge* cit. 121, che ritiene l'intero inciso insiticio (v. *supra*, nt. 9), la frase avrebbe dovuto essere «*quia similis es ei, qui perdituro pecuniam sciens crediderit*»; secondo il Talamanca, *La bona fides* cit. 233, il testo avrebbe subito delle modifiche formali, limitandosi a segnalare «*crediderit*» al posto di «*credideris*». Secondo il Randazzo, *Mandare* cit. 171, invece, «questa parte di D. 17.1.12.11 non sembra presentare anomalie tali da far dubitare della sua genuinità», anche se, a proposito dell'inciso, in altro luogo (p. 169 nt. 23), sembra essere più incerto: «è possibile ... che l'aggiunta sia dello stesso giurista, anche se non credo si possa escludere che questo passo sia stato complessivamente riassemblato, sia pure su materiali probabilmente ulpiane».

¹⁷ F. Musumeci, *Quod cum minore... gestum esse dicitur*. Formulazione editale e sua concreta attuazione in età imperiale, in *RH.* 84, 2006, 520 nt. 32; Id., «*Uti quaeque res erat, animadvertam*» cit., 474 s. nt. 83; 476 nt. 84; Id., *Protezione pretoria* cit. 197 nt. 87, 198 e ntt. 87 s.

¹⁸ In tal senso, v. anche, tra gli altri, A. Faber, *Rationalia in tertiam partem Pandectarum* 3, Lugduni 1663, 37; W.A. Lauterbach, *Collegii theoretico-practici*, Tubingae 1726, 633 (il quale era dell'avviso che si trattasse di un adolescente, sulla base di D. 4.4.24.4 [Paul. 1 *sent.*], e che la conferma che fosse escluso il maggiore d'età si potesse rinviene in D. 15.3.3.6 [Ulp. 29 *ad ed.*]. In questo testo, che riguarda un mutuo fatto da uno schiavo per comprare cose lussuose al *dominus*, però manca la *scientia* del creditore e la qualità di *perditurus* del *dominus*); Randazzo, *Mandare* cit. 169 (il quale parla di «giovane prodigo»); Maffi, «*Adulescentes*» cit. 224 (secondo il quale la frase, così come l'intero brano, farebbe riferimento ad un *filius familias*); S. Di Maria, *La responsabilità dell'erede nel diritto romano dei contratti* 1, Torino 2020, 81 nt. 7; Ead., *Cari e 'vecchi' boni mores* cit. 8.

Riguardo alla *ratio* della decisione ulpiana, secondo il Fusco, «*Adulescens luxuriosus*» spec. 404, poiché l'adolescente sarebbe – a suo avviso – un *filius familias*, entrerebbe in gioco il *Sc. Macedonianum*. Il Maffi, «*Adulescentes*» cit. 224, che è dell'avviso, al pari del Fusco, che il passo faccia riferimento ad un *filius familias*, non ritiene, a differenza sua, che la *ratio* della soluzione ulpiana si fondi su una frode al *sc. Macedonianum*: «la *ratio*, che sottende la soluzione del giurista, consiste nell'esigenza di rafforzare la tutela preventiva del patrimonio paterno contro il rischio derivante da spese del figlio per una causa turpe». Tuttavia, si tratta di una mera illazione non confortata dal dato testuale, non essendovi alcuna traccia nel passo che possa far pensare ad un sottoposto. Sul punto, v. anche *supra*, nt. 3.

minore avesse dissipato il denaro dato a mutuo, il proconsole avrebbe dovuto denegare l'azione al creditore contro il minore¹⁹.

Tuttavia, dei dubbi su tale interpretazione vi sono. A ben guardare, infatti, nel testo ulpiano vi è una particolarità che non compare in quello di Gaio: il riferimento alla *scientia* del creditore. Gaio infatti sostiene che si dovesse denegare l'azione, senza affatto considerare la consapevolezza del creditore, cosa che invece per Ulpiano sembra essere un dato indispensabile, senza il quale non vi sarebbe stato il mancato riconoscimento dell'azione²⁰. Si potrebbe pensare che la soluzione di Gaio fosse isolata; tuttavia, un testo di Papiniano porta ad escludere tale ipotesi:

D. 46.3.95.3 (Pap. 28 *quaest.*): *Quod volgo iactatur fideiussorem, qui debitori heres extitit, ex causa fideiussionis liberari, totiens verum est, quotiens rei plenior promittendi obligatio invenitur. Nam si reus dumtaxat fuit obligatus, fideiussor liberabitur. E contrario non potest dici non tolli fideiussoris obligationem, si debitor propriam et personalem habuit defensionem: nam si minori viginti quinque annis bonae fidei pecuniam credidit isque nummos acceptos perdidit et intra tempora in integrum restitutionis decessit here-de fideiussore, difficile est dicere causam iuris honorarii, quae potuit auxilio minori esse, retinere fideiussoris obligationem, quae principalis fuit et cui fideiussoris accessit sine contemplatione iuris praetorii. Auxilium igitur restitutionis fideiussoris qui adulescenti heres extitit, intra constitutum tempus salvum erit.*

¹⁹ Su tale tipologia di tutela pretoria, che si andava aggiungere ai rimedi tradizionali dell'*in integrum restitutio* e dell'*exceptio*, v., per tutti, Musumeci, «*Uti quaeque res erat, animadvertam*» cit. 470 ss.; Id., *Protezione pretoria* cit. 194 ss. Secondo lo studioso, in tal caso, la mancata menzione dell'*exceptio* troverebbe giustificazione nel fatto che, di fronte alla richiesta avanzata da parte del mutuante, il minore «si limitava unicamente a rilevare di non essere in condizione di restituire tale denaro avendolo dissipato ... Si comprende, perciò, che un rinvio al giudice mediante l'*exceptio* non sarebbe stato qui necessario» (Id., «*Uti quaeque res erat, animadvertam*» cit. 471 nt. 76; Id., *Protezione pretoria* cit. 195 nt. 80. Sulle varie forme di tutela al minore, v., per tutti, sempre Musumeci, «*Uti quaeque res erat, animadvertam*» cit. 443 ss.; Id., *Protezione pretoria* cit.

²⁰ Lo stesso Musumeci, «*Uti quaeque res erat, animadvertam*» cit. 479 nt. 92; Id., *Protezione pretoria* cit. 201 s. nt. 98, mette in evidenza questa discrasia tra le fonti, ipotizzando che Ulpiano o avesse una tesi meno intransigente di quella di Gaio, oppure che avesse indicato la *scientia* del mutuante «solamente perché nel brano in oggetto, il confronto che egli intendeva operare era proprio con il caso – da cui prendeva le mosse – del mandatario anche lui *sciens*: ed è allora evidente che, in questa seconda ipotesi, nulla impedisce di pensare che la sua posizione fosse, in generale, radicale quanto quella di Gaio e che, perciò, egli negasse l'azione al mutuante pure con riguardo al caso in cui questi non fosse stato *sciens*». Questa seconda ipotesi non convince. Nonostante infatti Ulpiano stesse considerando il caso del mandatario *sciens*, l'indicazione della *scientia* anche nel caso del mutuante non può essere giustificata se non dalla sua necessità al fine della soluzione. Per quanto riguarda la prima ipotesi, v. quanto riferito *infra*, in questo stesso paragrafo.

Papiniano sta analizzando l'ipotesi in cui il fideiussore fosse diventato erede del debitore principale e dell'eventuale confusione che ne sarebbe conseguita. La parte che a noi interessa è quella in cui il giurista prende in considerazione il caso in cui ad un minore di venticinque anni si fosse prestato denaro «*bonae fidei*»²¹ e quello lo avesse perso («*isque nummos acceptos perdidit*») e, entro il tempo in cui avrebbe potuto chiedere la *in integrum restitutio*, fosse morto e il fideiussore fosse diventato suo erede.

L'*in integrum restitutio* del minore avrebbe portato verosimilmente non alla restituzione di quanto avuto dal creditore – non essendo di grande ausilio per il minore – ma semplicemente all'estinzione dell'atto, senza che il minore dovesse restituire quanto ottenuto, avendolo perso. Il minore, quindi, avrebbe potuto porre nel nulla il negozio, anche qualora il creditore fosse stato in buona fede, che è presumibilmente da intendersi che non fosse consapevole della minore età del debitore²². Escludei invero che la buona fede fosse relativa alla non consapevolezza che il minore fosse dedito a sperperare denaro²³: nel passo, infatti, viene semplicemente riferito come il minore avesse perso il denaro, a prescindere da una sua eventuale specifica predisposizione a perderlo. Ritengo, invece, che la stessa minore età fosse di per sé idonea a considerare il soggetto come generalmente propenso a perdere il denaro²⁴.

Per Papiniano quindi il minore avrebbe avuto tutela in caso di prestito di denaro anche qualora il creditore non fosse stato *sciens* non solo della sua specifica propensione a sperperare il denaro, ma anche della sua maggiore età²⁵.

²¹ Verosimilmente «*bonae fidei*» sta per «*bona fide*» (in tal senso, v. R.G. Pothier, *Le Pandette di Giustiniano* 8, ed. it., Venezia 1830, 136 nt. 4). Non vedo, infatti come il riferimento alla buona fede possa riferirsi al minore (minore di buona fede) né tantomeno al denaro (denaro di buona fede).

²² In tal senso, v., tra gli altri, M. Colamonico, R. Zingarelli, *Le garanzie delle obbligazioni. Lezioni di diritto romano*, Napoli 1897, 179; C. Jiménez Salcedo, *Efectos extintivos de la confusión en las relaciones jurídicas en derecho romano*, Madrid 2017, 68; Ead., *Reflections about confusion as means of extinction of obligations guaranteed by bond*, in *Ius Romanum* 1, 2021, 388. Il Musumeci, «*Uti quaeque res erat, animadvertam*» cit. 477 nt. 86, 479 nt. 92; Id., *Protezione pretoria* cit. 199 nt. 90 e 202 nt. 98, appare cauto nel ritenere che nel testo si stesse considerando un compratore in buona fede: «Ad esso [= provvedimento restitutorio] infatti fa, in particolare, esplicito riferimento Papiniano in D.46.3.95.3 ... , dove il giurista considera forse il caso in cui il mutuante era in buona fede; «Va infine notato che Papiniano, in D.46.3.95.3 (28 *quest.*) ammette la protezione del minore che aveva scialacquato il denaro ricevuto dal mutuante (sembrebberne) in buona fede» (Id., *Protezione pretoria* cit. 202 nt. 98; Id., «*Uti quaeque res erat, animadvertam*» cit. 479 nt. 92).

²³ In tal senso, v. invece Pothier, *Le Pandette di Giustiniano* 8 cit. 136 nt. 4.

²⁴ Sul punto, v. *infra*, § 3.

²⁵ Verrebbe però, a questo punto, da chiedersi come mai Papiniano specificasse che il prestito era fatto in buona fede se le conseguenze sarebbero state le stesse anche in sua mancanza. È probabile che il giurista avesse voluto specificare, per dissipare i dubbi, che anche qualora il creditore non sapesse che il soggetto a cui stava prestando il denaro fosse minore di età le conseguenze sarebbero state le stesse.

Vi è inoltre un passo di Paolo, che sembra confermare quanto riscontrato in Gaio e Papiniano:

D. 4.4.24.4 (Paul. 1 *sent.*): *Restitutio autem ita facienda est, ut unusquisque integrum ius suum recipiat. Itaque si in vendendo fundo circumscriptus restituetur, iubeat praetor emptorem fundum cum fructibus reddere et pretium recipere, nisi si tunc dederit, cum eum perditurum non ignoraret: sicuti facit in ea pecunia, quae ei consumpturo creditur, sed parcius in venditione, quia aes alienum ei solvitur, quod facere necesse est, credere autem non est necesse. Nam et si origo contractus ita constitit, ut infirmanda sit, si tamen necesse fuit pretium solvi, non omnimodo emptor damno adficiendus est.*

Il giurista, dopo aver enunciato la regola secondo cui la *restitutio* doveva essere fatta in modo tale che ciascuno recuperasse integralmente il suo diritto, prende in considerazione la *restitutio* a un minore²⁶ *circumscriptus* in una vendita di un fondo, in cui il pretore avrebbe ordinato al compratore di restituire il fondo con i frutti e di recuperare il prezzo, a meno che lo avesse pagato non ignorando che il minore fosse uno sperperatore («*cum eum perditurum non ignoraret*»²⁷)²⁸, così come – e questa è la parte che maggiormente ci interessa – avveniva riguardo al denaro dato in prestito a quello che fosse scialacquatore («*sicuti facit in ea pecunia, quae ei consumpturo creditur*»). Viene sottolineato poi che si sarebbe dovuto procedere con maggiore moderazione nella vendita,

²⁶ Che si tratti di un minore si evince chiaramente dai precedenti paragrafi, che riguardano appunto la *restitutio* in caso di atti del minore. In tal senso, v., per tutti, Musumeci, *Protezione pretoria* cit. 39 e nt. 33. Sembra che per il Sirks, *Luxuriosus* cit. 264, si tratti di un minore figlio di famiglia, avendo sottolineato che il prezzo non poteva essere recuperato dal *pater familias* del minore: «Had de koper echter geweten, toen hij de koopsom gaf, dat de *minor* het geld zou uitgever, dan kreeg hij de prijs niet terug (van de *pater familias*)». Tuttavia, non c'è nulla che faccia pensare ad un *alieni iuris*.

²⁷ Il Wacke, *In pecuniam ludere* cit. 325, sembra scorgere una differenza tra il sapere (*scio*), che troviamo nel testo ulpiano, e il 'non ignorare' (*non ignoro*) del testo di Paolo: nel primo caso si tratterebbe di dimostrare una cosa positiva; nel secondo una cosa negativa. Tuttavia, come è riscontrabile dalle fonti (v., ad es., D. 42.8.25 [Ven. 8 *interd.*]; D. 47.6.5 [Marc. 8 *dig.*]), i due termini vengono utilizzati come sinonimi.

²⁸ Sembrerebbe che Gaio non consideri la *scientia* del compratore come elemento rilevante per la mancata restituzione del prezzo da parte del minore: D. 4.4.27.1 (Gai. 4 *ad ed. prov.*): ... *item ex diverso si minore pretio quam oportet vendiderit adulescens, emptor quidem iuberi debet praedia cum fructibus restituere, iuvenis autem eatenus ex pretio reddere, quatenus ex ea pecunia locupletior est*. Egli infatti pone come condizione per la restituzione del denaro la circostanza che il minore «*locupletior est*», con la conseguenza che, qualora non si fosse arricchito, avendo perduto o malamente consumato il denaro, non avrebbe dovuto restituire il denaro, a prescindere dalla consapevolezza del compratore riguardo alla qualità di scialacquatore del minore.

poiché viene pagato un debito, che è necessario fare, mentre il prestito non è necessario («*sed parcius in venditione, quia aes alienum ei solvitur, quod facere necesse est, credere autem non est necesse*»). Infine, si legge che anche se l'origine del contratto fosse tale da doverlo rendere inefficace, qualora fosse necessario pagare il prezzo, il compratore non avrebbe dovuto subire il danno in ogni caso.

Il testo, dunque, analizzando una particolare fattispecie (compravendita ad un minore *circumscriptus*), presenta un riferimento al mutuo fatto ad uno sperperatore²⁹, in maniera del tutto simile al passo ulpiano. A differenza di quest'ultimo, però, non troviamo nel testo paolino l'esplicita menzione della consapevolezza da parte del mutuante. Si potrebbe pensare che ci sia un implicito richiamo – sorretto da «*sicuti*» – al «*non ignoraret*» che troviamo in precedenza, in relazione alla compravendita; cioè si potrebbe ipotizzare che nel testo si volesse far presente che, nella compravendita, così come nel mutuo, qualora colui che avesse dato il denaro al minore sapesse della sua indole a sperperare, non avrebbe avuto indietro il denaro³⁰. A ben guardare, però, c'è un dato che mi porta ad escludere tale ipotesi. Nella seconda parte del testo, infatti, viene sottolineata la differenza di trattamento che doveva essere riservata alla compravendita rispetto al mutuo («*parcius*»). Ora mi chiedo: questa maggiore moderazione che si doveva avere al riguardo in che cosa consisteva? Nella prima parte del testo, infatti, viene fatto un chiaro distinguo a seconda che il compratore ignorasse o

²⁹ Secondo il Sirks, *Luxuriosus* cit. 265, non è chiaro se il riferimento al mutuo sia nei confronti di un minore («en uit de tekst blijkt niet of deze een *minor* moet zijn of niet»), anche se nella traduzione che egli fa del testo leggiamo che il prestito era fatto a un minore: «zoals dit het geval is met geld dat hij leent aan een minderjarige die van plan is het uit te geven». Io sono dell'avviso che la frase «*sicuti facit in ea pecunia, quae ei consumpturo creditur*» faccia riferimento al minore, così come la fattispecie relativa alla compravendita, come si può evincere dal paragone che Paolo fa tra i due negozi – affermando che «*parcius in venditione*» –, che si giustifica solo se si riferiscono entrambi al minore. Ritengono che si tratti di minore, tra gli altri, Lauterbach, *Collegii* cit. 633; Musumeci, *Protezione pretoria* cit. 39.

³⁰ Favorevole a tale ipotesi sembra essere il Musumeci, «*Uti quaeque res erat, animadvertam*» cit. 479 nt. 92; Id., *Protezione pretoria* cit. 202 nt. 98, il quale la pone in alternativa a quella della posizione analoga a Gaio: «la mancanza di un espresso riferimento alla esistenza, nel mutuante, della consapevolezza circa il successivo sperpero del denaro da parte del minore potrebbe, certo, accostare la sua posizione a quella di Gaio. C'è da dire, però, che anche lui muoveva dalla considerazione del caso in cui chi aveva dato il denaro al minore (e cioè il compratore) era stato consapevole del fatto che questi lo avrebbe, di lì a poco, sperperato («*cum eum perditutum non ignoraret*»), sicché, potrebbe pure pensarsi che nel tratto «*sicut facit – consumpturo creditur*» il giurista, per coerenza, intendesse fare ugualmente riferimento, seppure in via implicita, alla esistenza nel mutuante di una analoga consapevolezza». Favorevole alla *scientia* del mutuante è anche il Sirks, *Luxuriosus* cit. 265: «Uit de vergelijking met de verkoop door een *minor* mogen we een hiervan weten bij de uitlener veronderstellen».

meno l'indole del minore: solo nel primo caso avrebbe potuto riavere il denaro; mentre nel secondo lo avrebbe inevitabilmente perso. Pertanto, se si ritiene che anche nel mutuo al minore vi fosse questa distinzione, non vedo in che cosa potesse consistere questa differenza di trattamento tra i due negozi giuridici³¹.

3. Dall'analisi dei testi si riscontra quindi che in caso di prestito fatto al minore, questi, qualora avesse perso o sperperato il denaro, non sarebbe stato costretto a restituirlo, a prescindere dalla consapevolezza o meno del creditore della sua propensione allo sperpero. Si potrebbe però pensare che Ulpiano avesse una posizione personale diversa dagli altri giuristi³². Tuttavia, questa ipotesi sembra non collimare con quanto leggiamo in un altro suo testo:

D. 4.4.7.2 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Sed et si ei pecunia a debitore paterno soluta sit vel proprio et hanc perdidit, dicendum est ei subveniri, quasi gestum sit cum eo. Et ideo si minor convenit debitorem, adhibere debet curatores, ut ei solvatur pecunia: ceterum non ei compelletur solvere.*

Qui il giurista ci riferisce che se a un minore fosse stato dato del denaro in pagamento da parte di un debitore paterno o proprio, e lo avesse perso, sarebbe stato soccorso, come se si fosse contratto con quello³³. E se il minore avesse convenuto il debitore avrebbe dovuto far intervenire i curatori, affinché gli venisse pagata la somma di denaro, altrimenti il debitore non sarebbe stato costretto ad adempiere.

³¹ È da escludere che la differenza consistesse nella richiesta di una prova più rigorosa della consapevolezza del maggiore d'età nella compravendita rispetto al mutuo. Non credo, inoltre, che ci si stesse riferendo al fatto che nella compravendita il pretore dovesse valutare in modo più rigoroso la *circumscriptio* (dato che, sempre nelle *sententiae* pauline riportate nei *Digesta* – D. 4.4.24.1 [Paul. 1 *sent.*] – veniva richiesta comunque una *manifesta circumscriptio*) o se effettivamente ci fosse stato un danno per il minore. Secondo il Musumeci, *Protezione pretoria* cit. 39 s. nt. 35, la differenza starebbe nel fatto che nella compravendita il minore avrebbe dovuto restituire ciò che ancora non era stato consumato a differenza del mutuo. Tuttavia, anche nel caso del mutuo il minore avrebbe dovuto restituire quanto non consumato, come dimostrerebbe D. 4.4.27.1 (Gai. 4 *ad ed. prov.*).

³² Questa è una delle ipotesi formulate dal Musumeci, «*Uti quaeque res erat, animadvertam*» cit. 479 nt. 92; Id., *Protezione pretoria* cit. 201 s. nt. 98. Sul punto, v. *supra*, nt. 30.

³³ «Una soluzione che può forse sorprendere, ma è l'unica consentita dalla lettera del testo. Non sembra infatti interessare i nostri giuristi il modo in cui quel credito riscosso sia stato dilapidato dal minore: neppure vi è cenno ad un '*gestum*' con altri che sia stato causa del detrimento patrimoniale e che renda la controparte soggetta a *restitutio in integrum*» (E. Stolfi, *Studi sui «Libri ad edictum» di Pomponio 2. Contesti e pensiero*, Milano 2012, 271 nt. 100). V. anche quanto evidenzia il Musumeci, *Protezione pretoria* cit. 40 nt. 37: «Quello del minore che godeva della protezione pretoria avendo dissipato il denaro ricevuto dal debitore doveva essere un caso in pratica assai frequente: a tal punto che si rese necessario adottare delle misure che servissero a premunire contro una simile evenienza».

Nonostante la fattispecie analizzata da Ulpiano sia diversa dal prestito di denaro, tuttavia possiamo ricavare un dato significativo: il minore che avesse sperperato il denaro ricevuto ad estinzione di un debito sarebbe stato tutelato a prescindere dalla consapevolezza del debitore della sua propensione a sperperare. Ora, se consideriamo che il pagamento di un debito, essendo un atto necessario, dovrebbe essere valutato in misura più rigorosa rispetto al prestito di denaro – stando a quanto abbiamo visto in D. 4.4.24 –, ne consegue che anche per il prestito di denaro secondo Ulpiano non avrebbe dovuto essere necessaria la conoscenza da parte del mutuante che il minore fosse uno sperperatore.

Ciò sembra trovare conferma in un altro testo ulpiano:

D. 4.4.11.6 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Item quaeritur, si minor adversus minorem restitui desiderat, an sit audiendus. et Pomponius simpliciter scribit non restituendum. Puto autem inspiciendum a praetore, quis captus sit: proinde si ambo capti sunt, verbi gratia minor minori pecuniam dedit et ille perdidit, melior est causa secundum Pomponium eius, qui accepit et vel dilapidavit vel perdidit.*

Ulpiano, qui, dopo aver riferito l'opinione di Pomponio, che negava la *restitutio* al minore nei confronti di un altro minore, sostiene che invece il pretore dovrebbe verificare chi si fosse ingannato («*quis captus sit*»)³⁴, in modo che, qualora entrambi si fossero ingannati («*si ambo capti sint*»), come ad esempio nel caso in cui il minore avesse dato denaro ad un altro minore e questi lo avesse perso, sarebbe stata migliore la situazione, conformemente a quanto osservato da Pomponio, di colui che avesse ricevuto il denaro e lo avesse dilapidato o perso («*qui accepit et vel dilapidavit vel perdidit*»).

³⁴ In tema di *restitutio in integrum* a favore del minore, il riferimento a *capio* è frequente: v., ad es., D. 4.4.3.3-4 e 7 (Ulp. 11 *ad ed.*); D. 4.4.11.3-5 (Ulp. 11 *ad ed.*); D. 12.2.9.4 (Ulp. 22 *ad ed.*). V. M. Brutti, *Le violenze politiche e il valore del passato. Un'ipotesi su Giulio Paolo*, in *AUPA*. 63, 2020, 74: «L'espressione 'minor captus' è assai ampia. Indica certamente una lesione, un pregiudizio, ma prima una situazione di sviamento (che la *facilitas*, la leggerezza dell'adolescente favorisce). Il dolo della controparte o di un terzo può agire ed essere determinante, ma non è indispensabile». In tal senso, v. già H. Ankum, *Le minor captus et le minor circumscriptus en droit romain classique*, in *Liber amicorum. Études offertes à Pierre Jaubert*, Bordeaux 1992, 35 ss., spec. 42. Per il Musumeci, *Protezione pretoria* cit. 69, il termine faceva «allusione – in via del tutto generica – e al pregiudizio nel quale il minore era incorso e al condizionamento da questi subito nel suo processo decisionale: a un condizionamento, però, che poteva pure provenire dall'altrui condotta astuta e non, come altri ha ritenuto, soltanto dalla sua inesperienza». Da D. 4.4.11.4, mi pare risulti chiaramente che il termine *captus* si riferisse ad un inganno dovuto a quella «*inconsulta facilitas*», che per lo stesso Ulpiano, e per Pomponio prima di lui, avrebbe portato alla *restitutio ob aetatem*. Non sarebbe altro che «una mancanza di consiglio, di saggezza, di prudenza, il che è conseguenza della sua età» (R.-Th. Troplong, *Del mandato della fidejussione e delle transazioni. Commenti dei Tit. XIII, XIV e XV del Lib. III del Cod. Civ.*, ed. it., Napoli 1847, 31).

Anche se nel testo non si parla esplicitamente di denaro dato a mutuo, è verosimile che si faccia riferimento proprio ad esso³⁵. In questo caso, il minore che avesse perso il denaro ricevuto sarebbe stato tutelato nei confronti delle pretese del creditore, pure se minore. Anche qui non viene fatto alcun riferimento alla consapevolezza o meno di colui che avesse dato il denaro riguardo alla propensione a sperperare di chi lo avesse ricevuto. Anzi, il fatto che il minore che aveva dato il denaro fosse *captus* («*si ambo capti sint*») fa arguire che non sapesse affatto della propensione del minore accipiente.

A ben riflettere, inoltre, sembrerebbe che quest'ultimo non necessariamente dovesse avere tale propensione: nel testo infatti viene semplicemente ipotizzato che il minore avesse perso il denaro («*et ille perdidit*»), ben potendolo fare a prescindere da una specifica propensione allo sperpero³⁶, come dimostrerebbe la chiusa, in cui vengono fatte le ipotesi della perdita in senso stretto («*vel perdidit*») e dello sperpero («*vel dilapidavit*»)³⁷.

Ad ulteriore conferma che per Ulpiano, in caso di mutuo al minore, questi era comunque tutelato, può porsi un altro suo testo:

D. 4.4.7.1 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Proinde si emit aliquid, si vendidit, si societatem coit, si mutuam pecuniam accepit, et captus est, ei succurretur.*

Il giurista sta elencando una serie di atti realizzati dal minore – comprare o vendere qualcosa, costituire una società – tra cui appunto prendere a mutuo del denaro («*si mutuam pecuniam accepit*»), che, qualora si fosse ingannato («*si captus est*»), avrebbero portato ad un suo soccorso.

³⁵ Musumeci, «*Quod cum minore... gestum esse dicitur*» 519 nt. 30; Id. *Protezione pretoria* cit. 38 nt. 32; 203 nt. 100. Anche a voler negare il riferimento specifico al mutuo, si deve riconoscere che questo rientrerebbe comunque tra le ipotesi previste nel testo.

³⁶ Che il minore non fosse tenuto alla restituzione in caso di mutuo, a prescindere da una particolare propensione allo sperpero si evince da un altro passo: D. 4.4.34 pr. (Paul. 1 *resp.*): *Si minor viginti quinque annis filio familias minori pecuniam credit, melior est causa consumentis, nisi locupletior ex hoc inveniatur litis contestatae tempore is qui accepit.* Anche qui vi sono due minori, ma il mutuatario è un *filius familias*, il quale non doveva restituire nulla, salvo quanto ancora non avesse dissipato al momento della *litis contestatio*. Che in questo caso non trovasse applicazione il sc. Macedoniano lo si deduce chiaramente da D. 22.6.9 (Paul. lib. *sing. de iur. et de fac. ignor.*): ... *si minor viginti quinque annis filio familias crediderit, subvenitur ei, ut non videatur filio familias credidisse*; v. anche D. 14.6.3.2. Non sono quindi d'accordo con il Musumeci, *Protezione pretoria* cit. 189 nt. 67, 203 nt. 100, secondo cui, invece, nel caso in cui il mutuatario *filius familias* fosse stato *minor* avrebbe trovato applicazione il sc. Macedoniano, «salvo il caso in cui si riscontrasse al momento della *litis contestatio* un arricchimento del mutuatario in conseguenza del prestito ricevuto (p. 189 nt. 67). La soluzione prevista in D. 4.4.34 pr., infatti, risulta del tutto analoga a quella di D. 4.4.11.6., in quanto anche in questo caso, qualora il mutuatario non avesse del tutto sperperato il denaro, avrebbe certamente dovuto restituire il residuo.

³⁷ Sul significato di tali termini, v. Musumeci, *Protezione pretoria* cit. 36 nt. 26.

Ora, il «*captus est*» riferito ad una accettazione di denaro a mutuo è a mio avviso da intendersi nel senso che il minore avesse preso a mutuo del denaro e lo avesse consumato ‘*male*’³⁸, non avendo utilizzato quel denaro assennatamente, come, ad esempio, per acquistare un fondo ad un giusto prezzo³⁹. Sarebbe stato quindi soccorso anche, verosimilmente, qualora avesse sperperato il denaro. Soccorso consistente nella non restituzione del denaro preso in prestito. Non vi è alcun riferimento, anche qui, alla *scientia* del mutuante.

Per Ulpiano dunque il minore che avesse preso il denaro e poi lo avesse perso avrebbe ricevuto tutela a prescindere dalla sua propensione allo sperpero e, a maggior ragione, dalla conoscenza di questa da parte di colui che gli avesse dato il denaro. D'altronde, lo stesso giurista⁴⁰, nel considerare la possibilità di reintegro in caso di accettazione di eredità non lucrosa, riteneva che il minore dovesse garantire la restituzione di ciò che gli fosse pervenuto dall'eredità e non fosse andato perduto «*per aetatis inbecillitatem*», segno evidente che la perdita delle cose fosse dovuta non ad una propensione specifica allo sperpero, ma alla debole capacità di giudizio tipica dell'età.

4. Ci si chiede, a questo punto, per quale motivo sia presente la parola «*sciens*» nella frase «*quasi perdituro pecuniam sciens credideris*» di D. 17.1.12.11 e se effettivamente Ulpiano si stesse riferendo, con tale frase, al minore⁴¹.

³⁸ V. l'espressione «*male consumpsit*» che troviamo in D. 4.4.32 (Paul. 1 *quaest.*), a proposito del denaro ricevuto ad estinzione di un debito e speso dal minore.

³⁹ Che in tal caso il minore non sarebbe stato soccorso (nel senso di non dover più restituire il denaro) si evince chiaramente dal testo di Gaio, la cui parte iniziale abbiamo visto: D. 4.4.27.1 (Gai. 4 *ad ed. prov.*): ... *Quod si egenti minor crediderit, ulterius procedendum non est, quam ut iubeatur iuvenis actionibus suis, quas habet adversus eum cui ipse credidisset, cedere creditori suo. Praedium quoque si ex ea pecunia plura quam oporteret emit, ita temperanda res erit, ut iubeatur venditor reddito pretio recipere praedium, ita ut sine alterius damno etiam creditor a iuvene suum consequatur. Ex quo scilicet simul intellegimus, quid observari oporteat, si sua pecunia plura quam oportet emerit, ut tamen hoc et superiore casu venditor, qui pretium reddidit, etiam usuras, quas ex ea pecunia percepit aut percipere potuit, reddat, et fructus, quibus locupletior factus est iuvenis, recipiat. Item ex diverso si minore pretio quam oportet vendiderit adulescens, emptor quidem iuberi debet praedia cum fructibus restituere, iuvenis autem eatenus ex pretio reddere, quatenus ex ea pecunia locupletior est.*

⁴⁰ D. 4.4.7.5 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Sed et si hereditatem minor adiit minus lucrosam, succurritur ei ut se possit abstinere: nam et hic captus est. idem et in bonorum possessione vel alia successione. Non solum autem filius, qui se miscuit paternae hereditati, sed et si aliquis sit ex necessariis minor annis, simili modo restitutionem impetrabit, veluti si servus sit cum libertate institutus: dicendum enim erit, si se miscuit, posse ei subveniri aetatis beneficio, ut habeat bonorum suorum separationem. plane qui post aditam hereditatem restituitur, debet praestare, si quid ex hereditate in rem eius pervenit nec periit per aetatis inbecillitatem.*

⁴¹ Sembrerebbe che McGynn, *Prostitution* cit. 323, sia dell'avviso che Ulpiano non si stesse

Si è sostenuto che in tale espressione «si deve ritenere... sottinteso che il creditore abbia concluso il contratto in esecuzione di un incarico e che sia l'incaricante che l'incaricato fossero consci del fatto che il debitore avrebbe scialacquato il denaro»⁴². Tuttavia, la spiegazione non convince affatto. Sia dal punto di vista formale che sostanziale. Innanzi tutto, nella frase non vi è alcun riferimento ad un eventuale mandato a fare un mutuo. Certo, vi è la circostanza che nella fattispecie analizzata ci sia un mandato a prestare garanzia, ma nell'inciso è indicato un caso autonomo, oltre al fatto che un mandato di fare un mutuo è analizzato nella seconda fattispecie. Inoltre, in caso di mandato di credito, in cui il mandatario avesse accettato l'incarico, lo avrebbe fatto per compiacere il mandante e, a prescindere dalla consapevolezza o meno della solvibilità e dell'indole a scialacquare del debitore, ben avrebbe potuto rivolgersi al mandante; anzi, proprio in virtù della garanzia fornita da quest'ultimo sarebbe stato spinto ad accettare l'incarico. Inoltre, la consapevolezza del mandante che il terzo fosse uno scialacquatore a maggior ragione avrebbe dovuto comportare l'esperimento dell'*actio mandati contraria* da parte del mandatario contro il mandante.

Il Glück⁴³ riteneva che l'espressione si potesse riferire a chi avesse prestatato del

riferendo ad un minore: «Ulpian compares such behavior to the act of someone who knowingly lends money to a person about to squander» (v. anche quanto riportato nella traduzione della frase «quia ... credideris»: «The reason is that this case is like that of knowingly lending money to someone about to squander it»; oltre a Id., *Courtesans in the Roman legal sources*, in *The Roman courtesan. Archaeological reflections of a literary topos*, Roma 2018, 70: «Ulpian compares the situation of the person accepting such a mandate to that of a person knowingly lending money to someone about to squander it and denies the claim»). Il Wacke, *In pecuniam ludere* cit. 322 s., nel sottolineare l'ambiguità del linguaggio di Ulpiano («Dabei kann offenbleiben, ob mit *perditurus* selbiger im ersten Halbsatz genannter Heranwachsender, oder nicht vielmehr jeder beliebige verschwenderisch lebende Mensch gemeint ist» [p. 322]), ritiene che la frase faccia riferimento a chiunque, a prescindere dall'età (comprendendo quindi sia il minore che il maggiore d'età): «Das Alter des Geldempfängers ist unerheblich; ausschlaggebend ist seine dem Geber bekannte ausschweifende Lebensweise» (p. 323).

⁴² V. Calzavara, *Accessorietà e autonomia delle garanzie personali nel diritto romano*, Padova 2017 (tesi di dottorato) 181 [https://www.research.unipd.it/retrieve/e14fb26f-9ec0-3de1-e053-1705fe-0ac030/Calzavara_Valerio_tesi.pdf]. V., in tal senso, già il Watson, *Contract of Mandate* cit. 90.

⁴³ F. Glück, *Commentario alle Pandette* 11, Milano 1903, 549. Già il Wenzel, *Disputatio juridica* cit. 14 ss., faceva rientrare il mutuo *ad ludos*, in caso di *scientia* del mutuante, nella frase in questione, che, a suo avviso, esprimeva una regola generale. Anche il Wacke, *In pecuniam ludere* cit. 324, 332, fa rientrare nella frase il prestito fatto per giocare d'azzardo. Dubbiosa è P. Ziliotto, *Disciplina privatistica classica del gioco d'azzardo*, in *Teoria e Storia del Diritto Privato* 10, 2017, 13 nt. 36: «Amnesso che la parte finale del passo possa riferirsi (anche) al caso del prestito fatto a fini di gioco, il silenzio del testo spingerebbe però a credere che la pretesa del mutuante sarebbe stata paralizzata non già con una *denegatio actionis*, bensì con una *exceptio in alea gesti*, così come la pretesa del compratore evitto (Paul. 71 *ad ed.* D. 44.5.2.1)».

denaro al giocatore d'azzardo sapendo che lo avrebbe speso appunto per il gioco.

Tale tesi, se pure molto suggestiva, tuttavia, non mi convince del tutto. Nel testo, infatti, si parla di *perditurus*, cioè di un soggetto che avrebbe perso/sperperato il denaro ricevuto. Ora, se pure colui che avesse giocato d'azzardo avrebbe potuto sicuramente perdere tutto il denaro ricevuto a mutuo⁴⁴, non è detto che ciò avvenisse necessariamente, ben potendo invece vincere. Inoltre, credo che non bastasse sapere che il denaro sarebbe stato immediatamente consumato⁴⁵, ma fosse necessario che il mutuatario fosse uno sperperatore.

Certo, il gioco d'azzardo, salvo qualche eccezione⁴⁶, era vietato⁴⁷ e, stando anche la disposizione che escludeva la possibilità di agire da parte del compratore contro il venditore per evizione qualora sapesse che la vendita fosse finalizzata a giocare d'azzardo⁴⁸, ci si aspetterebbe che in caso di mutuo fatto a tal fine, quindi per realizzare qualcosa di vietato, sapendolo il mutuante, venisse esclusa la restituzione⁴⁹. Tuttavia, a meno che non si trattasse di un giocatore 'incallito', tanto da essere considerato uno sperperatore (*perditurus*), non credo che

⁴⁴ Il denaro perso al gioco, anche se passibile di ripetizione (sul punto, v. per tutti, Ziliotto, *Disciplina privatistica* cit. 13 ss.), era comunque nelle fonti indicato col verbo 'perdo': D. 17.2.59.1 (Pomp. 12 *ad Sab.*): *Quod in alea aut adulterio perdiderit socius ...*; C. 3.43.1 pr. (Iust., a. 529): *... Quidam enim ludentes nec ludum scientes, sed nominationem tantum, proprias substantias perdiderunt ...*

⁴⁵ Si pensi al caso in cui un soggetto chiedesse un prestito per fare una donazione a qualcuno che versasse in condizioni di povertà e il mutuante lo sapesse. Che il donare a qualcuno comportasse 'perdita' di denaro si evince chiaramente da D. 39.5.7 pr. (Ulp. 44 *ad Sab.*): *Filius familias donare non potest, neque si liberam peculii administrationem habeat: non enim ad hoc ei conceditur, libera peculii administratio, ut perdat.*

⁴⁶ Era ammesso giocare e scommettere riguardo a competizioni *virtutis causa*, cioè gare agonistiche che esaltavano la prestantza fisica degli atleti: il lancio dell'asta o del *pilum*, la corsa, il salto, la lotta e il pugilato (D. 11.5.2.1 [Paul. 19 *ad ed.*]: *Senatus consultum vetuit in pecuniam ludere, praeterquam si quis certet hasta vel pilo iaciendo vel currendo saliendo luctando pugnando quod virtutis causa fiat*). Sul punto, v., tra gli altri, G. Greco, *Ludi, sponsiones e autonomia privata*, in *Ludi universum gioco pubblico, sport e tempo libero* 1, 2016, 121 s.; Id., *Derive economiche, mentali e religiose in C. 3.43 (De aleae lusu et aleatoribus)*, in *teoria e Storia del Diritto Privato* 14, 2021, 5 ss.; A. Bottiglieri, *Le scommesse sui giochi virtutis causa in diritto romano*, in F. Fasolino, A. Palma (a c. di), *Il gioco nell'antica Roma. Profili storico-giuridici*², Torino 2018, 81 ss.

⁴⁷ Sembra fosse stato vietato da un *senatus consultum* (v. D. 11.5.1 [Paul. 19 *ad ed.*], per il testo v. *supra*, nota precedente) e dalle *leges Titia, Publicia* e *Cornelia* (D. 11.5.3 [Marcian. 5 *reg.*]: *In quibus rebus ex lege Titia et Publicia et Cornelia etiam sponsionem facere licet: sed ex aliis, ubi pro virtute certamen non fit, non licet*).

⁴⁸ D. 44.5.2.1 (Paul. 71 *ad ed.*): *Si in alea rem vendam, ut ludam, et evicta re conveniar, exceptione summovebitur emptor.*

⁴⁹ Il Wenzel, *Disputatio juridica* cit. 14 ss., riteneva che in caso di prestito finalizzato al gioco, o comunque ad attività illecite in generale, non fosse concessa l'azione per la ripetizione se il mutuante ne fosse stato a conoscenza.

si potesse far rientrare tra coloro che non avrebbero dovuto restituire il denaro consumato secondo quanto riferito da Ulpiano.

Ora, appare peculiare che il mutuante, per il semplice fatto che sapesse di prestare del denaro ad uno scialacquatore (*perditurus*), non potesse riaverlo nel caso in cui fosse andato perduto. Certo, se fosse stato prodigo, con conseguente interdizione e nomina del curatore⁵⁰, non ci sarebbero problemi, dato che la sua incapacità avrebbe portato ad una impossibilità di riavere il denaro qualora lo avesse consumato. Qui, però, non sembra che il *perditurus* fosse un soggetto dichiarato ufficialmente prodigo e appare assodato che l'eventuale interdizione avesse valore *ex nunc*⁵¹, senza che andasse ad inficiare gli atti precedentemente compiuti dal prodigo⁵².

Vediamo però se nelle fonti vi siano altri casi in cui la qualità di sperperatore venisse presa in considerazione, comportando delle conseguenze, a prescindere da un'eventuale dichiarazione di prodigalità.

Iniziamo da un passo di Ulpiano:

D. 15.3.10.6 (Ulp. 29 *ad ed.*): *Versum autem sic accipimus, ut duret versum: et ita demum de in rem verso competit actio, si non sit a domino servo solutum vel filio. Si tamen in necem creditoris, id est perdituro servo vel filio solutum sit, quamvis solutum sit, desinit quidem versum, aequissimum autem est de dolo malo adversus*

⁵⁰ Sul prodigo, v., per tutti, P. Domínguez Tristán, *El 'prodigus' y su condición jurídica en derecho romano clásico*, Barcelona 2000; F. Pulitanò, *Studi sulla prodigalità nel diritto romano*, Milano 2002.

⁵¹ Ciò sembra dedursi da un passo di Ulpiano (D. 12.1.9.5 e 7 [Ulp. 26 *ad ed.*]: *Idem erit, si a pupillo fuero sine tutoris auctoritate stipulatus, cui tutore auctore credidi: nam et tunc manebit mihi condictio ex numeratione. ... 7. Sed et si ei numeravero, cui postea bonis interdictum est, mox ab eo stipuler, puto pupillo eum comparandum, quoniam et stipulando sibi acquirit*), in cui il giurista sta discutendo della possibilità di agire tramite *condictio* per la restituzione del denaro dato a mutuo (anche se non viene espressamente indicato che si tratti di mutuo, mi sembra che non ci siano dubbi che si tratti di tale tipo di atto: in tal senso, v. Pulitanò, *Studi sulla prodigalità* cit. 101) in caso di *stipulatio* novativa non valida. Dopo aver preso in considerazione il caso del pupillo che avesse promesso *sine tutoris auctoritate* la somma ricevuta a mutuo con l'intervento del tutore, ritenendo che il creditore potesse agire mediante la *condictio* per la restituzione del denaro dato a mutuo, il giurista afferma che la stessa soluzione si sarebbe dovuta applicare nel caso in cui si fosse prestato del denaro a colui al quale successivamente fosse stata interdetta l'amministrazione dei beni e immediatamente dopo avesse stipulato.

⁵² In tal senso, v., tra gli altri, J. Voet, *Commentarius ad Pandectas* 4, Venetiis 1827, 213: *«at gesta a prodigo, patrimonium jam inutiliter consumente, antequam decretum praetoris est interpositum, adeoque interdictione vetustiora, rata ac firma maneant, nulla sub obtenta prodigalitatibus restitutione concedenda»*; Lomonaco, *Della condizione giuridica del prodigo* cit. 30 s.; Pulitanò, *Studi sulla prodigalità* cit. 104: *«Prima dell'interdictio ... il prodigus è ugualmente prodigo, ma i suoi atti sono validi sotto tutti i punti di vista. Solo dopo la pronuncia pretoria sarà possibile applicare regole precise alle disposizioni patrimoniali poste in essere»*.

patrem vel dominum competere actionem: nam et peculiaris debitor, si fraudulenter servo solverit quod ei debebat, non liberatur.

Nel testo il giurista severiano, dopo aver escluso la possibilità di agire con l'*actio de in rem verso* qualora il *dominus* avesse pagato un debito naturale al servo o al *filius*, analizza il caso in cui, in danno del creditore («*in necem creditoris*»), il *dominus/pater* avesse pagato ad un servo o un figlio scialacquatore («*perdituro servo vel filio*»). In tal caso, sebbene si fosse pagato e pertanto non fosse più riversato nel patrimonio, tuttavia il giurista ritiene *aequissimus* che contro il *pater* o *dominus* si potesse agire con l'*actio de dolo*⁵³. Infatti – si legge nella chiusa – anche il debitore peculiare che fraudolentemente avesse pagato al servo ciò che gli doveva non era liberato.

Vi erano quindi delle conseguenze dovute al fatto che il servo o il figlio fosse uno scialacquatore (e qui ovviamente non si poteva trattare di un vero e proprio prodigo, dato che erano persone *alieni iuris*): in particolare, il *dominus/pater*, che ovviamente sapeva dell'indole dello schiavo o del figlio, pagando a lui non si sarebbe comunque liberato dalla responsabilità nei confronti del creditore, che, dato il suo comportamento scorretto, avrebbe potuto agire *de dolo* contro di lui. Anche la seconda parte del passo, in cui viene preso in considerazione il caso debitore che avesse pagato «*fraudulenter*» ciò che avrebbe dovuto dare al servo, sembra possa far riferimento ad un servo scialacquatore e alla consapevolezza che fosse tale (come suggerisce il «*fraudulenter*») da parte del debitore.

Che la condizione di scialacquatore fosse presa in considerazione dal diritto a prescindere dalla prodigalità dichiarata, è riscontrabile in altri passi. Vediamo in materia di dote:

D. 23.3.73.1 (Paul. 2 *sent.*): *Manente matrimonio non perditurae uxori ob has causas dos reddi potest: ut sese suosque alat, ut fundum idoneum emat, ut in exilium vel in insulam relegato parenti praestet alimonia, aut ut egentem virum⁵⁴ fratrem sororemve sustineat.*

⁵³ Il riconoscimento dell'*actio de dolo* contro il *dominus/pater* è evidentemente giustificato dal fatto che non vi era possibilità, da parte del creditore, di poter agire *de peculio*, avendo lo schiavo speso tutto il patrimonio dato in gestione. Ciò è deducibile sia dal fatto che il servo o il figlio era *perditurus*, sia dalla circostanza che l'*actio de dolo* era sussidiaria, potendosi quindi esercitare solo in mancanza di altre azioni esperibili. Sul punto, v. T. Chiusi, *Die actio de in rem verso im römischen Recht*, München 2001, 181 s.

⁵⁴ Il Mommsen. sostituiva «*virum*» con «*filium ex alio viro*», in analogia con D. 24.3.20, in cui si legge «*liberis ex alio viro*» (Th. Mommsen, P. Krüger, *Iustiniani Digesta*¹⁶, Berlin 1954, 341 nt. 16). In tal senso, v. P. Bonfante, *Corso di diritto romano* 1. *Diritto di famiglia* (rist. cur. G. Bonfante, G. Crifò), Milano 1963, 457 nt. 1 e 458 («scorrettezza insostenibile»); J.F. Stagl, *Favor dotis. Die Privilegierung der Mitgift im System des römischen Rechts*, Wien, Köln, Weimar 2009, 198 s., 219 s. e nt. 1; R. Lambertini, *In tema di volontaria restituzione della dote*, in *Scritti per Alessandro Corbino* (a c. di I. Piro), Lecce 2016, 198 s.

Nel passo si legge che, in costanza di matrimonio, la dote poteva essere restituita alla moglie, che non fosse scialacquatrice («*non perditurae uxori*»), per una di queste cause: per alimentare sé e i suoi, per comprare un fondo idoneo, per prestare gli alimenti a un ascendente in esilio o relegato in un'isola, o per sostenere un figlio avuto da altro marito, un fratello o una sorella, che versassero in povertà⁵⁵.

Dal testo si ricava dunque che il presupposto per restituire la dote in costanza di matrimonio alla donna fosse la sua non propensione allo sperpero. Qualora cioè, pur in presenza di cause che permettevano la restituzione, la donna fosse 'perditura', la restituzione non era consentita.

Ciò trova conferma in un passo di Ulpiano:

D. 24.3.22.1 (Ulp. 33 *ad ed.*): *Si post solutum matrimonium filia familias citra patris voluntatem exactam communem dotem consumat, patri et viva ea et mortua actio superest, ut dos ipsi solvatur. quod ita verum est, si perditurae solvatur: ceterum si non perditurae et ex iustis causis soluta sit, non supererit actio. Sed mortuo patre nec eius heredes agent nec mulier.*

In questo testo viene presa in considerazione la fattispecie in cui una figlia di famiglia, dopo la cessazione del proprio matrimonio, avesse ottenuto la dote comune col padre («*exactam communem dotem*»)⁵⁶ senza il suo consenso e l'avesse poi consumata⁵⁷. Secondo Ulpiano, qualora la donna fosse stata una scialacqua-

⁵⁵ Nel testo non viene menzionato il pagamento di un debito della donna, che invece troviamo nell'elencazione che fa Paolo (D. 24.3.20 [Paul. 7 *ad Sab.*]: *Quamvis mulier non in hoc accipiat constante matrimonio dotem, ut aes alienum solvat aut praedia idonea emat, sed ut liberis ex alio viro egentibus aut fratribus aut parentibus consuleret vel ut eos ex hostibus redimeret, quia iusta et honesta causa est, non videtur male accipere et ideo recte ei solvitur: idque et in filia familias observatur*), ma evidentemente si deve ritenere ammesso. Anche per tale motivo, l'elenco non credo fosse propriamente tassativo (in tal senso, v., tra gli altri, Lambertini, *In tema di volontaria restituzione* cit. 199).

⁵⁶ Nelle fonti troviamo che la *dos profecticia* data dal *pater* a una *filia familias* era definita come *dos communis* della *filia* e del *pater*: v. D. 24.3.2.1 (Ulp. 35 *ad Sab.*): *Quod si in patris potestate est et dos ab eo profecta sit, ipsius et filiae dos est*; D. 24.3.3 (Paul. 7 *ad Sab.*): *... dote, quae communis est patris et filiae ...* V. anche D. 46.3.34.6 (Iul. 54 *dig.*): *... in causam dotis particeps et quasi socia obligationis patri filia esset*. Alcuni autori hanno ritenuto non genuino il concetto di *dos commune*: v., tra gli altri, S. Perozzi, *Istituzioni di Diritto Romano* 1, Roma 1928 (rist. anast. Roma 2002) 397 nt. 4; H.J. Wolff, *Zur Stellung der Frau im klassischen römischen Dotalrecht*, in *ZSS*, 53, 1933, 310 nt. 2. A favore della sua genuinità, v., tra gli altri, J. Baron, *Die Gesamtrechtsverhältnisse in Römischen Recht*, Marburg, Leipzig 1864, 392 ss.; A. Burdese, «*Dos patris et filiae communis*», in *Labeo* 5, 1959, 284 ss. («idea, rispondente alla valutazione sociale, di un comune interesse del padre e della figlia alla restituzione della dote» [p. 303]); M. Varvaro, *Studi sulla restituzione della dote* 1. *La formula dell'actio rei uxoriae*, Torino 2006, 249 nt. 693.

⁵⁷ Ritengo che la volontà contraria del padre non si riferisca semplicemente alla consumazione

trice («*si perditurae solvatur*»), al padre, viva o morta la figlia, sarebbe rimasta l'azione per la restituzione, mentre se la donna non fosse stata scialacquatrice, e si fosse pagato per una giusta causa, l'azione non sarebbe rimasta, e, in caso di morte del padre, non avrebbero potuto agire né i suoi eredi né la donna.

Il marito, quindi, che avesse restituito la dote alla moglie *perditura* non si sarebbe liberato dall'obbligo di restituzione, né avrebbe potuto recuperare in alcun modo il denaro che la donna avesse consumato.

Vediamo anche un passo di Modestino:

D. 26.7.32.3 (Mod. 6 *resp.*): *Item respondit, si minus a servo tutor percepit, quam bona fide ex fundo percipi potuit, ex eo, de quo pupillae sit obstrictus, quantum ex peculio servi servari possit, eidem tutori proficere debere, scilicet si non perdituro servo administrationem credidit.*

Il giurista analizza il caso in cui un tutore avesse affidato l'amministrazione di un fondo ad uno schiavo e questi non avesse percepito quanto richiedeva la buona fede: in tal caso il tutore avrebbe potuto prendere dal peculio del servo quanto avrebbe dovuto dare alla pupilla, a meno che non avesse affidato l'amministrazione ad un servo *perditurus* («*si non perdituro servo administrationem credidit*»)⁵⁸.

Occorre evidenziare che qui non si sta discutendo della responsabilità per colpa del tutore per ciò che un proprio sottoposto incaricato avesse fatto, dato che il tutore rispondeva comunque alla pupilla («*pupillae sit obstrictus*»)⁵⁹, ma

della dote da parte della figlia, bensì all'esazione della dote. Sappiamo, infatti, che per riscuotere la dote profetizia era necessario il consenso del padre e della *mulier, filia familias* (v., ad es., D. 24.3.2.1 [Ulp. 35 *ad Sab.*]: *Quod si in patris potestate est et dos ab eo profecta sit, ipsius et filiae dos est: denique pater non aliter quam ex voluntate filiae petere dotem nec per se nec per procuratorem potest. ...*; D. 24.3.3 [Paul. 7 *ad Sab.*]: *Non solum autem in exigenda, sed etiam in solvenda dote, quae communis est patris et filiae, utriusque voluntas exquiritur nec alter alterius deteriorem condicionem facere potest. sed si pecunia ad patrem pervenit, quam filia accepit, actio de dote utrisque tolletur*; D. 46.3.34.6 [Iul. 54 *dig.*]: *Si gener socero, ignorante filia, dotem solvisset, non est liberatus, sed condicere socero potest, nisi ratum filia habuisset ... et propemodum similis est gener ei, qui absentis procuratori solveret, quia in causam dotis particeps et quasi socia obligationis patri filia esset*), essendo la dote comune ad entrambi («*quae communis est patris et filiae*»), e non credo che, una volta dato il consenso, potesse il padre agire per avere la figlia dilapidato la dote. Per quanto riguarda la consumazione della dote come elemento della fattispecie, sappiamo da D. 24.3.3 che, qualora la dote fosse invece pervenuta al padre, l'azione di questo si sarebbe estinta («... *Sed si pecunia ad patrem pervenit, quam filia accepit, actio de dote utrisque tolletur*»).

⁵⁸ Non condivisibili sono i sospetti di interpolazione di A. Guarneri Citati, *Miscellanea esegetica I*, in *AUPE*, 37, 1924, 33 (dell'estr.), soprattutto riguardanti la frase finale da «*scilicet*», che egli riteneva essere segno distintivo di interpolazione.

⁵⁹ J. Vážný, *Un esempio dello svolgimento dottrinale classico: la responsabilità del tutore*, in *Atti del congresso internazionale di diritto romano (Bologna e Roma XVII-XXVII aprile*

del rapporto ‘interno’ tra lui e il suo servo: nel caso in cui avesse affidato l’amministrazione ad un *perditurus*, non avrebbe potuto rivalersi sul peculio del servo, il quale, quindi, non sarebbe stato responsabile della mala gestione. Anche se non è detto esplicitamente che il tutore fosse a conoscenza che lo schiavo fosse *perditurus*, credo sia implicito⁶⁰, anche in considerazione del fatto che si trattava del proprio schiavo⁶¹.

Analizziamo ora un altro passo, tratto dall’*ex Minicio* di Giuliano, in cui sembra ci fosse *ius controversum*:

D. 41.4.8 (Iul. 2 *ex Min.*): *Si quis, cum sciret venditorem pecuniam statim consumpturum, servos ab eo emisset, plerique responderunt eum nihilo minus bona fide emptorem esse, idque verius est: quomodo enim mala fide emisse videtur, qui a domino emit? Nisi forte et is, qui a luxurioso et protinus scorto datur pecuniam servos emit, non usucapiet.*

Viene esaminato il caso di un soggetto che avesse comprato degli schiavi da un venditore sapendo che questi avrebbe sperperato immediatamente («*statim con-*

MCMXXXIII) 2. Roma, Pavia 1935, 534, evidenziava come nel primo caso si tratterebbe di una responsabilità per *culpa*, in particolare una *culpa in eligendo* da parte del tutore, mentre nel secondo caso si tratterebbe di una responsabilità dolosa. Non sarei del tutto convinto, soprattutto per quanto riguarda la responsabilità per dolo. Certo, se il tutore, sapendo che il servo era un *perditurus*, gli avesse affidato comunque l’amministrazione del fondo ci sarebbe stata un *culpa in eligendo* talmente grave da essere quasi equiparata al dolo; ma la volontarietà di arrecare un danno alla pupilla, con la conseguenza che avrebbe comunque dovuto risarcirla, non mi sembra possa sinceramente ammettersi. Anche per quanto riguarda una sua responsabilità per colpa nutro dei dubbi. Potrebbe essere infatti che il tutore rispondesse semplicemente per il fatto di aver incaricato di amministrare una persona (in questo caso il servo, ma avrebbe potuto essere anche una persona *sui iuris*: v., ad es. D. 26.7.5.3 [Ulp. 35 *ad ed.*]), con la conseguenza di assumersi il rischio di tutto quanto avesse fatto tale persona, a prescindere da una sua *culpa in eligendo* (si pensi al caso in cui avesse scelto il miglior amministratore esistente e questi avesse comunque commesso degli errori nella gestione). Riteneva che in questo caso non ci fosse colpa del tutore J. Cuiacius, *In lib. VI. Responsorum Herennii Modestini*, in *Opera* 4, Pratii 1860, 1374 («... *quoniam tutor culpa vacat, cum, ut posuimus, strenuo homini et diligenti, non perdituro rem villicationis officium crediderit*»). Che in caso di delega della tutela a terzi – anche se in riferimento a terzi *sui iuris* – il tutore rispondesse non per colpa è dell’avviso R. Fercia, *La responsabilità per fatto di ausiliari nel diritto romano*, Padova 2008, 181 ss., secondo il quale la responsabilità si «connota come un’ipotesi di responsabilità fondata su un criterio oggettivo di attribuzione di essa» (p. 181).

⁶⁰ Sembra essere di tale avviso Vážný, *Un esempio* cit. 534, nel ritenere che vi fosse, in tal caso, una responsabilità dolosa del tutore (sul punto, v. *supra*, nota precedente).

⁶¹ Non credo che ci siano dubbi sul fatto che si tratti del proprio schiavo e non di uno schiavo altrui o facente parte del patrimonio della pupilla (in quest’ultimo caso, il tutore avrebbe comunque saputo, o dovuto sapere, che lo schiavo era *perditurus*).

sumpturum)⁶² il denaro ricevuto come prezzo. Molti («*plerique*») risposero che il compratore fosse comunque in buona fede. Segue un giudizio di approvazione – «*idque verius est*»⁶³ – con una spiegazione: come si può ritenere aver acquistato in mala fede colui che avesse comprato dal proprietario?⁶⁴ Nella chiusa vi è però una eccezione: qualora il compratore avesse acquistato i servi da un lussurioso che avesse dato immediatamente il denaro avuto dalla vendita ad una prostituta («*protinus scorto*⁶⁵ *datuto pecuniam*»), non vi sarebbe stata usucapione⁶⁶.

⁶² Mi sembra evidente che ci si stesse riferendo non ad una semplice consumazione del denaro (come potrebbe essere, ad esempio, il comprare qualche altra cosa o pagare i propri debiti), ma ad un '*male consumere*'. In tal senso, v. Riccobono, *Studi critici sulle fonti del diritto romano* 2, in *BIDR.* 7, 1894, 259 nt. 1.

⁶³ È del tutto verosimile che con l'espressione «*idque verius est*» iniziasse la nota di Giuliano alle parole di Minicio (in tal senso, v., tra gli altri, S. Riccobono, *Studi critici sulle fonti del diritto romano*. Βιβλία ἐξ *Julianus ad Minicium*, in *BIDR.* 7, 1894, 256; F.P. Bremer, *Iurisprudentiae Antehadrianae quae supersunt* 2.2, Lipsiae 1901, rist. anast. Roma 1967, 177) essendo tale opera, così come l'*ad Urseium Feroce* (sulla natura di tale opera, v. L. Parenti, *Urseius Ferox* 1. *Materiali per una palingenesi*, Lecce 2023, 125 ss.), un commento lemmatico. In tal senso, v. Riccobono, *Studi critici* cit. 226 ss.

⁶⁴ Secondo il Riccobono, *Studi critici* cit. 256 ss., tale spiegazione sarebbe una glossa marginale (p. 258), che conterrebbe «una asserzione gratuita, un malinteso» (p. 257), in quanto nel testo si stava discutendo di un acquisto *a non domino*. Tuttavia, si potrebbe ipotizzare che qui, trattandosi di un *servus*, si stia considerando un acquisto fatto *a domino*, ma senza le formalità della *mancipatio*. Oppure, ma forse è una forzatura, si potrebbe ipotizzare che nella frase fosse da intendersi nel senso non di chi compra *a domino*, ma di chi pensa di comprare *a non domino*.

⁶⁵ Secondo J.N. Adams, *Words for 'prostitute' in Latin*, in *Rheinisches Museum für Philologie* 126, 1983, 325, il termine '*scortum*' sarebbe usato spesso in un significato peggiorativo rispetto al termine *meretrix* per indicare la prostituta. In tal senso, v. anche B.E. Stumpp, *Prostitution in der römischen Antike*, Berlin 1998, 20; McGynn, *Courtesans* cit. 70. Sull'uso del termine *scortum* v., oltre a J.N. Adams, *Words for 'prostitute'* cit. 321 ss., F. Mencacci, *Scortum. La pelle, il sacco e la 'prostituta'*, in *Micrologus* 13, 2005, 91 ss.

⁶⁶ Secondo alcuni autori, la chiusa non conterrebbe una limitazione alla regola, ma, anzi, la confermerebbe, ragionando per assurdo. In tal senso, v., tra gli altri, G. Carozzi, *La vera teoria dei contratti discussa secondo la lettera e lo spirito del codice civile generale austriaco ed applicata ai casi di controversia più frequenti che nascono nelle private contrattazioni. Commentario teorico-pratico*, Milano 1824, 41 s.; Ph.-A. Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*⁵ 25, Bruxelles 1827, 351 (s.v. *Prodigue* §5); J. Voet, *Commentarius ad Pandectas* 2, Venetiis 1827, 267 («*Etenim verba posteriora non tam priorum restrictionem continent, aut quamdam exceptionem, sed magis praecedentium confirmationem*»); G. Lomonaco, *Della condizione giuridica del prodigo. Studi di giurisprudenza e legislazione comparata*, in *Il Filangieri*, 7, 1882, 31; Hallebeck, *Si ob stuprum* cit. 403 s.; Wacke, *In pecuniam ludere* cit. 318 s. Viene richiamato (in particolare dai i primi tre autori citati), a sostegno di tale tesi, il significato della frase, introdotta dallo stesso «*nisi forte et*», presente alla fine di un passo di Celso D. 33.10.7.2 (Cels. 19 dig.): ... *nisi forte et eos, qui loqui non possunt, conato ipso et sono quodam καὶ τῆ ἀνάγκῃ φωνῆ dicere existimamus*. Ma se in tale passo potrebbe anche ravvisarsi un significato confirmatorio, nel passo Giuliano non vedo come possa reputarsi tale. Mentre, infatti, considerare

Dunque, per Giuliano era rilevante, ai fini della buona fede del compratore, il fatto che il venditore fosse un lussurioso⁶⁷ che avrebbe speso il denaro con una meretrice. Anche se non è indicato espressamente, è da ritenere che sia implicita la *scientia* del compratore dell'indole del venditore⁶⁸. Se così non fosse, infatti, non vedo come il compratore ignaro potesse essere in mala fede. Inoltre, la mancata indicazione della *scientia* del compratore è giustificata dall'essere una eccezione a quella che era la 'regola' generale esposta nell'*incipit* del passo, che presupponeva appunto la conoscenza dell'*emptor* sulla immediata consumazione del denaro da parte del *vendor*.

Dal passo si possono evincere due dati. Il primo è che verosimilmente⁶⁹ alcuni giuristi ritenevano, a differenza di Minicio e Giuliano, che il compratore, se avesse saputo che il prezzo sarebbe stato immediatamente consumato dal venditore, fosse da considerare in mala fede⁷⁰; il secondo è che per Giuliano il

parole i suoni e le voci disarticolate dei muti può ritenersi effettivamente eccessivo – e quindi non è da escludere che Celso stesse ragionando per assurdo – non mi sembra la stessa cosa riguardo alla compravendita fatta con un lussurioso. In tal caso, infatti, rispetto ad un acquisto fatto con chi, in modo generico, sperpererà immediatamente il denaro, quello con un lussurioso che andrà a spendere subito il denaro con una prostituta potrebbe effettivamente avere delle connotazioni diverse (si pensi alla *turpitudō* di chi paga la prostituta), tali da considerarsi una limitazione alla regola appena pronunciata. Inoltre, negli altri due testi dei *Digesta* (D. 13.6.5.2 [Ulp. 28 *ad ed.*]; D. 32.52.4 [Ulp. 24 *ad ed.*]) in cui sono presenti le parole «*nisi forte et*», queste introducono una eccezione rispetto a quanto riferito precedentemente. Tra coloro che ritengono invece si tratti di un'eccezione, v. Wenzel, *Disputatio juridica* cit. 8; R.G. Pothier, *Le Pandette di Giustiniano* 5, ed. it, Venezia 1835, 565 nt. 1; Riccobono, *Studi critici* cit. 259 s.; McGinn, *Prostitution* cit. 323 ss.; Maffi, '*Adulescentes*' cit. 221; G. Rizzelli, *Sen. contr. 2.4 e la legislazione matrimoniale augustea. Qualche considerazione*, in *Index* 40, 2012, 286 nt. 58.

⁶⁷ Non mi sembra affatto condivisibile l'opinione di chi (v., tra gli altri, McGinn, *Prostitution* cit. 323; Maffi, '*Adulescentes*' cit. 221 s.) ritiene che qui Giuliano facesse riferimento ad un 'adolescente' lussurioso (per il Maffi, si tratterebbe addirittura di un *filius familias* adolescente: «Non è dunque tanto l'*adulescens luxuriosus* che potrà vendicare la proprietà degli schiavi malamente venduti, quanto piuttosto il suo *pater familias*» [p. 322]). Nel testo, infatti, non vi è alcun riferimento all'età del venditore.

⁶⁸ In tal senso, v., tra gli altri., McGinn, *Prostitution* cit. 323: «Knowledge on the part of the mandatary that the prospective debtor is a prostitute is to be inferred from the previous case»; Maffi, '*Adulescentes*' cit. 222: «Che vi fosse questa consapevolezza nell'acquirente di D. 41.4.8 sembra ricavabile altresì dal fatto che la destinazione della somma allo *scortum* appare semplicemente un caso particolare dell'ipotesi generale formulata nella prima parte del frammento».

⁶⁹ Ciò si evincerebbe dal «*plerique*» e dal «*verius est*». Tra i favorevoli all'esistenza di una tesi di alcuni giuristi differente da Giuliano, v. Riccobono, *Studi critici* cit. 258 s.; A. Wacke, *Circumscribere und dolus*, in *ZSS.* 94, 1977, 219 s.; Hallebeek, *Si ob stuprum* cit. 403 s. Questi ultimi due autori evidenziano come per questi giuristi fosse rilevante, ai fini dell'usucapione, oltre alla 'buona fede possessoria', 'la buona fede contrattuale'.

⁷⁰ Non è chiaro se lo «*statim consumpturum*» fosse riferito ad un'attività estemporanea oppure presupponesse che il venditore fosse dedito allo sperpero.

compratore sarebbe stato in mala fede qualora avesse saputo che il venditore era un lussurioso che avrebbe speso il denaro per una prostituta. Giuliano, quindi, faceva differenza tra il caso in cui il denaro venisse semplicemente consumato e quello in cui venisse speso per attività turpi, come il pagamento a una prostituta, da parte di chi, tra l'altro, fosse qualificato come lussurioso, quindi dedito a spese di tal genere⁷¹.

5. Da quanto abbiamo visto⁷², i giuristi prendevano in considerazione la qualità di scialacquatore (*perditurus*)⁷³, tra cui si può comprendere il lussurioso⁷⁴ (il

⁷¹ Viene da chiedersi se per Giuliano fosse rilevante, ai fini della buona fede per l'usucapione, la conoscenza che il denaro sarebbe stato usato per un'attività turpe o, piuttosto, che il venditore fosse un lussurioso e quindi dedito a sperperare il denaro. A mio avviso, per il giurista erano necessari entrambe i requisiti: non solo l'acquirente doveva essere lussurioso, ma avrebbe dovuto anche spendere immediatamente il denaro con una prostituta. Non bastava cioè che l'acquirente sapesse genericamente della qualità di lussurioso o comunque di *perditurus* del venditore, ma era necessario che si sapesse che il denaro ricevuto sarebbe stato speso subito per un'attività turpe, quale andare con una prostituta (ritengo sia da escludere che per Giuliano sarebbe stato lo stesso anche se il lussurioso avesse speso immediatamente il denaro per cose lussuose ed effimere anziché per una prostituta).

⁷² Vi sarebbe anche un altro testo in cui viene presa in considerazione un *perditurus*: D. 33.1.15 (Val. 7 *fideic.*): *Iavolenus eum, qui rogatus post decem annos restituere pecuniam ante diem restituerat, respondit, si propter capientis personam, quod rem familiarem tueri non posset, in diem fideicommissum relictum probetur et perdituro ei id heres ante diem restituisset, nullo modo liberatum esse: quod si tempus heredis causa prorogatum esset, ut commodum medii temporis ipse sentiret, liberatum eum intellegi: nam et plus eum praestitisse quam debuisset*. Qui viene preso in considerazione un fedecommesso sottoposto a termine, che l'erede aveva adempiuto prima del termine previsto a favore però di un *perditurus*. Ulpiano sostiene che, qualora il termine fosse stato inserito proprio in virtù del comportamento del fedecommisario, l'erede non sarebbe liberato, mentre se fosse stato apposto a favore dell'erede, questi sarebbe liberato, avendo pagato più di quanto avrebbe dovuto. Qui però la qualità di *perditurus* comportava delle conseguenze solo qualora fosse stata presa in considerazione dal testatore e avesse costituito il motivo per l'inserimento del termine, altrimenti il pagamento fatto, anche al *perditurus*, prima del termine sarebbe stato valido. Ed è da presumere che fosse valido anche in caso di consapevolezza da parte dell'erede. Ma si tratta, è opportuno evidenziarlo, di un adempimento di un obbligo a cui appunto si era tenuti, e non, come nel caso di D. 17.1.12.11, della costituzione di un mutuo, di cui si poteva fare a meno.

⁷³ Sono assolutamente in disaccordo con il Guarneri Citati, *Miscellanea* cit. 30, 33 e nt. 6, 36, secondo il quale la maggior parte delle volte i riferimenti che troviamo nelle fonti al *perditurus* sarebbero interpolati.

⁷⁴ Che il lussurioso fosse anche un dissipatore lo dice chiaramente Festo: Fest., sv. *Prodiguae hostiae* (L. 296): *Prodiguae hostiae vocantur, ut ait Veranius, quae consumuntur; unde homines quoque luxuriosi, prodigi*. Che, come dissipatore, potesse essere interdetto dall'amministrazione dei beni – e pertanto diventare vero e proprio *prodigus* sottoposto a *cura* – risulta, anche se relativamente ad una donna, da D. 27.10.15 pr. (Paul. 5 sent.): *Et mulieri, quae luxuriose vivit, bonis interdici potest*.

quale sembra essere connotato di una maggiore *turpitudō*⁷⁵), riconoscendo delle conseguenze che, da un lato, miravano a salvaguardare la loro posizione, evitando che le loro azioni potessero comportare un depauperamento patrimoniale, dall'altro venivano a punire in qualche modo, per una sorta di autoresponsabilità, chi, nonostante sapesse della condizione particolare del soggetto (*perditurus*), avesse comunque contratto con lui, esponendolo a rischi patrimoniali.

In questo quadro, troverebbe una sua giustificazione il riferimento di Ulpiano al mutuo fatto al *perditurus* sapendolo tale, che avrebbe comportato un'impossibilità ad agire contro di lui⁷⁶.

⁷⁵ Il lussurioso era spesso accostato al prodigo e considerato come una persona turpe. Era ritenuto persona vile e, come tale, non poteva, al pari del prodigo, agire *de dolo* contro chi conduceva una vita retta (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*); era da ritenersi corrotto ai fini dell'*actio servi corrupti* (D. 11.3.2: *vel luxuriosum vel contumacem fecit: quive ut stuprum pateretur persuadet*; 1. 4.6.23: *... item servi corrupti, quae competit in eum, cuius hortatu consiliove servus alienus fugerit aut contumax adversus dominum factus est aut luxuriose vivere coeperit* ...). V. anche gli accostamenti presenti in testi letterari, oltre al passo di Festo che abbiamo visto *supra*, nella nota precedente): Mart. Bracc. *Form. hon. vit.* 7.4: *Hac ergo mediocritatis linea continentiam observabis, ut nec voluptati deditus, prodigus et luxuriosus appareas nec avara tenacitate sordidus aut obscurus exsistas*; Macrob.*Sat.* 3.17.12: *... Adprime luxuriosus mihi videtur et prodigus cui haec tanta in epulis vel gratuita ponantur. ...*; Porph., *Epod.* 1.34: *... Nepotem autem Veteres prodigum ac luxuriosum dicebant, quia re vera soliores delicatiorisque vitae soleant esse, qui sub avo nutriantur*. Sulla differenza tra *luxuriosus* e *prodigus*, v. B. Sirks, *Der Playboy im römischen Recht*, in M.J. Schermaier, J.M. Rainer, L.C. Winkel (Hrsg.), *Iurisprudentia universalis. Festschrift für Theo Mayer-Maly zum 70. Geburtstag*, Köln, Weimar, Wien 2002, 714 s.

⁷⁶ Non contrasta con tale affermazione quanto si legge in D. 38.5.1.17 (Ulp. 44 *ad ed.*): *Si mutuum pecuniam libertus in fraudem patroni acceperit, an Faviana locum habeat, videamus. Et quod remedium in hoc est? Accepit mutuum: si quod accepit donavit, convenit eum patronus cui donavit libertus: sed accepit et prodegit: non debet perdere qui mutuum dedit, nec ei imputari, cur dedit*. Qui Ulpiano analizza il caso di un liberto che, in frode al *patronus*, avesse preso del denaro a mutuo dandolo in donazione o sperperandolo («*prodegit*»): nel primo caso il *dominus* avrebbe potuto agire con l'*actio Faviana* contro il donatario; nel secondo caso non avrebbe potuto agire contro il mutuante («*non debet perdere qui mutuum dedit*» dice Ulpiano), né questo sarebbe stato responsabile, perché aveva dato («*nec ei imputari, cur dedit*»). In tale fattispecie, infatti, non sembra che il liberto fosse uno sperperatore e, comunque, non risulta che il mutuante sapesse che il denaro sarebbe stato sperperato.

Secondo il Wacke, *In pecuniam ludere* cit. 327, qualora il mutuante avesse saputo che il mutuatario avrebbe subito speso il denaro, come nel caso di prestiti concessi allo scopo di partecipare a giochi d'azzardo, non avrebbe potuto chiedere la restituzione. Tale affermazione, però, andrebbe ridimensionata. Non bastava sapere che il denaro si sarebbe sperperato subito, ma era

Ciò non vuol dire, però, che i *perdituri* fossero equiparati ai *prodigi* in senso tecnico (a coloro cioè che era interdetta l'amministrazione dei beni) – gli atti compiuti da loro, infatti, erano validi –, ma semplicemente erano considerati comunque come una categoria di persone, in un certo senso, da salvaguardare, qualora fosse conosciuta la loro condizione da chi contraeva con loro.

Rimane da chiarire il motivo per cui Ulpiano avesse posto come *ratio* della decisione del mancato riconoscimento dell'*actio mandati contraria* il mutuo fatto scientemente ad un *perditurus*⁷⁷. Viene da domandarsi: cosa c'entra un mutuo con un mandato a prestare fideiussione? In realtà, a ben riflettere, una certa attinenza può scorgersi. Sia nel caso di mutuo sia in questo caso, il creditore (mandante o mutuante) effettuava un versamento di denaro e in entrambi i casi era uno sperperatore (*perditurus* o *adulescens luxuriosus*) a doverlo restituire. Pertanto, come nel caso di mutuo al *perditurus* non era possibile agire contro di lui qualora avesse sperperato tutto, nel momento in cui il mandatario avesse pagato, era come se l'*adulescens* avesse già sperperato il denaro, dato che a lui non era di fatto pervenuto alcunché, né, anche se fosse stato possibile⁷⁸, avrebbe

necessario a mio avviso che si fosse a conoscenza anche che il mutuatario fosse un soggetto dedito allo spreco, un *perditurus*. Secondo lo studioso (p. 323), inoltre, il prestito di denaro ad un soggetto che il mutuante sapeva essere *perditurus* era da considerare a confine tra prestito e donazione («Es handelt sich um eine unbenannte Zuwendung auf der Grenze zwischen Darlehen und Schenkung»). A suo avviso, infatti, per il mutuante era indifferente che il mutuatario restituisse o meno il denaro, configurandosi una remissione implicita o, quantomeno, una rinuncia all'azione: «Ob der Empfänger das Geld (freiwillig) irgendwann oder gar nicht zurückzahlt, ist dem Geber gleichermaßen recht. Aus dem einer Schenkung nahestehenden Verhalten folgert Ulpian einen stillschweigenden Regressverzicht, zumindest einen Klageverzicht. Die Wirkung dieses (*quasi*) rechtsgeschäftlichen Verzichts geht weiter als das bloße Risiko der Vermögenslosigkeit des Geldempfängers». Non sono d'accordo. La consapevolezza che il mutuatario fosse un *perditurus* non vuol dire necessariamente che il mutuante avesse rinunciato implicitamente all'azione, ben potendo invece cercare di ottenere quanto dato (almeno in parte), in considerazione anche del fatto che avrebbe potuto non sapere che nel caso in cui il mutuatario fosse *perditurus* e avesse perso il denaro ricevuto non avrebbe avuto azione contro di lui.

⁷⁷ Ci si chiede anche come mai Ulpiano per motivare la negazione dell'azione contro l'adolescente mandante avesse indicato il mutuo fatto 'scientemente' ad un *perditurus* adulto, anziché il mutuo fatto ad un'adolescente *perditurus*, per il quale non c'era bisogno, stando a quanto risulterebbe da D. 4.4.24.4, della *scientia* del mutuante per negare l'azione. Ritengo che la motivazione possa risiedere nel fatto che Ulpiano, da un lato, volesse riprendere il riferimento alla *scientia* della fattispecie analizzata, dall'altro, volesse proprio riferire quella che doveva essere una regola 'generale'.

⁷⁸ Mi domando se il minore avrebbe avuto un'azione contro la meretrice per richiedere il denaro eventualmente versato. L'unica azione di cui si può dubitare è l'*actio negotiorum gestorum*. In effetti, il fideiussore che fosse intervenuto non per mandato o *donandi animo* avrebbe potuto agire mediante *negotiorum gestio* contro il debitore (v., ad es., D. 3.5.4 [Ulp. 45 *ad Sab.*]; D. 3.5.5 [Ulp. 10 *ad ed.*]; D. 46.1.4 pr. [Ulp. 46 *ad ed.*]) e nelle fonti troviamo che, nel caso in cui un soggetto

voluto recuperarlo dalla meretrice, dato che i suoi scopi erano proprio quelli di ottenere i suoi favori⁷⁹.

avesse dato mandato ad un altro di gestire un affare di un terzo, quest'ultimo avrebbe potuto agire contro il mandante di *negotiorum gestio* (v., ad es., D. 3.5.20.3 [Paul. 9 *ad ed.*]; D. 3.5.27 [Iav. 8 *ex Cass.*]), da cui si evince che anche il mandante a sua volta avrebbe potuto agire contro il terzo. Tuttavia, poiché l'adolescente lussurioso aveva verosimilmente agito per ottenere i favori della meretrice e, quindi, in un certo qual modo, *donandi animo*, o come compenso per i favori della meretrice, non credo gli fosse riconosciuta l'*actio negotiorum gestorum contraria*.

⁷⁹ Resta da chiarire ancora un punto. Se il fideiussore che avesse pagato al creditore non aveva azione contro il mandante, avrebbe potuto in qualche modo recuperare la somma versata? Ci si chiede, in particolare, se avrebbe potuto agire nei confronti della meretrice (è da escludere che potesse agire nei confronti del creditore con una *condictio indebiti*, dato che la sua obbligazione era pur sempre valida). In un testo di Papiniano (D. 17.1.53 [Pap. 9 *quaest.*]: *Qui fide alterius pro alio fideiussit praesente et non recusante, utrosque obligatos habet iure mandati: quod si pro invito vel ignorante alterius mandatum secutus fideiussit, eum solum convenire potest qui mandavit, non etiam reum promittendi: nec me movet, quod pecunia fideiussoris reus liberetur: id enim contingit et si meo mandato pro alio solvas*), sembrerebbe che, in caso di fideiussione prestata su mandato di un terzo, il fideiussore avesse un'*actio mandati* anche contro il debitore, qualora questi fosse presente e non recusante («*praesente et non recusante*»), mentre non l'avrebbe avuta nel caso in cui il debitore non volesse o lo ignorasse («*pro invito vel ignorante*»). Ulpiano, invece, sembra avere un'opinione diversa, escludendo l'*actio mandati* contro il debitore principale – a meno che non fosse stato dato l'incarico anche da parte sua – senza fare alcuna distinzione: D. 17.1.21 (Ulp. 47 *ad Sab.*): *Cum mandatu alieno pro te fideiusserim, non possum adversus te habere actionem mandati, quemadmodum qui alienum mandatum intuitus spondit. sed si non utique unius, sed utriusque mandatum intuitus id fecerim, habebō mandati actionem etiam adversus te, quemadmodum, si duo mihi mandassent ut tibi crederem, utrumque haberem obligatum*. Se si esclude, quindi, la possibilità da parte del fideiussore di agire di mandato contro la meretrice, resta da chiarire se avesse potuto agire con l'*actio negotiorum gestorum contraria*. Certo, il fideiussore che pagava al creditore lo faceva in adempimento di una propria obbligazione. D'altronde, Papiniano in D. 17.1.53 sembra escludere che, in caso di mandato di terzi, il fideiussore potesse agire contro il debitore – salvo il caso in cui questi fosse presente e non recusante al momento della costituzione di garanzia –, come si evincerebbe dalla frase «*nec me movet, quod pecunia fideiussoris reus liberetur: id enim contingit et si meo mandato pro alio solvas*». Per quanto riguarda la parte finale in cui Papiniano pone il caso di chi pagasse per qualcuno su incarico di qualcun altro, nelle fonti troviamo in alcuni casi confermata l'impossibilità da parte di chi gestiva affari altrui su mandato di un altro di agire di *negotiorum gestio* contro il *dominus negotii* (cioè, ad es., è chiaramente desumibile da D. 3.5.20[21].3 [Paul. 9 *ad ed.*]), in altri, invece, si riconosce la possibilità di agire con entrambe le azioni (*actio mandati* contro il terzo e *actio negotiorum gestorum* contro l'interessato: v., ad es., D. 3.5.3.11 [Ulp. 10 *ad ed.*]). Sulla possibilità di agire con entrambe le azioni, v. G. Pacchioni, *Trattato della gestione degli affari altrui secondo il diritto romano e civile*, Milano 1915, 339 s.). L'apparente antinomia sembra possa risolversi ritenendo che l'*actio negotiorum gestorum* fosse concessa solo nel caso in cui il proposito del soggetto fosse stato quello di gestire un negozio altrui oltre quello di eseguire un mandato. «Probabilmente, quindi, il cumulo del mandato e della gestione si fondava sulla successione cronologica dei due rapporti: quando cioè il terzo avesse già formato il proposito di gestire e fosse sopraggiunto il mandato di un altro, esso non avrebbe eliminato la gestione. Se non vi fosse stato già il proposito di gestire, colui che compiva il negozio avrebbe avuto l'animo di eseguire il mandato e non avrebbe potuto avere l'*animus negotia aliena gerendi*» (L. Parenti, *Sul pagamento del fideiussore «debitoris nomine»*, in *Index* 35, 2007, 267

Viene da chiedersi a questo punto come mai per le due fattispecie piuttosto simili Ulpiano fornisca due motivazioni differenti⁸⁰. A mio avviso, la differenza

nt. 94. Sul punto, v. anche S. Solazzi, *Sulla gestione per conto d'altri*, in *RISG*. 56, 1922-1923, ora in *Scritti di diritto romano* 2, Napoli 1957, 527 ss.). Vi è invero un testo di Papiniano (D. 16.1.7 [Pap. 9 *quaest.*]), in cui al fideiussore che avesse avuto incarico da una donna di prestare garanzia per un terzo (si tratta del difensore del figlio assente della donna, come si evince dal passo precedente, D. 16.1.6 [Ulp. 29 *ad ed.*]) e che avesse pagato, di fronte alla mancata possibilità di recuperare dalla donna quanto sborsato (avendo quest'ultima, all'*actio mandati* del fideiussore, posto l'*exceptio senatus consulti Velleiani*), il giurista ritiene che non fosse iniquo riconoscere un'*actio negotiorum gestorum* contro il debitore, dato che la causa di mandato è invalidata dal *senatus consultum* e il debitore era stato liberato dalla *pecunia* del fideiussore («*sed non erit iniquum dari negotiorum gestorum actionem in defensorum, quia mandati causa per senatus consultum constituitur irrita et pecunia fideiussoris liberatur*»). Tuttavia, dei dubbi sulla possibilità di riconoscere la *negotiorum gestio* al mandatario/fideiussore del nostro testo vi sono. Qui, infatti, non è sulla base di un provvedimento normativo che viene esclusa la possibilità di agire di mandato, ma dalla consapevolezza che il mandante fosse un adolescente lussurioso. Vi era tuttavia un rimedio per il garante per poter recuperare quanto versato: pagare non *ex causa fideiussionis*, ma *debitoris nomine*, come se fosse un semplice terzo. Che ciò fosse possibile da parte del fideiussore è confermato dalle fonti: v., ad es., D. 12.6.47 (Cels. 6 *dig.*); D. 46.1.51.1 (Pap. 3 *resp.*) (su tale forma particolare di pagamento del fideiussore, v. Parenti, *Sul pagamento* cit. 241 ss.). In tal modo, infatti, ben avrebbe potuto il garante – data l'assenza dell'*actio mandati* contro il minore – agire con l'*actio negotiorum gestorum* contro la meretrice (che il pagamento del terzo fatto in nome del debitore comportasse una *negotiorum gestio*, con la possibilità di agire contro il debitore è affermata chiaramente in D. 3.5.42 [Lab. 6 *post. epit. lav.*]: *Cum pecuniam eius nomine solveres, qui tibi nihil mandaverat, negotiorum gestorum actio tibi competit, cum ea solutione debitor a creditore liberatus sit: nisi si quid debitoris interfuit eam pecuniam non solvi*). Tuttavia, per il riconoscimento di tale azione era necessario che facesse presente, al momento del pagamento, di agire appunto non nella sua qualità di garante ma in nome della meretrice. Altro rimedio, ma sempre da far valere al momento del pagamento, era il pagare *emptiois causa* (v., ad es., D. 46.1.36 [Paul. 14 *ad Plaut.*]). In tal caso, infatti, il garante, qualora fosse d'accordo il creditore (non sembra infatti che questi fosse costretto in tal senso), avrebbe 'comprato' il credito, con la conseguenza che il creditore avrebbe a lui ceduto l'azione contro la meretrice. Entrambi i rimedi, tuttavia, il garante avrebbe potuto farli valere solo al momento del pagamento; se, invece, avesse pagato *ex causa fideiussionis*, nell'errata convinzione di poter agire *ex mandato* contro il minore, allora non avrebbe avuto alcuna possibilità di recuperare quanto versato (a meno che non si voglia ipotizzare il riconoscimento dell'*actio negotiorum gestorum*, sulla base – come abbiamo visto – di D. 16.1.7), dovendo imputare alla sua *scientia* la perdita.

⁸⁰ Non mi sento di condividere quanto sostenuto dal Talamanca, *La bona fides* cit. 233: «Le motivazioni fatte specialmente per l'uno e per l'altro caso potrebbero, in realtà, essere fra di loro scambiate: non si vede, infatti, come potrebbe essere illecito il mandato a *credere* e non quello a *fideiubere*; e il profilo dell'autoresponsabilità, addotto per il mandato a *fideiubere* si dovrebbe applicare *a fortiori* per quello a *credere*»; egli riteneva quindi, «piuttosto che pensare a qualche errore di prospettiva del giurista» (p. 233-234), più probabile che Ulpiano «si sentisse libero nello scegliere l'una o l'altra motivazione» (p. 234). Non concordo neanche con quanto sosteneva il Watson, *Contract of mandate* cit. 91, per il quale la differenza risiedeva sulla maggiore disonestà da parte del mandante rispetto al mandatario nel secondo caso – che avrebbe portato ad un mandato dato contrariamente alla buona fede –, mentre nella prima fattispecie era la disonestà del mandatario ad essere presa in maggiore considerazione.

potrebbe così giustificarsi: nella prima fattispecie, il minore avrebbe incaricato semplicemente di prestare fideiussione a favore della meretrice, senza uno sborso diretto del denaro, che sarebbe stata solo la ‘eventuale’ conseguenza dell’obbligazione assunta dal terzo; inoltre, il pagamento del fideiussore sarebbe stato effettuato per estinguere una propria obbligazione (‘*ex causa fideiussionis*’) e la liberazione della meretrice sarebbe stata solo un effetto indiretto, essendo l’obbligazione del debitore e quella del fideiussore solidali⁸¹; pertanto, il mandato non si può considerare contro la buona fede, in quanto né il mandante avrebbe dato denaro alla meretrice né il mandatario sarebbe stato incaricato di dare denaro a lei.

Nella seconda fattispecie, invece, mal si adattava la *ratio* indicata per la prima, in quanto innanzi tutto vi sarebbe stato un vero e proprio mutuo, ma nei confronti della meretrice; inoltre, a differenza della prima fattispecie in cui il mandante sarebbe stato l’unico a dover restituire il denaro (da cui il parallelo con il mutuo), qui sarebbero state due persone a doverlo fare, di cui una, appunto, per un vero e proprio mutuo. Infine, in questa seconda fattispecie non vi sarebbe stata una perdita di denaro da parte del minore che giustificasse il diniego dell’*actio mandati*, come nel caso di mutuo al *perditurus*, dato che, a seguito dell’*actio mandati contraria*, gli sarebbe spettata la cessione dell’*actio certae creditae pecuniae*⁸² per recuperare il denaro⁸³.

Il riferimento alla buona fede in questa seconda fattispecie, invece, sarebbe giustificato dal fatto che il mandato avrebbe avuto ad oggetto il denaro da versare alla meretrice, che sarebbe servito ad ottenere i suoi favori (o come compenso di favori già ottenuti), e che ci sarebbe stata da parte del mandatario la consapevolezza che il mandante fosse un adolescente lussurioso che avrebbe sperperato il denaro a favore della meretrice: ciò avrebbe portato, così come si può evincere da D. 41.4.8, il mandatario ad essere in mala fede e ad inficiare l’intero mandato⁸⁴.

⁸¹ Che le obbligazioni del debitore principale e di quello accessorio fossero considerate in solido dai giuristi appare chiaro dalle fonti: sul punto, v. L. Parenti, *In solidum obligari. Contributo allo studio della solidarietà da atto lecito*, Napoli 2012, 289 ss., spec. 312 ss.

⁸² Sul diritto alla *cessio actionis* da parte del mandante di credito, v., ad es., D. 17.1.27.5 (Gai. 9 *ad ed. prov.*); D. 46.1.13 (Iul. 14 *dig.*).

⁸³ Sembra che il minore mandante avrebbe comunque potuto richiedere l’*in integrum restitutio*, sulla base di D. 4.4.48 pr. (Paul. 1 *sent.*): *Minor se in id, quod fideiussit vel mandavit, in integrum restituendo reum principalem non liberat.*

⁸⁴ Non credo che il mandato fosse da considerare invalido perché *contra bonos mores* (sul punto, v. anche *supra*, nt. 8). Infatti, nonostante la meretrice fosse considerata una donna turpe (v. ad es. D. 37.12.3 pr. [Paul. 7 *ad Plaut.*]), il mandato aveva ad oggetto un prestito a lei, che era sicuramente consentito e non costituiva un’attività turpe (in tal senso, v. Watson, *Contract of Mandate* cit. 91 nt. 1;

6. In conclusione, si è potuto riscontrare come la frase «*quia simile est, quasi perdituro pecuniam sciens credideris*» – che Ulpiano inserisce quale *ratio* per escludere l'*actio mandati contraria* contro il minore – non si riferisca ad un minore, come è stato ipotizzato. Il giurista severiano, con tale espressione, intendeva invece riferirsi, in via generale, ad un soggetto che fosse *perditurus*, cioè uno scialacquatore, il quale, quindi, sarebbe stato sollevato dal restituire quanto ricevuto in prestito, qualora il mutuante fosse stato consapevole della sua propensione allo sperpero. Dalle fonti, inoltre, risulterebbe che la condizione di *perditurus*, in cui si potrebbe far rientrare anche quella di *luxoriosus*, giustificasse dei trattamenti particolari, da un lato miranti a tutelare la loro posizione patrimoniale, dall'altro a sanzionare chi, nonostante avesse contezza della loro indole allo sperpero, avesse comunque contratto con loro.

Inoltre, l'accostamento fatto da Ulpiano del mutuo al *perditurus* al mandato a *fideiubere* del minore troverebbe, a mio avviso, la sua giustificazione nel fatto che nella fattispecie analizzata vi sarebbe stato, così come per il mutuo, un versamento di denaro da parte del mandatario e un corrispondente obbligo di restituzione da parte del mandante, il cui denaro, non avendolo neanche ricevuto, era come se fosse già perso, così come avrebbe fatto un *perditurus*.

Lucio Parenti
Università di Teramo
lparenti@unite.it

Guarino, *Mandatum credendi* cit. 74 s.; Fusco, «*Adulescens luxoriosus*» cit. 393 ss.). Se le intenzioni dell'adolescente lussurioso erano, come sembra fossero, di donare o dare un compenso per i servizi della meretrice (entrambe attività ritenute disdicevoli: in particolare la seconda definita turpe – v., ad es., D. 12.5.4.3 [Ulp. 26 *ad ed.*] –; la prima *inhonesta*, anche se non proibita se fatta *affectionis gratia* – v. D. 39.5.5 [Ulp. 32 *ad Sab.*]: *Affectionis gratia neque honestae neque inhonestae donationes sunt prohibitae, honestae erga bene merentes amicos vel necessarios, inhonestae circa meretrices*), la turpitudine era nelle motivazioni del mandante e non avrebbero inficiato a mio avviso il mandato stesso, qualora fossero rimaste all'oscuro del mandatario. Questi, infatti, una volta prestatato il denaro avrebbe potuto agire normalmente contro la donna e, nel caso, contro il minore, sulla base delle normali regole relative al mandato di credito; che poi il minore, successivamente, non avrebbe agito contro la donna per il regresso – ma avrebbe potuto anche cambiare idea – è un fatto che esulava dal mandato in quanto tale. Cosa diversa è se il mandatario avesse saputo che il mandante era un minore lussurioso e la donna una meretrice alla quale si volesse dare del denaro per i suoi favori. In tal caso, il mandatario sapeva bene che l'operazione era finalizzata ad un'attività disdicevole che avrebbe portato, cosa di non poco conto, allo sperpero del denaro da parte di un minore *perditurus*. Pertanto, soprattutto per la consapevolezza del mandatario, che agiva lo stesso nonostante sapesse delle reali intenzioni del mandante e delle conseguenze che a questo sarebbero derivate, il mandato giustamente era da considerarsi come se fosse contro la buona fede, come riteneva appunto Ulpiano.

Note minime in tema di contratti di allattamento

1. ‘*Genus matris contra naturam imperfectum atque dimidiatum*’¹. Queste le parole, severe, che il filosofo Favorino² – uomo di grande cultura nel campo della storia, della letteratura, della filosofia, e familiare anche di Plutarco – avrebbe pronunciato, secondo la testimonianza di Aulo Gellio, nelle *Notti Attiche*, in un accorato discorso³ sulla maternità e sull’allattamento ad una giovane coppia, cui aveva fatto visita per la nascita del figlio, propensa ad affidare l’allattamento del neonato ad una balia.

È una madre a metà (*mater dimidiata*) una donna che non allatta il proprio figlio; un genere di madre contro natura, una madre che non è tale, una madre imperfetta.

Ferma la convinzione che la donna avrebbe allattato il bambino (12.1.4, *nihil dubito quin filium lacte suo nutritura sit*), apprendendo però che i genitori erano alla ricerca di una nutrice⁴ al fine di non aggiungere alle fatiche del parto quelle dell’allattamento, come noto più gravosa nei primissimi mesi di vita, Favorino, racconta Gellio, avrebbe decisamente contrastato questa scelta, ritenuta per nulla conforme a natura, e del tutto contraria al fatto che la donna aveva nutrito per mesi all’interno del suo corpo il figlio, non vedendolo, e che irragionevolmente lo privava del sostentamento materno una volta nato (12.1.10-13): il latte, al pari del sangue quando il bambino era nel grembo materno, costituiva un nutrimento indispensabile⁵.

¹ Gell. *Noct. Att.* 12.1.5-6: *Oro te, inquit, mulier, sine eam totam integram matrem esse filii sui. Quod est enim hoc contra naturam imperfectum atque dimidiatum matris genus peperisse ac statim a sese abiecisse?* A. Basile, *Note sull’uso di ‘dimidiatus’* (Gell. *Noct.* XII 1.6), in *Emerita* 84, 2016, 172 ss. Da ultimo, in letteratura sul tema, R. Perani, *Il nutrimento dell’infante tra costume e diritto*, in *Rivista di Diritto romano* (Nuova serie) 7, 2022, 1 ss., *ivi* ulteriore bibliografia cui rinvio.

² A. Barigazzi, *Favorino di Arelate. Opere. Introduzione, testo critico e commento*, Firenze 1966, 10 ss.

³ G. Rizzelli, *Pietate necessitudinis ductae. Settimio Severo, Ulpiano e l’accusatio del tutor suspectus*, in *QLSD.* 8, 2018, 147-173. Cfr. L. Capogrossi Colognesi, F. Cenerini, F. Lamberti, M. Lentano, B. Santorelli, G. Rizzelli, *Anatomie della paternità*, Lecce 2019.

⁴ K.R. Bradley, *Child Care at Rome: the Role of Man*, in *Historical Reflexions/Réflexions Historiques* 12, 1985, 485-523.

⁵ Le considerazioni di pretta marca medico-scientifiche esposte da Favorino trovavano dei precedenti in Arist., *gener. anim.* 4.8.777a, ove si affermava che il sangue della donna, che durante la gravidanza nutre il feto, si sarebbe trasformato attraverso un processo di «cottura» nel latte che serve per nutrire l’infante dopo la nascita. Nel *Corpus Hippocraticum* (*nat. puer.* 7.492 e 510 ss.) e in Plutarco (*amor. prol.* 6.495e-f) si confermano le teorie aristoteliche.

Dal discorso di Favorino, cui non erano ignote le teorie scientifiche sulla cura dei lattanti e probabilmente riecheggiante la cultura di pretta marca germanica in cui era assolutamente privilegiato l'allattamento al seno⁶, emerge chiaramente che spesso il ricorso alle balie era determinato – nelle famiglie più agiate – da motivazioni non di salute, ma – espressione anch'essa di mollezza di costumi⁷ – prettamente estetiche e voluttuarie. Si finiva così per non valutare il seno quale *fontem. sanctissimum corporis, generis humani educatorem*, ma per adoperarsi per far cessare la produzione di latte *quibusdam commenticiis fraudibus* con la medesima *vecordia* di cui si serve quando decide di ricorrere all'aborto.

Solo l'allattamento, prosegue Favorino, rende una *mater* davvero *integra*, tale nel vero senso della parola, una madre vale a dire fino in fondo, completa e piena: inammissibile l'affidamento dell'infante a una nutrice; l'allontanamento del figlio da parte della donna che lo ha partorito esclude che ella sia '*tota integra*'.

Con l'allattamento, tiene a ricordare Favorino ai due giovani, si trasmettono gli elementi caratteriali e somatici ai neonati, per cui sarà tanto più grave ricorrere ad una balia, e per di più – questo è il senso del discorso – se non è libera, ma di rango servile o umile (*aut serva atque servilis est* atteso che una schiava *ut plerumque solet* è *externae et barbarae nationis*, spesso *inproba, informis, impudica, temulenta*). Con l'allattamento, poi, spiega il filosofo, il vincolo familiare si costituisce⁸ (*quo parentem cum filiis natura consociat*).

L'allontanamento fa venir meno quel *vigor ... maternae flagrantiae* poco alla volta fino a far dimenticare, da un lato, di essere madre e padre e, dall'altro, (*omnisque impatientissimae sollicitudinis strepitus*) gli stessi figli, quasi fossero morti (*filii quam morte amissi obliuio*, XII 1, 22–23). Se così avviene, afferma il filosofo, i figli si troveranno ad amare i propri *parentes*, più che per naturale affezione, per il solo fatto di essere venuti al mondo (12.1.23: *amare patrem atque matrem non naturalis ille amor est, sed civilis et opinabilis*), costituendosi (come numerose testimonianze anche epigrafiche, papirologiche e iconografiche comprovano) un rapporto autentico e duraturo con la nutrice⁹ (che

⁶ Tac. *Germ.* 20.1.

⁷ Tac. *Dial.* 28.2, 28.4, 29.1.

⁸ Analogamente lo Pseudo Plutarco (*lib. educ.* 1.5) che giudica fraudolente le attenzioni delle nutrici sorrette solo dalle aspettative di guadagno: αἱ τίτθαι δὲ καὶ αἱ τροφοὶ τὴν εὐνοίαν ὑποβολιμαίαν καὶ παρ'ἐγγραπτον ἔχουσιν, ἅτε μισθοῦ φιλοῦσαι.

⁹ Cicerone (*de amic.* 74) ci informa che chi fosse stato allevato da una balia ne teneva in gran conto le opinioni; Plinio (*Epist.* 6.3.1-2) lasciò un proprio terreno alla sua nutrice, curando che fosse coltivato in modo da mantenere inalterato il rendimento e il valore del fondo. Le evidenze epigrafiche confermano decisamente l'esistenza di un rapporto personale, al di là del vincolo giuridico:

diveniva, per la consuetudine quotidiana, alla stregua di una persona di famiglia non parente)¹⁰.

E proprio la comunanza di sentimenti che si instaura nei primi anni di vita per mezzo dell'allattamento induceva a ritenere che si costituivano sintonie di intenti e legami fraterni e viscerali nel caso che madri e balie fossero vicendevolmente comuni e condivise, se cioè nelle famiglie la madre, le schiave e il personale prezzolato si alternava nell'allattamento di figli propri o altrui, così da renderli *collectanei* (Plut. *Cato Maior* 20.5).

La fonte, da differenti prospettive, testimonia l'importanza dell'allattamento al seno, *a fortiori* a cura della stessa madre biologica, per il sostentamento e una sana crescita del bambino, atteso, peraltro, il noto valore nutrizionale del latte¹¹, cui si riconoscevano proprietà terapeutiche e medicamentose. Invero l'affidamento degli infanti alle nutrici (prevalentemente schiave o liberte¹²) era una pratica ben attestata nell'antica Grecia¹³, e particolarmente diffusa a Roma tra la fine dell'epoca repubblicana e quella imperiale¹⁴.

Sebbene le notizie restituite dalle fonti di tradizione manoscritta siano plurime, la valorizzazione delle evidenze della prassi, in questo ambito di indagine,

piissima (CIL. 6.16329), *pientissima* (CIL. 6.15655), *sanctissima* (CIL. 14.486), *sancta*, *pia* (CIL 6.7290), sono gli epiteti contenuti nelle iscrizioni funerarie dedicate, dagli ex-infanti o dalle loro famiglie, alle nutrici. Cfr. F.M. Silla, *Oltre il corpo: 'affectio iusta' e 'iusta libertas' della nutrice*, in *RDR*. 16-17, 2016-2017, pp. 20-22; Id., *'Affetti' e diritto. La libertà della nutrice*, in *Eugesta* 9, 2019, 51 ss. *L'affectio* tra la nutrice e l'infante orienta, talvolta, anche le soluzioni dei giuristi, come in D. 40.2.13 (Ulp. *6 de off. proc.*) in tema di manomissione della nutrice ad opera dell'ex-infante minore di venti anni, in deroga ai divieti stabiliti dalla legge *Aelia Sentia* del 4 d.C. che consentono ai giuristi, sebbene con differenti sensibilità, di 'giustificare' l'attribuzione della *libertas* alla nutrice superando le restrizioni legislative. In D. 33.2.34.1 (Scaev. 18 *dig.*) si fa questione della possibilità per le nutrici di un erede di godere dell'usufrutto di una proprietà ereditaria, in esecuzione di un fedecommesso. All'inverso, ricordiamo che le nutrici Egloghe e Alessandra curarono la sepoltura di Nerone e Fillide per Domiziano, in ragione dell'*officium pietatis* cui le donne si sentivano tenute per essersene presa cura: Svet. *Nero* 50.2; *Dom.* 17.3, e Cass. Dio 67.18.

¹⁰ Sen. *ben.* 3.29.7; *epist.* 60.1, e Plin. *epist.* 5.16.3; cfr. D. 26.10.1.7 (Ulp. 35 *ad ed.*), in cui il giurista sta trattando dell'*accusatio suspecti tutoris*. A proposito della cd. legittimazione attiva, sul presupposto che si trattasse di un'*actio quasi publica*, afferma che a tutti sarebbe concesso di agire, persino alle donne, e tra queste alla nutrice. Cfr. I. 1.26.3, parzialmente difforme.

¹¹ Occorreva pertanto scegliere una nutrice sana perché il latte fosse sostanzioso Sor. *Gyn.* 2.19-21.

¹² Cfr. Tac. *Germ.* 20; *dial. de orat.* 28 s.; Quint. *inst. or.* 1.1.4 e 8, e Gell. *Noct. Att.* 12.1.17.

¹³ Sulle nutrici in Grecia, P. Birchler-Emery, *De la nourrice à la dame de compagnie: le cas de la 'trophos' en Grèce antique*, in *Paedagogica Historica* 46, 2010, 753-763; M. Pedrucci, *L'allattamento nella Grecia di epoca arcaica e classica*, Roma 2013, *passim*.

¹⁴ V. Dasen, *Des nourrices grecques à Rome?*, in V. Pache Huber, V. Dasen (éds.), *Politics of Child Care*, in *Paedagogica Historica* 46, 2012, 699-713; V. Dasen, M.C. Gerard-Zai (éds.), *Nourrice et société de l'Antiquité à nos Jours*, Gollion 2012, 40 ss.

appare di grande utilità per ricostruire da una prospettiva privilegiata, e tecnica, il fenomeno.

Il contributo dei papiri, a questi fini, è stato dato principalmente dalle raccolte documentarie di testimoni egiziani curate da Manca Masciadri e Montevicchi, da Legras¹⁵, da Maryline Parca, da Pudsey, da Ricciardetto e Gourevitch¹⁶, i quali hanno implementato il catalogo dei contratti di baliatico e dei documenti connessi.

I testimoni papiracei hanno costituito in letteratura la cartina di tornasole nelle indagini sul tema, sulla condizione femminile, rispetto alla quale è preferibile parlare di modelli muliebri, e a proposito di infanzia e di educazione¹⁷, profili tutti tra loro strettamente interconnessi. Mi riferisco principalmente agli studi di Tim Parkin¹⁸, Keith Bradley¹⁹, Stamatis Bussès²⁰, Suzanne Dixon²¹, Sarah Pomeroy²², di Zeinab Tawfik e Delphine Nachtergaele, di Anna Sparreboom²³, e di Giulia Pedrucci²⁴.

In relazione a queste fonti di prima mano, allo storico del diritto, più specificamente, interessa comprendere quali strumenti giuridici siano stati utilizzati

¹⁵ B. Legras, *Hommes et femmes d'Égypte (IVe siècle av. n. è-IVe siècle de n. è). Droit, histoire et anthropologie*, Paris 2014, 49 ss. e 56 ss.

¹⁶ A. Ricciardetto, D. Gourevitch, *Entre Rome et l'Égypte romaine. Pour une étude de la nourrice entre littérature médicale et contrats de travail*, in M.-H. Marganne, A. Ricciardetto (eds.), *En marge du Serment hippocratique. Contrats et serments dans le monde gréco-romain*, Liege 2017, 67-117.

¹⁷ H.-I. Marrou, *Histoire de l'éducation dans l'antiquité²*, Paris 1966.

¹⁸ T. Parkin, *The demography of infancy and early childhood in the ancient World*, in J.E. Grubbs, T. Parkin (eds.), *The Oxford Handbook of Childhood and Education in the Classical World*, Oxford 2016, 40 ss.

¹⁹ Significativi gli studi di K.R. Bradley: *Sexual Regulations in Wet-nursing contracts from Roman Egypt*, in *Klio* 62, 1980, 321 ss.; *Wet-nursing at Rome: a study in social Relations*, in B. Rawson (ed.), *The Family in Ancient Rome: New Perspectives*, London 1986, 201 ss.; *The social Role of the nurse in the Roman World*, in K.R. Bradley (ed.), *Discovering the Roman Family: Studies in Roman Social History*, New York 1994, 14-20 ss.

²⁰ St. Bussès, *Breastfeeding contracts in Graeco-Roman Egypt. Quantity and quality control of human milk*, in I. Anagnostakis, Ant. Pellettieri (a c. di), *Latte e Latticini. Aspetti della produzione e del consumo nelle società mediterranee dell'Antichità e del Medioevo. Atti del Convegno Internazionale di Studio, promosso dall'IBAM - CNR e dall'IRS - FNER nell'ambito del Progetto MenSALe (Atene, 2-3 ottobre 2015)*, Roma 2016, 73 ss.

²¹ S. Dixon, *The Roman Mother*, Oklahoma 1988.

²² S. Pomeroy, *Donne in Atene e Roma*, trad. it., Torino 1978.

²³ A. Sparreboom, *Wet-nursing in the Roman empire*, in M. Carroll, E.-J. Graham (eds.), *Infant Health and Death in Roman Italy and Beyond*, in *Journal of Roman Archaeology. Supplementum Series* 96, 2014, 145 ss.

²⁴ G. Pedrucci, *Baliatico, αἰδώς e malocchio: capire l'allattamento nella Grecia di epoca arcaica e classica anche con l'aiuto delle fonti romane*, in *Eugesta* 5, 2015, 27 ss.

per l'affidamento dei neonati alle balie, se ciò non sia avvenuto a mero titolo amicale, e quale sia stata in tal caso la regolamentazione.

In proposito in queste pagine intendo presentare alcune considerazioni utili per un primo inquadramento, mettendo in evidenza, da un lato, la scarsità di fonti tecniche a disposizione, a fronte di quelle letterarie, e dall'altro il prezioso apporto di conoscenze che si trae dai papiri documentari, che restituiscono *sub specie iuris* informazioni *ratione loci* riferibili all'Egitto in epoca romana.

2. *Ubi societas, ibi ius* è l'espressione efficace utilizzata da Santi Romano nel 1917 nella sua opera su *L'Ordinamento giuridico*, per esprimere il concetto dell'indefettibilità del diritto, inteso come complesso di regole, in ogni società, nel senso che non può immaginarsi una convivenza di persone priva di prescrizioni regolative dell'assetto politico-istituzionale e disciplinanti i rapporti sulla base di principi e valori comuni e condivisi posti a base della comunità, espressione della cultura sociale. Se ciò corrisponde al vero, non possiamo pensare che nelle esperienze giuridiche antiche il diritto non abbia regolato, nella fase genetica e patologica del negozio, le vicende relative all'affidamento dell'allattamento a balie.

Non sono noti dalle fonti giuridiche romane di tradizione manoscritta, in margine alla disciplina degli *alimenta*, contratti di baliatico e allattamento, che tuttavia possiamo *ex adverso* ritenere sicuramente conclusi.

Nei *Digesta* di Giustiniano due frammenti giurisprudenziali, di Giulio Paolo e di Ulpiano, sono utili ai nostri fini. Riguardano nello specifico il governo delle spese di mantenimento cedenti a carico del *pater*, tra cui sono quelle per l'allevamento e la primissima nutrizione dei figli nati da schiave dotali a cura di una balia, in D. 24.1.28.1 (Paul. 7 *ad Sab.*)²⁵, e il pagamento del salario alla balia per il sostentamento dato al lattante, in D. 50.13.1.14 (Ulp. 8 *de omn. trib.*).

Consideriamo più attentamente D. 50.13.1.14.

*Ad nutricia quoque officium praesidis vel praetoris devenit: namque nutrices ob alimoniam infantium apud praesides quod sibi debetur petunt. Sed nutricia eo usque producemus, quoad infantes uberibus aluntur: ceterum post haec cessant partes praetoris vel praesidis*²⁶.

²⁵ D. 24.1.28.1 (Paul. 7 *ad Sab.*): *Si quid in pueros ex ancillis dotalibus natos maritus impenderit aut in doctrinam aut alimenta, non servatur marito, quia ipse ministeriis eorum utitur: sed illud servatur quod nutrici datum est ad educendum, quia pro capite quid dedisset, quemadmodum si a praedonibus redemisset servos dotales.*

²⁶ Cfr. anche D. 41.7.8 (Paul. 18 *resp.*), in cui la nutrice di una schiava chiedeva invece il rimborso dei costi di mantenimento ed allevamento di quest'ultima al *dominus*, ottenendone il riconoscimento. Sul testo cfr. A. Bernard, *La rémunération des professions libérales en droit romain classique*, Paris 1936, *passim*; J. Michel, *La gratuité en droit romain*, Bruxelles 2000; G.

L'escerto di Ulpiano²⁷ è collocato nel titolo D. 50.13 *De variis et extraordinariis cognitionibus et si iudex litem suam fecisse dicitur*.

Nel lungo frammento, D. 50.13.1 pr.-14, Ulpiano, di cui è stata notata una certa «sensibilità» per la figura della nutrice²⁸ – usualmente associata²⁹ a quella del precettore da Seneca (nel *de beneficiis*, 7.28.2) e da Plinio il Giovane (nelle *epistulae*, 5.16.3) – la annovera tra coloro che operano nella formazione e nella cura altrui, insieme a precettori di studi liberali, ai medici, alle ostetriche e levatrici, ai filosofi, ai professori di legge, ai maestri delle scuole letterarie, agli avvocati.

Il nostro testo, D. 50.13.1.14, ci informa che nell'ambito della prassi provinciale erano conclusi negozi di allattamento aventi ad oggetto *nutricia*³⁰; dell'estensione della competenza del pretore e del preside³¹ locale a conoscere delle cause, *extra ordinem* inquadrabili, intentate dalle nutrici per ottenere il pagamento del corrispettivo dopo aver adempiuto al contratto (di *nutricia*)³², vale a

Coppola, *Cultura e potere. Il lavoro intellettuale nel mondo romano*, Milano 2004; Ead., *Dalla gratuità alla presunzione di onerosità. Considerazioni sul contratto di mandato alla luce di recenti studi*, in *TSDP*, 3, 2010, 1-113.

²⁷ D. Mantovani, *Ulpiano e l'impero I*, Napoli 2004.

²⁸ Così, Silla, *Affetti e Diritto* cit. 67 s. osserva: «Ulpiano, nel *principium* e nel § 1, riconosce ai *praeceptores studiorum liberalium* di poter avanzare richieste dinanzi al governatore della provincia in ragione di una *iusta causa* – addirittura «più giusta» (*nisi quod iustior*) nel caso dei medici (*cum hi salutis hominum curam agant*) 'trattando questi della cura della salute degli uomini' –, occupandosi degli studi. Il giurista mostra attenzione per i ruoli chiave nella formazione e nella cura degli individui. La *'cura salutis et studiorum hominum'* diviene *'iusta causa'* del *'ius dicere extra ordinem'* ... la menzione delle nutrici, a fianco dei professori, dei medici, degli insegnanti e degli avvocati, può trovare una spiegazione. Si tratterebbe, infatti, di lavoratori che contribuiscono, prima e insieme agli insegnanti degli *studia liberalia*, alla formazione degli individui. Una figura, quella della nutrice, che potrebbe peraltro inquadrarsi rispetto sia alla *cura salutis* sia alla *cura studiorum*, se intendiamo in senso ampio i termini *'salus'* e *'studia'*. Al contempo, il testo ulpiano lascia intravedere uno spaccato della società romana di quel periodo, indicando ordini e ceti privilegiati, nonché professioni ritenute, sul piano socio-familiare, di particolare rilevanza. Non si trattava solo di una prospettiva professionale, ma della rilevanza del ruolo all'interno della famiglia, secondo una scala valoriale romana».

²⁹ Cfr. Quint. *inst. or.* 1.1.4: *et morum quidem in his haud dubie prior ratio est, recte tamen etiam loquantur*.

³⁰ Risulta altresì dai papiri la disciplina relativa al governo delle spese di mantenimento in caso di separazione dei coniugi, a proposito del contratto di baliatico: in un papiro risulta che era stato concluso in costanza di matrimonio dalla moglie, una tale Demetrou, per la figlia di un anno, con la balia Saraeus, per un anno, un contratto di allattamento, nel quale subentra dopo aver lasciato la casa familiare, il marito, ex coniuge, che d'intesa con la nutrice ne proroga di una annualità la durata, impegnandosi al pagamento del corrispettivo (CPG 1 16, Ossirinco, 36 d.C.).

³¹ D. Mantovani, *Il 'bonus praeses' secondo Ulpiano. Studi su contenuto e forma del 'de officio proconsulis' di Ulpiano*, in *BIDR*, 96-97, 2004, 203-267; A. Smyshliaev, *La nourrice au tribunal du gouverneur romain*, in *Cahiers du Centre Gustave Glotz* 13, 2002, 113-139.

³² M. Bretin-Chabrol, *Du lait de la nourrice aux 'alimenta' du père nourricier: des liens fragiles dans la Rome impériale*, in *Cahiers du Genre* 58, 2015, 21-39.

dire alla scadenza del termine convenuto (*sed nutricia eo usque producemus, quoad infantes uberibus aluntur*, cioè si chiede in giudizio il salario nei limiti dell'allattamento degli infanti).

Rispetto alla tipologia negoziale adoperata nell'esperienza giuridica romana, pur nel silenzio delle fonti, chiaramente se la nutrice era una schiava della famiglia in cui era nato il bambino da allattare, la donna era assegnata dall'avente potestà dominicale, nell'ambito dell'esercizio del suo potere, alla cura del neonato; se la donna era invece *in mancipio* di un altro *pater familias* è da ritenere che lo strumento giuridico, che poteva essere utilizzato per consentire la permanenza della schiava presso la famiglia del bambino e l'allattamento, fosse costituito, quando si affermò il contratto di *ius gentium*, dallo schema, consensuale, della *locatio-conductio operarum*, accessibile anche alla *mulier libera*, a seconda dei casi priva o con l'assistenza del tutore, che locava verso corrispettivo, per un certo periodo, le sue *operae*, o della *locatio operis*. Probabilmente, trovarono applicazione a questo fine anche le obbligazioni *verbis contractae, stipulatio e fidepromissio*, e il *mandatum*³³.

3. Lo storico del diritto che si interroghi sul tipo di negozio utilizzato nella prassi non romana per affidare la cura e l'allattamento del neonato potrà giovare proprio di quelle testimonianze papiracee, cui abbiamo fatto riferimento, negozi in lingua greca, databili tra il III secolo a.C. e il IV secolo, che ci informano sul complesso regolamento di interessi *ratione status personarum et materiae*³⁴. Più specificamente, i papiri ci informano che, a seconda dei casi, era concluso un contratto di baliatico e di allattamento³⁵ per così dire puro, autonomo ricorrendo alla *paramonè* oppure a un accordo collegato ad altri negozi, prestiti o vendite, con funzione, lata, di garanzia. Sono altresì note quietanze di pagamento del corrispettivo, e accordi di risoluzione.

³³ H.T. Klami, *Mandatum' and Labour in roman Law*, in ZSS. 106, 2015, 575-586.

³⁴ R. Taubenschlag, *The Law of Greco-Roman Egypt in the Light of the Papyri*, Warszawa 1955²; A.C. Johnson, *Roman Egypt to the Reign of Diocletian*, New York 1959; O. Montevecchi, *BGU IV 1139: paramone e trophitis*, in *BASP*. 22, 1985, 231-241; Ead., *La Papirologia*², Milano 1988; J.M.S. Cowey, B. Kramer (edd.), *Paramone. Editionen und Aufsätze von Mitgliedern des Heidelberger Instituts für Papyrologie zwischen 1982 und 2004*, München-Leipzig 2004, 241-250.

³⁵ M. Bergamasco, *Il contratto di baliatico in P. Duk inv. 915*, in *ZPE*. 158, 2006, 203 ss.; J. Bingen, *Le contrat de nourrice P.S.A. Athen. 20 = C.P.Gr. i 26 (110 p.c.)*, in *CdÉ* 81, 2006, 207-221; A.O. Koloski, C.L. Lyons (eds.), *Naked Truths. Women, Sexuality, and Gender in Classical Art and Archaeology*, London-New York 2006; K.R. Bradley, *Sexual Regulations in Wet-nursing contracts from Roman Egypt*, in *Klio* 62, 1980, 321-325; Ead., *Wet-nursing at Rome: a study in social Relations*, in B. Rawson (ed.), *The Family in Ancient Rome: New Perspectives*, London 1986; K.R. Bradley (ed.), *Discovering the Roman Family: Studies in Roman Social History*, New York 2006; S.R. Joshel, *Nurturing the master's child: slavery and the Roman child-nurse*, in *Signs* 12, 1986, 3 ss.; O. Montevecchi, *BGU IV 1139 cit.* 231 ss.

I documenti, straordinariamente conservatisi – e fortunatamente superstiti – sono all’incirca una cinquantina: al *corpus* di papiri³⁶ pubblicati da Mariadele Manca Masciadri e Orsolina Montevicchi nel 1982, e poi nel 1984, si sono aggiunti sei esemplari nell’elenco delle evidenze di Maryline Parca, e pochi altri³⁷.

Nonostante l’esiguità del campione, determinata astrattamente da una pluralità di ragioni, questi esemplari appaiono di grande interesse nello studio storico della disciplina giuridica in tema di *status personarum* e di cura dell’infanzia nell’antichità³⁸.

Innanzitutto, dei contratti recanti la data, solo tre sono precedenti all’era cristiana, e provengono da Tebtynis, III a.C. (P. Tebt. 2.279), dal Nomos dell’Heracleopolites, II a.C., da Ossirinco, I a.C. (P. Oxy. I 37; P. Oxy. II 377). La maggior parte risale al II e III secolo. Di epoca augustea è P. Oxy. 78.5168 del 18 a.C., e all’anno 308 risale l’ultimo testimone, P. Grenf. II 75.

Se consideriamo l’ambito geografico, il baliatico con allattamento appare praticato nei grandi centri e nelle zone più periferiche. La provenienza dei papiri si registra maggiormente da Ossirinco e da Alessandria, con 13 (P. Duke inv. 915; P. Oxy. LXXVIII 5168; SB. V 7619; P. Reinach II 104; P. Ryl. II 342; P. Merton III 118; PSI. III 203; PSI. IX 1065; P. Oxy. I 91; P. Lips. XXXI; P. Oxy. XIV 1717) e 12 esemplari (BGU IV 1106-1111, P. Berol. inv. 25411, P. Berol. inv. 25416), ma contratti analoghi appaiono diffusi nell’Arsinoite, con 7 documenti superstiti (P. Strasb. 764; P. Ross. Geogr. II 18; P. Meyer 11; P. Cair. Preis. 31; P. Merton III 119v; BGU. III 859), da Tebtynis (P. Mich. II 121r; P. Tebt. II.399) e Ptolemais Euergetis, con 4 (P. Amst. I 41; PSI. X 1131; P. Bouriant 14; BGU. XIII 2329). Una sola evidenza proviene da Soknopaiou Nesos (BGU. I 297), da Mesobe, da Hermopolis (P. Pintaudi 42), da Mothis, da Kellis, e dai Nomos dell’Ossirinchite (e Heracleopolites, da Afroditopoli, cui si riferisce P.Athen. 20).

Il che informa della larga diffusione, anche in ambienti cittadini minori, di

³⁶ M. Manca Masciadri, O. Montevicchi, *Contratti di baliatico e vendite fiduciarie a Tebtynis*, in *Aegyptus* 62, 1982, 148 ss.; Ead. *I contratti di baliatico* (Corpora Papyrorum Graecarum 1), Milan 1984; cfr. C. Spieser, *Les nourrices égyptiennes*, in V. Dasen, M.-Cl. Gérard-Zai (eds.), *Art de manger, art de vivre: Nourriture et société de l’Antiquité à nos jours*, Gollion 1995; Z. Tawik, *Wet-nursing Stipulations in Greek Papyri and Arabic Sources*, in B. Kramer (ed.), *Akten des 21. Internationalen Papyrologen-kongresses*, Berlin 1997, 13 ss.; P. van Minnen, *Receipt for Wet nursing Wages from Hermopolis*, in D. Minutoli (ed.), *Inediti offerti a Rosario Pintaudi per il suo 65o compleanno (P.Pintaudi)*, Firenze 2012, 201 ss.

³⁷ Ricciardetto, Gourevitch, *Entre Rome et l’Égypte romaine* cit. 67-11.

³⁸ E. Grubbs, T. Parkin (eds.), *The Oxford Handbook of Childhood and Education in the Classical World*, Oxford 2013; J. Rowlandson (ed.), *Women and Society in Greek and Roman Egypt: A Sourcebook*, Cambridge 1998.

formulari negoziali, di lunga durata, maturati in epoca tolemaica e consolidatisi nel tempo, e pressoché standardizzati nella struttura, vale a dire nella costruzione del contratto (indicazione delle parti e contenuto concordato), di fatto impiegati in modo generalizzato, non solo in famiglie agiate e benestanti.

Il contratto di allattamento era concluso mediante il ricorso allo schema della *paramonè*³⁹, ampiamente diffuso ed utilizzato proprio per l' idoneità a realizzare una pluralità di cause negoziali. Balie erano donne nate libere, liberate oppure schiave proprie o altrui⁴⁰ la cui onomastica, quando è superstite, rivela un' *origo*⁴¹ greca, ebraica, egiziana e raramente incerta.

La prestazione fisionomica dedotta in obbligazione, consistente nell'allattamento del neonato, riguarda in 7 accordi lattanti non schiavi, ma liberi (CPG. I, 10, 16, 30, 31, 32, 35 e 45), le cui madri sembrano essere viventi: è malata la partoriente in CPG. I, 10, datato all'anno 5 a.C.; è una cittadina alessandrina (ἄστῆς) la madre in CPG. I 31; è avanti negli anni la madre, ormai 46 enne, in CPG. I 12, 45. Negli altri casi i lattanti sono di origine incerta – probabilmente trovatelli, che spesso, come attestano Diodoro Siculo (1.80.3) e Strabone (17.2.5), erano stati esposti⁴², raccolti allevati (e talvolta venduti) come schiavi (εἰς δουλείαν) – o chiaramente schiavi (CGP. I 14, 15, 23). Se consideriamo lo *status personarum* delle nutrici e dei neonati, nei documenti in cui è superstite questo dato, possiamo osservare che donne libere allattano neonati schiavi nella maggioranza di casi, ma non mancano donne schiave che allattano un bambino libero. Il che lascia supporre che il baliatico in Egitto fosse utilizzato, anche, ma non in via esclusiva, come strumento per garantire sostentamento a bambini destinati al lavoro servile da chi ne aveva interesse.

L'accordo di baliatico specificamente assunto in base allo schema della *paramonè* ha ad oggetto una prestazione principale, di *facere*, consistente nell'allattamento, che ne penetra in concreto la causa negoziale. L'attività del debitore in particolare, diversamente dagli alti ambiti di utilizzo del contratto, non si rivolge

³⁹ Fondamentale B. Adams, *Paramoné und verwandte Texte. Studien zum Dienstvertrag im Rechte der Papyri*, Berlin 1964.

⁴⁰ Cfr. CPG I 32 (157 d.C.): un tale Domizio, della città di Ossirinco, pagò per intero il salario a una balia, schiava proveniente da un vicino villaggio per l'allattamento di suo figlio Ptolla,

⁴¹ R. Bagnall, *Missing Females in Roman Egypt*, in H.M. Cotton, J.J. Price, J. Wasserstein (eds.), *Studies in Memory of Abraham Wasserstein 2*, Jerusalem 1997, 121 ss.; Id., *Greeks and Egyptians: Ethnicity, Status and Culture*, in R.S. Bianchi (ed.), *Cleopatra's Egypt: Age of the Ptolemies*, New York 1998, 127 ss.

⁴² P.Oxy. IV, 744 (I) conserva la lettera di Harione alla moglie in cui le si richiede di esporre il figlio nascituro se sarà femmina, e da BGU. IV 1104 (8), in cui una giovane vedova attesta che la suocera le ha restituito la dote, e dichiara che si riserva la facoltà di esporre il nascituro. Cfr. C. 4.43.2, C.Th. 5.10.11.

in via diretta ed immediata all'altro contraente, bensì, seppur è nel suo interesse, è resa, si direbbe nell'interesse materiale del lattante, per il cui sostentamento è concluso il contratto.

La durata del vincolo negoziale appare, nei testimoni, contenuta entro i 3 anni dalla nascita: l'obbligo dell'allattamento è limitato ai 18 mesi dalla nascita del bambino, ai 2 anni più spesso, ai due anni e mezzo e ai tre, quando si completa lo svezzamento.

Il corrispettivo – alquanto oneroso in ragione del complesso delle attività di cura⁴³ e di spese, dedotte in contratto – è fissato in denaro o consiste in danaro e altri beni, vino, olio, persino polli e altri generi alimentari, abiti, monili. Il pagamento del salario avveniva con cadenza mensile, in contanti e si poteva stabilire avvenisse tramite una banca. Era, di regola, utilizzata una omologia oggettiva.

Tra gli altri, P. Duke inv. 915⁴⁴, di provenienza e datazione incerte, restituisce un formulario fisionomico del tipo di accordo, in lingua greca, nelle linee 1-7, che, nonostante alcune lacune si può intendere nel modo che di seguito risulta: «... la dichiarante allevi e allatti il neonato con il proprio latte ... lei ... [per un periodo di] diciotto [mesi] a partire dal medesimo mese in cambio della somma stabilita da fornirsi a lei (se. alla balia) da parte di ... per i compensi e il vestiario e le restanti spese ogni mese dracme d'argento ...»⁴⁵. Nello specifico, una donna (lin. 2), forse sotto la tutela del marito (lin. 7), si impegna ad allevare ed allattare (lin. 1) un bambino nel corso di un periodo di diciotto mesi (lin. 3), in cambio di una somma di denaro omniacomprendiva, corrisposta per i compensi, il vestiario e tutte le altre spese occorrenti (l. 4-5), calcolata mensilmente (lin. 6), e della quale riceve un'anticipazione all'atto della stipulazione dell'accordo stesso (lin. 7).

Dai papiri risulta che il contratto di *paramonè* veniva causalmente collegato a contratti di prestito garantiti da vendite fiduciarie, come è testimoniato⁴⁶ da CPG. I 8, 17 e 18. In questi casi i contratti sono conclusi da donne libere, non romane, che agiscono più spesso in piena autonomia, non assistite dal proprio *kurios* e dispongono dei figli, cedendoli a terzi a garanzia di prestiti personali. Il rango delle balie non è elevato, e paiono di modesta condizione sociale.

⁴³ Le nutrici si occupavano dell'igiene e della pulizia degli infanti, oltre che dell'allattamento, dello svezzamento e dell'introduzione ai giochi (Sor., *Gyn.* 2.19). V. Fai, *L'humanitas di Sorano di Efeso*, in *WP. Centro di Ricerca sulle Lingue Franche nella Comunicazione Interculturale e Multimediale* 2, 2016, 3-41.

⁴⁴ Il testo è consultabile all'indirizzo <http://scriptorium.lib.duke.edu/papyrus/records/915.html>.

⁴⁵ Bergamasco, *Il contratto di baliatico* cit. 204, *ivi* il testo.

⁴⁶ Altri testimoni di vendite fiduciarie sono: BGU. I 189 (= M. Chrest. 226: un asino); P. Mich. V 328; P. Ryl. II 160; P. Ryl. II 310 descr.; P. Mich. V 329 e 330; P. Ryl. II 160 d (= SB. I 5109-5110); PSI. VIII 908; BGU. XIII 2337; P. Mich. V 332; PSI. VIII 910; PSI. VII 911 (duplicato di P. Mich. V 335); BGU. III. 910; PSI. XIII. 1319 (= SB. V 8952).

In particolare, il mutuo in favore di una madre appare garantito in questi casi dalla debitrice mediante vendita fiduciaria del proprio figlio, il cui allattamento è assicurato da un altro contratto, anch'esso casualmente collegato, appunto di baliatico, in cui il neonato, nato libero da madre libera, appare considerato, in virtù della detta garanzia, alla stregua di uno schiavo, sia pure *ad tempus* nelle more dell'adempimento, della restituzione del mutuo, ma che in base all'accordo di *paramonè* verrà allattato da parte della madre biologica, mutuataria debitrice e balia.

La combinazione negoziale è attestata in particolare per l'epoca giulio-claudia da una pluralità di testimonianze provenienti da Tebtynis nel Fayum, da cui sono noti gli estratti di contratti e le registrazioni presso il *grapheion* locale (P. Mich. II 121v, 123r, 124r, 128) che restituiscono la notizia della conclusione di 33 annotazioni di contratto di baliatico e 13 ricevute di salari pagati tra il 42 e il 46 d.C., di cui 30 risalgono al periodo tra l'inizio di settembre del 45 d.C. e la fine di dicembre del 46 d.C. La congiuntura economica non era affatto felice⁴⁷. Ogni contratto di baliatico è qui seguito da un mutuo in cui il creditore è l'affidante e il debitore è il marito della balia insieme con la balia stessa. L'ammontare della somma del mutuo è vario, ma si mantiene tra le 80 e le 140 dramme: solo in un caso è di 64 dramme e in uno arriva alle 500 dramme; il più delle volte si aggira sulle 100-120 dramme. Il mutuo è concluso quasi sempre il giorno seguente il baliatico; eccezionalmente lo stesso giorno o due o tre giorni dopo. Un esempio è P. Mich., II, 123 recto, col. XIII. Che i due contratti, anche se distinti, siano strettamente collegati tra loro, è messo in evidenza dallo scriba stesso, con una annotazione a margine.

Il collegamento negoziale tra mutuo, vendita fiduciaria, e baliatico risulta praticato già⁴⁸ nel 7/6 a.C.: in P. Berol. inv. 25411 (= CPG. I 8), redatto ad Alessandria il creditore mutuante Patrikos rilascia a Philotera, la debitrice mutuataria, la dichiarazione di avvenuto adempimento, avendo ricevuto la restituzione della somma che le aveva prestato, e di non avere più alcun diritto sulla garanzia fiduciaria offerta, vale a dire un bambino, che era stato designato come suo schiavo nel contratto di allattamento collegato al mutuo.

⁴⁷ È nota la crisi economica in Egitto al tempo di Claudio e di Nerone: nell'anno 45/6, in estate, si ebbe una inondazione che determinò un forte aumento del prezzo del grano, che da 4 dracme e 2 oboli l'artaba il 7 settembre passò a 8 oboli il 24 settembre, ci informano i papiri di vendita, e si stabilizzò a questo alto prezzo, come emerge dai conti dello stesso *grapheion* di Tebtynis: non si può escludere che una vendita fiduciaria di bambini sia dissimulata dai numerosi contratti di baliatico, conclusi a Tebtynis proprio nell'anno. Sempre fondamentale, in proposito, H.I. Beix, *The economic crisis in Egypt under Nero*, in *JRS*. 28, 1938, 33 ss.

⁴⁸ Montevocchi, *BGU IV 1139* cit. 231.

4. Nella designazione della balia vengono apprezzate anche indicazioni mediche⁴⁹ ai fini della scelta della nutrice più adatta, che non appaiono dedotte nel formulario negoziale noto dall'Egitto, ma non abbiamo termini di confronto per Roma, dove la pratica era diffusa nelle famiglie più agiate.

Diversamente è per le prescrizioni concernenti l'allattamento e la cura dei lattanti, conservati in questi contratti della prassi non romana. Infatti, l'astinenza dai rapporti sessuali, il divieto di una gravidanza, la proibizione di allattare più neonati, il dovere della balia di mantenersi in buona salute curandosi di sé, sono previste ai fini del controllo della qualità e della quantità di latte, in relazione alle condizioni del lattante, alla sua crescita⁵⁰ e al suo sviluppo, psico-fisico e osseo in particolare, e costituiscono, in punto di diritto, obbligazioni di *facere* e di *non facere*, che giuridicizzano saperi tradizionali e prescrizioni mediche antiche, ampiamente note, e già affermate da Ippocrate, ripreso poi, principalmente da Galeno, Sorano, Caelio Aureliano, Muscio e Prisciano.

Insegnava Ippocrate (Hipp., *Diseases* IV.55.1-4) che la causa principale dello stato di indisposizione del neonato era il latte impuro, che succhiava dal seno: chi allatta, per essere sana, non dovrebbe soffrire di un eccesso di bile, liquidi, versamenti, raffreddore, che transitano attraverso il latte nel neonato. Si riteneva che il pianto dei lattanti ne fosse spesso comprova, potendo derivare da difficoltà di digestione del latte, più avariato e acido, della nutrice, così come anche l'epilessia fosse una conseguenza, più grave, di diete non sane, analogamente alla formazione di calcoli. La dieta del neonato nei primi anni di vita era ritenuta particolarmente importante ai fini dello sviluppo armonico del corpo, per cui da questo angolo di visuale si comprende anche la previsione negoziale del contratto di baliatico che prevede un corrispettivo salariale importante per l'epoca.

Il maestro efesino Sorano⁵¹ che, dopo aver studiato alla scuola di Alessandria, visse a Roma nella prima metà del II secolo d.C. sotto gli imperatori Traiano e Adriano nella sua unica opera superstite, *Gynecia*, fornì consigli pratici sulle modalità dell'allattamento al seno, come ad esempio quale fosse la posizione migliore per allattare e quale posizione dovesse assumere il bambino dopo aver poppato. L'invito, che rivolse ai lettori del suo trattato, fu di perseguire la moderazione nel numero delle poppate, sconsigliando di allattare in qualunque momento del giorno e della notte, oppure ad ogni pianto del bambino. Egli,

⁴⁹ Soranus, *Gyn.* 2.12; 2.13.21; 2.20.44; 2.12.19; Galen. *Loc. Aff.* 3.11 (8.194K), 4 (8.408K); Id., *Hipp. Aph.* III.25 (17B.629-630K); Id., *Puer. Epil.* 4,5 (11.357-358K); Id., *San.Tu.* 1.9 (6.46K); Id., *Alim. Fac.* 3.14 (6.685-686K); Rufus in Oribasius, *Coll. Med., Lib. Inc.* 20.31; Pl. *HN* 20.44; Aretaeus, *SD* 2.4.

⁵⁰ M. Bettini, *Per una 'biologie sauvage' dei Romani. Prime proposte*, in *Eugesta* 6, 2016, 66 ss.

⁵¹ P. Burguière, D. Gourevitch, Y. Malinas, *Soranos. Maladies des femmes* II, Paris 1990.

inoltre, sostenne l'allattamento materno che andava del tutto privilegiato, e non si oppose, in caso di difficoltà della madre ad allattare, alle pratiche di baliatico; affermò come fosse necessario alimentare il poppante, per i primi due giorni di vita, solamente con miele bollito e di aspettare altri 20 prima di attaccarlo al seno della madre, nutrendolo, nel frattempo, con il latte di altra donna, influenzando l'opinione dominante nei secoli a venire, che il latte della madre per circa 20 giorni fosse inadatto ed indigesto per il neonato, a causa del travaglio del parto e delle abbondanti emorragie ad esso conseguenti; con ciò opponendosi strenuamente all'opinione di un certo Damaste da Soriano stesso citato, il quale, invece, consigliava da subito di attaccare il neonato al seno della madre dopo il parto, per consentire in tal modo una più rapida ed abbondante formazione del latte.

La scelta della balia per Sorano era quanto mai cruciale per una sana crescita del bambino, raccomandando prudenza e consigliando una nutrice tra i 20 anni e i 40 anni, che abbia partorito due o tre volte, sana, vigorosa, di regolare complessione corporea, di bel colorito, che abbia seno ben sviluppato, rigonfio, molle, senza righe, capezzoli non troppo grandi, né troppo piccoli, né troppo stretti, né troppo porosi e che diano abbastanza latte, che sia saggia, non proclive all'ira, possibilmente di origine greca, dedita alla cura personale e all'igiene. Sorano prescrisse regole alimentari e fisiche che la nutrice doveva seguire nella vita quotidiana, per poter assolvere ai suoi doveri nel modo migliore specificando anche le attività consigliate per sviluppare i muscoli pettorali: giocare a palla, sollevare pesi, trasportare catini e rifare i letti.

E se era opportuno, per Sorano, scegliere nutrici più mature, con esperienza e una certa inclinazione all'educazione, in quanto responsabili della primissima formazione, anche affettiva e comportamentale, dei lattanti, ciò era dovuto anche al fatto che con l'avanzare dell'età minore era la pulsione sessuale, e in ogni caso, la possibilità di restare incinte diminuiva. Una gravidanza, si riteneva, da un lato determinava una minore propensione alla cura di un bambino, biologicamente altrui, e dall'altro il flusso e la qualità del latte sarebbero diminuiti già normalmente compromessi dal solo coito.

5. Alcune osservazioni conclusive. Lo storico del diritto che voglia indagare forme e modi della prassi giuridica, al fine di riconoscere gli strumenti negoziali, i formulari tecnici e la legislazione deve contrastare preferibilmente le fonti di tradizione manoscritta con la documentazione di prima mano, papiri ed epigrafi, in relazioni alle fonti letterarie e storiche.

Con riferimento al tema del baliatico e dell'allattamento mancano studi specificamente orientati *sub specie iuris*, cui queste pagine sono un preliminare, minimo, punto di partenza, allo scopo di inquadrare la pluralità di questioni che vengono imprescindibilmente in rilievo, coinvolgendo le ragioni personali, per stato di salute ed età, ed estetiche, sociali, per rango, ed economiche di chi ac-

cede a questi negozi, da cui risulta una forte spinta ad allevare i bambini, anche schiavi, in quanto risorsa patrimoniale certa, e anche a disporne, analogamente ad una *res*, costituendo gli infanti a garanzia o vendendoli.

L'esegesi dei testi ad opera del giurista, in prospettiva storica, impone di calare propriamente il documento nella sua dimensione coeva, per riconoscere il portato della soluzione giuridica prescelta, quando è nota, o trarla dagli elementi a disposizione, senza perdere di vista il faro che è quello di definire la disciplina giuridica sostanziale e processuale.

Non si può non osservare – la considerazione è ovvia – che se il diritto è almeno in linea teorica strumento di equilibrio, nella pratica quotidiana l'adozione di schemi piuttosto che di altri consente di dare una veste formale, e legale, a situazioni di grande asimmetria.

Pensiamo – accanto alla finezza dell'elaborazione giuridica e alla acutezza di combinare tra loro le cause negoziali, così da consacrare la volontà decidente, normativa, dei contraenti – all'abuso dello strumento della vendita o alle distorsioni delle facoltà implicate dalla potestà dominicale sugli schiavi e da quella paterna sui figli.

Venendo ai contratti di allattamento – uno dei tipi di servizi che si procuravano a pagamento ricorrendo al baliatico – possiamo notare, nel dettaglio delle obbligazioni fisionomiche degli atti di epoca romana provenienti dall'Egitto, alcune fortemente aggravanti della libera esplicazione della donna, a proposito della sua sfera personale, sebbene deducano prescrizioni mediche inveterate e tradizionalmente routinarie, in quanto ritenute imprescindibili, in punto di diritto, cioè ai fini del *recte facere*, del corretto adempimento dell'obbligazione principale, costituita dall'allattamento (a proposito del quale i contratti papiracei non definiscono i tempi, se a richiesta del neonato oppure no). È quanto mai opportuno, quindi, tagliare le indagini specificamente sui testi, con una inversione di approccio e metodo, fino ad ora usualmente impiegato in letteratura, volto a privilegiare narrazioni poco attente al dato strettamente giuridico, che al contrario appare di estremo interesse, proprio per la peculiare puntuazione di dettaglio contrattuale.

Dal che se ne ricava una apparente simmetria negoziale, scambio di servizi verso corrispettivo nel contratto di lavoro di allattamento, concluso nell'esplicazione dell'autonomia negoziale. Invero, in questi tipi di negozi, abbiamo visto, si giuridizza un sapere scientifico antico che restituisce una condizione di vulnerabilità muliebre significativa, se già solo consideriamo gli impegni negoziali assunti interferenti con la sua libertà sessuale, a fronte dei correlativi poteri di controllo dell'altro contraente.

Maria Vittoria Bramante
Università Telematica Pegaso
mariavittoria.bramante@unipegaso.it

Le iscrizioni latine della collezione di Cristiano VIII di Danimarca tra Friederich Münter e Giuseppe Capece Latro

1. Nel Nationalmuseet di København si conserva la collezione di antichità che il principe ereditario di Danimarca, Cristiano Federico, acquisì nel suo nucleo originario dall'arcivescovo di Taranto, il patrizio napoletano Giuseppe Capece Latro (1744-1836)¹. Il trasferimento della collezione avvenne durante le diverse fasi del soggiorno napoletano del principe danese nel corso del 1820, ossia tra il 9 gennaio e il 21 marzo e poi tra il 14 maggio e il 29 novembre²; mentre la successiva donazione al Gabinetto di Antichità del Museo di Copenaghen fu effettuata soltanto nel 1844, quando Cristiano Federico era oramai re con il nome di Cristiano VIII (1786-1848)³.

Di tale collezione fanno parte anche cinque iscrizioni latine. Quelle censite con i numeri di inventario ABb 124, 125 e 126 sono lastre marmoree di piccole

* Nell'attendere all'edizione delle iscrizioni latine pertinenti a Taranto romana per il relativo *SupplII*, la vicenda della tarantina *CIL IX*, 6154 s'è intrecciata a quella degli altri titoli latini nella collezione del re Cristiano VIII, ora custoditi presso il Nationalmuseet i København, ragione per cui si è ritenuto di estendere la ricerca anche a questi. Ringrazio l'Istituzione danese, in particolare modo Stine Shierup e Lasse Sommer Schütt, per il prezioso e imprescindibile sostegno. Un ringraziamento è rivolto inoltre a Tobias Fischer-Hansen, per l'aiuto e gli aggiornamenti circa i materiali conservati presso la *Det Kongelige Bibliotek*, come anche a Nora Petersen e a Silvio La Paglia. Sempre grata ai Proff. Giuseppe Camodeca e Marcella Chelotti. Titolare della licenza delle foto qui riprodotte è il Nationalmuseet i København. La foto di ABb125 è stata realizzata da Inger Marie Helgasdatter Mulvad, invece quelle di ABb124, 126-128 da Sophus Bengtsson.

¹ Il diario di Cristiano Federico data l'acquisto di vasi e marmi al 9 settembre (cfr. A. Fabritius, F. Friis & E. Kornerup [red.], *Kong Christian VIII.s dagbøger og optegnelser, II, 2. halvbind, 1821-1822*, København 1976, 269), laddove la documentazione d'archivio attesta la stipula del contratto di compravendita (relativo a vasi, sculture, bronzi, terrecotte e frammenti marmorei) il 20 dello stesso mese (Danmark Rigsarkivet Copenhagen, *Kongehuset, Christian 8, Breve fra forskellige* [1794-1848], v. 129). Una coeva descrizione del 'gabinetto archeologico' del re con i suoi ampliamenti fu offerta da A.F. Bergsøe, *Den danske Stats Statistik, Om den danske Stats immaterielle Kultur, Statsforfatning, Beskatningsvæsen, og øvrige Finansielle Forhold*, tredje bind, København 1848, 160 ss., che però colloca l'acquisizione nel 1822. Per un primo inquadramento della figura e dell'opera di Capece Latro sempre utile P. Stella, s.v. *Capecelatro, Giuseppe*, in *DBI* 18, 1975, 445-452.

² Tali date sono riportate nel diario dello stesso principe edito in Fabritius, Friis & Kornerup, *Kong Christian* cit. 612. In particolare sulle diverse visite di Cristiano Federico alle rovine di Pompei compiute in febbraio, marzo e novembre, si rinvia ora a A. La Paglia, *Memorabilia Pompeiana. Antichità da Pompei nelle collezioni europee (1748-1830)*, Roma 2023, 77-79.

³ Cfr. Danmark Nationalmuseet Arkivet, Copenhagen ABb124-128.

dimensioni del tutto o pressoché integre, sulle quali sono incise altrettante iscrizioni funerarie, mentre delle restanti due – ABb 127-128 – sempre in marmo, si conservano frustuli, in ogni caso riconducibili a testi sepolcrali⁴.

La documentazione d'archivio attesta l'acquisto di tutte e cinque le iscrizioni a Napoli nel 1821 (sic!) e la connessa immissione nelle collezioni del Gabinetto di Antichità nel 1844, senza fornire ulteriori informazioni antecedenti all'acquisto⁵. A riguardo, però, utili indicazioni si ritrovano nei *corpora* epigrafici ottocenteschi, dove per la prima volta furono edite le tre iscrizioni integre. Queste edizioni attestano che l'originaria trascrizione dei tre epitaffi, con le informazioni sul luogo di ritrovamento o quello di conservazione, fu compiuta dal vescovo luterano tedesco-danese Friederich Christian Carl Heinrich Münter (1760-1830). Grazie alle schede da questi compilate – che sono purtroppo al momento irrimediabilmente⁶ – si apprese che l'iscrizione ABb 125 corrispondente a Orelli 5044 = *CIL* IX, 6154 = EDR137031 era stata rinvenuta a Taranto, mentre ABb 124 e ABb 126 corrispondenti rispettivamente a *CIL* VI, 27673 e *CIL* X, 2472 = VI 18295 = EDR081678 = EDR158746 erano appartenute alla collezione dell'arcivescovo di Taranto.

2. L'iscrizione ABb 125 è nota fin dal primo trentennio del XIX secolo, quando fu edita, originariamente, nel capitolo ventitreesimo (*Analecta nonnulla*), del secondo volume dell'*Inscriptionum latinarum selectarum amplissima collectio* (Turici 1828) di Johann Caspar von Orelli, sotto il numero 5044.

Il filologo svizzero ne era venuto a conoscenza, in maniera del tutto fortuita, attraverso la consultazione delle schede di Münter⁷, come lo stesso Orelli ebbe a precisare nell'introdurre la 'massa' epigrafica münteriana⁸. Le informazioni trasmesse dalla *collectio* non poterono pertanto che essere desunte da quanto si

⁴ Si è ritenuto di analizzare dapprima le iscrizioni edite, secondo la data della loro pubblicazione, e poi quelle inedite.

⁵ Dansmark Nationalmuseet Arkivet, Copenhagen ABb124-128.

⁶ Come mi ha segnalato T. Fischer-Hansen, che ringrazio, i magazzini della *Det Kongelige Bibliotek* sono attualmente in fase di riorganizzazione; per tale ragione non è stato possibile consultare l'epistolario di Münter e gli altri documenti che gli appartennero.

⁷ Orelli, *Inscriptionum* cit. 437: «Mirabili casu, ipso ultimo die, quo haec plagula typothesis tradi poterat, opera Viri docti mihiq; amicissimi I. Hage, Dani, accepi quattuor eruditissimas dissertationes schedasque Mss. a Frid. Müntero, V. Cl., reverendissimo Selandiae episcopo, benigne ac liberaliter in usum meum destinatas, e quibus haec excerptenda duxit». Nella silloge orelliana Iohannes (?) Hage è menzionato solo in questo luogo, e pertanto rimane al momento oscura la sua identificazione.

⁸ Tali iscrizioni possono essere suddivise in due gruppi, vale a dire quelle ricavate dall'opera *De rebus Ituracorum* (Hafniae 1824) (nrr. 4986, 5040-5042 e 5052) e quelle trascritte dal vescovo su proprie schede (nrr. 4929, 5043-5049).

sarebbe letto nella stessa scheda (che, come s'è detto, è attualmente irreperibile).

Orelli trascrisse il testo e riferì il luogo di rinvenimento e il testimone di cui s'era servito: D.M. || FECIT COL||LEGIÛ . FUM||ATORÛ . BE||INE MER||ENTI. [Tarenti] E schedis Münteri; a margine annotò poi quanto il *collegium fumatorum* rappresentasse di fatto un *unicum* (*novum mihi accidit collegium fumatorum*).

Tuttavia, l'assenza di altre attestazioni di un tale collegio⁹ indusse Mommsen a ritenere falsa l'iscrizione nelle *Inscriptiones Regni Neapolitani Latinae*¹⁰, per poi ricredersi nella sezione *additamenta* del nono volume del *CIL*¹¹. Alla fine, aveva deposto a favore dell'autenticità la riedizione compiuta da Johan Louis Ussing nel *Græske og Latinske Indskrifter i Kjöbenhavn* (Kjöbenhavn 1854) sotto il nr. 10, che restituì così il testo: D.M. | Fecit col||legius Vi|atori be|ne mer|enti.

Nel compiere l'autopsia dell'iscrizione, 'rozza e corrosa' (*raae og corroderede*), al filologo e archeologo danese¹² non erano sfuggite le incongruenze del testo che, sulla scorta del Münter, era stato edito da Orelli e ripreso nella scheda del catalogo del museo¹³. Ussing aveva infatti sottolineato quanto in un'iscrizione funeraria non potesse mancare il nome del defunto, *Viator*¹⁴, diversamente da quello del collegio: la sepoltura sarebbe avvenuta infatti nello spazio – il recinto sepolcrale – appartenente all'associazione funeraria della quale il defunto era stato membro, rendendo di fatto superfluo menzionarla.

Ad ogni modo, l'analisi paleografica e lessicale dell'epitaffio di *Viator* – con l'uso della variante *collegius*¹⁵ al posto di *collegium*¹⁶ – rappresentavano poi elementi indubbi agli occhi di Ussing per collocare il testo in epoca tarda (*til Romerriget's sidste Dage*).

⁹ La rassegna aggiornata sui *collegia* in Italia e in Occidente è in N. Tran, *Les membres des associations romaines*, Rome 2006; ma si veda pure M. Dondin-Payre, N. Tran (dir.), *Collegia. Le phénomène associatif dans l'Occident romain*, Bordeaux 2012. Per lo studio dei profili giuridici si rinvia ora a P. Buongiorno, *Riflessioni sulle riforme in tema di diritto associativo da Augusto a Settimio Severo*, in *Iura* 71, 2023, 69-121.

¹⁰ *IRNL* 169*: Orell. 5044 e sched. Muenteri, quem ex schedis descripsisse satis indicant lineolae supra «u».

¹¹ *CIL* IX, 6154: 2. seq. COLILEGIV⁻ FUMIATORV⁻ Muenteri ms., quam lectionem veram putans et in prior editione et in ipsa hac n. 40* male damnavi.

¹² Per il suo profilo scientifico vd. C. Jørgensen, s.v. Ussing, Johan Louis, in *Dansk biografisk Lexikon* 18, 1904, 121-125.

¹³ Cfr. Ussing, *Græske og Latinske* cit. 3.

¹⁴ Con riguardo a *Viator* quale nome di schiavi e liberti vd. H. Solin, *Die stadtrömischen Sklavennamen: ein Namenbuch. Lateinische Namen*, Stuttgart 1996, 136.

¹⁵ La forma *colegius* (sic!) si ritrova su un'altra iscrizione funeraria tarentina (di prossima pubblicazione), databile al III secolo.

¹⁶ Cfr. *ThLL* III, Lipsiae 1906-1912, s.v. *collegium*, col. 1591 linee 61-65.

A distanza di ottant'anni dall'edizione danese e di un cinquantennio circa dalla pubblicazione del volume mommseniano, nel 1936, Renato Bartoccini, direttore del Museo Nazionale di Taranto (e soprintendente alle Antichità in Puglia)¹⁷, in vista di una pubblicazione del fascicolo su *Tarentum* nella collana delle *Inscriptiones Italiae* cui attendeva fin dal 1934¹⁸, ottenne da Poul Fossing del museo di Copenaghen¹⁹, l'apografo dell'iscrizione e le notizie relative all'immissione nella collezione danese. Sarà Lidio Gasperini a fornire tali informazioni, ricavandole dagli appunti ricevuti, insieme ad altri materiali, agli inizi degli anni Sessanta, dallo stesso Bartoccini (che aveva sperato, in questo modo, si potesse infine pubblicare il fascicolo delle *Inscriptiones*)²⁰, limitandosi a constatare che il collegio menzionato sarebbe stato funerazio²¹.

Senza dubbio l'edizione di Ussing risulta la più completa fra tutte, grazie all'accurata analisi testuale associata ad altra evidenza epigrafica. Ad ogni modo ora si possono conoscere le misure della lastra (alt. 20,8 cm; larg. 20 cm; spess. 2.2 cm) e l'altezza delle lettere (lin. 1: 2.5 cm; linn. 2-3: 3 cm; lin. 4: 2.9 cm; lin. 5: 2.8 cm; lin. 6: 2 cm), e si può datare l'epitaffio nel corso del III secolo²² d.C. grazie alla foto del documento, qui pubblicata per la prima volta (fig. 1): convergono verso tale datazione il formulario e la paleografia con il ricorso alla scrittura *actuaria*.

3. L'iscrizione ABb 124 corrisponde invece a *CIL* VI 27673, edita nel fascicolo apparso nel 1894. Nella scheda del *CIL* le annotazioni relative all'iscrizione

¹⁷ Il suo profilo è in S. Rinaldi Tufi, s.v. *Bartoccini, Renato*, in *DBI* 34, 1988, 271-274.

¹⁸ A riguardo vd. R. Bartoccini, *La necropoli romana di Taranto*, in *Taranto. Rassegna del comune* 4, 1934, 6; Id., *Regione II Apulia et Calabria*, in *Bullettino del Museo dell'Impero Romano* 52.1-4, 1934, 45 s. Inoltre Id., *Frammento di legge romana rinvenuto a Taranto*, in *Epigraphica* 9, 1947, 3-31; Id., *A proposito del frammento di legge romana rinvenuto a Taranto*, in *Epigraphica* 10, 1948, 159.

¹⁹ L'archeologo classico Poul Steven Fossing (27.2.1902-16.2.1949) fu ispettore (*Understøttelser til Institutioner, Selskaber, Komiteer og Lignende*, in *Carlsbergfondets understøttelser 1926-1936*, København 1937, 162) e poi conservatore del museo danese (cfr. *Bibliothèque National de France*, data.bnf.fr/10897854/poul_fossing/). Egli comunicò le stesse informazioni sull'iscrizione 'tarentina' (Danmark Nationalmuseet Arkivet, Copenaghen ABb125) anche a Giovanni Antonucci (primo pretore e cultore di storia originario di Mesagne in provincia di Brindisi) che sempre nello stesso periodo si stava occupando del documento, di cui avrebbe dato notizia in *La voce del popolo* 2 maggio 1936, 1 e poi in *Miscellanea epigrafica*, in *Rinascenza Salentina* 1-2, 1942, 100-102.

²⁰ L. Gasperini, *Note di epigrafia tarentina*, in *Acta of the V International Congress of Greek and Latin Epigraphy Cambridge 1967*, Oxford 1971, 135.

²¹ L. Gasperini, *Il municipio tarentino. Ricerche epigrafiche*, in *Terza Miscellanea greca e romana*, Roma 1971, 182 s.

²² Nella scheda EDR137031 (M. Silvestrini) lo si data tra il 120 e il 250 sulla scorta del solo apografo Fossing.

sono più esplicite nell'indicare l'appartenenza dapprima alla collezione dell'arcivescovo di Taranto e poi a quella museale danese, dopo l'acquisto e la donazione da parte del principe ereditario di Danimarca. Tali informazioni risultano espressamente dipendere dalla scheda compilata da Münter: *Ex museo archiepiscopi Tarentini emit Christianus Fridericus ex regia gente Danorum MVENTER*; contestualmente se ne ricordava la conservazione a Copenaghen (*Nunc in museo Havniensi*) e la pubblicazione nel catalogo epigrafico di Ussing prima ricordato, dove l'iscrizione in esame si ritrova edita con il numero 16, senza però alcun commento, né altro genere di dati.

Ad una scorsa dell'*index auctorum* del *CIL* VI, il nome di Münter non è tuttavia presente, sicché ci si chiede in che modo gli editori fossero venuti a conoscenza di questa scheda epigrafica del vescovo danese (tanto più che essa non faceva parte di quelle note a Orelli e in seguito consultate da Mommsen)²³ e per quale motivo essi l'avessero inclusa tra le urbane.

Una spiegazione possibile attribuirebbe al filologo e archeologo tedesco Friedrich Matz (1843-1874) il reperimento della scheda münteriana, allorquando s'era occupato, per conto di Henzen e degli altri editori di *CIL* VI, di consultare, presso l'archivio di Copenaghen, le schede epigrafiche pertinenti alle iscrizioni urbane redatte da Georg Zoëga, sodale dello stesso Münter²⁴. L'assenza di indicazioni sul luogo di ritrovamento dell'epitaffio nella scheda di Münter e la mancata conoscenza della composizione della collezione Capece Latro, potrebbe aver indotto gli editori a ritenerlo un titolo urbano, senza però alcuna prova positiva.

Ad ogni modo, la lastra marmorea (alt. 32.4 cm; larg. 25.6; spess. 2.5 cm. Altezza delle lettere: lin. 1: 2.2 cm; lin. 2: 2.1 cm; lin. 3: 2 cm; lin. 4: 2.3 cm; lin. 5: 2.4 cm; lin. 6: 2,3 cm; lin. 7: 2 cm; lin. 8: 2,7 cm), lacunosa lungo il margine inferiore, riporta un testo articolato su otto righe, introdotto dall'*adprecatio* (fig. 2). Tale formulazione e il dato paleografico (scrittura *actuaria*) ne circoscrive la cronologia tra il pieno II secolo d.C. e la metà del successivo.

*D(is) M(anibus). | Trophimes | an(norum) III m(ensorum) VIII | d(ierum) XV.
Trophim|us et Soti|ra parentes, | memoriae cau|sa, fecer(unt).*

L'onomastica della defunta e dei dedicanti non offre alcuna indicazione per attribuire l'epitaffio a Roma o a una delle comunità dell'Italia romana, trattandosi

²³ Cfr. *CIL* VIII, XXXIII s.

²⁴ Cfr. *CIL* VI 4.1., LXV nr. 115. T. Fischer-Hansen, *Georg Zoëga and Friedrich Münter. The Significance of Their Relationship*, in K. Ascani, P. Buzi, D. Picchi (ed.), *The Forgotten Scholar: Georg Zoëga (1755-1809)*, Leiden 2015, 87-98.

di nomi servili abbastanza comuni²⁵. Per tale ragione, qualche elemento a riguardo può essere desunto proprio dalla formazione della collezione, alla quale l'iscrizione era, in prima battuta, appartenuta.

La collezione Capece Latro, come s'è detto povera di epigrafi, raccolse essenzialmente reperti da Taranto e dalla Campania (*infra*). Malgrado a *Tarentum Trophimus* appaia come *cognomen* di un probabile liberto²⁶, una provenienza tarentina dell'iscrizione sembra da escludersi, e ciò non solo in ragione dell'assenza di un'indicazione in tal senso sulla scheda münteriana (contrariamente a quanto invece si riscontra per la già esaminata iscrizione ABb 125), ma anche alla luce del confronto con l'altro epitaffio ABb 126 = *CIL* X, 2472 = VI, 18925 (fig. 3).

Di quest'ultimo testo, già edito in *IRNL* 3127, e perciò ripreso tanto nel decimo volume del *CIL*, quanto nel sesto con l'annotazione relativa alla scheda münteriana che ne documentava il passaggio da Capece Latro a Cristiano Federico (*Muenter sched. Inter Orelliana 'ex museo archiepiscopi Tarentini emit Christianus Fridericus postea rex Danorum'. Lectio cum Ussingio fere conventit*)²⁷, H. Solin ha curato la riedizione, ricostruendone l'articolata vicenda antiquaria (in origine nella collezione Spatafora) e sostenendone la provenienza puteolana, sulla scorta di *CIL* X²⁸, mentre maggiore cautela è espressa da G. Camodeca nella più recente scheda nell'Epigraphic Database Roma²⁹. Ragione per cui, in questa sede, si rinvia a tali contributi, se non per richiamare le analogie paleografiche, cronologiche e relative al supporto con ABb 124 = *CIL* VI, 27673. L'appartenenza di entrambe alla collezione Capece Latro potrebbe far quindi pensare a una comune origine flegrea.

4. Delle altre due iscrizioni latine comprese nella collezione reale danese si conservano solo frustuli, del primo dei quali non si può neppure dire se già edito. D'altra parte, la scarsa conservazione dei frammenti rende azzardato proporre possibili integrazioni. Della loro vicenda antiquaria sappiamo unicamente che al pari delle altre fecero parte della collezione del principe ereditario, poi donata al museo danese. Di fronte all'attuale impossibilità di rintracciare le schede di Münter, non è possibile stabilire se questi frammenti avessero fatto parte, originariamente, della collezione Capece Latro.

²⁵ A riguardo basti rinviare a H. Solin, *Die stadtrömischen Sklavennamen: ein Namenbuch. Griechische Namen*, Stuttgart 1996, 312 (*Sotira*), 488-490 (*Trophimus/Trophimes*).

²⁶ In una iscrizione inedita di prossima pubblicazione.

²⁷ *CIL* VI 4.2., p. 3523.

²⁸ H. Solin, *Note di epigrafia flegrea. II*, in *Puteoli* 12-13, 1988-1989, 68 ss.

²⁹ EDR081678.

ABb 127 è un frammento di lastra marmorea (fig. 4), fratta su tutti i lati, che conserva assai parzialmente due righe (alt. 9.3 cm; larg. 11.2 cm; spess. 2.7 cm. Altezza lettere: lin. 1: 2.7 cm; lin. 2: 2.2 cm), pertinenti a una funeraria, come comprova, benché lacunosa, la formula finale:

-----?

[---]roni [---]

[---] b(ene) m(erenti) [---?].

Da quanto resta si potrebbe proporre una datazione al II/inizi III secolo.

5. Anche ABb 128 si presenta come frustulo di una lastra marmorea fratta lungo tre lati, salvo il destro (alt. 10.5 cm; largh. 13.8 cm; spess. 2.1 cm. Altezza lettere: lin. 1: 0.5-2 cm; lin. 2: 4.5 cm) (fig. 5). Il testo superstite si articola su due linee di cui si intravedono le linee guida:

[---]lali

[---] aliquan=

[do ---]

-----?

L'avverbio *aliquando* è di uso assai raro in epigrafia, comparando in poco più di una decina di iscrizioni in tutto³⁰, per lo più funerarie (talvolta metriche), con nessuna delle quali il nostro frammento può identificarsi; per la paleografia il testo va verosimilmente datato alla fine III – IV secolo d.C., se non oltre.

6. A questo punto bisogna chiedersi in che modo Münter avesse avuto conoscenza della collezione Capece Latro, almeno relativamente alla parte epigrafica. Va preliminarmente precisato che Münter – professore di teologia nell'università di Copenaghen dal 1787, e vescovo della diocesi danese di Zealand dal 1808 al 1830 – fu un erudito dagli interessi e dalle competenze eterogene: si era occupato infatti di filosofia e teologia, ma pure di religioni e di lingua copta e di quella cuneiforme (alla decifrazione della quale i suoi lavori concorsero) grazie agli studi condotti, tra il 1781 e il 1784 all'Università di Göttingen³¹.

³⁰ Se si prescinde dalla Tavola di Veleia (*CIL* XI, 1147 = *ILS* 6675 = *FIRA* III, 116 = EDR130843 [P. Possidoni]). *CIL* X, 178 = *ILCV* 1288 = *CLE* 1799; *CIL* X, 777 = EDR153214 (A. De Carlo); *CIL* XI, 6929 = EDR134269 (A. Raggi); AE 1946, 141 = EDR000914 (C. Caruso); *SupplIt* 16, 4 = AE 1998, 298 = EDR071522 (G. Mazzini); AE 1946, 141 = EDR000914 (C. Caruso); *CIL* VI, 10251 a = *ILS* 7348 = EDR133445 (S. Ganzaroli); *CIL* VI, 25547 = *CLE* 1293 = EDR150071 (A. Ferraro); AE 2006, 1682 = 2015, 67; *ILAlg* 2.1, 2392; Vindolanda 256 e 319.

³¹ Cfr. Ø. Andreasen (hg.), *Aus den Tagebüchern Friedrich Münters Wander- und Lehrjahre*

A Mommsen fu nota la sua competenza epigrafica, al punto che il nome di Münter fu inserito tra gli *auctores* utilizzati per la redazione del nono e del decimo volume del *CIL*³², grazie anche al regesto che lo stesso vescovo aveva compilato per la propria collezione epigrafica³³. Münter la aveva approntata sul modello di quella del cardinale Stefano Borgia, che aveva avuto modo di conoscere e frequentare in occasione dei tre soggiorni compiuti a Roma tra il 1785 (dalla fine di febbraio alla fine agosto) e il 1786 (dal 12 aprile agli inizi di ottobre e tra la fine novembre e i giorni antecedenti il Natale)³⁴. Le iscrizioni erano di epoche e provenienze diverse: egizie, puniche, babilonesi, cuneiformi, greche, etrusche, latine e cristiane. In particolare il giovane Münter aveva reperito una parte di quelle latine durante il viaggio in Italia svolto con finalità culturali³⁵ e al

eines dänischen Gelehrten. Zweiter Teil 1785-87, in *Frederik Münter et Mindeskrikt III*, København og Leipzig 1937. Inoltre B. Kornerup, s.v. *Friederich Münter*, in *Dansk Biografisk Leksikon* 16, 1939, 341-349.

³² *CIL* IX, p. LIV: F. Münter, *Epistola ad Sergium ab Ouvaroff*, Hauniæ 1822, e il resoconto del viaggio in Sicilia, *Efterretninger om begge Sicilierne, samlede paa en Reise i disse Lande i Aarene 1785 og 1786*, I-II, København 1788-1790. Vd. A. Rasmussen, *Frederik Münter hans levned og personlighed*, in *Frederik Münter et Mindeskrikt I*, København 1925, 59, 64, 68, 70 e 72.

³³ Con la nomina a vescovo nel 1808, la collezione epigrafica fu esposta nella sede vescovile di Copenaghen, nel Bispegaarden, il Museum Münterianum. Alla morte di Münter la sua collezione fu venduta all'asta (*Museum Munterianum*, bind 1-3, Hauniae 1836-1839 [Auktionskatalogerne]), acquistata in parte dal Museo Nazionale di Copenaghen. Nel corso del tempo essa si ampliò con la donazione di altri oggetti, nella disponibilità degli eredi, e nel 2009 con il recupero delle iscrizioni – tra le quali una assira, una greca, diverse etrusche e romane, tegole iscritte e urne funerarie etrusche (recuperate nel 1827 dalle necropoli di Chiusi), rimaste nella sede vescovile: N.M. Petersen, *Biskop Frederik Münter og hans museum*, in *Nationalmuseets. Arbejdsmark 2012*, København 2012, 18-29.

³⁴ In particolare Stefano Borgia (1731-1804 su cui v. H. Enzensberger, s.v. *Borgia, Stefano*, in *DBI* 12, 1971, 739-742) costituì a Velletri un proprio museo archeologico ed etnografico, con materiali acquistati da ogni parte del mondo, grazie ai rapporti internazionali della Congregazione *de Propaganda Fide* di cui egli fu segretario fin dal 1770; intorno al museo ruotò l'Accademia Volsca (fondata nel 1764) della quale divenne membro lo stesso Münter: T. Fischer-Hansen, *Frederik Münter og hans rejse til Italien – med særlig henblik på hans erfaringer fra Sicilien*, in *Aarbøger for Nordisk Oldkyndighed og Historie* 2007, 91-106, spec. 94 s. Per i rapporti tra i due studiosi, peraltro documentati dal necrologio di Borgia scritto da Münter (*Kardinal S.B.*, København 1805) si rinvia a T. Fischer-Hansen, *Frederik Münter e Stefano Borgia. L'incontro tra un vescovo danese e un cardinale italiano*, in R. Langella (a c. di), *Stefano Borgia. Inediti nell'Archivio Storico di Propaganda Fide sec. XVIII-XIX. Catalogo*, Roma 2022, 9-12.

³⁵ Propiziato con fondi *ad usus publicos*, il viaggio risale al periodo compreso tra il 1784 e il 1787. Originariamente aveva lo scopo di raggiungere la Dalmazia e la Grecia per visionare manoscritti utili a redigere una nuova edizione del Nuovo Testamento, ma alla fine ebbe come meta Roma, dopo le tappe di Vienna e Venezia. Qui Münter visitò la collezione Nani, dalla quale, alcuni anni dopo, nel 1825, acquistò per sé la ghianda missile da Melos, *IG IX* 1², 4, 1564 (cfr. la lettera inviategli da Friedrich Creuzer del 2 febbraio 1825 in Andreassen, *Aus dem Briefwechsel ... Erster*

contempo politiche (su questioni massoniche essendone un affiliato)³⁶, visitando anche il regno di Napoli, fino a spingersi in Sicilia³⁷, ma non anche nelle Puglie.

A quanto risulta da un'intenzione espressa nel febbraio 1785, al filosofo Johann Gottfried Herder e a sua moglie Caroline³⁸, Münter intendeva raggiungere nel corso del successivo 1786 Taranto, come pure di visitare Otranto³⁹. Il che avrebbe potuto fornire al tedesco-danese una buona occasione di incontrare l'arcivescovo Capece Latro e ottenere da lui informazioni su Taranto e sul suo patrimonio storico-archeologico. Dall'ultimo trentennio del XVIII secolo, infatti, la storia della Taranto magnogreca sollecitava i viaggiatori europei in giro per la penisola a far tappa in città alla ricerca delle sue vestigia, per quanto le loro aspettative alla fine rimanessero deluse dinnanzi alla penuria dei resti ancora effettivamente visibili⁴⁰.

Ad ogni modo il progettato viaggio non ci fu. Se non allora a Taranto, in che modo Münter avrebbe rintracciato un'iscrizione latina proveniente da questa

Teil A – K cit. nr. 180, 208) che, anni dopo la morte del vescovo, fu venduta nel 1839, all'asta, per poi finire nel Museo di Copenaghen (L. Calvelli, F. Crema, F. Luciani, *The Nani Museum: Greek and Latin Inscriptions from Greece and Dalmatia*, in *Illyrica Antiqua in honorem Duje Rendić-Miočević*, Zagreb 2017, 268).

³⁶ In particolare su mandato degli Illuminati di Vienna, il compito di Münter fu riorganizzare le logge italiane secondo l'Ordine degli Illuminati di Baviera. A riguardo si rinvia a B. Croce, *Friedrich Münter e la massoneria di Napoli nel 1785-1786*, in Id., *Aneddoti di varia letteratura*, III, Bari 1954, 168-180; C. Francovich, *Gli illuminati di Baviera*, in *Storia della massoneria in Italia dalle origini alla rivoluzione francese*, Firenze 1974, 381-433; V. Sciuti Russi, *Riformismo settecentesco e inquisizione siciliana: l'abolizione del «terribile monstre» negli scritti di Friedrich Münter*, in *Rivista Storica Italiana* 115.1, 2003, 112-148; N. Perrone, *La Loggia della Philantropia. Un religioso danese a Napoli prima della rivoluzione*, Palermo 2006.

³⁷ Del resto, nel resoconto di quel viaggio (*Efterretninger cit.*) Münter aveva dato notizie di iscrizioni osservate in Sicilia. Inoltre la corrispondenza con il nobile siracusano Saverio Landolina Nava (1734-1814), Regio custode delle Antichità di Val Demone e del Val di Noto, oltre che massone, attesta che al momento delle scoperte epigrafiche avvenute a Siracusa, Münter fornì la propria consulenza epigrafica: T. Fischer-Hansen, *La corrispondenza fra Saverio Landolina e Frederik Münter. Un epistolario di colti antiquari sul finire dell'Illuminismo*, in *Bollettino d'Arte* 37-38, 2018, 153-186. Durante il soggiorno siciliano Münter compilò anche un catalogo dettagliato dei più importanti pezzi della collezione di Ignazio Paternò principe di Biscari (zio del Landolina) ospitata nell'omonimo palazzo a Catania: Fischer-Hansen, *Frederik Münter cit.* 96-99.

³⁸ Sull'interesse di questi a viaggiare in Italia vd. ora A. Beutel, *Selbstfindung im Süden? Die Reisen der protestantischen Schriftsteller Johann Gottfried Herder (1788/89) und Gotthold Ephraim Lessing (1775) ins katholische Italien*, in *Zeitschrift für Theologie und Kirche* 114.2, 2017, 177-209.

³⁹ Cfr. Andreasen (hg.), *Aus dem Briefwechsel ... Erster Teil A – K cit. nr. 338, 395*.

⁴⁰ Una rassegna d'insieme si trova in C. D'Angela, *Il Museo negato (Taranto 1878-1898)*, Taranto 2000, 24-28; M. Renzulli Girelli, *Il gran Tour a Taranto. Taranto nel '700 vista da viaggiatori stranieri tra immaginazione e realtà*, Taranto 2000.

città? Dall'unico collezionista di antichità tarentine al suo tempo esistente, ossia l'arcivescovo Capece Latro.

Allo stato della documentazione accessibile, la conoscenza tra i due risale a prima del 1810⁴¹ e aveva assunto forma esclusivamente epistolare, veicolata peraltro dallo scambio delle rispettive pubblicazioni scientifiche⁴². I due non ebbero infatti mai occasione di incontrarsi. Il soggiorno di Münter a Napoli, tra il 24 agosto e il 24 ottobre 1785, tra il 25 febbraio e il 9 aprile 1786 e tra la metà di ottobre e quella di novembre sempre del 1786⁴³, era coinciso con il periodo 'tarentino' di Capece Latro⁴⁴. D'altra parte, quando questi fu arrestato e condotto a Napoli oltre un decennio dopo, nel 1799, per rimanervi poi con alterne vicende fino alla morte nel 1836, Münter era ormai ben lontano dall'Italia. Ancora il 24 marzo 1825 Capece Latro si rammaricherà con lo stesso Münter «di non avervi personalmente conosciuto, ma le vostre produzioni sono sufficienti prove di un

⁴¹ Tale *terminus ante quem* è rappresentato dalla lettera di Münter a Tommaso Vargas Maciucha nella primavera del 1810: «Pardonnés la peine que je Vous fais en Vous priant de faire tenir quelques exempl. de cet opuscule a Mr. l'archeveque de Tarente et à quelques uns de mes vieux amis de Naples, qui Vous seront tous connus». Lettera pubblicata da Ø. Andreasen (hg.), *Aus dem Briefwechsel Friedrich Münters europäische beziehungen eines dänischen gelehrten 1780-1830. Zweiter Teil L – Z*, in *Frederik Münter et mindeskrift VI. Aus dem Briefwechsel Friedrich Münters II*, København-Leipzig 1944, nr. 695, 328. N. Candia, *Elogio storico dell'Arcivescovo Giuseppe Capece-Latro*, Napoli 1837, 81-86 menziona Münter «vescovo di Zelanda dotto insigne di Danimarca» tra i corrispondenti esteri dell'arcivescovo. Testimonianza recuperata in B. Croce, *L'arcivescovo di Taranto*, in *Uomini e cose della vecchia Italia*, II, Bari 1927, 158.

⁴² Cfr. le lettere di Capece Latro a Münter del 24 giugno 1826: «Mi reca la vostra lettera unitamente alle ultime produzioni», e del 24 marzo 1825: «... e io non posso profittare del suo ritorno per farvi avere alcune mie pastorali...». Tali lettere sono in Ø. Andreasen (hg.), *Aus dem Briefwechsel Friedrich Münters europäische beziehungen eines dänischen gelehrten 1780-1830. Erster Teil A – K*, in *Frederik Münter et mindeskrift V*, Kopenhagen und Leipzig 1944, nrr. 142-143, 165. Ad ogni modo presso la *Kongelige Bibliothek* si conservano pure le lettere del 20 luglio 1824, del 19 settembre 1828 e del 30 giugno 1829 (NKS 1698 2°, IV 3, nrr. 473-478). Ringrazio Tobias Fischer-Hansen anche per questa informazione.

⁴³ Le date sono ricostruite dal resoconto münteriano (*Viaggio in Sicilia di Federico Münter tradotto dal tedesco dal tenente d'artiglieria Cav. D. Francesco Peranni volume I*, Palermo 1823, 91) e dalla corrispondenza edita in Rasmussen, *Frederik Münter hans levned* cit. 59 ss.

⁴⁴ Capece Latro si insediò nella propria sede arcivescovile nella primavera del 1778, allontanandosi per un lungo periodo in due circostanze: la prima poco dopo aver assunto l'incarico, adducendo 'motivi di salute' (ma probabilmente sperando in un nuovo incarico), e ottenendo da Pio VI una proroga, cosicché rientrerà a Taranto nel 1781; la seconda nel 1789: vd. S. Vinci, *Gli anni giovanili e la formazione giuridica di Capece Latro*, in F. Castelli, Id. (a c. di), *Giuseppe Capece Latro. Esperienza politica, attività pastorale e magistero culturale di un vescovo illuminato*, Galatina 2018, 21 s. In questi anni vissuti assai spesso anche a Napoli ebbe modo di frequentare ad esempio il teologo e letterato Johann Gottfried Herder e la duchessa Anna Amalia di Sassonia-Weimar-Eisenach, con i quali rimase in contatto nel corso degli anni: G.P. Marchi, *L'itinerario sentimentale di una principessa tedesca*, in *Belfagor* 30, 2008, 523-548.

merito eminente: Non è questa la prima volta che si formano ligami di perfetta stima anche a fronte delle distanze locali»⁴⁵. Pur non ignorandone la consistenza con particolare riguardo alla sezione numismatica⁴⁶, Münter non ebbe dunque la possibilità di visitare la collezione Capece Latro né a Taranto, né a Napoli⁴⁷. Per tale ragione egli avrebbe derivato le informazioni sulle poche epigrafi conservate nella collezione Capece Latro direttamente dal loro proprietario, grazie appunto allo scambio epistolare intercorso tra i due.

Negli anni vissuti nella sua sede episcopale, e cioè tra il 1778 e il 1799⁴⁸, l'arcivescovo aveva costituito la propria collezione di antichità nella sua villa di Santa Lucia (sorta sull'omonima rada in Mar Piccolo) il cui nucleo originario era composto da statue, monete, terrecotte e vasellame provenienti dalla città di Taranto e dal territorio circostante, anche grazie agli scavi che lo stesso Capece

⁴⁵ Il documento è edito in Andreasen (hg.), *Aus dem Briefwechsel ... Erster Teil A – K* cit. nr. 142, 165. Non è da prendere alla lettera la testimonianza di Karl Morgenstern, *Auszüge aus den Tagebüchern und Papieren eines Reisenden. Reise in Italien Neapel*, I.1, Leipzig 1811, 26, secondo la quale «Er kannte den Bischof von Seeland, Friedrich Münter persönlich».

⁴⁶ Lo comprova la lettera indirizzata da O.G. Tyschen da Rostock il 16 maggio 1810 nella quale si menzionano le 6000 monete greche e romane (ma non anche arabe) possedute da Capece Latro. La lettera è edita in Andreasen (hg.), *Aus dem Briefwechsel ... Zweiter Teil L – Z* cit. nr. 667, 306. Il 'museo numismatico' di 'monsig. Capece Latro', è ricordato in Romanelli, *Napoli antica e moderna*, Napoli 1815, 24. Sulla collezione numismatica dell'arcivescovo tarentino si vedano in particolare L. Tondo, *Capecelatro: il passo del progresso e la 'scienza della moneta'*, in F. Castelli, G. Libero Mangieri (a c. di), *Pastore e mecenate. Giuseppe Capecelatro e la scienza della moneta*, Taranto 2016, 71-104; G. Libero Mangieri, *La collezione numismatica Giuseppe Capecelatro in Italia ed in Europa*, in *Giuseppe Capecelatro* cit. 191-206.

⁴⁷ Diversamente dalla sorella Friederike Münter Brun che fu ospite a Palazzo Sessa almeno in una circostanza tra l'inverno del 1809 e la primavera del 1810: il *terminus post quem* del 28 novembre 1809 è offerto dalla pagina del diario di Morgenstern, *Auszüge aus* cit. 26 su cui si legge «die Schwester [Münter sc.] war noch nicht bey ihm gewefen». Sull'amicizia tra la scrittrice e Capece Latro vd. L. Bobé, *Frederikke Brun født Münter. Og hendes kreds hjemme og ude*, København 1910, 216 s. e 297. Ella ricevette un busto di Capece Latro realizzato dallo scultore Rauch ora al Nationalmuseet i København, su cui vd. P. Fardella, *La quadreria Capece Latro da Taranto a New York*, in *Giuseppe Capecelatro* cit. 163 nt. 28. Tuttavia, quand'anche ella avesse visitato la collezione, nulla prova che avesse veicolato la notizia sulle iscrizioni al fratello. Per le altre testimonianze più o meno coeve sulle visite alla collezione Capece Latro si rinvia tra gli altri ai resoconti di A. Kotzebue, *Erinnerungen von einer Reise aus Liefland nach Rome und Neapel*, Berlin 1805; A.L. Millin, cfr. BNF, *Notes et papiers divers de Aubin-Louis Millin, pendant son séjour en Italie. 1811-1813*, 24681, cc. 3-36; D. Romanelli, *Napoli antica* cit. 103, e M.Z. Polàk, *Cesty do Italie*, in *Dobroslav* 1, 1821, 32.

⁴⁸ Anno in cui fu trasferito a Napoli e processato per aver sostenuto la rivoluzione e dove alla fine rimase anche durante il Decennio francese, perché nominato ministro degli interni da Gioacchino Murat: a riguardo vd. F. Mastroberti, *La religione civile di un arcivescovo: Giuseppe Capecelatro ministro dell'Interno di Gioacchino Murat*, e A. Gargano, *L'attività di monsignor Capecelatro durante il Decennio francese*, entrambi in *Giuseppe Capecelatro* cit. 31-47 e 49-75.

Latro aveva commissionato nelle proprietà della curia⁴⁹. La riscoperta di Taranto antica si deve proprio all'attività 'archeologica' intrapresa dall'arcivescovo tra il 1778 e il 1816, anno in cui fu costretto alla fine a lasciare l'ufficio apostolico⁵⁰.

Tra i reperti tarentini, la collezione incluse però la sola iscrizione funeraria di *Viator* per la difficoltà a reperirne altre, in quanto, a Taranto, fino al periodo post-unitario le necropoli antiche erano celate in aree poste al di fuori della penisola abitata, inibite a qualsiasi forma di sfruttamento che non fosse quello agricolo; e del resto nella stessa penisola solo poche epigrafi si conservavano reimpiegate in edifici religiosi⁵¹. La piccola lastra sarebbe perciò riemersa fortunosamente da uno spazio di necropoli⁵², che all'epoca del ritrovamento potrebbe essere stato proprietà diocesana e perciò appartenuta allo stesso Capece Latro⁵³; diversamente essa avrebbe rappresentato il dono con il quale il proprietario del terreno avrebbe omaggiato il prelado.

Una volta rientrato definitivamente a Napoli nel 1801, Capece Latro portò con sé la sua collezione, sistemandola per una parte in città a Palazzo Sessa a Cappella Vecchia nel quartiere Chiaia, ai piedi della collina di Pizzofalcone, per l'altra nella residenza di Portici⁵⁴. Con il trasferimento, la collezione perdette la sua originaria connotazione tarentina, arricchendosi – grazie anche agli incarichi rivestiti da Capece Latro durante il regno murattiano⁵⁵ – di reperti provenienti da altre zone della Puglia, dalla Campania e dalla Basilicata⁵⁶, oltre a divenire più eterogenea, grazie anche alla creazione di una quadreria⁵⁷.

⁴⁹ Cfr. N. Vacca, *Terra d'Otranto. Fine Settecento inizio Ottocento*, Bari 1966, 183.

⁵⁰ A riguardo D'Angela, *Il Museo* cit. 29-31 e ora pure L. Di Franco, *L'Arcivescovo Capece Latro e l'antico: collezionismo e ricerca antiquaria nella Taranto di fine Settecento*, in E. Degl'Innocenti, A. Consonni, L. Di Franco, L. Mancini (a c. di), *Mitomania. Storia ritrovate di uomini ed eroi*, Roma 2019, 37-40.

⁵¹ A. Gallo, *La tradizione manoscritta delle iscrizioni latine di Tarentum*, in L. Calvelli, G. Cresci Marrone, A. Buonopane (a c. di), *Altera pars laboris. Studi sulla tradizione manoscritta delle iscrizioni antiche*, Venezia 2019, 131-149.

⁵² Appare arbitraria l'ipotesi avanzata da E. Lippolis (C. D'Angela, Id., *1882-1889: gli scavi dell'Arsenale e l'archeologia tarentina*, Taranto 1989, 27) secondo la quale l'iscrizione sarebbe emersa durante i primi scavi realizzati nell'area in seguito identificata come 'necropoli di Santa Lucia', quella cioè pertinente al promontorio su cui era sorta la villa dell'arcivescovo. Del resto lo studioso aveva equivocato il testo epigrafico intendendo *Viator* sostantivo (piuttosto che nome servile: cfr. *CIL IX*, 746) e qualificando l'iscrizione 'importante'; ma si è prima osservato quanto modesto sia l'epitaffio.

⁵³ Come aveva lo stesso Capece Latro ricordato nel 1804 al suo vicario a Taranto in merito a scavi compiuti senza la sua autorizzazione a masseria Misicuro di proprietà della mensa arcivescovile: cfr. Vacca, *Terra d'Otranto* cit. 183.

⁵⁴ Cfr. Di Franco, *L'Arcivescovo Capece Latro* cit. 43.

⁵⁵ Così La Paglia, *Mirabilia Pompeiana* cit. 66.

⁵⁶ Cfr. Di Franco, *L'Arcivescovo Capece Latro* cit. 35-53.

⁵⁷ Cfr. P. Fardella, *La quadreria Capece Latro* cit. 155-178.

Nel flusso dei reperti provenienti dall'area flegrea è perciò da rintracciare l'origine delle altre due iscrizioni sepolcrali possedute da Capece Latro e giunte a Copenaghen, malgrado egli avesse nutrito ben pochi interessi epigrafici. Se infatti a Taranto il disinteresse può essere attribuito alla penuria di rinvenimenti, per l'area campana esso sembrerebbe una scelta consapevole.

Con la vendita della collezione al principe di Danimarca⁵⁸ e la successiva donazione nel 1844, si perse memoria dell'originaria appartenenza 'museale' delle epigrafi e del luogo del loro rinvenimento. Si deve pertanto a Münter e alle sue schede se la provenienza di tali documenti epigrafici non sia rimasta ignota. L'importanza delle schede münteriane risiede appunto nel fatto che esse forniscono in modo autonomo e indipendente notizie altrimenti sconosciute sulla composizione della collezione Capece Latro, relativamente alla parte epigrafica⁵⁹.

Annarosa Gallo
Università di Pavia
annarosa.gallo@unipv.it

⁵⁸ A distanza di qualche anno, nel 1826, Capece Latro chiederà a Münter se il principe Federico Cristiano godesse dei vasi «della fù mia collezione»: Andreasen (hg.), *Aus dem Briefwechsel ... Erster Teil A – K* cit. nr. 143, 165.

⁵⁹ Appaiono pertanto del tutto superate le riserve ancora espresse di recente da Di Franco, *L'Arcivescovo Capece Latro* cit. 43 nt. 73, sulla impossibilità di attribuire 'con certezza' alla collezione Capece Latro le iscrizioni *CIL IX*, 6154 (ABb 125) e *CIL X*, 2472 = VI, 18295 (ABb 126).



Fig. 1



Fig. 2

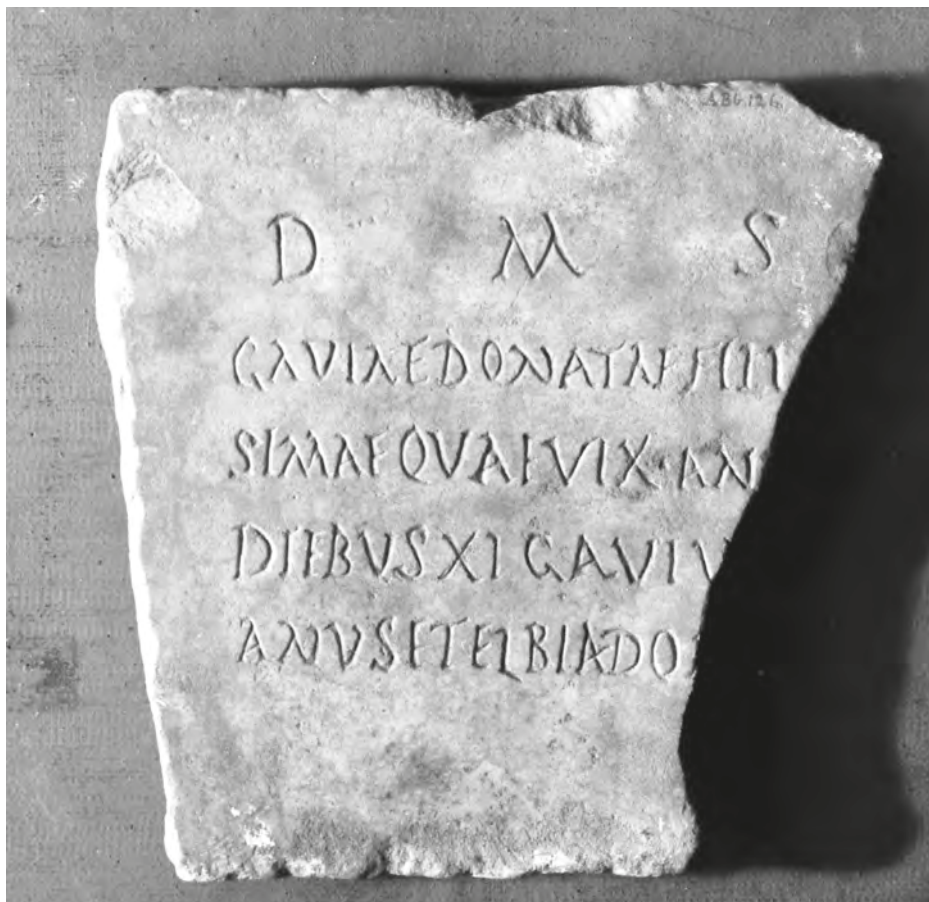


Fig. 3



Fig. 4



Fig. 5

Sulla frase ‘partus sequitur ventrem’ in Von der Poesie im Recht di Jacob Grimm

1. Alcuni anni fa Vanda Perretta, illustre studiosa del romanticismo tedesco (e cara amica), mi fece pervenire la fotocopia¹ del discorso tenuto da Jacob Grimm nel 1846 alla Germanistenversammlung in Frankfurt am Main, dal titolo *Über den Namen der Germanisten*. Alcuni segni a matita evidenziavano i punti che ad avviso di Vanda avrebbero potuto interessare un giusromanista come me. Operata una sommaria ricognizione del testo e del suo contesto, misi il tutto da parte, in un momento nel quale i miei interessi scientifici erano molto distanti da quelle tematiche.

Poi, nella primavera del 2024, un altro caro amico, Luigi Garofalo, mi ha fatto dono del risultato di una sua iniziativa, la pubblicazione della prima traduzione italiana di *Von der Poesie im Recht* di Jacob Grimm, del 1816, in una giovane, ma già prestigiosa collana di traduzioni in italiano di testi importanti nella cultura europea², *Firmamenti*, collana di cultura europea diretta da Maurizio Bettini, Massimo Cacciari e Luigi Garofalo, Marsilio editori. Si tratta di Jacob Grimm, *La poesia nel diritto*³, a cura di Luigi Garofalo e Francesco Valagussa⁴, rispettivamente un giusromanista ed uno studioso di filosofia teoretica, ma entrambi con un vasto orizzonte di interessi. Conclude il volume un saggio⁵ di Valerio Pescatore, un giusprivatista. Si potrebbe dire che questo volume è un ottimo esempio della collaborazione su un medesimo oggetto tra diversi saperi propugnata da Grimm.

A Luigi Garofalo si deve un’ampia introduzione, *Il diritto nell’unità delle scienze dello spirito. Una mappa per il lettore di Jacob Grimm (7-60)*, che –

* Il presente contributo è destinato al volume ‘Scritti con Raimondo Santoro’.

¹ Da J. Grimm, *Kleinere Schriften*, Bd. VII, IV Theil, Berlin 1884, 568-9. Anche in *Auswahl aus den kleineren Schriften von Jacob Grimm*, Berlin 1871, 345-347, ed ora anche in *Programatische Texte zur Deutschen Philologie. Vom Ende des 18. Jahrhunderts bis 1930 (Beiträge zur Geschichte der Germanistik 7)*, Hg. U. Meves, Stuttgart 2015, 97 s.

² E non solo europea: nella collana è già apparso Asconio, *Commento alle orazioni di Cicero*, a c. di B. Santalucia 2022; è prossima alla conclusione la traduzione degli *Atti degli Apostoli* a c. di A. Destro e M. Pesce.

³ Venezia 2024, 5-194. L’operetta di Grimm è alle pagine 85-164 (165-171 le *Note del traduttore*).

⁴ Valagussa è il traduttore (sue le *Note del traduttore*), ma è anche l’autore nel volume del contributo Grimm: *il lavoro dell’analogia. L’inclinazione alla tautologia tra poesia e diritto* (61-84).

⁵ V. Pescatore, *Origine del diritto e identità culturale in Jacob Grimm*, 173-194.

vorrei dire – costituisce una valida risposta di un giusromanista alle sollecitazioni che a suo tempo Vanda Perretta aveva indirizzato a me: se mai ve ne fosse stato bisogno, proprio queste vicende si pongono come la dimostrazione di quanto questa pubblicazione, in questa forma, rispondesse ad un'esigenza scientifica. Ed infatti nelle parole di Garofalo⁶, quando egli descrive la proposta di Grimm di allargare la qualifica di germanista, riecheggiano esplicitamente quelle usate da Grimm in *Über den Namen der Germanisten*.

Qui non posso che rinviare alla lettura del volume, nel quale il testo di Grimm spicca per brillantezza e capacità di muoversi in saperi ed orizzonti diversi. Vorrei solo soffermarmi su una pagina che ha attirato particolarmente la mia attenzione.

2. Si tratta dell'*incipit* del cap. 7 (115-121, *Dimostrazione a partire da espressioni giuridiche in forma poetica* [ted.: *Beweis aus poetischen Rechtsphrasen*]); lo riporto testualmente:

«La dimensione poetica del diritto antico diventa ancora più evidente se prendiamo in considerazione intere frasi.

Nel sistema giuridico tardolatino non mancano esempi che rientrino in questo ambito, tali che non difettano né in fatto di concretezza espressiva, né riguardo alla loro perspicuità, frutto della profonda sensibilità tramite cui vengono raggruppate le parole. Moltissime regole [*Regeln*] sono espresse in maniera vivida, ad esempio «*partus sequitur ventrem*». Così è scritto nelle leggi di Servio Tullio (Festus, si veda *plorare*): «*si parentem puer verberit, ast olle plorassit, puer divis parentum sacer esto*». E questo vale soprattutto nelle XII Tavole, dove si legge: «*si calvitur pedemve struit, manum endo jacito*», e inoltre «*qui parentem necassit, caput obnubito, coleoque insutus in profluentem mergitor*». Nessun diritto più tardo [*kein späteres Recht*] sarebbe in grado di esprimersi in maniera così intensa. Il capo coperto si trova anche nella formula in cui la morte non è comminata per annegamento nel fiume, bensì tramite impiccagione. Cicerone nella *Pro Rabirio*, 4.13 menziona il *cruciatu carmen*: «*caput obnubito, arbori infelici suspendito*». Livio (1.10) risulta ancora più esaustivo: «*caput obnubito, infelici arbori reste suspendito, verberato vel intra pomoerium, vel extra pomoerium*». Qui tornano alla mente una credenza popolare e alcuni passi dell'antico *Edda* sugli impiccati che ondeggiavano sull'albero nel turbinio dei venti.

Quanti modi di dire del diritto germanico potrebbero essere citati in questa sede assai a proposito! [*seguono molti esempi*].

⁶ L. Garofalo, *Il diritto nell'unità delle scienze dello spirito. Una mappa per il lettore di Jacob Grimm*, in *La poesia nel diritto* cit.32 s.

Ho trascritto questa lunga citazione per fare un esempio del modo in cui Grimm accosta materiali di origine ben diversa, ma sempre in modo documentato. Però diversi punti hanno destato la mia curiosità: in primo luogo la menzione della 'regola' *partus sequitur ventrem*, che, venendo per prima nell'esemplificazione, sembrerebbe necessariamente un esempio del «sistema giuridico tardolatino» (come si dovrebbe pensare anche dagli arcaici esempi successivi). In realtà il tedesco recita: «Es mangelt dem altlateinischen gerichtswesen gar nicht an hierher gehörigen beispielen». Ma 'altlateinisch' è l'opposto di tardo latino; non c'è bisogno di approfondire qui l'eventuale valenza tecnica del termine, è sufficiente constatare che tale attributo individua il latino prima del latino classico. E questa precisazione restituisce coerenza al ragionamento di Grimm ed alla sua esemplificazione, che infatti propone le leggi regie e le XII Tavole; a proposito di queste citazioni di Grimm, deve essere evidenziato il fatto che nell'intera opera i riferimenti al diritto romano sono quasi sempre a norme arcaiche, anche quando la fonte che ne riferisce è pienamente classica, come Gellio, Quintiliano, Tertulliano⁷. Oppure si tratta di norme assai concrete, come nel caso delle *aurium tractiones* nella *mancipatio*⁸. Ma le fonti più citate sono Livio, in primo luogo (soprattutto dai primi due libri), e Festo. Non viene fatta alcuna citazione dal *Corpus iuris*, è dato rintracciare un'unica menzione di un giurista, Gaio⁹: la preferenza di Grimm per il diritto romano arcaico è coerente. Sono piuttosto frequenti le menzioni di singole parole latine.

3. Ma a questo punto si pone la questione della cd. 'regola' *partus sequitur ventrem*, che viene citata da Grimm come primo esempio in questo contesto di collocazione arcaica: per lui è certamente romana e di formulazione romana.

Da quando, ormai più di vent'anni fa, incontrai la 'regola' *societas delinquere non potest*, comunemente attribuita al diritto romano, e solo con un notevole sforzo arrivai alla conclusione che si trattava di un brocardo certamente non romano, ma successivo¹⁰, da allora, ogni volta che incontro una 'regola' che tutti dicono romana o 'di origine romana', la prima cosa che faccio è controllarne – se possibile – l'origine. Tanto più che una recente occasione¹¹ mi aveva fatto ri-

⁷ Ad es., 152 nt. 114 a proposito della divisione del corpo del debitore insolvente.

⁸ 143.

⁹ Menzione però indiretta, di riferimento bibliografico (157 nt. 130), ma sempre a proposito di un istituto arcaico.

¹⁰ L. Peppe, «*Societas delinquere non potest*». *Un altro brocardo se ne va*, in *Labeo* 48, 2002, 370-381 [= in Id. (a c. di), *Persone giuridiche e storia del diritto*, Torino 2004, 143-157; Id., *Uso e ri-uso del diritto romano*, Torino 2012, 73-87].

¹¹ Mi riferisco all'incontro pavese (7 marzo 2024) *Il pater familias tra ordine politico e ordine domestico. A proposito di Yan Thomas, La morte del padre. Sul crimine di parricidio nell'antica*

vedere molte fonti romane in materia di generazione e di *venter* e non ricordavo di aver incontrata una siffatta locuzione. Quindi mi sono proposto di ricercarla nelle fonti romane, giuridiche e letterarie, avendo ben presente che essa poteva essere sì una ‘regola’, ma si sarebbe anche potuta rivelare un escerpto operato da Grimm da un contesto più ampio e da lui sussunto come una ‘regola’. E perciò per ora si preferisce scriverne come di una ‘locuzione’.

Consultati i consueti repertori cartacei ed informatici, una locuzione veramente simile¹² è apparsa in una sola fonte romana, nei *Tituli ex corpore Ulpiani* (o *Epitome Ulpiani*), quindi una fonte giuridica: una fonte dalla natura assai discussa, a partire dalla sua stessa attribuzione ad Ulpiano¹³. Ma in questa sede non è necessario approfondire le problematiche dei *Tituli ex corpore Ulpiani*, ci è sufficiente dire che è certamente romana e che sua fonte primaria sono le *Istituzioni* di Gaio. Si tratta di:

Tit. Ulp. 5.9: *Ex cive Romano et Latina Latinus nascitur et ex libero et ancilla servus, quoniam, cum his casibus conubia non sint, partus sequitur matrem*¹⁴.

Il titolo V (*de his qui in potestate sunt*) consta di 10 capitoli, i primi 7 sono corrispondenti alla trattazione gaiana, dei rimanenti §§ 8-10 scrive Felice Mercolgiano: «Nei *Tituli*, al contrario, vi sono soltanto regole esposte in maniera sobria, tagliente e priva di spiegazioni isagogiche, per un apprendimento veloce e sicuro»¹⁵.

Com'è evidente ad una prima lettura, la ‘regola’ sussiste – e solo – per quei casi nei quali il figlio/a nasce da un'unione senza *conubium*: è il contesto che ne specifica l'ambito di applicazione, la citazione della locuzione al di fuori del contesto ne generalizzerebbe la portata, con un sostanziale tradimento del suo significato giuridico.

4. Come si è visto leggendo l'inizio del cap. 7 de *La poesia nel diritto*, Grimm in genere – come anche in tutto il suo saggio – esplicita la provenienza delle sue

Roma, *Quodlibet 2023* (Macerata 2023, a cura e con un saggio di V. Marotta, prefaz. di M. Godelier, una nota al testo di M. Spanò, trad. di G. Lucchesini): introduzione di V. Marotta, interventi di L. Peppe e G. Rizzelli, conclusioni di M. Spanò.

¹² Altre formulazioni accostabili ma meno simili saranno citate nel corso delle prossime pagine.

¹³ Per F. Schulz, *Storia della giurisprudenza romana*, trad. di G. Nocera, Firenze 1968, 321, si tratta di «un'epitome fatta nella prima metà del IV secolo»; accurato riesame in F. Mattioli, *Un tentativo di messa a punto riguardo alla più recente dottrina sui 'Tituli ex corpore Ulpiani'. Ipotesi e prospettive di ricerca*, in G. Purpura (a c. di), *Revisione ed integrazione dei Fontes Iuris Romani Anteiustiniani (FIRA). Studi preparatori 2. Auctores – Negotia*, Torino 2012, 85-117.

¹⁴ *FIRA* II, 268; anche in *Revisione ed integrazione* cit. 33.

¹⁵ F. Mercolgiano, «*Tituli ex corpore Ulpiani*». *Storia di un testo*, Napoli 1997, 60.

citazioni, ma non lo fa nel caso di *partus sequitur ventrem*. Perché non lo fa? La cosa non è del tutto irrilevante anche in quanto, se la citazione di Grimm provenisse dai *Tituli ex corpore Ulpiani*, ci si potrebbe porre il problema di come in questo caso l'autore ne fosse venuto a conoscenza, data la storia dell'operetta romana.

Infatti, nel 1816, l'anno di pubblicazione di *Von der Poesie*, i *Tituli ex corpore Ulpiani* già conoscono una secolare storia a partire dall'edizione del 1549 di Jean du Tillet sulla base del *Codex Vaticanus Reginae* 1128 (circa X sec.). Forse un dato per noi interessante è che, pochi anni prima del 1816, nel 1813 Savigny aveva pubblicato *Ueber das Vaticanische Manuscript des Ulpian*¹⁶ riaccendendo l'interesse per i *Tituli* ed aprendo la via alla grande fioritura ottocentesca di studi relativi, soprattutto dopo la scoperta del Gaio veronese.

Ma il dato certo è che Grimm conosce e consulta Schulting, *Jurisprudentia vetus ante-justiniana*¹⁷, che risulta da lui citata in *Von der Poesie*¹⁸ e dove i *Tituli* sono riportati¹⁹.

A questo punto si potrebbe chiudere il discorso: Grimm ha trovato Tit. Ulp. 5.9 e ne ha estratto la locuzione, facendone una 'regola' ed omettendone la provenienza (perché di Ulpiano, di età classica?). Ma un grande filologo, per quanto giovane trentenne, avrebbe fatto un'operazione del genere, in fondo non corretissima?

In altri termini, la 'regola' *partus sequitur ventrem* può avere una storia in Grimm che non sia quella della provenienza tacita da Tit. Ulp. 5.9. Il discorso può essere solo congetturale, però un dato di fatto c'è: una storia di questa locuzione è esistita, con una valenza anche drammatica.

5. Nel 1858 John Codman Hurd (1816-1892), uomo di legge di New York, al fine di illustrare l'origine della 'regola' *partus sequitur ventrem*, così iniziava una lunga nota a pie' di pagina del suo *The Law of Freedom and Bondage in the United States*²⁰, un libro colto e nutrito di fonti romane: «The rule of the Roman law – determining the condition of the issue by that of the mother – applied only when there was no legal marriage. Dig. L. I. t. 5, § 24 [D. 1.5.24, Ulp. 27 ad Sab.]; *Lex naturae hæc est ut qui nascitur sine legitimo matrimonio matrem*

¹⁶ In *CM* 4/3, 1813 (= in *V.S.* 3, 43 ss.).

¹⁷ A. Schulting, *Jurisprudentia vetus ante-justiniana ex recensione et cum notis*, Leida 1717.

¹⁸ 157 nt. 130.

¹⁹ Tit. Ulp. 5.9 è a p. 580 dell'edizione Lipsiae, 1737. I *Tituli* sono riportati anche in G. Meerman, *Novus Thesaurus juris civilis et canonici*, vol. VII, Hagae 1753 (Tit. Ulp. 5.9 a p. 750).

²⁰ I vol., Boston-New York 1858, 211 nt. 1.

sequatur, nisi lex specialis aliud inducit»²¹. E così concludeva: «The phrase – *partus sequitur ventrem* is not, I believe, to be found in the *Corpus Juris*, and probably originated with the modern civilians»²².

L'interesse di Hurd alla 'phrase' non era dovuto in realtà solo ad una mera curiosità scientifica, ma alla sua rilevanza nel suo tempo, ormai sulla soglia della guerra civile. Infatti, se si digita in internet *partus sequitur ventrem*, si scopre un vaso di Pandora, perché la formula appare ricorrente in una ricca bibliografia sia in relazione ai domini portoghesi sia soprattutto in relazione alle colonie inglesi nel Nord America²³. E in questo secondo caso incrocia la questione razziale negli Stati Uniti, con una bibliografia sterminata e quanto mai attuale²⁴. Nel 1619 vengono infatti sbarcati da una nave olandese i primi africani a Jamestown, in Virginia: la loro condizione è incerta, così come è incerto il destino delle unioni 'interrazziali'; l'elevato numero di mulatti nati nei decenni successivi e la spinta economica spingono nel 1662 la *House of Burgesses* (il corpo legislativo coloniale) della Virginia ad una storica decisione: la regola *partus sequitur ventrem* che nel *Civil Law* inglese – sul punto tra breve – disciplinava i parti degli animali e i diritti di proprietà su di essi (di origine romanistica), viene estesa ai figli delle donne nere. Soprattutto, i figli delle donne nere divengono oggetto di proprietà (è la *chattel* [bene in proprietà] *slavery* nella sua pienezza): escono dal diritto delle persone, entrano in quello delle cose. La regola poi è addirittura sintetizzata in '*Partus*'.

Per il *Civil Law* inglese la nostra locuzione riguarda il mondo animale; scrive infatti Blackstone: «Of all tame and domestic animals, the brood belongs to the owner of the dam or mother; the English law agreeing with the civil, that '*partus sequitur ventrem*' in the brute creation, though for the most part in the human species it disallows that maxim and therefore in the laws of England, as well as Rome, '*si equam meam equus tuus praegnantem fecerit, non est tuum sed meum*'

²¹ Hurd richiama anche Heineccius, *Elementa juris naturae et gentium* II, Venetiis 1740, § 81, 449, ove – in mancanza di legittimo matrimonio – si dice *partus sequitur ventrem*. Così già S. Pufendorf, *De iure naturae et gentium* (1672), l. 6, c. 3, Amstel. 1715, 642 § 9, con esplicito richiamo di D. 1.5.24.

²² La frase di Hurd citata nel testo è riportata anche da Th. D. Morris, '*Villeinage . . . as it existed in England, reflects but little light on our subject:*' *The Problem of the 'Sources' of Southern Slave Law*, in *The American Journal of Legal History* 32/2, 1988, 95-137, 107 nt. 54, il quale è incuriosito dalla frase di Hurd, ma si limita a sperare che qualcuno la approfondisca.

²³ Pur non recentissimo, particolarmente utile per il nostro contesto Morris, *Villeinage* cit.

²⁴ V., ad es., per un 'taglio' fortemente politico, B.N. Newman, *Blood Fictions, Maternal Inheritance, and the Legacies of Colonial Slavery*, in *WSQ - Women's Studies Quarterly* 48 1/2, 2020, 27-44.

quod natum est»²⁵, citazione esplicita, con rinvio in nota, di D. 6.1.5.2²⁶.

La specificità inglese è chiara in John Fortescue, nel *De laudibus legum Angliae* (1468-71), che così inizia il cap. XLII: «Leges Civiles sanciant, quod 'partus semper sequitur Ventrem'. Ut, si Mulier servilis Conditionis nubat Viro Conditionis liberae, Proles eorum Servus erit: Et è converso, Servus maritatus Liberae, non nisi Liberos gignit. Sed Lex Angliae nunquam Matris, sed semper Patris Conditionem imitari Partum judicat»²⁷.

In conclusione, questo *excursus* nel mondo anglosassone ha mostrato una notevole complessità nei significati attribuibili, nei diversi momenti e contesti, a *partus sequitur ventrem*.

6. Ho accennato all'uso della nostra locuzione nei domini coloniali portoghesi, anch'esso oggetto di studi, ma con problematiche del tutto diverse che qui non è necessario ripercorrere puntualmente. Un'interessante panoramica, per l'Asia portoghese, è offerta, utilizzando testi di gesuiti, da Stuart M. McManus in un articolo del 2020²⁸, il cui punto di partenza è – senza alcun approfondimento – che si tratta di una «civil law maxim», ma «Although it is frequently called a maxim of Roman law, it is not attested in this formulation in antiquity»²⁹, E la conclusione è che in Oriente questa massima fu applicata in modo meno rigoroso che nelle colonie nordamericane inglesi, in primo luogo per la complessità delle realtà locali.

²⁵ W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, II (*The Rights of Things*), London 1765, 390, con la curiosa eccezione dei cigni (i loro figli appartengono ad entrambi i genitori in ragione dell'affetto costante del maschio nei confronti della femmina).

²⁶ D. 6.1.5.2 (Paul. 21 *ad ed.*): *Idem scribit, si equam meam equus tuus praegnatem fecerit, non esse tuum, sed meum, quod natum est*. Il discorso sulla prassi inglese di *Civil Law* si potrebbe chiudere considerando la glossa *Sed meum* (Lugduni 1560, 652) a D. 6.1.5.2 che recita appunto *partus sequitur ventrem* (richiamando altresì, con intrigante collegamento al parto dell'*ancilla*, CI. 3.32.7, v.lo *infra*, in nt. 36). Si deve evidenziare che, però in materia di filiazione umana, la locuzione ricorre in modo isolato, quasi una formula, solo nella sintesi della glossa *Nullus illigetur* a CI. 10.32 (31).44.

²⁷ Il c.vo è nel testo. La citazione è tratta dall'edizione del testo originale latino in coda alla traduzione in inglese, con ampio commento, a cura di Selden, London 1741 (*on line*). A p. 94 della traduzione, al cap. 42 è dato il titolo *Partus semper sequitur ventrem*, ma vi si ribadisce la diversità della legge inglese rispetto a quella romana sancita nella locuzione. Merita di essere evidenziato come all'inizio del cap. 42 sia apposta una lunga nota, nella quale è riportato Tit. Ulp. 5.9, preceduto da queste parole: «[Tit. Ulp. 5.9] hath these Words, which are more worth than all the barbarous Doctor's Comments».

²⁸ S.M. McManus, *Partus Sequitur Ventrem in Theory and Practice: Slavery and Reproduction in Early Modern Portuguese Asia*, in *Gender&History* 32/3, 2020, 542-561, con ampia bibliografia su realtà locali in Asia e nel Nuovo Mondo.

²⁹ McManus, *Partus* cit. 30 nt. 2.

Non diverso è l'approccio di una bella tesi di dottorato brasiliana, dell'Universidade de São Paulo, del 2022, di Paulo Henrique Rodrigues Pereira³⁰, che è in realtà un'approfondita storia della 'regola' nelle Americhe (ovviamente con particolare attenzione al Brasile) e nelle madrepatrie delle colonie. L'autore così fa propria l'affermazione su citata di Hurd: «A afirmação pode estar certa, a depender do que ele entendia por civilistas modernos. A expressão *partus sequitur ventrem* parece não ter muitas aparições nos textos jurídicos e teológicos da Idade Média, embora seja tratada de forma expressa, por mais de uma vez, na *Súmula Teológica* de Tomás de Aquino»³¹. L'autore fa seguire una scarna documentazione per l'Età Media, di natura – anche se non è esplicito – solo esemplificativa, con una finale menzione non perspicua di un luogo di Tacito³². L'autore cita solo tre fonti, ma senza riportare i relativi testi; passatili in rassegna si ravvisa l'utilità di prenderli in considerazione per esteso, apparendo ciascuno meritevole di riflessione.

6.1. La *Summa Theologiae* di Tommaso d'Aquino: nella traduzione in portoghese della *Summa*³³, e nell'indice adottato da Rodrigues Pereira sono citati due *loci*, 52 e 59 della V parte³⁴. A proposito di queste testimonianze tratte dalla *Summa Theologiae*, dovrebbe essere specificato che esse provengono dal *Supplementum*, redatto da discepoli di Tommaso su materiali dell'aquinate. Nel testo latino³⁵ si leggono:

I) 52.4.2: *Respondeo dicendum quod, secundum leges civiles, partus sequitur ventrem* *. *Et hoc rationabiliter rell.* (* CI. 3.32.7)³⁶;

II) 59.4.4: *Praeterea, pater tenetur ex debito procurare salutem prolis. Sed si discederet ab infideli uxore, filii communes matri remanerent, quia partus sequitur ventrem* *: *et sic essent in periculo salutis. Ergo non potest uxorem infidelem licite dimittere.* (* CI. 3.32.7).

In questo contesto significativa appare la citazione di CI. 3.32.7 anche nel Commento di Bartolo da Sassoferrato *ad Dig. 50.1.38.3: Advertatis, breviter dico sic, quantum ad servitatem et libertatem sine dubio partus sequitur condi-*

³⁰ P.H. Rodrigues Pereira, *Partus Sequitur Ventrem: Uma história da construção, consolidação e crise de domínio sobre o ventre escravizado nas Américas*, in <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-27092022-095638/publico/5438911DIC.pdf> (usp.br).

³¹ Rodrigues Pereira, *Partus* cit. 102.

³² V., *infra*, nt. 48.

³³ *On line* 3893-3898.

³⁴ Rodrigues Pereira, *Partus* cit. 102 e 121 ss.

³⁵ *On line* nel *Corpus Thomisticum*.

³⁶ CI. 3.32.7: *Partum ancillae matris sequi condicionem nec statum in hac specie patris considerari explorati iuris est*, Philippus, a. 245.

tionem matris, ut L. Partum, C. de rei vend. (Cod. 3.32.7)³⁷. Ma di Bartolo sono più interessanti due loci del *Super Institutionibus Iuris Civilis Commentaria*, rispettivamente p. 86 e p. 422 della ed. Lugduni 1559, ove si legge *partus ventrem sequitur* e soprattutto *partus sequitur ventrem*, entrambi a proposito del figlio dell'*ancilla*.

Ugualmente a CI. 3.32.7 rinvia A. Huth, *Casus Juridico-Canonici De Sponsalibus Et Matrimonio: In Omnes Titulos Libri IV. Decretalium Gregorii IX. Publici Juris Facti*³⁸: 'Nati ex libero ventre vocantur, qui geniti sunt (in vel extra matrimonium) ex matre existente libera persona, licet pater sit servus. Unde regula generalis obtinet, quod partus sequatur ventrem sive conditionem matris [...] L. 7. C. de rei Vind.'. Questo passo, nella sua costruzione, ricorda Tit. Ulp. 5.9: la regola '*generalis*' è sussunta in quanto la madre sia *libera persona*.

Ma di Tommaso possono essere evocati altri due testi, dallo *Scriptum super Sententiis*:

III) lib. 4 d. 36 q.1 a. co. (20321) (*Utrum filii debeant sequi conditionem patris*): *Respondeo dicendum, quod secundum leges civiles partus sequitur ventrem; et hoc rationabiliter rell.* (testo identico al n. I);

IV) lib. 4 d. 39 q. 1 a.4 arg. 4 (20692): *Sed si [pater] discederet ab uxore infideli, filii communes matri remanerent, quia partus sequitur ventrem; et sic essente in periculo salutis. Ergo non potest uxorem infidelem licite dimittere.*

Di questi testi colpisce il richiamo delle *leges civiles* (che già si è incontrato in Fortescue), che qui appaiono essere testi del *Corpus Iuris*.

6.2. Th. Littleton, *Littleton's Tenures*³⁹, § 187: *Also, if a villein taketh a free woman to wife, and have issue between them, the issues shall be villeins. But if a neife taketh a freeman to her husband, their issue shall be free. This is contrary to the civil law; for there it is said, partus sequitur ventrem*⁴⁰. Ma cinquant'anni dopo questa edizione del 1574, nel 1628, Edward Coke scrisse che la parte finale «This ... ventrem» non era da attribuire a Littleton⁴¹, citando in una nota i) *a latere* la frase di Fortescue che si è citata nel precedente paragrafo: «Sed Lex Angliæ nunquam Matris, sed semper Patris Conditionem imitari Partum

³⁷ Nel testo così come riportato in J. Kirshner, *Mulier alibi nupta*, in *Consilia im späten Mittelalter. Zum historischen Aussagewert einer Quellengattung*, I. Baumgärtner (Hg.), Sigmaringen 1995, 147-175, *Appendice 1: Bartolus ad Dig. 50.1.38.3* (175).

³⁸ Francofurti Manhemii 1742, 393.

³⁹ Edizione 1574. Primo testo giuridico in inglese, 1480. Parafresi in Rodrigues Pereira, *Partus* cit. 59.

⁴⁰ 'Neife': «Neidfe, Naif, Nativus: In old English law, a woman who was born a villein, or a bond-woman» (*Black's Law Dictionary*⁴, St. Paul 1951, 1188).

⁴¹ E. Coke, *The first part of the Institutes of the Lawes of England*, London 1628, 123.

judicat». Da allora questa osservazione è diventata tralatizia⁴². In conclusione, ricordando anche quanto già rilevato nel precedente par., può dirsi che nel *Civil Law* inglese *partus sequitur ventrem* non si applica agli esseri umani, per i quali vale la *lex Angliae*, ma disciplina la proprietà delle nascite degli animali.

6.3. P. Viollet, *Les établissements de Saint Louis*⁴³, IV, Paris 1886, 288 (con richiami a testimonianze di XIII/XIV sec. con un linguaggio accostabile alla nostra 'regola'). Da Viollet traggio il rinvio alle *notes* settecentesche di Eusèbe de Laurière ad Antoine Loysel, *Institutes coutumières*, IV, Paris 1846, 57, ove si legge: «Et est assavoir que par autre coutume générale gardée au bailliage entre les rivères d'Aube et Marne, le fruit ensuit le ventre et la condition d'icelui [c.v.o], excepté quand l'un desdits conjoints est noble, auquel cas le fruit ensuit le coté noble, si suivre le veult» (segue la citazione di norme romane e canonistiche).

7. Si possono aggiungere utilmente al *dossier* ancora due testi, oltre alla già citata glossa a CI. 10.32 (31).⁴⁴

Il primo è un documento del 1265⁴⁵, che risolve una questione di cui era stato investito il duca di Carinzia Ulrico III. È un caso interessante perché mostra una concreta fattispecie possibile: una formulazione simile alla nostra locuzione viene evocata per una questione di stato della persona (la condizione dei figli di una *censualis* sposata ad un servo abbaziale: si decide per quella della madre)⁴⁶.

⁴² V., ad es., la ed. E. Wambaugh, Washington 1903, 89 § 187 che usa appunto l'edizione di Coke e mette tra [] la frase con la nostra locuzione, citando in nota l'opinione di Coke.

⁴³ Un'opera citata anche da Grimm, 133 nt. 76.

⁴⁴ V., *retro*, nt. 26.

⁴⁵ MC (*Monumenta historica ducatus Carinthiae*) 4/ 2: 629, no. 2885: *Nos vero de questione nobis proposita dubitantes subnotatis testibus vocatis per sententiam in qua unanimiter consenserunt, fuit ipsa questio sic discussa, quod partus ventrem debeat digne sequi et sic ipsam sententiam in signum et testimonium presenti littera iussimus confirmari.*

⁴⁶ Sul caso J.B. Freed, *Noble Bondsmen, Ministerial Marriages in the Archdiocese of Salzburg, 1100-1343*, Ithaca 2019 (1995), 65, *open access*. Non è questa la sede per approfondire l'argomento, ma la *quaestio* qui *discussa* evidenzia esemplarmente la problematicità (anche nei diversi luoghi e tempi) nel Medio Evo della filiazione in unioni tra soggetti in condizioni giuridiche differenti, condizioni delle quali v. una esauriente rappresentazione complessiva in F. Panero, *Schiavitù, servaggio e libera dipendenza. Prime considerazioni per una storia dei rapporti di subordinazione nell'Italia medievale*, in *Quaderni storici* 24, 71(2), 1989, 373-403; ad esemplificare tale problematicità si possono citare (*ivi*, rispettivamente 387 e 390) il concilio di Pavia (relativi atti confermati da editto imperiale) del 1022 (che stabilì «che la prole nata dall'unione di 'chierici-servi' della Chiesa con donne libere si considerasse di condizione servile, come i figli dei servi laici») oppure alcune disposizioni statutarie a Bologna dell'inizio del Duecento (che proclamavano *servi* i figli nati dall'unione di un contadino libero con un'*ancilla* e «ribadivano lo stato di 'servitù' per la prole delle libere unite a *servi*»).

Il secondo testo, veramente importante, è di poco successivo: la formula ricorre infatti nei fortunati *Consilia* di Oldrado da Ponte (m. circa 1334, maestro di Alberico da Rosate e forse di Bartolo); *cons.* 72⁴⁷, in relazione al parto della schiava e con rinvio al *De statu hominum*, cioè – si può pensare – a D. 1.5.5.1⁴⁸, più che al già citato D. 1.5.24: *Nam cum sint filij ancille et sic servi, nam partus sequitur ventrem; ff. de statu ho. l. in servorum, immo servi a Domino reprobati, ut extra de Iudae(is, Sarracenis, et eorum servis).*

La conclusione di questo *excursus* sui precedenti medievali della ‘regola’ è che assai probabilmente, sulla base delle fonti romane e con terminologia ad essa ispirata, già dal XIII secolo si siano venute formando opinioni linguisticamente simili ma non del tutto omogenee tra di loro, e soprattutto in materia di *status*. La ‘regola’, se di regola può parlarsi, sembra apparsa, cioè, in modo sporadico e solo in alcuni contesti.

8. Una proposta di conclusione. Precisato, nei limiti del possibile e in modo essenziale, il significato o, meglio, i possibili significati e punti di riferimento della ‘regola’ *partus sequitur ventrem* nel 1816 quando Grimm pubblica *Von der Poesie im Recht*, rimarrebbe da chiarirne il significato nel contesto del saggio: non vi sono elementi per una scelta, però è comunque sicuro che Grimm sta guardando al diritto romano *alt* e si può perciò escludere che si riferisca ad usi successivi della formula: ciò però non esclude che ne fosse a conoscenza, in tutta la loro importanza, così da iniziare la rassegna degli esempi romani proprio con questa ‘regola’. Credo quindi che sia impossibile precisare cosa avrebbe potuto intendere Grimm con quella locuzione se avesse seguito una prospettiva strettamente giuridica e di diritto romano *alt*; infatti, possibili protagonisti della locuzione potrebbero essere anche animali (nella pagina successiva

⁴⁷ *Cons.* 72 (*An contra saracenos hispanie sit bellum*), 3, in materia di capacità giuridica e d’agire. *On line* https://preserver.beic.it/delivery/DeliveryManagerServlet?dps_pid=IE213408; il testo può leggersi (con commento) anche nella tesi di dottorato di S. Brand-Pierach, *Ungläubige im Kirchenrecht. Die kanonistische Behandlung der Nichtchristen als symbolische Manifestation politischen Machtwillens*, Konstanz 2004, 141 nt. 727 e 207 (come fol. 25vb), *on line*. Ad avviso di Ch. Valsecchi, *Oldrado da Ponte e i suoi Consilia. Un’auctoritas del primo Trecento*, Milano 2000, 299 nt. 809 e 675, questo *consilium* si inserisce tra gli otto *consilia* circa il regime di ebrei e saraceni, forse guardando alla Spagna del tempo.

⁴⁸ D. 1.5.5.1 (Marcian. 1 *inst.*): *iure gentium servi nostri sunt, et qui ab hostibus capiuntur aut qui ex ancillis nostris nascuntur*. Così anche Brand-Pierach, *Ungläubige im Kirchenrecht* cit. 141 nt. 727. Ovviamente a questo testo può essere accostato I. 1.3.4: *Servi autem aut nascuntur aut fiunt. nascuntur ex ancillis nostris*. Alla nascita di schiavo da schiava si riferisce la locuzione ‘proverb. *Partum sequitur ventrem*’ fatta in nota da G.A. Ruperti, *Taciti opera omnia*, IV, Hannoverae 1832, 120 – in sede di commento a Tac. *Germ.* 25.1 (1. *Ceteris servis*) –, luogo ricordato sinteticamente da Rodrigues Pereira, *Partus* cit. 102 e nt. 201.

ci sono esempi con animali), ma – per il contesto immediatamente successivo tutto umano – la *mater* potrebbe essere una schiava, come del resto i testi su citati autorizzano ad ipotizzare. L'ipotesi più debole, in ragione dell'importanza (sociale e ideologica, a Roma antica ed al tempo di Grimm) delle giuste nozze, è che si potesse trattare di una *mater* libera e non sposata.

Forse, direi anzi probabilmente, qui non interessa all'autore il contenuto 'vero' del precetto. Il capitolo deve 'dimostrare' (*Beweis*) «la dimensione poetica del diritto antico»; a ciò servono gli esempi. La 'antichità' (cioè l'uso ripetuto di *alt*) ed il linguaggio sostanziano la dimensione poetica, al di là dei significati puntuali. Per Grimm è qui centrale l'aspetto linguistico/espressivo, quello cioè della forma che dà veste verbale al precetto stesso, «in maniera vivida», «in maniera così intensa», così egli scrive; la forma è poetica perché il contenuto è espresso attraverso meccanismi linguistici di trasferimento semantico (la metonimia, la sineddoche nella 'regola') o la materialità umana e fisica dei contesti evocati: «il turbinio dei venti»⁴⁹.

Leo Peppe
Università Roma Tre
leo.peppe@uniroma3.it

⁴⁹ Si potrebbe dire che qui è ancora la 'filologia selvaggia', v. Valagusa, *Grimm* (4), 79. Alla bibliografia ivi cit., adde S. Naithani, *A Wild Philology*, in *Marvels&Tales* 28, 1 (in Honor of D. Haase), 2014, 38-53.

Profili comparatistici del silenzio nell'esperienza giuridica romana e nel diritto civile ed amministrativo italiano

1. Il significato del silenzio è il più vario e disparato, giacché può essere il portato di un' impossibilità fisiologica di articolare fonemi, di una ritrosia a pronunciarsi per timore del giudizio altrui, di una privazione della libertà di espressione determinata da una coercizione esterna, di una precisa strategia comunicativa o razionale basata sulla convinzione che non sapere è meglio che sapere, di una volontaria e polemica presa di distanza da posizioni non condivise, di un anelito di pace, di una tacita accettazione, di una sdegnosa manifestazione di disapprovazione e di ricerca di attenzione e concentrazione finalizzata a comprendere meglio il senso delle parole dell'interlocutore.

Alla luce di ciò ed anche ponendo mente al fatto che il silenzio è una forma di comunicazione in alcuni casi più efficace della parola, si comprende bene perché quello del silenzio non è mai un problema banale o privo di sfumature, ma, al contrario, un concetto equivoco, multiforme e solo in apparenza semplice da definire nei suoi contorni e confini e, comunque, un grattacapo sempre arduo da affrontare¹.

* Il presente lavoro riproduce, ampliata ed integrata da note, la traccia di una lezione tenuta a Lecce il 30 ottobre 2023, presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università del Salento e su invito della collega ed amica Francesca Lamberti, quale primo dei *Dialoghi interdisciplinari* organizzati nel quadro del *Laboratorio di storia e diritto romano. Visioni del diritto tra esperienze e deformazioni*.

** Contributo realizzato con fondi per la ricerca di Ateneo - Piano per la Ricerca 2024/2026.

¹ Sul silenzio in ambito non giuridico v., senza pretesa di esaustività, H. Bardon, *Le silence, moyen d'expression*, in *REL*. 21-22, 1943-1944, 102 ss.; S. Bianchetti, *La Commedia antica e la libertà di parola*, in *AATC*. 31, 1980, 1 ss.; C. Petrocelli, *La stola e il silenzio*, Palermo 1989, *passim*; P.A. Rovatti, *L'esercizio del silenzio*, Milano 1992, *passim*; F. Loi, *Il silenzio*, Milano-Udine 2012, *passim*; G. Gasparini, *C'è silenzio e silenzio. Forme e significati del tacere*, Milano-Udine 2012, *passim*; S. Raimondi, *Portatori di silenzio*, Milano-Udine 2012, *passim*; D. MacCulloch, *Silence. A Christian History*, London 2013, *passim*; C. Sini, *Il gioco del silenzio*, Milano-Udine 2013, *passim*; E. Mancino, *Il segreto all'opera. Pratiche di riguardo per un'educazione del silenzio*, Milano-Udine 2013, *passim*; F. Rigotti, *Metafore del silenzio*, Milano-Udine 2013, *passim*; D. Finocchi, *Geo-grafie del silenzio*, Milano-Udine 2014, *passim*; G. Quaglino, *Sul buon uso del silenzio*, Milano-Udine 2014, *passim*; G. Ieranó – L. Spina, *Antichi silenzi*, Milano-Udine 2015, *passim*; D. Le Breton, *Sovranità del silenzio*, trad. di E. Mancino, Milano-Udine 2016, *passim*; L. Costantini, *Passaggi nel Silenzio*, Milano 2017, *passim*; G. Biguenet, *Elogio del silenzio. Come sfuggire al rumore del mondo*, trad. di N.A. La Biunda, Milano 2017, *passim*; D. Le Breton, *Sul silenzio. Fuggire dal rumore del mondo*, Milano 2018, *passim*; M. Bellosta, *La parola sospesa. Il silenzio dell'afasia*, Milano-Udine 2020, *passim*; A. Prete, *Del silenzio*, Milano-Udine 2022, *pas-*

E questo deve dirsi anche in riferimento al peculiare ambito del diritto, nel quale il silenzio – come è dimostrato dall'imponente letteratura² che ha avuto modo di occuparsene in passato³ ed anche più di recente⁴ – è certamente uno dei problemi più 'scomodi' da affrontare, poiché la sua fenomenologia è tra le più

sim, cui *adde* i numerosi articoli che compongono i volumi M. Baldini, S. Zucal (a c. di), *Le forme del silenzio e della parola. Atti del Convegno 'Il silenzio e la parola' tenuto a Trento 15-17 ottobre 1987*, Trento 1989, e A. Campus, A. Chahoud, G. Lusini, S. Marchesini (a c. di), *'Tempus tacendi'. Quando il silenzio comunica. Miscellanea internazionale e multidisciplinare*, Verona 2023.

² Vedila citata in F. Arcaria, *'Chi tace non dice nulla'. Il silenzio nell'esperienza giuridica romana*, Milano-Udine 2023, 61-67.

³ V., oltre alla letteratura citata nelle note che seguono, F. Persico, *Del silenzio, come sorgente di obbligazioni*, in *AAN*. 22, 1888, 1 ss.; O. Ranalletti, *Il silenzio nei negozi giuridici*, in *RISG*. 13, 1892, 3 ss.; B. Albanese, *Giustiniano e il 'silenzio del canone'. Nota sulla Novella 137*, in *SDHI*. 33, 1967, 19 ss.; V. Grevi, *«Nemo tenetur se detegere». Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milano 1972, *passim*; M.S. Goretti, *Il problema del silenzio nella esemplificazione ciceroniana del 'De officiis': ipotesi circa la giuridicità come storia e come reale*, in *Studi in onore di Arnaldo Biscardi* 3, Milano 1982, 75 ss.; R. Orestano, *Sulla problematica del segreto nel mondo romano, in Il segreto nella realtà giuridica italiana. Atti del Convegno Nazionale (Roma, 26-28 ottobre 1981)*, Padova 1983, 95 ss.; Id., *Delle 'tipologie' del segreto e della loro sociologia nell'esperienza giuridica romana*, in *Studi in onore di Cesare Sanfilippo* 6, Milano 1985, 569 ss.; E. Cantarella, *Tacita muta. La donna nella città antica*, Roma 1985, *passim*; R. Orestano, *Della 'semantica' del segreto nell'esperienza romana*, in *Studi in onore di Arnaldo Biscardi* 6, Milano 1987, 9 ss.; H. Jones, *Le silence utilisé comme réponse en droit romain*, in *Latomus* 63.1, 1989, 3 ss.; A. Bettetini, *Il silenzio amministrativo nel diritto canonico*, Padova 1999, *passim*.

⁴ V., oltre alla letteratura citata nelle note che seguono, C. Conti, *L'imputato nel procedimento connesso. Diritto al silenzio e obbligo di verità*, Padova 2003, *passim*; V. Patanè, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, Torino 2006, *passim*; M. Humm, *Silence et bruits de la prises d'auspices*, in M.T. Schettino, S. Pittia (a c. di), *Le sons du pouvoir dans les mondes anciens. Actes du colloque international de l'Université de La Rochelle (25-27 novembre 2010)*, Besançon 2012, 275 ss.; F. Giumetti, *Prima che il gallo canti. A proposito della 'dictio' del 'dictator' tra diritto, antropologia e storia delle religioni*, in L. Garofalo (a c. di), *La dittatura romana* 1, Napoli 2017, 69 ss.; G. Stanzione, *Autoincriminazione e diritto al silenzio. Le esperienze italiana, francese e inglese*, Padova 2017, *passim*; V. Vitale, *L'esperienza giuridica del silenzio*, Milano-Udine 2018, *passim*; F. Arcaria, *«Iudicis est semper in causis verum sequi, patroni non numquam veri simile, etiam si minus sit verum, defendere».* Il 'dovere di verità' tra la deontologia forense italiana e l'esperienza giuridica romana, Napoli 2020, 110 ss.; E. Amati, *Dinamiche evolutive del diritto al silenzio. Riflessi sul diritto punitivo e sugli obblighi di collaborazione con le autorità ispettive e di vigilanza*, Torino 2022, *passim*; D. Romano, *Diritto Al Silenzio. Privacy e giustizia nell'era digitale*, Milano 2023, *passim*; C. Pennacchio, *'Tacitast melior mulier semper quam loquens' (Plaut. 'Rud.' 1114). Processo al femminile: la reità, il patrocinio giudiziale e la testimonianza*, in *RDR*. 23, 2023, 73 ss.; Y.M. de la Rocha Camilo, *El silencio en los contratos civiles. Su valoración con criterios objetivos en la experiencia dominicana*, Bogotá 2023, *passim* (ampia letteratura citata nelle pp. 441-473), cui *adde* i numerosi articoli che compongono il volume F. Casucci (a c. di), *Il silenzio del diritto*, Napoli 2013.

ambigue che possono rinvenirsi nelle esperienze giuridiche di ogni epoca (basti pensare al 'silenzio-assenso', 'silenzio-diniego', 'silenzio-devolutivo', 'silenzio-inadempimento' e 'silenzio-facoltativo' del diritto amministrativo italiano) e, tra queste, anche in quella romana, in cui il silenzio si offre ad una lettura duplice e polare.

Infatti, nella dimensione giuridica del silenzio, oltre al profilo della negatività, che si appalesa nel non parlare, nel non dire nulla e nel non esprimere alcuna volontà, ricorre anche quello della positività, che si manifesta, di volta in volta, nell'assenso, nel dissenso, nella semplice omissione, nella consapevole reticenza, nella dolosa riserva mentale e persino nell'omertà. E in ambedue questi ambivalenti aspetti non può dirsi che vi sia necessariamente un disvalore giuridico, poiché può esserlo tanto il tacere, quando si doveva parlare (si pensi, ad es., alla testimonianza reticente), quanto il parlare, laddove si doveva tacere (come nel caso della rivelazione di un segreto), sicché in entrambi i casi il silenzio può connotarsi come contegno conforme al diritto o, viceversa, come fatto antiggiuridico. In ogni caso, un dato è certo: nell'emisfero dei rapporti regolati dal diritto, il silenzio, a prescindere dall'assenza di una comunicazione o modalità residuale di relazione tra soggetti, dimostra di possedere una forza comunicativa alcune volte superiore alla parola⁵.

In particolare, l'esperienza giuridica romana comprese che il silenzio o era una scelta libera e soggettiva (nel qual caso le motivazioni potevano essere le più varie) o era un'imposizione (nel diritto pubblico dovuta all'affermarsi della volontà superiore del legislatore), sicché il ruolo del silenzio non fu affatto marginale e secondario, dal momento che in tale esperienza il silenzio venne individuato dalla giurisprudenza romana, perfettamente consapevole della circostanza che il fenomeno del silenzio fosse un fatto dell'esperienza comune prima ancora di appartenere alla sfera giuridica, come strumento da utilizzare per orientare in senso giuridico taluni istituti del diritto e conferire ad essi un significato giuridico compiuto, in maniera tale da fare scaturire precisi effetti giuridici dal non-detto e dal non-pronunciato all'interno di una relazione non antitetica, ma sostanzialmente biunivoca e intrinsecamente solidaristica tra silenzio e diritto.

Le numerose testimonianze della ricchissima casistica offertaci dalla giurisprudenza romana, che è poi quella dalla quale hanno preso spunto i giuristi dei tempi nostri, non hanno dunque solo un'importanza in sé considerate, ma giovano, all'interno di un dialogo tra sistemi giuridici del passato e del presente, a gettare nuova luce sulla valenza del silenzio negli ordinamenti giuridici odierni.

⁵ Così, giustamente, R. Rolli, *La 'voce' del diritto attraverso i suoi silenzi. Tempo, silenzio e processo amministrativo*, Milano 2012, 4.

Ciò non può dirsi invece per l'esperienza giuridica greca⁶, alla quale mancò l'idea, che in quella romana fu il frutto della speculazione dei giuristi, che il silenzio avesse delle importanti implicazioni sul divenire storico e sociale di alcuni istituti giuridici e sul formarsi dei principii che li governavano, che dovevano essere enunciati, in via interpretativa e attraverso specifiche tecniche di 'decodificazione' del silenzio che ne ricostruissero il significato e di 'decifrazione' delle soluzioni polivalenti in esso insite, sia in riferimento ad esigenze pratiche e sia in relazione a proiezioni teoriche.

2. Nella terminologia giuridica romana il termine *silentium* – che ricorre nei testi della giurisprudenza classica solo 14 volte (D. 3.1.8, 10.2.7, 19.2.51 pr., 29.1.41.3, 29.5.14, 38.2.12 pr., 38.2.47.4, 38.17.1.12, 39.2.15.21, 40.15.2.2, 48.17.3 e 50.16.230; Gai 2.123 e 3.67) e il più delle volte in ambito processuale – non ha un significato univoco, indicando talora un comportamento di assoluta inerzia o inattività e talvolta un *non dicere* (con le varianti *non contradicere* e *non prohibere*), cioè un non parlare di fronte ad una richiesta, pretesa o dovere.

Come ben si vede, nel diritto romano entrano allora in gioco tonalità del silenzio molto più sfumate della mera opposizione tra una valenza affermativa e un'attitudine omissiva che consentono di apprezzare una sua peculiare polisemia e pluridimensionalità, la quale può avere una *reductio ad unum* solamente tenendo in debito conto la sostanza relazionale del silenzio e il suo essere una 'risposta', che, come tale, può chiarirsi solamente a fronte e in base ad una 'domanda', da cui prende origine e a cui si riferisce, con la conseguenza che la diversificazione delle diverse tipologie del silenzio dipende dalla configurazione della 'domanda' alla quale, di volta in volta, il silenzio 'risponde'.

Tuttavia questo inquadramento della problematica del silenzio nell'esperienza giuridica romana è solo parziale, poiché il silenzio assumeva le sue coloriture anche in relazione a particolari considerazioni o valutazioni poste dall'ordina-

⁶ Sulla quale v. L. Pepe, *Quali 'altri'? Le vittime della tortura ad Atene tra il V e IV secolo*, in A. Maffi, L. Gagliardi (a c. di), *I diritti degli altri in Grecia e a Roma*, Sankt Augustin 2011, 218 ss.; S. Lilla, *Il silenzio nella filosofia greca (Presocratici – Platone – Giudeo-Ellenismo – Ermetismo – Medioplatonismo – Oracoli Caldaici – Neoplatonismo – Gnosticismo – Padri Greci)*. *Galleria di ritratti e raccolta di testimonianze*, Roma 2013, *passim*; L. Tisi, *Messaggeri e silenzi: il potere del non detto nella tragedia greca*, in I. Angelini, A. Ducati, S. Scartozzi (a c. di), *La parola 'elusa'. Tratti di oscurità nella trasmissione del messaggio*, Trento 2016, 61 ss.; P. Ismard, *La cité et ses esclaves. Institution, fictions, expériences*, Paris 2019, 135 ss., cui *adde* gli articoli che compongono i volumi A. Lardinois, L. McClure (a c. di), *Making Silence Speak: Women's Voices in Greek Literature and Society*, Princeton 2001, e P. Angeli Bernardini (a c. di), *Le funzioni del silenzio nella Grecia antica. Antropologia, poesia, storiografia, teatro. Convegno del Centro internazionale di studi sulla cultura della Grecia antica (Urbino, 9-10 ottobre 2014)*, Pisa-Roma 2015.

mento giuridico, che erano poi specifiche esigenze o peculiari canoni ermeneutici, quali, ad es., il *favor matrimonii*, il *favor testamenti*, l'*utilitas publica*, l'*honestum*, la *probitas* e persino l'*indignatio* morale.

Ciò significa allora chiedersi se è possibile ipotizzare, nel diritto romano, l'esistenza di uno statuto autonomo del silenzio ed a tale quesito si può rispondere percorrendo due diverse strade che conducono alla proposizione di due soluzioni del tutto antitetiche.

La prima è quella di configurare il silenzio come una *quaestio facti*: il silenzio, di per sé, non può mai assurgere al grado di manifestazione di volontà e l'ambiguità fenomenologica del silenzio sbarra la via ad una sua teoria generale, sicché l'interprete non può fare altro che procedere ad una catalogazione casistica dei vari significati del silenzio, che sarà dunque oggetto di una valutazione *in concreto*.

La seconda è quella di considerare invece il silenzio come una *quaestio iuris*: il *tacens* esprime una volontà ora 'anomala', ora 'attenuata' e ora ispirata a 'necessità sociali' (che si basano sul principio dell' 'affidamento'), quindi una volontà 'meno piena', e si sfugge così alla pluralità casistica per catalogare il silenzio, del quale si propone pertanto, *in abstracto*, un'identificazione unitaria sfociante nella formulazione di una vera e propria 'teoria del silenzio' e, quindi, nell'elaborazione di principii generali utili all'interpretazione del silenzio, che può perciò essere 'qualificato'.

Ora, prendere parte per una o l'altra *quaestio* non è affatto semplice e, tuttavia, sembra preferibile propendere per una 'casistica' del silenzio quale fatto 'singolare' da interpretare volta per volta e, quindi, senza volere rintracciare a tutti i costi il 'filo rosso' di un fantomatico principio generale, la cui formulazione è impedita dalla semplice constatazione che il silenzio è un fatto in sé nullo, sicché è proprio perché il *tacere* è una *quaestio facti* che non è possibile predefinire regole di interpretazione precise e universalmente valide.

L'ambiguità del silenzio può semmai essere fortemente circoscritta a tre fondamentali ipotesi di silenzio: il silenzio come non-fatto (ipotesi più comune), il silenzio come manifestazione tacita di volontà e il silenzio come espressa dichiarazione di volontà (fattispecie che si configurano laddove determinate circostanze concomitanti attribuiscono al *silentium* il valore di 'silenzio circostanziato'). Con l'avvertenza, però, che l'attribuzione al silenzio di questi tre diversi significati dipende da una valutazione che è contingente e variabile secondo l'ambiente storico, il costume, la coscienza sociale, la qualità delle persone e le condizioni del traffico giuridico.

3. In questo contesto, connotato precipuamente dall'*animus* e dalla *voluntas tacentis*, emerge prepotentemente il problema della responsabilità da parte di

chi tace, che era ben presente a Cicerone, il quale, nel terzo libro del *De officiis*, discettava sul valore giuridico del silenzio in relazione ad alcuni casi di *reticentia* nei contratti di compravendita, in ordine ai quali tutta la questione si incentrava sulla ricerca di un criterio che consentisse di distinguere ciò che il venditore non era tenuto a dichiarare da ciò a cui egli era invece obbligato, in base ai principii ai quali il *vir bonus* deve conformare il proprio comportamento.

Il primo esempio che Cicerone adduce riguarda un caso di silenzio consapevole da parte di un venditore di una grande quantità di frumento trasportata da Alessandria a Rodi per sfamare gli abitanti di questa città afflitta dalla carestia (3.12.50-53) e l'Arpinate, reputando la reticenza una risposta consapevole, attribuisce una precisa responsabilità a colui che aveva taciuto, e ciò perché il silenzio, in questa fattispecie, era considerato un fatto turpe. Pertanto, il *vir bonus* deve sì perseguire la propria *utilitas*, magari ricorrendo ad artifici o astuzie, ma non può spingersi fino a tacere o, meglio, a celare determinate circostanze (qui, il fatto, di cui egli era a conoscenza, che altre navi cariche di frumento stavano nel frattempo giungendo a Rodi), perché, così facendo, altera il quadro osservabile trasformando il suo silenzio in un vero e proprio inganno, dal quale finisce per ricavare un vantaggio illecito (costituito dalla vendita di una quantità più elevata e ad un prezzo più alto della propria merce).

Nel secondo esempio Cicerone esamina le implicazioni che il silenzio del venditore può comportare nel corso della vendita di un immobile (3.13.54-57) e il nodo centrale della questione consiste nel comprendere se il venditore, che ha venduto la casa ad un prezzo più alto di quanto pensava di potere vendere, si sia comportato in modo scorretto nell'omettere di denunciare dei vizi noti soltanto a lui. In questo caso, il fatto che il venditore disponesse di informazioni delle quali lui solo era a conoscenza e, quindi, inaccessibili per il compratore (e, a maggior ragione, ove egli stesso si fosse adoperato per creare un'informazione artatamente disorientante il compratore) configurava il silenzio come *maxima fraus*, in quanto il venditore aveva occultato maliziosamente ciò che sapeva: anche in questo caso, come in quello precedente, una cosa è *tacere* e un'altra *celare*.

Nel terzo esempio Tiberio Claudio Centumalo vende la sua casa sul Celio, in ordine alla quale egli ha ricevuto un'intimazione dagli àuguri di demolirne quelle parti che, per la loro altezza, impediscono l'osservazione degli auspici. Centumalo tace questo importante particolare e il compratore, Publio Calpurnio Lanorio, dopo avere a sua volta ricevuto la medesima intimazione ed avervi ottemperato, intenta una causa nei confronti del venditore, che è condannato dal giudice Marco Porcio Catone in quanto ritenuto responsabile del suo silenzio (3.16.66-67). In questo caso Cicerone approva la sentenza di condanna in virtù del richiamo al principio giuridico (ma che era anche etico ed economico) della

bona fides ed a quello dell'affidamento, che, al pari di quanto era accaduto nel secondo esempio, erano stati violati dal venditore nel momento in cui aveva taciuto le circostanze di cui lui solo era a conoscenza.

Dagli esempi ora citati si evince dunque che Cicerone, assimilando il *silentium* alla *reticentia*, chiariva il carattere specifico del silenzio-reticenza come 'atto consapevole' del *tacens* che esponeva quest'ultimo a precise responsabilità, che non avevano solo una valenza giuridica, ma anche etica e sociale, come è appunto chiaramente dimostrato dal richiamo ai principi della *bona fides* e dell'affidamento, parametri di valutazione dell'attività delle parti negoziali che comportavano l'essere bandita ogni *reticentia* nel corso delle trattative.

Il *punctum dolens* era dunque questo: quand'è che il *tacere* si trasforma, da mero contegno omissivo non valutabile giuridicamente in quanto espressione di tollerabile furbizia e astuzia finalizzata a raggiungere un vantaggio economico lecito, in artificio e inganno e, quindi, in dolosa *reticentia*?

La risposta di Cicerone non si presta ad equivoci: il mero *tacere* può configurarsi come mancata comunicazione di un fatto, ma se quest'ultimo doveva essere comunicato, non siamo più in presenza di un *tacere*, bensì di un *celare* e, quindi, di una *reticentia* produttiva di responsabilità a carico del *tacens*. E, da qui, il dovere del venditore di dichiarare ciò che si ha l'obbligo di comunicare e che, non comunicato, fa sì che la sua *reticentia* diventi dolosa.

Pertanto, secondo Cicerone, un punto di equilibrio tra venditore e compratore può raggiungersi ritenendo che il primo ha il dovere di non ingannare il secondo, ciò che si verifica quando il silenzio del venditore implica occultamento di fatti non conoscibili dalla controparte e, invece, non ha luogo laddove quel che il venditore non ha rivelato poteva essere conosciuto dal compratore con l'ordinaria *diligentia*.

E questo contemperamento di interessi si rinviene anche nel caso delle vendite di schiavi o animali da tiro affetti da vizi occulti nei mercati, in ordine alle quali gli edili curuli stabilirono che il compratore poteva esperire un'azione (*actio redhibitoria*) per risolvere il contratto e ottenere così la restituzione del prezzo pagato (restituendo lo schiavo o l'animale al venditore) oppure un'azione (*actio quanti minoris* o *aestimatoria*) per conseguire una riduzione del prezzo (sulla base della stima del minore valore determinato dal *vitium*). Ciò che, però, accadeva solamente laddove il silenzio del venditore si configurasse come *mala fides*, che si ravvisava appunto nel fatto che egli avesse celato delle circostanze che non potevano essere in alcun modo percepite dal compratore, sicché quest'ultimo non veniva tutelato nel caso di malattie e difetti gravi da lui facilmente riconoscibili.

Appare allora chiara una propensione di Cicerone per un'individuazione casistica della rilevanza etica, sociale e giuridica del silenzio, nella quale si ha un

movimento pendolare dalla situazione morale a quella giuridica e viceversa che si estrinseca in un continuo mutare dal giuridico esempi con determinazioni etiche e travasando nel giuridico le conclusioni etiche alle quali egli perviene di volta in volta, giacché era solo in seguito ad un'attenta interpretazione delle circostanze dei singoli casi di silenzio rinvenibili nella prassi che l'interprete – il giurista, il giudice, l'avvocato e l'oratore – poteva attribuire al silenzio l'uno o l'altro dei suoi tanti possibili significati, il cui concreto accertamento non dipendeva certamente, nell'ottica ciceroniana, da un'astratta 'teoria generale del silenzio'.

Anche se, a ben vedere, ciò significa che chi rimane in silenzio vuole operare una frattura tra comportamento esteriore e contenuto interiore, imponendo l'onere dell'interpretazione a carico della persona nei confronti della quale ha taciuto, il che vuol dire, in altri termini, che il *tacens*, in quanto il silenzio è un atto di volontà, si assume la responsabilità del suo *silere*, ma rifiuta la responsabilità dell'interpretazione e, conseguentemente, del significato del suo *silentium*.

4. Un'interpretazione del silenzio appare pertanto necessaria e ineludibile e ciò fu ben chiaro alla giurisprudenza romana, che, in relazione alle diverse branche del diritto, mise in luce, di volta in volta, i fatti che consentono di riconoscere l'esistenza del silenzio, le sue proteiformi manifestazioni, i suoi disparati significati, il presupposto volitivo del *tacens* e gli eventuali profili di doverosità della comunicazione mancata.

Così, nell'ambito del diritto di famiglia e delle persone, vi erano casi in cui il silenzio del *pater familias*, che in ordine alle nozze dei figli (per le quali era richiesto il suo consenso) rimaneva inattivo, assumeva i tratti del fatto incolore dell'assenza totale di manifestazione della volontà (D. 1.5.11) o, comunque, la valenza di un mezzo comunicativo che non consentiva di ricavare l'intenzione paterna (D. 49.15.12.3). E casi in cui il *silere* del *pater familias* in riferimento al fidanzamento delle figlie è un fatto valutato invece come una manifestazione tacita di volontà, giacché, se il padre, che è tenuto a *dissentire* apertamente laddove non volesse tale fidanzamento, tace, il suo comportamento viene allora considerato come un'espressione di volontà, in quanto esisteva un dovere di attivarsi che egli non ha osservato (D. 23.1.7.1).

Da questa casistica si evince dunque una non uniforme disciplina del silenzio, che è interpretabile talora come assenza di manifestazione (come anche in D. 3.3.8.1, in materia di rappresentanza) e talvolta come manifestazione tacita di assenso (come anche in D. 1.7.5, in materia di adozione, in D. 24.3.2.2 e 39.5.31.1, in materia di dote, D. 14.2.12 e 14.2.16, in materia di mutui ai *fili familias*, e in D. 3.3.15 pr., 3.3.40.4, 27.7.4.3 e 50.17.60, in materia di rappresentanza): in questo secondo caso il silenzio non equivale concettualmente

al consenso manifestato nei debiti modi e, tuttavia, è una forma incompleta e anomala di consenso, sicché dove il silenzio basta, la giurisprudenza dichiara espressamente che esso è sufficiente e che perciò non si esige nulla di più.

La gamma delle possibili significanze e conseguenze del *tacere* era però ancora più ampia.

Infatti, nel caso del silenzio del marito di fronte alla denuncia di stato interessante della donna divorziata (al presumibile fine di favorire la condizione di figli legittimi degli infanti), questo *silere* era interpretato come riconoscimento della prole futura da parte del marito, il cui silenzio, da un lato, era equiparato all'assenso a titolo di sanzione per non avere quest'ultimo reagito e, dall'altro, generava un'obbligazione (D. 25.3.1.4). Conseguenza, quest'ultima, che si produceva anche in molti altri casi (come nel 'pegno tacito' di cui a D. 20.2.1 pr., 20.2.4 pr. e 20.2.7, nella 'rilocazione tacita' di cui a D. 19.2.13.11, 19.2.14 e 19.2.60.6 e nel 'mandato tacito' di cui a 17.1.6.2, 17.1.18 e 17.1.53).

Nella comproprietà (D. 8.2.27.1, 8.5.11, 10.3.28 e 12.2.26.4) il silenzio veniva interpretato come non-opposizione a causa del mancato esercizio del *ius prohibendi* e questo canone ermeneutico si fondava sull'argomento logico che, se il singolo comproprietario non si avvaleva di tale *ius*, se ne poteva arguire che egli acconsentiva a che si compisse ciò che, pur potendo farlo, non aveva impedito: l'atteggiamento inerte del comproprietario che ha l'onere di attivarsi (*prohibitio*) per evitare il compimento di un atto da parte dell'altro comproprietario rappresenta dunque un'inequivocabile espressione di una precisa volontà.

Invece, in altri casi concernenti ancora la proprietà (ma anche i fedecomessi, come in D. 22.3.6, e la dote, come in D. 23.3.69 pr.), il silenzio era interpretato ora come una rinuncia ad un diritto, ciò che si verificava, ad es., laddove il proprietario di un fondo tollerava la costruzione di un manufatto, da parte del vicino, che causasse un flusso di acque a lui nocivo, perdendo così il diritto alla specifica tutela processuale prevista in queste ipotesi (D. 39.3.19). Ora come acquisto di un diritto, come nell'usucapione, in cui l'uso di un bene da parte di un soggetto che non ne fosse proprietario poteva condurre all'acquisto del diritto di proprietà, a condizione che vi fosse l'acquiescente silenzio del proprietario, o, ancora, in materia di dote, laddove Tizio, donando ad una donna una cosa che crede sua ed è invece del marito, manifesta in tal modo l'animo di donare, cioè di volere che la donna acquisti la proprietà della cosa senza un valido titolo, astenendosi dal compimento dell'unico atto che rivelerebbe il suo non volere, cioè la rivendicazione della cosa (D. 24.1.44).

In altri casi, il silenzio poteva poi fare sorgere addirittura una responsabilità in capo al *tacens*, ciò che avveniva allorquando il *pater familias* autorizzava la conduzione di determinate attività commerciali da parte dei suoi sottoposti (figli e schiavi) non con un atto espresso, come pure poteva fare, bensì tacitamente:

qui la sua responsabilità per gli atti compiuti da tali soggetti nasceva dalla *patientia*, cioè dalla non esplicitata acquiescenza e dalla mancata espressione di una volontà contraria, sicché, in tali ipotesi, il *silentium* è interpretato come un *pati* (D. 14.1.1.5 e 14.4.1.3).

E ciò si verificava anche nei casi di atti illeciti compiuti dagli schiavi, che costituivano fonte di responsabilità per il loro proprietario, il quale, pur a conoscenza del proposito delittuoso del suo sottoposto, teneva un comportamento inerte. L'inerzia del *dominus*, che si era concretizzata nel *non prohibere*, quindi in un comportamento negativo, veniva dunque assimilata al comportamento positivo del *permittere*, sicché il silenzio del proprietario, che, pur sapendo, nulla faceva e non interveniva, veniva interpretato dalla giurisprudenza romana come connivenza, se non addirittura come un tacito *iussum*, sulla scorta della considerazione che la *scientia-patientia* fosse un atto giuridico rilevante e produttivo appunto di responsabilità (D. 9.4.2 e 9.4.4).

Né minore importanza, al fine di comprendere meglio la complessità del silenzio in ambito giuridico, hanno poi quei casi in cui si rinviene un silenzio bilaterale, come quello dell'ex-moglie e dell'ex-marito, che, risposandosi dopo lo scioglimento del primo matrimonio, nulla dispongono in ordine alla sorte della dote: il loro silenzio viene qui interpretato come tacita reintegrazione della dote iniziale (D. 23.3.30, 23.3.40 e 23.3.64).

Ma più che in ogni altro ambito del diritto, è in quello processuale che il silenzio si colora di particolari significati.

Così, uno dei più antichi schemi procedurali, la *legis actio sacramenti in personam*, prevedeva, dopo l'affermazione del proprio diritto di credito da parte di chi agiva in giudizio, la negazione del convenuto in giudizio oppure il suo silenzio: a questo *tacere* si conferiva dunque un significato giuridico predeterminato, trasformando il silenzio in un comportamento normativamente tipizzato, per cui il non parlare e il non negare erano equiparati alla *confessio*, ciò dipendendo dalla fatto che, in questo caso e anche in quello dell'*indefensio* del processo formulare, il convenuto rinunciava a difendersi. Pertanto, siamo qui di fronte non ad un generico comportamento omissivo del soggetto connotato dalla mera assenza di reazione alla pretesa avversaria, ma ad una cosciente dismissione della facoltà di contribuire alla formazione della decisione mediante un atto idoneo a determinarne una direzione *pro se* favorevole: qui il silenzio svolge una funzione di asseverazione definitiva delle affermazioni altrui consacrata dall'incontestabilità processuale.

Discorso in parte diverso va fatto per la *in iure cessio*, cioè per quel risalente processo fittizio, finalizzato a trasferire dei beni, in cui l'acquirente affermava, al cospetto del proprietario alienante, che la cosa era di sua proprietà. L'alienante, al quale il pretore chiedeva se volesse affermare a sua volta la proprietà

del bene, proprio perché d'accordo con l'acquirente, negava esplicitamente di volere *contravindicare* oppure semplicemente taceva, con la conseguenza che il pretore attribuiva la proprietà del bene all'acquirente (Gai 2.24).

Qui, l'esplicito rifiuto di procedere alla *contravindicatio* era dunque perfettamente equivalente al silenzio e veniva concepito come risposta alla domanda del magistrato, appalesandosi come manifestazione positiva di volontà, in quanto contegno significativo della *voluntas* di effettuare la *cessio*, i cui effetti avevano sì il loro *prius* nel *negare* o nel *tacere* dell'alienante, ma si producevano tuttavia solo a seguito del provvedimento magistratuale. In questo caso la negazione di volere *contravindicare* e il *tacere* dinanzi alla domanda del pretore vengono allora qualificati dalla giurisprudenza come 'volontà del ritiro' e 'manifestazione di non opposizione' che sortiscono l'effetto di attribuire al comportamento passivo del *tacens* il significato appunto di una *cessio*.

E lo stesso dicasi per la *manumissio vindicta*, cioè di quella particolare forma di liberazione del proprio schiavo da parte del proprietario che si realizzava attraverso un'*in iure cessio*, in virtù della quale il *dominus*, accordatosi con un amico compiacente che assumeva la veste di *adsertor libertatis*, davanti al magistrato giurisdicente non contestava la *vindicatio in libertatem* di quest'ultimo o rimaneva in silenzio, con la conseguenza che lo schiavo diveniva libero in seguito ad un apposito provvedimento del magistrato.

Al contrario, nel caso in cui un soggetto, interrogato in giudizio se fosse erede, fosse rimasto in silenzio di fronte alla domanda del magistrato, egli era equiparato a chi negava di essere erede (D. 11.1.12 pr. e 11.1.11.4), ciò che si verificava anche laddove l'interrogato avesse risposto in maniera confusa o inintelligibile, dal momento che non vi è alcuna differenza tra chi *taceat interrogatus* e chi *obscure respondeat* (D. 11.1.11.7).

In altri casi, il silenzio di chi, a fronte di una situazione giuridica tale da potere arrecargli un pregiudizio, non si avvaleva della tutela giudiziaria che gli avrebbe consentito di evitarlo, era poi interpretato come conferma o consolidamento del diritto del suo avversario in giudizio (D. 10.2.7).

5. Si può dunque affermare che la giurisprudenza romana, pur non ricorrendo a categorie dommatiche definite e, quindi, non procedendo ad alcuna classificazione dei casi in cui si riscontra il cosiddetto 'silenzio', ciò che dipese dalla precisa consapevolezza che gli esiti del silenzio in ambito giuridico dovessero ricavarsi in seguito ad un'interpretazione della sua genesi, del suo contesto e dei suoi attori, ebbe cura tuttavia di distinguere il *tacere*, inteso come atteggiamento di chi si astiene consapevolmente dal manifestare un'intenzione, dal *silentium*, cioè una situazione nella quale manca invece del tutto ogni elemento che possa consentire di attribuire al soggetto una volontà, il che equivale a dire che ri-

manere in silenzio significa in alcuni casi essere semplicemente muti e in altri rifiutare di parlare e, dunque, pur sempre parlare.

Pertanto, quando l'ordinamento giuridico romano prevedeva, a carico di un soggetto, un onere o, addirittura, un dovere di dichiararsi, in maniera completa e veritiera, su determinati fatti, il silenzio era sempre configurato dalla giurisprudenza in maniera autonoma rispetto tanto alla semplice inattività priva di effetti quanto al generico contegno di non reazione, con la conseguenza che, proprio per assicurare il rispetto di quell'onere o dovere gravante su determinati soggetti, nel diritto romano si fece ricorso ad un'assimilazione dei fatti non contestati ai fatti ammessi, ravvisandosi nel disinteressamento mostrato dai soggetti che rimangono in silenzio un tacito riconoscimento delle ragioni altrui e come una rinuncia al diritto di far valere le proprie ragioni.

E, da qui, la precisa convinzione che, nella generalità dei rapporti, si dovesse richiedere la *voluntas* manifestata nei modi rituali e, tuttavia, che, in alcuni ambiti giuridici e sulla base di alcune particolari considerazioni di opportunità, si potesse ammettere la ricerca dell'intima volizione tra le pieghe di un atteggiamento inerte e silente.

Il che non vuol dire però che i giuristi romani non cercassero ed eventualmente ritrovassero una volontà anche nel *tacens*, ciò che avveniva quando chi, pur rimanendo in silenzio, assumeva degli atteggiamenti inequivocabili attraverso il compimento di 'atti concludenti' (come, ad es., nella *pro herede gestio*, cioè nell'accettazione tacita dell'eredità), ma, più semplicemente, che essi avessero ben presente che da questi casi andavano tenuti distinti quelli in cui il silenzio di chi non poneva in essere alcun tipo di attività per svelare il suo volere era del tutto neutro, inerte, omissivo e, quindi, passibile di essere riempito di significato giuridico (positivo o negativo) solo in via interpretativa.

L'interpretazione del silenzio, che nell'esperienza giuridica romana non è dunque retta da principii ermeneutici generali, finisce allora per chiudere ogni via di uscita a chi, per il solo fatto di tacere, potrebbe presentare il suo silenzio come un 'nulla', assumendo così una funzione sanzionatoria di tale comportamento in quanto inchioda il silente alle sue responsabilità morali e giuridiche, ciò che conferma, ove mai ce ne fosse bisogno, l'ambiguità e le plurime valenze del fenomeno del silenzio in generale e, soprattutto, la difficoltà di inquadrare e interpretare correttamente il profilo giuridico del silenzio a causa delle sue contraddittorietà e del suo stretto legame con l'utile e l'etico.

6. La conclusione alla quale si è giunti in seguito all'esame di alcune attestazioni ciceroniane e al richiamo di alcuni casi giurisprudenziali romani in ordine al fenomeno del silenzio, e cioè che al comportamento silente poteva essere attribuito un significato giuridico positivo o negativo solamente in via interpre-

tativa, ci fa dunque capire che, nell'esperienza giuridica romana, fosse vigente il principio secondo cui 'Chi tace non dice nulla'.

E quanto ciò sia vero è dimostrato da un testo di Paolo, che riporta l'icastico giudizio della giurisprudenza romana sull'atteggiamento di chi rimanesse appunto in silenzio:

D. 50.17.142 (Paul. 56 *ad ed.*): *Qui tacet, non utique fatetur: sed tamen verum est eum non negare.*

Paolo afferma dunque chiaramente che colui il quale tace certo non confessa (*Qui tacet, non utique fatetur*)⁷, ma è tuttavia vero che non nega (*sed tamen verum est eum non negare*).

Appare importante sottolineare preliminarmente come il principio di cui al testo di Paolo, ritenuto già dal Dernburg⁸ «zweideutig wie ein Orakelspruch» e formulato in termini generali ed al contempo in maniera apparentemente sibillina dal momento che, affermando che il tacente non confessa ma neppure nega, non fornisce alcuna risposta al significato da dare al silenzio⁹, nel contesto originario di provenienza, cioè il libro 56 *ad edictum*, si riferisse, in realtà, alla *confessio in iure*¹⁰, quindi ad un istituto processualistico.

Se si tiene presente perciò il riferirsi del testo al processo, l'affermazione paolina¹¹ secondo cui, in buona sostanza, chi tace non parla, ma nemmeno nega,

⁷ Sul «Qui», come soggetto astratto, v. C. Lázaro Guillamón, *El silencio del demandado en el proceso civil: aproximación histórico-crítica al aforismo 'quien calla, otorga'*, in *RIDA*. 63, 2016, 183.

⁸ *Pandekten* 1, Berlin 1896, 231 nt. 14.

⁹ In questo senso v. B. Biondi, *Contratto e 'stipulatio'. Corso di lezioni*, Milano 1953, 182. Ciò non deve però recare alcuna meraviglia, dal momento che – come è stato rimarcato dalla Castresana, *La relevancia jurídica del silencio (a propósito de ciertos deberes de información del vendedor)*, in *Index* 40, 2012, 701 s. – «lo cierto es que el examen de las fuentes romanas, tanto literarias como jurídicas, revela la inexistencia de principios generales sobre la interpretación del silencio en el campo del derecho».

¹⁰ P.F. Girard, *Nouvelles observations sur la date de la loi 'Aebutia'*, in *ZSS*. 29, 1908, 143 s. e nt. 2 e P. Bonfante, *Il silenzio nella conclusione dei contratti*, in *Rivista di diritto commerciale* 5.1, 1907, 109. Cfr. M. Wlassak, *Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren*, in *ZSS*. 25, 1904, 152 nt. 3; A. Wacke, *Zur Lehre vom 'pactum tacitum' und zur Aushilfsfunktion der 'exceptio doli'. Stillschweigender Verzicht und Verwirkung nach klassischem Recht I*, in *ZSS*. 90, 1973, 251 nt. 141; C. Lázaro Guillamón, *Il 'silenzio' sulla base della gl. 'Qui tacet, ad' D. 50.17.142*, in *Studia Prawnoustrojowe* 27, 2015, 5; Ead., *El silencio* cit. 183; F. Alarcón Rojas, *Silencio y contrato. Del iusnaturalismo al derecho contemporáneo*, Bogotá 2020, 9 s. Sul punto v. anche S. Tondo, *La semantica di 'sacramentum' nella sfera giudiziale*, in *SDHI*. 35, 1969, 329 nt. 103.

¹¹ Ripresa da non pochi autori, in passato e più di recente, in un'ottica comparatistica: J.G.B. Härlin, *Rechtliche Abhandlung von der stillschweigenden Einwilligung*, Tübingen 1814, 37 ss.; R. de Castro-Camero, «*Regula iuris*», in *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 16, 1994, 31;

semberebbe invece intelligibile giacché può essere intesa nel senso che «vi sono dei casi in cui il diritto vi impone di parlare o vi addossa in caso di silenzio determinate conseguenze. Tale è precisamente il giudizio. Il magistrato vi interroga: per lui parla la legge; voi siete tenuto a rispondere, o altrimenti siete reo confesso. Non si tratta di stabilire un accordo tra le parti: si tratta di sapere la verità, voi siete tenuto a dirla, e all'uopo il magistrato ha il diritto di arguire anche dalle vostre reticenze»¹².

A ben vedere, però, il principio enunciato da Paolo, assunto a vero e proprio brocardo romano¹³ ed aforisma nel diritto canonico¹⁴, sembrerebbe dire tutt'altro.

F. Ferrari, *Formation of Contracts in South American Legal Systems*, in *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review* 16.3, 1994, 644 e nt. 121; Á. Muñoz García, *La física de Suárez de Urbina (1758) ¿El que calla, otorga?*, in *Escritura y Pensamiento* 4.8, 2001, 156 ss.; P.D. Clarke, *The Interdict in the Thirteenth Century: A Question of Collective Guilt*, Oxford 2007, 38 e nt. 84; R. Panero, 'Cupida legum iuventus', in *Revista Internacional de Derecho Romano* 7, 2011, 75 s. e nt. 142; M.B. Álvarez Mallona, *D. 50, 17, 142: 'Qui tacet, non utique fatetur: sed tamen verum est eum non negare'*. *El valor del silencio como regla de derecho. Diversas hipótesis. ¿El silencio reemplaza a la voluntad manifestada?*, in P. Resina Sola (a c. di), 'Fundamenta Iuris'. *Terminología, principios e 'interpretatio'*, Almería 2012, 239 ss.; J.A. Martínez Vela, *Algunas claves sobre el valor jurídico del silencio*, in *Revista de Derecho Uned* 10, 2012, 406 s.; E. Vera-Cruz Pinto, 'Quem cala não declara nada': a regra do silêncio negocial do 'ius Romanum' (D. 50.17.142) nos artigos 217° e 218° do Código Civil Português, in *Interpretatio Prudentium* 1.2, 2016, 235 ss.; Lázaro Guillamón, *El silencio* cit. 178 ss.; G. V. Sreenivasan, *Speaking Nothing to Power in Early Modern Germany: Making Sense of Peasant Silence in the 'Ius commune'*, in C. Zwiwerlein (a c. di), *The Dark Side of Knowledge. Histories of Ignorance, 1440 to 1800*, Leiden 2016, 101 s. e nt. 52-53; A.D. Busso, *El silencio en el derecho*, in *Anuario Argentino de Derecho Canónico* 26, 2020-2021, 257 e nt. 5.

¹² P. Bonfante, *Corso di diritto romano*, 4, *Le obbligazioni (dalle lezioni)*, Milano 1979, 304. Cfr. M. Kaser – K. Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1996², 270 e nt. 3 (ivi altra letteratura citata).

¹³ Sulla rilevanza dei brocardi romani nell'esperienza giuridica contemporanea e sul loro utilizzo nella dialettica processuale v. D. Velo Dalbrenta, *L'uso dei brocardi nel discorso forense*, in F. Cavalla (a c. di), *Retorica, processo, verità*, Padova 2005, 337 ss.

¹⁴ G. Tomás, *Fuentes jurídicas del principio 'qui tacet, consentire videtur'*. *Realidad jurídica 'versus' difusión social*, in *RIDA*. 50, 2003, 384 ss., 387 ss. e 397 ss.; H. Corral Talciani, 'Qui tacet consentire videtur'. *La importancia de una antigua regla canónica en el juicio contra Tomás Moro*, in *Ius Canonicum* 51, 2011, 137 ss.; M.D.P. Pérez Álvarez, *El valor jurídico del silencio en la teoría del negocio jurídico*, in *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid* 28.2, 2013, 286 ss.; Lázaro Guillamón, *El silencio* cit. 193 ss.; F. Alarcón Rojas, *La incidencia del silencio en los contratos. Génesis y aplicación de la regla 'Qui tacet, consentire videtur'*, Bogotá 2016, *passim*; M.D.P. Pérez Álvarez, *Influencia del principio canónico 'Qui tacet, consentire videtur' en la doctrina del silencio*, in *Actas del Congreso 'Incidencias del lenguaje en los negocios jurídicos a lo largo de la historia' celebrado en la Universidad Carlos III de Getafe, Madrid, los días 14 y 15 de abril de 2015*, Madrid 2017, 7 ss.

E, invero, laddove il giurista specifica che al silenzio non può attribuirsi alcuna valenza positiva o negativa¹⁵, cioè confessoria o negatoria, la massima che se ne ricava è quella secondo cui 'Chi tace non dice nulla'¹⁶, dalla quale fare discendere allora la conseguenza che – contrariamente a quanto affermato da Seneca, secondo cui «*silentium videtur confessio*» (Contr. 10.2.6)¹⁷ – il *tacens* non dovesse essere considerato *confessus*¹⁸. Lo scopo ultimo di Paolo sarebbe stato allora quello di evitare che il silenzio potesse essere interpretato come 'consenso'¹⁹, cioè come *ficta confessio*, limitandosi così a rappresentare la situazione di

¹⁵ Secondo il Maiuri, *La polisemia del silenzio nel mondo latino tra politica, diritto e religione*, in *Silenzio e Parola nella patristica. XXXIX Incontro di Studiosi dell'Antichità Cristiana (Roma, 6-8 maggio 2010)*, Roma 2012, 480, nel diritto romano «la questione del silenzio non si risolve nella mera opposizione tra una valenza affermativa e un'attitudine omissiva. Entrano in gioco, infatti, tonalità molto più sfumate, che consentono di apprezzare una sua specifica polisemia anche se si limita l'indagine al contesto giuridico».

¹⁶ Così M.S. Goretta, *Il problema giuridico del silenzio*, Milano 1982, 30 s., secondo cui nel testo paolino «si pone una distinzione tra una volontà, il cui 'oggetto' è oggettivamente riconoscibile come oggetto di quella volontà (consenso o dissenso), e una volontà, il cui oggetto essendo interno e tutto chiuso nel soggettivo non sarebbe e non è oggettivamente riconoscibile (ed ecco l'affermazione di Paolo), ma la cui oggettività si palesa attraverso un ragionamento induttivo-deduttivo» (p. 95). Ma v., in precedenza, G. Donatuti, *Il silenzio come manifestazione di volontà*, in E. Albertario, P. Ciapessoni, P. De Francisci (a c. di), *Studi in onore di Pietro Bonfante nel XL anno d'insegnamento* 4, Milano 1930, 465 e nt. 27 e, più di recente, Castresana, *La relevancia jurídica del silencio* cit. 701, che richiama il detto popolare secondo cui 'El que calla, no dice nada'.

¹⁷ Contra T. Nótári, 'Summum Ius Summa Iniuria' – *Comments on the Historical Background of a Legal Maxim of Interpretation*, in *Acta Juridica Hungarica* 45.1-2, 2004, 306 e ntt. 46-47, secondo cui Seneca e Paolo esprimerebbero la medesima opinione. Il Mayer i Olivé, 'Qui tacet nihil dicit'. *El ambiguo valor de 'silentium'*, in A. Campus, A. Chahoud, G. Lusini, S. Marchesini (a c. di), 'Tempus tacendi'. *Quando il silenzio comunica. Miscellanea internazionale e multidisciplinare*, Verona 2023, 119, si limita ad osservare che siamo di fronte al «*silentium* con valor negativo y equivalente a *confessio*, un tema recurrente en las disquisiciones romanas con fondo jurídico». Ma v. pure M. Cipriani, 'Homo homini deus': *la malinconica sentenziosità di Cecilio Stazio*, in *Philologia Antiqua* 3, 2010, 148 s.

¹⁸ Contra Lázaro Guillamón, *Il 'silenzio'* cit. 6 e 10 ed *El silencio* cit. 184, secondo cui Paolo avrebbe detto che il silenzio si dovesse considerare come se il convenuto avesse confessato, fissando così un principio generale di diritto processuale, appunto quello secondo cui chi tace o non si difende è tenuto come *confessus*. Conclusione, questa, alla quale era già pervenuto, agli inizi del XIX secolo, Carlo Alberici: L. Garlati, *Silenzio colpevole, silenzio innocente. L'interrogatorio dell'imputato da mezzo di prova a strumento di difesa nell'esperienza giuridica italiana*, in M.N. Miletti (a c. di), *Riti, tecniche, interessi. Il processo penale tra Otto e Novecento. Atti del Convegno (Foggia, 5-6 maggio 2006)*, Milano 2006, 280 s. e nt. 45.

¹⁹ Secondo la Nocchi, 'Sermo tacitus' ed 'eloquentia corporis', ovvero *l'efficacia retorica del silenzio*, in *Silenzio e Parola nella patristica. XXXIX Incontro di Studiosi dell'Antichità Cristiana (Roma, 6-8 maggio 2010)*, Roma 2012, 55 ss., la retorica romana, tra i suoi strumenti di comunicazione, avrebbe presentato anche l'uso consapevole del silenzio come forma comunicativa.

chi, tacendo, manifestava la precisa volontà di non assumere alcuna iniziativa né in senso affermativo né in senso negativo²⁰, sicché tra il «*non fateri*» ed il «*non negare*» *tertium non datur*²¹.

E questo è facilmente comprensibile ove si tenga conto che, nell'ordinamento giuridico romano, il principio della formalizzazione verbale è centrale, nel senso che la parola, a differenza del silenzio, ha un rilievo definitorio, di entità caratterizzante e identificativa²², sicché «l'aveu devait être formulé, il supposait un énoncé verbal et en cela il se distinguait du mutisme»²³.

Pertanto, se questo è l'*identikit* del *tacens*, che non dice né 'sì' né 'no', non è ammissibile un 'ni', giacché chi tace vuole offrire una prospettiva tale per cui il suo comportamento possa essere tradotto indifferentemente come un 'sì' o come un 'no' al fine di ingenerare nell'interprete del suo silenzio un'ambiguità e perplessità che finisce per indurlo a concludere che tacere è uguale a non parlare e, quindi, a formulare il principio paolino 'Chi tace non dice nulla', che non è dunque in alcun modo assimilabile all'altra *regula iuris* di origine canonistica, secondo la quale 'Chi tace acconsente', per il semplice motivo che tacere è proprio l'opposto di consentire, in quanto omettere di palesare la propria volontà significa non compiere l'atto positivo di manifestare con parole o gesti la propria intenzione.

In questo senso il testo di Paolo, proprio nella misura in cui si limita a constatare l'ambiguità primordiale del silenzio senza pretendere però di interpretarlo, rivela tutta la sua importanza laddove mette in chiaro che non si può interpretare il silenzio di chi è interrogato come una confessione (assenso) né come un'opposizione (dissenso), giacché chi rimane in silenzio esprime la propria volontà nel non volerla manifestare né in un senso né in un altro opposto, innalzando così fra sé e gli altri una vera e propria 'barriera' del silenzio, che pone certo il problema della sua responsabilità, la quale va quindi ricercata nella stessa *voluntas tacendi*.

Anche se con ciò non si vuole dire certo che il principio 'Chi tace non dice nulla' finisce per dissolversi nell'altro, appena ricordato, 'Chi tace acconsente', dal momento che è solo quest'ultimo che indica l'esigenza di 'svelare' chi si nasconde nell'ombra del silenzio e, quindi, di consegnare chi tace alla respon-

²⁰ Secondo il Maiuri, *La polisemia del silenzio* cit. 465 ss., nel mondo latino il silenzio può essere inteso come un'esperienza polisemica, variegata e multiforme, sia dal punto di vista sincronico che diacronico, caratterizzandosi così per una spiccata pluridimensionalità.

²¹ In questo senso v. le condivisibili affermazioni della Goretti, *Il problema giuridico del silenzio* cit. 159 e 203.

²² Così, giustamente, Maiuri, *La polisemia del silenzio* cit. 478.

²³ S. Kerneis, *La justice en vérité. Une histoire romaine du dire-vrai*, Paris 2022, 64.

sabilità del suo silenzio, mentre la regola paolina qualifica il silenzio come un 'fatto incolore' e indica la norma della prudenza: questi due principii segnano perciò i due punti estremi tra i quali oscilla, senza trovare un centro di gravità, il pendolo del silenzio, giacché il primo nega ogni significato al silenzio e il secondo lo parifica invece all'assenso.

Nel passo di Paolo veniva definito l'atteggiamento di colui che esprimeva la propria 'volontà' nel non volerla manifestare né in un modo né in un altro opposto, sicché la sibillinità del testo e la sua contraddittorietà sono dunque soltanto apparenti, in quanto entrambe non vanno ricercate nella lettera e nello spirito di questa fonte testuale, bensì nella rappresentazione che il frammento di Paolo ci offre del comportamento di chi tace²⁴.

Il giurista, nell'affermare che chi tace non parla ma nemmeno nega e, quindi, non manifesta alcuna volontà, esprime, in definitiva, due concetti: a) il silenzio è un non parlare e, quindi, non può essere qualificato come risposta o manifestazione di volontà; b) l'intervento del magistrato è perciò necessario al fine di rendere concreto il non detto del silenzio.

Pertanto, se è indubbio che il tacente finisce per offrire la possibilità di interpretare il suo comportamento come positivo o negativo (ciò che si verificava appunto nella *confessio in iure*, nella quale l'intervento del magistrato 'concretizzava' il silenzio per ovvie ragioni giuridiche di certezza del diritto), ingenerando così non di rado un'ermeneutica perplessa ed ambigua (ciò che spesso era il fine ultimo del tacente)²⁵, è altrettanto incontestabile che Paolo metteva in guardia l'interprete, e quindi in primo luogo il magistrato, dal rinvenire nel silenzio di chi era interrogato una confessione (cioè un assenso) oppure un'opposizione (cioè un dissenso), arguendo l'una o l'altra dalla reticenza dell'*interrogatus*.

E che questo fosse il significato da dare al silenzio²⁶, e cioè, in definitiva, che l'interprete dovesse necessariamente esaminare il contesto in cui, caso per caso, si colloca il silenzio²⁷, sembra essere comprovato dalla circostanza che i compilatori giustiniani, inserendo il testo di Paolo nel diciassettesimo titolo dell'ultimo libro del Digesto (*De diversis regulis iuris antiqui*)²⁸ e, quindi, tra le *regulae*

²⁴ Così Goretti, *Il problema giuridico del silenzio* cit. 159.

²⁵ Così, giustamente, Goretti, *Il problema giuridico del silenzio* cit. 160 s.

²⁶ Sul valore ed il significato del silenzio nelle fonti letterarie latine e greche v. J.A. Martínez Vela, *El valor del silencio en las fuentes literarias antiguas*, Madrid 2012, *passim*.

²⁷ In questo senso v. anche Lázaro Guillamón, *Il 'silenzio'* cit. 6 ss. ed *El silencio* cit. 184 ss., che richiama l'interpretazione del passo paolino da parte dei Glossatori, secondo i quali il significato del silenzio sarebbe dipeso dal singolo caso ed istituto. Ma v. pure Tomás, *Fuentes jurídicas del principio 'qui tacet, consentire videtur'* cit. 389 ss. e 394 ss.

²⁸ Sul quale v., ampiamente, A. Soubie, *Recherches sur les origines des rubriques du Digeste*, Tarbes 1960, 163 ss.

iuris, ne avessero favorito l'astratta generalizzazione²⁹ ed estensione a fattispecie diverse da quella originaria processuale³⁰ e, quindi, la valenza precettistica al di là del caso concreto per il quale la *regula* paolina era stata enunciata³¹.

Nella collocazione che il brano ha ottenuto all'interno del *Corpus iuris civilis* si evidenzia inoltre come Paolo, esaminando il comportamento di colui che, interrogato in giudizio, tace, intendesse precisare i contorni e le conseguenze di due diverse situazioni: da un lato quella di chi confessa (*confessus*), in un certo senso condannandosi da solo³², dall'altro lato quella del *tacens*, il quale, con il suo mutismo, tenta di evitare ogni responsabilità (sia quella del *confessus*, sia quella dell'obiettore). Così il giurista, se per un verso contestava che il

²⁹ In argomento v. i condivisibili rilievi del Carcaterra, '*Ius summum saepe summa malitia*', in *Studi in onore di Edoardo Volterra* 4, Milano 1971, 663 s., il quale, oltre alla *regula iuris* di cui al testo paolino, richiama anche quelle contenute in D. 50.17.144 pr. (Paul. 62 *ad ed.*: *Non omne quod licet honestum est*) ancora di Paolo e D. 50.17.206 (Pomp. 9 *ex var. lect.*: *Iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletioem*) di Pomponio. Sembra invece essere incappato in un completo travisamento del testo il Longo, *Negozi giuridici collegati e negozi su cosa propria*, in *SDHI*. 45, 1979, 119, secondo cui il testo in esame conterrebbe la «*regula iuris* giustiniana *'qui tacet consentire videtur'*», sulla quale v. F. Reduzzi Merola, *Oreste Ranelletti: dal diritto romano alla scienza del diritto pubblico*, in *Index* 24, 1996, 412.

³⁰ Sulla problematica del silenzio in materia contrattuale v. S. Perozzi, *Il silenzio nella conclusione dei contratti*, in *Rivista di diritto commerciale* 4.1, 1906, 509 ss.; G. Pacchioni, *Il silenzio nella conclusione dei contratti*, in *Rivista di diritto commerciale* 4.2, 1906, 23 ss.; P. Bonfante, *Il silenzio nella conclusione dei contratti*, in *Rivista di diritto commerciale* 4.2, 1906, 222 ss. Sulla totale divergenza di opinioni di tali autori – che, in buona sostanza, trova il suo fondamento nel rilievo dato dal primo all'elemento logico-filosofico, dal secondo a quello etico e dal terzo a quello storico-giuridico – v. P.P. Zanzucchi, *Rivista della letteratura romanistica italiana 1907-1908*, in *ZSS*. 29, 1908, 452 s. e Donatuti, *Il silenzio* cit. 459 ss. Più recentemente, tale problematica è stata affrontata, anche mediante l'illustrazione degli itinerari attraverso i quali la tradizione romanistica ha influito sulla dottrina civilistica moderna e sulla disciplina codicistica in vigore, dalla Solidoro Maruotti, *La rilevanza giuridica del silenzio in diritto romano*, in *Rivista della Scuola Superiore dell'Economia e delle Finanze* 2.8-9, 2005, 23 ss.; Ead., *La reticenza del venditore in Cic., 'de off'*. 3.12-17, in *Studi per Giovanni Nicosia* 7, Milano 2007, 471 ss.; Ead., '*Aliud est celare, aliud tacere*' (Cic., '*de off'*'. 3.12.52). *Proiezioni attuali di un antico dibattito sulla reticenza del venditore*, in *AG*. 227, 2007, 187 ss.; Ead., '*... Si vero sciens reticuit et emptorem decepit ...*' (D.19.1.13 pr.): '*vizi di fatto*', '*vizi di diritto*' e *reticenza del venditore*, in C. Cascione, C. Masi Doria (a c. di), '*Fides Humanitas Ius*'. *Studi in onore di Luigi Labruna* 8, Napoli 2007, 5269 ss.; Ead., *Gli obblighi di informazione a carico del venditore. Origini storiche e prospettive attuali*, Napoli 2007, *passim.*; Ead., *La violazione degli obblighi d'informazione in compravendita: un difficile recupero della prospettiva storica*, in *Studi in onore di Remo Martini* 3, Milano 2009, 609 ss. Ma v. pure, in esclusivo riferimento alla *relocatio tacita*, P. Pichonnaz, *Quelques remarques sur la 'relocatio tacita'*, in *RIDA*. 49, 2002, 149, 155 e 158.

³¹ Cfr. Goretta, *Il problema giuridico del silenzio* cit. 159 s.

³² Così anche Kerneis, *La justice en vérité* cit. 64, secondo la quale «*celui qui avoue s'institue juge de lui-même et s'auto-condamne*».

tacens dovesse essere immancabilmente considerato *confessus*, in quanto una sbrigativa interpretazione del silenzio come 'assenso' avrebbe potuto dare luogo ad una finzione giuridica ('parla, altrimenti sei considerato reo confesso'), per altro verso ammetteva che l'*indefensus* (cioè colui che restava inerte di fronte all'azione dell'avversario), con il suo silenzio, avrebbe dimostrato di non volere assumere alcuna iniziativa, divenendo perciò meritevole di sanzione³³.

Ed è proprio questo che è avvenuto nelle esperienze processuali civili odierne, come quella italiana, nella quale esiste il 'principio di non contestazione', secondo cui i fatti allegati da una parte e non espressamente contestati dall'altra non hanno bisogno di essere provati, dovendo così essere considerati come esistenti dal giudice. La non contestazione si qualifica dunque non come generico comportamento omissivo della parte connotato dalla mera assenza di reazione alla pretesa avversaria, ma come cosciente dismissione della facoltà spettante alla parte di contribuire alla formazione della decisione mediante un atto idoneo a determinarne una direzione *pro se* favorevole. Con la conseguenza dell'implicito riconoscimento in fatto delle allegazioni avversarie (*facta confessio*) e, quindi, di fare ritenere esplicitamente ammesso o confessato quello che nella realtà del processo risulta soltanto 'non contestato': un'equiparazione tra 'non contestazione' e *confessio*, che trova allora la sua ragion d'essere nella presunzione che la parte, la quale si disinteressa del processo e non si difende, ammette le ragioni di fatto dell'avversario. E che era già ammessa nelle *legis actiones in rem*, dove non vi era un vero e proprio obbligo di difendersi, giacché di fronte alla *vindicatio* dell'attore, il convenuto poteva compiere la *contravindicatio* oppure confessare espressamente che la pretesa dell'attore era fondata oppure ancora tenere un comportamento meramente passivo, abbandonando il possesso della *res* a favore dell'altra parte: non siamo dunque di fronte ad un'ipotesi di non contestazione intesa come comportamento processuale che non implica né adesione alla pretesa attorea né attiva resistenza ad essa, bensì ad un atteggiamento del convenuto di implicito riconoscimento dell'altrui *vindicatio* comportante gli stessi effetti dell'espressa *confessio in iure*.

Se quindi il silenzio può essere identificato nel processo civile romano, pur nella sua possibile valutazione di comportamento moralmente ambiguo e tatticamente ostruzionistico finalizzato a non manifestare una volontà di ammissione o di negazione³⁴, come la «rinuncia ad assumere una qualsiasi responsabilità per il sì e per il no»³⁵, se ne ricava allora che, al di là dell'impossibilità di indivi-

³³ Così Solidoro Maruotti, *Gli obblighi di informazione* cit. 17.

³⁴ Sul punto v. Goretti, *Il problema giuridico del silenzio* cit. 138 s.

³⁵ Goretti, *Il problema giuridico del silenzio* cit. 165. Cfr. L. Solidoro Maruotti, *Gli obblighi di informazione* cit. 22 ss. e 37.

duare un'origine storica romanistica del principio – sottoposto ad analisi critica dal Gradi³⁶ – ‘*Nemo tenetur edere contra se*’³⁷, fosse pienamente ammesso il *ius tacendi*, cioè non solo la facoltà, ma anche il diritto di astenersi dal rispondere, tanto delle parti in causa quanto dei loro avvocati, il cui comportamento silente in ordine a fatti od atti dei quali fossero venuti a conoscenza nell'esercizio del proprio mandato era ritenuto perfettamente lecito e non lesivo di alcun ‘dovere di verità’³⁸.

In definitiva, il passo di Paolo induce a ritenere che viene garantita alle parti in causa la più ampia libertà di sottrarsi a qualsiasi contributo dichiarativo, con la conseguenza che il diritto al silenzio presidia nel modo più robusto la loro autodifesa, rendendola immune da obblighi di collaborazione, così da far pensare che la difesa tecnica non possa essere regolata da principii che si pongono in conflitto con la tutela garantita alla parte in giudizio.

Come ben si vede, il fenomeno del silenzio in ambito giudiziario è dunque strettamente collegato con la dimensione della verità, ciò avvenendo però attraverso il dipanarsi di una trama, a volte scoperta e altre volte invisibile, che lega l'uno all'altra in maniera spesso inscindibile. Tra silenzio e verità vi è allora una solidarietà che, anche nell'ambito del processo, fa sì che la verità venga resa percepibile e valorizzata anche dal silenzio, con la conseguenza che, ove il silenzio non svolgesse questa peculiare e delicata funzione propiziatoria della verità, nessuna verità giudiziaria potrebbe manifestarsi in modo compiuto.

E ciò comporta, come corollario, che il silenzio finalizzato a tacere la verità, ne costituirebbe un occultamento o, meglio, al pari della menzogna, un mascheramento, dando luogo così ad una controfigura della verità, a tal punto deformata da trasformarsi nel suo esatto contrario, cioè la contraffazione: insomma, nel silenzio la verità sta nel non detto, in ciò che si tace, sicché chi tace custodisce una verità negata a chi interroga, mentre la parola esprime spesso dissimulazione e produce sovente inganni.

7. Ed è allora certo che, secondo la giurisprudenza romana, il silenzio non pregiudica la ricerca e il raggiungimento della verità giudiziaria, che non viene vista però come una meta ideale e inarrivabile e inafferrabile e, quindi, come un feticcio dotato di un carisma primitivo e insuperabile, bensì come il fine pri-

³⁶ *L'obbligo di verità delle parti*, Torino 2018, 621 ss.

³⁷ G. Pugliese, *Per l'individuazione dell'onere della prova nel processo romano 'per formulas'*, in *Studi in onore di Giuseppe Menotti De Francesco* 1, Milano 1957, 545.

³⁸ In generale, sulla non lesività del ‘dovere di verità’ ad opera del *ius tacendi* v. le condivisibili considerazioni del Vitale, *Verità, diritto e persona. Studi sull'esperienza giuridica processuale*, Catania 1984, 31 ss.

mario e ineludibile del processo in virtù di un gemellaggio, significativamente eterozigoto, con la giustizia, sul quale si fonda la consapevole tendenza all'acclaramento della verità giudiziaria.

Ciò che mi sembra potersi evincere con chiarezza da un testo di Ulpiano, nel quale si insiste sul fatto che l'assenza in giudizio del convenuto non doveva impedire la prosecuzione del processo fino all'emanazione della sentenza:

D. 5.1.73 pr. (Ulp. 4 *de omn. trib.*): *Et post edictum peremptorium impetratum, cum dies eius supervenerit, tunc absens citari debet: et sive responderit sive non responderit, agetur causa et pronuntiabitur, non utique secundum praesentem, sed interdum vel absens, si bonam causam habuit, vincet.*

Il giurista afferma infatti che, dopo avere ottenuto l'*edictum peremptorium* (*Et ... impetratum*) e scaduto il termine ultimo per la comparizione in giudizio (*cum ... supervenerit*), l'assente deve essere citato in giudizio (*tunc ... debet*)³⁹ e, sia che egli avrà o non avrà risposto a questa ultima chiamata (*et ... responderit*), la causa sarà trattata e si pronuncerà la sentenza (*agetur ... pronuntiabitur*), non necessariamente a favore della parte presente (*non ... praesentem*), ma talvolta vincerà anche l'assente, se ha avuto delle valide ragioni (*sed ... vincet*).

Premesso che il principio enunciato da Ulpiano avesse un carattere generale e fosse quindi riferibile tanto alle *actiones in rem* quanto a quelle *in personam*⁴⁰ e fors'anche al processo formulare⁴¹ e, ancora, che qui il termine «*absens*» è usato tecnicamente in evidente contrapposizione a chi invece si è recato in giudizio e deve quindi essere inteso come comprensivo sia dell'*absens* in senso stretto e sia del *contumax*, sicché, dall'angolo visuale dello svolgimento del processo in via unilaterale e della sua conclusione in seguito alla pronuncia della sentenza non in ogni caso di condanna, contumacia ed assenza non differiscono⁴², particolare

³⁹ Sul significato del verbo «*citari*», che compare in questa frase, v. L.M. Coenraad, *Het beginsel van hoor en wederhoor in de Romeinse verstekprosedure*, in C.H. van Rhee, F. Stevens, E. Persoons (a c. di), *Voortschrijdend procesrecht. Een historische verkenning*, Louvain 2001, 123.

⁴⁰ L. Aru, *Il processo civile contumaciale. Studio di diritto romano*, Roma 1934, 166.

⁴¹ Così L. d'Amati, '*Litem deserere*', in L. Garofalo (a c. di), *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese 2*, Padova 2012, 207 e *L'inattività del convenuto nel processo formulare: 'indefensio', 'absentia' e 'latitatio'*, Napoli 2016, 173 s.

⁴² Così A. Bellodi Ansaloni, *Ricerche sulla contumacia nelle 'cognitiones extra ordinem'* 1, Milano 1998, 63 s. e 117, secondo cui il verbo «*agetur*», che ricorre nel testo (*agetur causa*), indica verosimilmente tutte quelle attività processuali che permettono di giungere alla pronuncia della sentenza, tra le quali, logicamente, anche la cognizione della controversia. Nel medesimo senso v. d'Amati, '*Litem deserere*' cit. 206 nt. 103 e *L'inattività del convenuto* cit. 172. Sull'espressione «*agetur causa*» v. anche H. Krüger, *Das 'summatim cognoscere' und das klassische Recht*, in ZSS. 45, 1925, 82 e D. Simon, *Untersuchungen zum justinianischen Zivilprozess*, München 1969, 194 s. e nt. 182.

rilievo assume il verbo «*respondere*» (*sive responderit sive non responderit*), che può essere interpretato in senso ampio⁴³, cioè come facente riferimento non solo ad una opposizione più o meno formale da parte del convenuto nei confronti della pretesa dell'attore, ma anche a qualsiasi atteggiamento concreto, anche informale, che rendesse manifesta e indubbia l'intenzione di non comparire in giudizio⁴⁴ e, al limite, anche al «semplice fatto di non presentarsi, senza risposta alcuna, formale o informale»⁴⁵ e, quindi, pure rimanendo silente.

Ora, quel che qui interessa sottolineare è il concetto nitidamente espresso da Ulpiano nella parte finale del testo, cioè che potrà uscire vincitore della lite anche l'assente «*si bonam causam habuit*».

Infatti, il giurista – ricollegando il concetto di '*bona causa*' del convenuto, come rovescio della medaglia, a quello di '*mala causa*' dell'attore⁴⁶ – richiama l'attenzione sul fatto che, per quanto la contumacia consentisse l'instaurazione e la trattazione di una causa unilateralmente, il giudice avrebbe dovuto comunque procedere ad un esame attento e diligente della controversia⁴⁷ che non fosse vincolato alla pronuncia di una sentenza predeterminata nella sostanza sol perché vi era stata l'assenza di una delle due parti⁴⁸ e, quindi, finalizzata a sanzionare questo suo comportamento non collaborativo, ma, al contrario, di una sentenza

⁴³ O, come ritiene l'Obarrio Moreno, *El proceso por contumacia. Origen, pervivencia y recepción*, Madrid 2009, 60, «genérico».

⁴⁴ In questo senso v., sulla base dell'interpretazione dell'espressione «*in iure non respondere*» nel senso tecnico appunto di 'non comparire in giudizio', F.J. Bruna, '*Lex Rubria*'. *Caesars Regelung für die richterlichen Kompetenzen der Munizipalmagistrate in 'Gallia Cisalpina'*. *Text, Übersetzung und Kommentar mit Einleitungen, historischen Anhängen und Indizes*, Leiden 1972, 173 e L. Mainino, *Studi sul 'caput' XXI della 'Lex Rubria de Gallia Cisalpina'*, Milano 2012, 91 s. Ma v. pure E. Pendón Meléndez, *Las 'interrogationes in iure'*, Madrid 2013, 165, secondo cui dal testo in esame «se desprende que el demandado podía contestar al llamamiento oficial con una respuesta no particularizada, incluso meramente formal de modo que se ofrecía testimonio del conocimiento del litigio que había sido iniciado».

⁴⁵ Bellodi Ansaloni, *Ricerche sulla contumacia* 1 cit. 85.

⁴⁶ Così d'Amati, '*Litem deserere*' cit. 205 e *L'inattività del convenuto* cit. 172.

⁴⁷ E non certo, come pure ha ritenuto il Perrot, *L'appel dans la procédure de l'ordo iudiciorum*, Paris 1907, 101, ad «un examen sommaire de la cause».

⁴⁸ Sul punto v. anche I. Buti, *La 'cognitio extra ordinem': da Augusto a Diocleziano*, in H. Temporini (a c. di), *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt* 2.14, Berlin-New York 1982, 45, il quale osserva giustamente che «la sentenza non era però in ogni caso e di necessità in favore della parte presente: comunque il magistrato procedeva ad un esame – seppure non approfondito – della questione e poteva quindi riconoscere anche le ragioni dell'assente. Ovviamente, però, quest'ultima eventualità era piuttosto remota se non altro perché la controparte aveva evidentemente maggior agio di illustrare e valorizzare la propria posizione». Nel medesimo senso v., più recentemente, I. Jaramaz Reskušić – T. Medančić, '*Cognitio extra ordinem*' u rimskom pravu, in *Pravnik* 40.1, 2006, 80 e nt. 54.

di merito conforme ad equità e, in ultima analisi, tendente all'accertamento della *veritas rei*⁴⁹.

E ciò, all'evidente scopo di evitare che la mancata comparizione del convenuto fosse considerata come una scelta deliberata e non dettata da necessità od inconsapevolezza e, quindi, percepita a tal punto come un'implicita ammissione del torto da condurre alla condanna dell'assente in maniera automatica⁵⁰. Anche se è stato opportunamente sottolineato⁵¹ che la possibilità che l'assente uscisse vincitore dalla lite si sarebbe concretizzata solamente «wenn eine über die Glaubhaftmachung hinausreichende genauere Untersuchung des geltend gemachten Anspruchs stattfindet».

Il che consente di rigettare la tesi dell'Aru⁵², che, rilevandone l'anomalo andamento sintattico, ha ritenuto la frase «*sed interdum vel absens, si bonam causam habuit, vincet*»⁵³ un'aggiunta compilatoria e, quindi, inaccettabile la pro-

⁴⁹ Così, giustamente, anche Bellodi Ansaloni, *Ricerche sulla contumacia* 1 cit. 245 s. Ma v. pure Obarrio Moreno, *El proceso por contumacia* cit. 57.

⁵⁰ Ciò che valeva, a maggior ragione, per il processo penale: A. Bonandini, 'Inaudita altera parte'. Il giudizio in assenza dell'imputato da prassi giuridica a strumento retorico, in *Athenaeum* 102, 2014, 89 e nt. 50.

⁵¹ Simon, *Untersuchungen zum justinianischen Zivilprozess* cit. 195.

⁵² Aru, *Il processo civile contumaciale* cit. 170 s.

⁵³ Sulla quale v. A. Wacke, «*Bonam sive malam causam habere*». La prospettiva di successo nel processo civile romano, 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*, Milano 2011, 270 s., secondo cui da tale frase si ricava che «prevale talvolta il convenuto assente, 'se il diritto è dalla sua parte' ... Sono dunque nettamente da distinguere 'concludenza' e 'fondatezza' ('Schlüssigkeit' e 'Begründetheit') della pretesa, nella procedura *per formulas* addirittura visibilmente distribuite a due organi distinti: *praetor* e *iudex*. Un pretore era tenuto doverosamente a denegare un'azione inammissibile o non concludente nel senso descritto. Il frammento D. 5.1.73 pr., tratto dall'opera di Ulpiano '*de omnibus tribunalibus*', riguarda però il processo *extra ordinem*. Il giudice competente doveva quindi rigettare l'azione, dove il pretore nel processo ordinario *per formulas* doveva denegarla come immeritevole di tutela. Il convenuto assente aveva '*bona causa*', nel caso in cui anche se presente, in seguito ad un'azione inammissibile o non concludente, avrebbe vinto il processo senza assunzione di prove. In tali casi a ragione un convenuto rifiutava la chiamata in giudizio: effettivamente non era da considerare come *contumax*. Tramite provvedimenti di *coërcitio* la sua comparizione non avrebbe dovuto essere imposta», e *Vom Wert der 'inscriptiones' für die Quellen-Interpretation und zur Beweiskraft der paläogenetischen Arguments für den Textinhalt*, in P. Mach, V. Vladár (a c. di), '*Historia et interpretatio Digestorum seu Pandectarum*'. *Zborník z 18. konferencie právnych romanistov Slovenskej republiky a Českej republiky, uskutočnenej v dňoch 27.-28. mája 2016 na Právnickej fakulte Trnavskej univerzity v Trnave*, Praha 2016, 97: «*Bonam causam* hat ein Verklagter insbesondere bei einer unzulässigen oder einer unschlüssigen Klage. Unschlüssig ist etwa die Klage gegen den Geldverwahrer auf Herausgabe des von ihm durch Rechtsgeschäft erlangten Surrogats im Falle Gordians C. 3,32,6. Auf eine solche Klage braucht ein Verklagter sich nicht einzulassen und im Termin nicht zu erscheinen. Im Falle seines Ausbleibens ergeht das Urteil nicht gegen ihn,

spettazione della possibilità di vittoria della parte assente in quanto aberrante per la mentalità dei giuristi classici, dovendosi così immaginare che, nel testo originario, si accennasse piuttosto al fatto che per la parte presente era necessario addurre valide ragioni per ottenere una sentenza a proprio favore e, su questa via, supporre addirittura che i commissari giustinianeî avrebbero inserito l'inciso «*interdum vel absens*», il verbo «*vincet*» e l'alternativa «*sive responderit sive non responderit*», per cui il tenore del frammento sarebbe stato «*Et post edictum peremptorium impetratum, cum dies eius supervenerit, tunc absens citari debet: et si non responderit, agetur causa et pronuntiabitur, non utique secundum praesentem, sed si bonam causam habuit*».

Ma a tale ricostruzione del testo si può obiettare quanto questo stesso autore⁵⁴ onestamente riconosce, e cioè che, «se si considera che il paragrafo si riferisce al convenuto, apparirà subito che in questo caso particolare l'intervento dei compilatori può considerarsi di carattere meramente formale. Infatti se l'attore presente non adduce prove sufficienti a provocare nel giudice la convinzione del suo diritto, il convenuto veniva assolto; né è possibile configurarsi altrimenti la vittoria del convenuto se non nella assoluzione. Quindi nei riguardi di lui poteva a ragione parlarsi precisamente di vittoria».

8. Come bene è stato rimarcato dal Ferri⁵⁵, «nella cultura civilistica, l'interrogativo se il silenzio possa essere, o meno considerato, alla stregua di una dichiarazione tacita di volontà è stato sempre di difficile soluzione, per la sua valenza ambigualmente anche polisemica».

In questa prospettiva, vale la pena ricordare, seppure brevemente, che, nell'esperienza giuridica tedesca e, in particolare nel BGB, vi sono ipotesi in cui il silenzio è equiparato al rifiuto ed altre, invece, nelle quali il silenzio si

sondern ausnahmsweise gegen den anwesenden Kläger. Diese Verfahrensweise mutet modern an. Sie gehört auch erst dem Kognitionsprozess an, wie sich aus dem in der inscription angegebenen Werk Ulpian's ergibt, einer vorwiegend dem außerordentlichen Verfahrensrecht gewidmeten Schrift. Im zweigeteilten klassischen Formularprozess musste der Prätor einen unzulässigen oder un schlüssigen Klageantrag denegieren. Das unechte Versäumnisurteil im Kognitionsprozess ersetzte die im Formularprozess vom Prätor zu treffende *denegatio actionis*, und im Unterschied zu ihr erwuchs das Urteil in Rechtskraft». Ma v. pure M.A. Fino, 'Recte agere potes'. *Contributo allo studio e al recupero di una prospettiva dei giuristi romani in tema di processo*, in L. Garofalo (a c. di), 'Actio in rem' e 'actio in personam'. *In ricordo di Mario Talamanca* 1, Padova 2011, 335 nt. 1 e 343 ed A. Angelosanto, *Prevedibilità degli esiti giudiziari e 'ius controversum'. Tecniche di 'calcolo' attraverso le 'formulae': tracce nel pensiero dei giuristi romani*, Napoli 2020, 56 s. e nt. 69.

⁵⁴ Aru, *Il processo civile contumaciale* cit. 171.

⁵⁵ *Il silenzio e le parole nella cultura del civilista*, in A. Palma, 'Civitas et civilitas'. *Studi in onore di Francesco Guizzi* 1, Torino 2013, 335.

configura come tacita accettazione, mentre nell'esperienza francese dottrinale e giurisprudenziale è attualmente unanime il rigetto del principio '*Qui tacet consentire videtur*' e, quindi, la convinzione che il silenzio non possa valere come accettazione innanzitutto perché il silenzio, nella pienezza del termine, è equivoco, potendosi, tutt'al più, ammettere che un 'silenzio circostanziato' possa avere un qualche rilievo⁵⁶.

Quest'ultima notazione appare importante al fine della presente indagine, dal momento che, secondo la maggior parte della dottrina italiana, anche nel nostro diritto civile è pressoché dominante il principio del 'silenzio circostanziato', ciò che, in effetti, sembra potersi desumere dal secondo comma dell'art. 1333 del nostro Codice civile in riferimento al mancato rifiuto del destinatario della proposta contrattuale: «*Il destinatario può rifiutare la proposta nel termine richiesto dalla natura dell'affare o dagli usi. In mancanza di tale rifiuto il contratto è concluso*». Quindi, il mancato rifiuto del destinatario della proposta contrattuale configura un'ipotesi di accettazione tacita della proposta stessa, conferendo così al silenzio il valore significante di una 'dichiarazione tacita'.

Ora, non è senza significato che, in ordine alla valutazione del significato del silenzio operata dal Codice civile italiano del 1865 (che dal Code Napoléon era derivato nella sostanza ed anche in molte e decisive soluzioni tecniche), la giurisprudenza e la dottrina dell'epoca (in particolare Nicola Coviello, Roberto de Ruggiero, Pietro Bonfante, Francesco Ferrara e Salvatore Pugliatti) fossero giunte a conclusioni non prive di vaghezze ed ambiguità simili a quelle alle quali era pervenuta l'esperienza francese, prospettando ben tre soluzioni alternative che si riassumevano nei contrapposti principii '*Qui tacet consentire videtur*' e '*Qui tacet neque negat, neque utique fatetur*' ed in quello conciliativo intermedio '*Qui tacet, cum loqui potuit et debuit, consentire videtur*'⁵⁷, e, soprattutto, che il Codice civile italiano del 1942 «non sembra avere introdotto, per i civili, in tema di valenza semantica del silenzio, significative novità»⁵⁸.

E quanto ciò sia vero è dimostrato dalla disparità di opinioni di due grandi giuristi, come Emilio Betti e Giuseppe Stolfi, che ebbero modo di esprimere il proprio pensiero in ordine al significato del silenzio praticamente all'indomani dell'entrata in vigore della codificazione del 1942.

Infatti, secondo il Betti⁵⁹, inesatto è il principio di matrice canonistica '*Qui*

⁵⁶ Sul silenzio in queste due esperienze giuridiche v., per tutti, Ferri, *Il silenzio e le parole* cit. 335 ss.

⁵⁷ Sul punto v. Ferri, *Il silenzio e le parole* cit. 340 ss.

⁵⁸ Ferri, *Il silenzio e le parole* cit. 345.

⁵⁹ *Teoria generale del negozio giuridico*, in F. Vassalli (a c. di), *Trattato di diritto civile* 15.2, Torino 1943, 93 ss.

tacet consentire videtur se non lo si completa aggiungendo la restrizione *'si loqui debuisset ac potuisset'*, con la conseguenza che chiunque, avendo la concreta possibilità, l'interesse e l'onere di parlare, in particolare di contraddire, omette consapevolmente di farlo nei confronti di coloro ai quali dovrebbe dichiarare la propria opposizione, o rende una dichiarazione silenziosa di consenso (si pensi al silenzio dell'alienante nella *mancipatio* o nell'*iure cessio* romana) o manifesta indirettamente il proprio assentimento all'altrui iniziativa per quel che concerne i propri interessi. E, in questa prospettiva, l'insigne giurista chiarisce che il silenzio acquista il significato di consenso in seguito ad una valutazione che è contingente e variabile non solo secondo l'ambiente storico, il costume e la coscienza sociale, ma anche secondo la qualità delle persone (ad esempio, commercianti adusi ad un determinato genere di contrattazioni) e le circostanze obiettive del traffico commerciale in cui esse operano. Pertanto, il silenzio viene reso significativo, oggettivamente, da consuetudini prevalenti in una determinata cerchia sociale-economica oppure, soggettivamente, da pratiche invalse (si pensi ai cosiddetti 'usi interpretativi') oppure ancora da accordi intercorsi tra gli interessati: consuetudini, pratiche ed accordi di tal fatta che hanno ragion d'essere soprattutto in materia contrattuale, nella quale il contegno del destinatario di una proposta, che ad essa non risponde negativamente, è 'talvolta' equiparato all'accettazione.

Il che, a ben vedere, costituiva una ripresa ed un ampliamento di quanto già previsto dal Codice di commercio italiano del 1882, che, come bene è stato evidenziato⁶⁰, a fronte del fatto che, «in realtà, il silenzio non è *sempre e per sé* presso una manifestazione di volontà», prevedeva che esso potesse valere sia come manifestazione espressa, se tra due soggetti sia stato convenuto che il tacere, per un dato tempo, significhi consentire, e sia come manifestazione tacita, se, insieme ad altre circostanze, lascia presumere una determinata volontà dell'agente, il cui comportamento sarebbe incompatibile con l'intenzione di manifestare una volontà contraria o di attenersi ad un contegno semplicemente passivo.

Al contrario, lo Stolfi⁶¹ riteneva che la manifestazione tacita non deve essere confusa con il semplice silenzio poiché questo, non essendo né affermazione né negazione, non si può considerare come una manifestazione del volere, con la conseguenza che il noto principio *'Chi tace non dice nulla'* non solo è dettato dalla comune esperienza, ma finisce per costituire l'unico criterio esatto per fugare gli eventuali dubbi che possono nascere dal caso concreto. E, invero, come si può argomentare dal primo comma dell'art. 1326 del nostro Codice civile, se-

⁶⁰ Ferri, *Il silenzio e le parole* cit. 345.

⁶¹ *Teoria del negozio giuridico*, Padova 1947, 167 ss.

condo cui «*Il contratto è concluso nel momento in cui chi ha fatto la proposta ha conoscenza dell'accettazione dell'altra parte*», la volontà deve essere palesata e di regola deve essere inoltre portata a conoscenza del destinatario. Pertanto, nessun credito merita il principio '*Chi tace acconsente*', e ciò perché tacere è proprio l'opposto di consentire: omettere di palesare la propria volontà significa dunque non compiere l'atto positivo di manifestare con parole o gesti la propria intenzione. E, invero, se la parte poteva parlare, con ciò stesso si ammette che essa aveva la facoltà di scegliere tra l'annuire e, al contrario, il rifiutare, sicché bisogna chiedersi a quale titolo il suo silenzio possa essere inteso come adesione e non come rifiuto o, almeno, come astensione. E se è indiscutibile quanto evidenziato dal Betti, cioè che vi siano norme, come, ad es., l'art. 481 del nostro Codice civile, secondo cui «*Chiunque vi ha interesse può chiedere che l'autorità giudiziaria fissi un termine entro il quale il chiamato dichiari se accetta o rinunzia all'eredità. Trascorso questo termine senza che abbia fatto la dichiarazione, il chiamato perde il diritto di accettare*», che deducono dal silenzio una manifestazione di volontà, sarebbe però errato, secondo lo Stolfi, fare discendere da tali norme il principio generale che il silenzio di chi, potendo o dovendo parlare, abbia taciuto possa valere come manifestazione di volontà, dal momento che, come si evince dall'art. 14 delle Disposizioni preliminari al Codice civile italiano («*Le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati*»), le norme eccezionali non si possono estendere oltre i casi in esse previsti.

Ora, a me sembra che questa divergenza di opinioni meriti di essere sottolineata in specifico riferimento al diritto romano, dal momento che, come ben si vede, mentre il Betti è sulla stessa linea di quanto si è detto, nel primo paragrafo, in ordine alla necessità di una 'decodificazione' del silenzio che ne ricostruisca il suo significato e di una 'decifrazione' delle soluzioni polivalenti in esso insite in relazione ad esigenze pratiche, lo Stolfi, al contrario, si muove nella stessa direzione, illustrata nel sesto paragrafo, del testo di Paolo (D. 50.17.142), il quale esprimeva in termini teorici la convinzione che chi tace non confessa e non nega, cioè che 'Chi tace non dice nulla'.

E, da qui, l'ineludibile domanda: ha ragione il Betti o lo Stolfi?

Rispondere a tale quesito non è affatto semplice, ciò che va detto non solo perché, come è stato sottolineato⁶², pure nel diritto civile l'area semantica del termine 'silenzio' è molto ampia e sicuramente più varia ed articolata del semplice fatto di chi si astiene dal parlare o dall'emettere suoni, ma anche perché alcune disposizioni normative, che sembrano *prima facie* chiarissime, in realtà

⁶² A. La Torre, voce *Silenzio (dir. priv.)*, in *ED*. 42, Milano 1990, 543 ss.

poi non lo sono affatto, potendo essere interpretate in un senso diverso da quello che risulta dalla loro semplice lettura.

In questa sede basterà fare un solo esempio.

Il primo comma dell'art. 18 della Convenzione di Vienna del 1980 sulla vendita internazionale di merci, ratificata dall'Italia con la Legge 765 del 1985, così recita: «Una dichiarazione o altro comportamento del destinatario che indicano il consenso ad un'offerta, costituiscono accettazione. Il silenzio o l'inazione, da soli, non possono valere come accettazione».

Il principio ivi espresso sembra, in effetti, inequivocabile: 'il silenzio e l'inerzia, da soli, non equivalgono ad una accettazione'.

Ma, in senso contrario, si è osservato⁶³ che proprio quest'articolo costituisce una sorta di precipitato normativo della dottrina del silenzio circostanziato, del quale peraltro dimostra il generale accoglimento nelle più diverse culture giuridiche. Infatti, negando che il silenzio o l'inerzia 'di per sé' equivalgono ad accettazione, si afferma, in realtà, che, ove ricorrono determinate circostanze, anche un comportamento meramente omissivo può valere come accettazione, sicché tutto si risolve nell'individuare quali siano queste circostanze.

Pertanto, per stabilire se un silenzio circostanziato sia idoneo a stipulare un contratto, occorre verificare innanzitutto se il silenzio o l'inerzia non costituiscano di per sé accettazione e, poi, individuare se le situazioni concrete possano fare assumere al silenzio stesso il significato di accettazione, occorrendo valutare, in particolare, se non sussista errore nel comportamento della parte ovvero se la sua violazione dell'obbligo di parola comporti la stipula di un contratto⁶⁴.

Ecco allora che il silenzio può avere una *valenza significativa*, che consente di potere utilizzare l'espressione, un vero e proprio ossimoro, 'parlare in silenzio'⁶⁵, e, quindi, che, in determinati contesti, «ci si trova di fronte a *linguaggi* i cui *significati* non si affidano alla forza e alla suggestiva immediatezza delle parole, ma a gesti, comportamenti ed anche a silenzi»⁶⁶, sicché può ben dirsi che «lo scambio senza parole può anche dar luogo ad un sorta di *diritto muto*»⁶⁷.

⁶³ F. Addis, *Lettera di conferma e silenzio*, Milano 1999, 301 s. e nt. 104.

⁶⁴ Sul punto v. F. Rossi, *Silenzio e contratto. Silenzio dell'oblato e costituzione del rapporto contrattuale*, Torino 2001, *passim*. Ma v. pure, in precedenza, A. Sraffa, *Il silenzio nella conclusione dei contratti*, in *Giurisprudenza Italiana* 4, 1893, 353 ss.; V. Simoncelli, *Il silenzio nel diritto civile*, in *RIL*. 30, 1897, 253 ss.; G. Borgna, *Del silenzio nei negozi giuridici*, Cagliari 1901, *passim*; R. Cognetti de Martiis, *La traslazione di volontà e il silenzio nella conclusione dei contratti*, Roma 1907, *passim*. E, più di recente, C. Marchetti, *Il silenzio nel contratto. Gli 'implied terms' nel diritto inglese*, Torino 2013, *passim*.

⁶⁵ Così Ferri, *Il silenzio e le parole* cit. 352.

⁶⁶ Ferri, *Il silenzio e le parole* cit. 354.

⁶⁷ Ferri, *Il silenzio e le parole* cit. 354.

Ma, a ben vedere⁶⁸, la verità è che, nella cultura giuridica civilistica, non soltanto il silenzio, ma anche le 'parole' hanno una loro intrinseca, anche se forse meno fascinosa, polisemica ambiguità. Basti pensare ai quei parametri sociali ai quali spesso rinviano le norme italiane: diligenza, buon costume, buona fede, correttezza. Parametri, tutti questi, che sono legati ad una realtà, quella socio-economica, complessa e, soprattutto, particolarmente soggetta a frequenti mutamenti, in relazione alle continue variazioni che si determinano nel contesto sociale e mercantile che esprime tali parametri. Pertanto, come è stato evidenziato dal Sacco⁶⁹, ogni mutamento del parametro determina, per contraccolpo, un mutamento e, quindi, una vicenda dei rapporti giuridici il cui contenuto è basato su quel parametro, con la conseguenza che, se cambia la misura della diligenza, muta in modo coordinato la misura dell'adempimento e dell'inadempimento dell'obbligazione, modificandosi dunque il contenuto dei rapporti obbligatori pendenti.

Alla luce di quanto ora detto, si comprende allora benissimo che, in ordine al silenzio e come era stato già intuito dalla giurisprudenza romana, ad essere chiamata a dovere svolgere un ruolo fondamentale sia l' 'interpretazione', la quale, in ultima analisi, è il 'momento' a tal punto qualificante del lavoro del giurista da potersi concludere che, come ci hanno insegnato i giuristi romani, anche oggi il diritto diviene tale, cioè regola, sentenza, ordinamento «mediante la parola ermeneutica»⁷⁰, la quale finisce così per bollare l'appena ricordato 'diritto muto' come una contraddizione in termini, dal momento che il fatto bruto del silenzio, di per sé, rimane tale ed è veramente 'muto' perché non riesce a dire nulla oltre sé stesso, se ad esso l'interpretazione non attribuisce un senso.

9. Nel diritto amministrativo italiano il silenzio della pubblica amministrazione⁷¹ presenta tuttora profili di interesse per la riflessione giuridica sia per la

⁶⁸ Ferri, *Il silenzio e le parole* cit. 356.

⁶⁹ *La Parte Generale del Diritto Civile*, 1, *Il Fatto, L'Atto, Il Negozio*, con la collaborazione di P. Cisiano, in R. Sacco (a c. di), *Trattato di Diritto Civile*, Torino 2005, 45 s.

⁷⁰ G. Benedetti, *Diritto e linguaggio. Variazioni sul 'diritto muto'*, in *Europa e diritto privato* 1, 1999, 151.

⁷¹ Sul quale v., senza pretesa di esaustività, F.G. Scoca, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano 1971, *passim*; A. Travi, *Silenzio-assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, Padova 1985, *passim*; V. Parisio, *I silenzi della pubblica amministrazione. La rinuncia alla garanzia dell'atto scritto*, Milano 1996, *passim*; Ead., *Inerzia della pubblica amministrazione e tutela giurisdizionale. Una prospettiva comparata*, Milano 2002, *passim*; N. Centofanti, *Il silenzio della Pubblica Amministrazione e i procedimenti sostitutivi*, Padova 2002², *passim*; G. Falzea, *Alcuni comportamenti omissivi della pubblica amministrazione. Spunti ricostruttivi*, Milano 2004, *passim*; R. Giovagnoli, *I silenzi della Pubblica Amministrazione dopo la legge n.*

rilevanza dei temi implicati e sia per la reiterata e continua ricerca legislativa di una disciplina sostanziale e processuale del silenzio atta a ‘semplificare’ l’attività delle amministrazioni pubbliche nel dichiarato interesse al rapido ed efficace esercizio della funzione amministrativa a vantaggio di cittadini. E, tuttavia, esso è un istituto enigmatico ed ambiguo perché, da un lato, si concretizza in una lesione di un interesse del privato cittadino non già per un atto amministrativo, ma per l’inerzia silenziosa del pubblico amministratore, e, dall’altro, provoca un’innaturale sproporzione determinata dall’asimmetria del rapporto pubblico/privato.

Infatti, il silenzio della pubblica amministrazione è una condotta anomala del soggetto pubblico che, pur essendo una mera inerzia, viene sostanzialmente configurata come una modalità dell’agire amministrativo, sicché, come bene è stato evidenziato⁷², di fronte a questo fenomeno giuridico si può assumere un atteggiamento, di volta in volta, pragmatico, che individua nelle costruzioni legislative e giurisprudenziali del silenzio la via per garantire nei modi migliori il privato nei confronti di un apparato che lo sovrasta anche e, forse, principalmente quando tace, oppure moralista, se ci si scandalizza dell’inerzia pervicace e persistente di chi è deputato ad operare per il bene dei singoli e della collettività e solo in questo trova la sua legittimazione giuridica e sociale, oppure ancora ironico laddove si assiste in maniera perplessa e sorpresa alla nascita di un castello concettuale che finisce per conferire consistenza positiva a quello che sembra essere inconsistente come il negativo.

80/2005, Milano 2005, *passim*; N. Centofanti, *Il silenzio nel procedimento e nel ricorso amministrativo*, Milano 2005, *passim*; E. Quadri, *Il silenzio della pubblica amministrazione. Percorsi giurisprudenziali*, Milano 2007, *passim*; E. Pulici, *Il silenzio della pubblica amministrazione. Questioni processuali*, Milano 2007, *passim*; R. Giovagnoli, *Il silenzio e la nuova SCIA. Obbligo di provvedere, danno da ritardo e nuove forme di liberalizzazione e semplificazione*, Milano 2011, *passim*; N. Centofanti – P. Centofanti, *La nuova disciplina del silenzio della P.A.*, Santarcangelo di Romagna 2011, *passim*; C. Guacci, *La tutela avverso l’inerzia della pubblica amministrazione secondo il Codice del processo amministrativo*, Torino 2012, *passim*; F. Caringella, *Manuale di Diritto Amministrativo*, 6, *I silenzi della pubblica amministrazione*, Roma 2015, *passim*; F. D’Alessandri – E. Scatola, *Il silenzio inadempimento. Profili sostanziali e processuali*, Milano 2016, *passim*; P. Otranto, *Silenzio e interesse pubblico nell’attività amministrativa*, Bari 2018, *passim*; S. Florian, *L’azione di adempimento tra rifiuto di provvedimento e silenzio dell’amministrazione*, Torino 2022, *passim*, cui adde gli articoli che compongono i volumi *Il silenzio della pubblica amministrazione. Tradizione e riforme. Atti del Seminario 23-24 aprile 1976 Teramo*, Teramo 1977, *Il silenzio della pubblica amministrazione. Aspetti sostanziali e processuali. Atti del XXVIII Convegno di Studi di Scienza dell’Amministrazione promosso dalla Amministrazione Provinciale di Como. Varenna - Villa Monastero 23-25 settembre 1982*, Milano 1985, e V. Parisio (a c. di), *Silenzio e procedimento amministrativo in Europa: una comparazione tra diverse esperienze*, Milano 2006.

⁷² A. Cerri, *Presentazione*, in R. Rolli, *La ‘voce’ del diritto attraverso i suoi silenzi. Tempo, silenzio e processo amministrativo*, Milano 2012, 1.

Ma, in realtà, consistendo il silenzio in un fatto di per sé imperscrutabile, appare un vero e proprio artificio equipararlo ad un provvedimento amministrativo, come invece si sforzano di fare dottrina, giurisprudenza e legislazione, che, nel tentativo di salvare il cittadino dall'ignavia della pubblica amministrazione e di incrementare le garanzie nei confronti di un'inerzia dell'organo amministrativo competente, inevitabilmente dannosa per gli interessi dei cittadini non meno che per il buon andamento dell'amministrazione, gli attribuiscono un significato, di volta in volta qualificandolo come 'silenzio-rigetto', 'silenzio-diniego', 'silenzio-rifiuto', 'silenzio-assenso', 'silenzio-devolutivo' e 'silenzio-facoltativo' e 'silenzio-inadempimento', giungendo a rinvenire le origini storiche di quest'ultima tipologia di silenzio addirittura nel più sopra⁷³ esaminato D. 50.17.142 di Paolo⁷⁴.

In tutti questi casi, la pubblica amministrazione, per mezzo appunto del silenzio, potrà perciò continuare a dare vita a fattispecie produttive degli stessi effetti sostanziali di un provvedimento, ma che, a differenza di quest'ultimo impedimento, non rispettano i principii generali previsti dalla legge stessa, quali l'obbligo di provvedere⁷⁵, di motivare i provvedimenti e di fare partecipare il singolo al procedimento anche attraverso i principii della trasparenza e del diritto di accesso al procedimento amministrativo. Infatti, queste fattispecie di silenzio non sono frutto di un procedimento che garantisca il privato dell'avvenuta corretta, perché dialettica, individuazione del giusto equilibrio tra i vari interessi in conflitto, non sono motivate, ciò che renderebbe possibile un controllo immediato al singolo, e, infine, non permettono al privato di partecipare alla formazione del provvedimento stesso, condividendo con la pubblica amministrazione, almeno in parte, l'attività amministrativa e facendo valere, in tale sede, i propri interessi. Con la conseguenza che, attraverso il silenzio e grazie al silenzio, la pubblica amministrazione potrà continuare ad agire come finora ha sempre agito, cioè con la massima discrezionalità, cioè nei tradizionali termini di una sovranità che ridurrebbe i cittadini a meri amministrati⁷⁶, il che, nei casi più gravi, potrebbe anche indurre l'amministrazione a ricorrere al silenzio per

⁷³ Paragrafo sesto.

⁷⁴ Così, ad esempio, G.A. Tomelin, *Silêncio-inadimplimento no processo administrativo brasileiro*, in *Revista de Direito Administrativo* 226, 2001, 283 e nt. 12.

⁷⁵ Sull'origine e sulla definizione del 'dovere di provvedere' della pubblica amministrazione, considerato 'potere-dovere' e 'presupposto' dell'inerzia dell'amministrazione, nonché sul 'quando' esista e su 'cosa' sia v. A. Cioffi, *Dovere di provvedere e pubblica amministrazione*, Milano 2005, *passim*, cui *adde*, più limitatamente ed in specifico riferimento ai principii dell'etica pubblica, Rolli, *La 'voce' del diritto attraverso i suoi silenzi* cit. 209 ss.

⁷⁶ Così T.G. Tasso, *Il silenzio della pubblica amministrazione. Il paradosso del silenzio come forma di comunicazione tra privato e pubblico*, Napoli 2004, 260.

avvantaggiarli o svantaggiarli, a seconda che essi siano amici oppure nemici del titolare del potere.

A ciò si aggiunge poi che l'art. 19 della Legge 241 del 1990 sul procedimento amministrativo, consentendo al cittadino la possibilità di iniziare un'attività di pubblica rilevanza senza che questa venga subordinata ad un intervento di tipo autorizzativo da parte della pubblica amministrazione, ma semplicemente a seguito di una denuncia fatta dall'interessato, configura un'altra forma di silenzio giuridicamente rilevante – a tal punto di problematica interpretazione e classificazione da essere definito un «ibrido paradossale»⁷⁷ paragonabile addirittura ad un «minotauro»⁷⁸ – che, per quanto legittimi il fenomeno dell'autoamministrazione in quanto consente al singolo di predisporre da sé il regolamento dei propri interessi, appare tuttavia suscettibile di distorcere fino ad impedire l'oggettivazione dell'attività amministrativa, che pur il legislatore si era prefisso di realizzare, facendo leva sul contraddittorio tra amministrazione procedente e cittadini coinvolti dalle decisioni che essa va ad assumere⁷⁹.

Ma, in realtà, tale silenzio, lungi dall'essere il riconoscimento dell'autonomia del singolo, si appalesa come una contraddizione interna del sistema amministrativo, basato sulla nozione di procedimento finalizzato all'emanazione di provvedimenti necessariamente espressi, sicché deve riconoscersi nel silenzio il frutto di una disfunzione della macchina amministrativa, non in grado di dare risposte certe al cittadino, alla quale il legislatore cerca di porre un rimedio normativo, con una qualificazione appunto legislativa del silenzio, altrimenti privo, per sua natura, di significato. E non è un caso, allora, che, in tutta Europa, lad-

⁷⁷ Rolli, *La 'voce' del diritto attraverso i suoi silenzi* cit. 156.

⁷⁸ Rolli, *La 'voce' del diritto attraverso i suoi silenzi* cit. 156.

⁷⁹ Il Franzese, *Il silenzio amministrativo: sovranità o sussidiarietà delle istituzioni? A proposito del libro di Torquato G. Tasso*, in *L'Ircocervo* 4.1, 2005, 2, osserva però che, spettando alle istituzioni il compito di valutarne la rispondenza alle effettive esigenze organizzative del consorzio civile, in caso negativo «l'amministrazione romperà il silenzio per disporre il divieto di prosecuzione dell'attività intrapresa dal singolo a seguito della denuncia dell'inizio della stessa, ovvero l'annullamento dell'atto di assenso illegittimamente formatosi nei confronti della richiesta dell'interessato, oltre all'applicazione della sanzione penale da parte dell'autorità giudiziaria qualora gli autoamministrati siano ricorsi a delle dichiarazioni mendaci». Pertanto, «il legislatore sembra configurare le istituzioni come sussidiarie nei confronti dell'operato autonomo dei soggetti, per cui l'azione degli organismi amministrativi si esplica solo se e quando l'autoregolamento individuale contrasti o sia insufficiente alla cura degli interessi gestionali dell'associazione societaria». Ma v. pure, ampiamente, Rolli, *La 'voce' del diritto attraverso i suoi silenzi* cit. 156 ss. e 162 ss, il quale mette in luce il fatto che la denuncia di inizio attività, in buona sostanza, trasforma l'attività di accertamento, di controllo e di assentimento di competenza della Pubblica Amministrazione da preventiva, cioè anteriore all'espletamento dell'attività medesima, in successiva, cioè posteriore all'inizio dell'attività (p. 159).

dove si è messo mano al procedimento amministrativo, si è anche vietato l'istituto del silenzio, prevedendosi gli strumenti necessari per la sua eliminazione in quanto evidente manifestazione di un limite e di una contraddizione sistematica.

Il che dimostra in maniera lampante «quanto sia difficile modificare lo *status quo* dell'amministrazione»⁸⁰, rivelandosi così l'istituto del silenzio della pubblica amministrazione – che non è mai stato il frutto di una libera scelta del legislatore volta a configurarlo come un istituto, degno di essere tale, che prevedesse e regolamentasse l'autonomia privata – come il «cavallo di Troia con cui il pubblico reagisce alla inaccettata rivoluzione»⁸¹ prefigurata dal tale legge, dando così una risposta positiva all'importante interrogativo – posto dal Rolli⁸² – se si possa, o meno, 'amministrare senza provvedimento'.

E, da qui, la sconsolata conclusione che, nel diritto amministrativo italiano, il silenzio, da fenomeno patologico – in quanto pura inerzia del soggetto pubblico espressione dello storico riconoscimento della macchina amministrativa della propria incapacità di dare sempre una risposta al cittadino che richiedesse il suo intervento e, quindi, delle disfunzioni della pubblica amministrazione – sia divenuto, paradossalmente, una forma fisiologica, cioè ordinaria, del rapporto tra pubblica amministrazione e cittadino e, dunque, della comunicazione del privato con il pubblico, continuando così a configurare l'agire amministrativo quale attività propria ed esclusiva dell'organo pubblico e non invece, superando questa idea tradizionale del *modus procedendi* della pubblica amministrazione, come il risultato del confronto tra la posizione dell'amministrazione agente e quella dei cittadini coinvolti dall'esercizio del potere.

In tal modo, insomma, il silenzio impedisce il delinearsi e l'affermarsi di un nuovo rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione, improntato alla parità delle parti, nel senso che entrambi sono posti, dal legislatore del procedimento, sullo stesso piano nello svolgimento dell'attività amministrativa, sicché il cittadino, lungi dall'apparire come il mero destinatario dell'agire unilaterale, autoritativo ed esecutivo del soggetto pubblico, dovrebbe essere considerato 'soggetto coamministrante', potendo così contribuire alla soluzione dei problemi gestionali della comunità di appartenenza allorquando la questione trattata incida direttamente sulla sua sfera giuridica.

Ed è proprio alla luce di questi rilievi che affiora e prende corpo il convincimento secondo il quale non è sostituendo con il silenzio la 'voce' di chi deve curare l'interesse pubblico che può realizzarsi l'obiettivo di un'amministrazione

⁸⁰ Tasso, *Il silenzio* cit. 15.

⁸¹ Tasso, *Il silenzio* cit. 208.

⁸² La 'voce' del diritto attraverso i suoi silenzi cit. 256.

pronta ad assolvere alla sua funzione istituzionale, a garanzia del buon andamento nell'attività di tutti gli uffici che la strutturano (art. 97, comma 2 Cost.) nell'interesse della comunità.

10. Da quanto detto nei paragrafi che precedono emerge allora un interrogativo, che consiste nel chiedersi, innanzitutto, se le diversità presenti nell'esperienza giuridica romana e, in particolare, nel diritto italiano devono essere riconosciute come aporie o, al contrario, come razionale attribuzione di una differente valenza del fatto-silenziò all'interno dei vari istituti giuridici. E, in stretta correlazione a ciò, si pone il quesito se le diverse interpretazioni del silenzio di cui si è detto siano indice di un'assenza di coordinamento tra le diverse branche del nostro sistema giuridico – alle quali può aggiungersi anche il diritto penale, al cui interno è riconosciuta ad una serie di soggetti (indagati, imputati, loro familiari, difensori che si appellino al segreto professionale, etc.) la facoltà di non rispondere alle domande dei magistrati o delle altre parti interessate – o, invece, siano generate da un'adeguata differenziazione delle regole interpretative che tengono in debito conto le specificità degli istituti, dei rapporti e degli interessi in campo⁸³.

La risposta a queste due domande non è affatto semplice e, tuttavia, quel che sembrerebbe potersi dire⁸⁴ è che, stante l'incontestabile fatto che le diverse tipologie di silenzio prima ricordate presentino un elemento comune rappresentato dal comportamento inerte, sia il legislatore a distinguere, nelle diverse ipotesi previste, le tipologie di silenzio, attribuendo effetti differenti a seconda dei casi, sicché è «attraverso il silenzio che l'ordinamento, nella attuale fase di crisi e di evoluzione, trova e aggiunge formule attraverso le quali comporsi a sistema; un sistema, appunto, composito, i cui equilibri appaiono sempre più delicati»⁸⁵.

Tuttavia, occorre ribadire⁸⁶ quanto si è già avuto modo di dire in precedenza⁸⁷, cioè che, stante la 'policontestualità' del silenzio, risulta comunque necessario che agisca l'interprete, il quale deduca il senso del silenzio mediante appropriati strumenti di decodificazione e, inoltre, insieme alla legge, riconosca nel *tacens* una responsabilità.

E, invero, spesso si discorre di «'diritto' a tacere, trascurando che lo stesso, può essere considerato soltanto come bilanciamento ad un dovere: sussiste il diritto a tacere, nel caso in cui il soggetto che interroga abbia il dovere di non

⁸³ Sul punto v. Rolli, *La 'voce' del diritto attraverso i suoi silenzi* cit. 5.

⁸⁴ Rolli, *La 'voce' del diritto attraverso i suoi silenzi* cit. 6.

⁸⁵ Rolli, *La 'voce' del diritto attraverso i suoi silenzi* cit. 22 s.

⁸⁶ Rolli, *La 'voce' del diritto attraverso i suoi silenzi* cit. 251 ss.

⁸⁷ Paragrafo ottavo, in fine.

interrogare. La situazione cambia, invece, ove la domanda oppure l'attesa, idonea in termini giuridici, rappresenti un 'diritto'. In tal caso, la risposta che si pretende, diventa un 'dovere'; ed allora la responsabilità di tale silenzio emerge in relazione a esso, e la sanzione che ne consegue si estrinseca attraverso l'interpretazione del silenzio, determinata dalla razionalità della logica sociale»⁸⁸.

Francesco Arcaria
Università di Catania
farcaria@lex.unict.it

⁸⁸ Rolli, *La 'voce' del diritto attraverso i suoi silenzi* cit. 254.

**Atti del Convegno internazionale *Questioni di metodo*
in collaborazione con la *Cattedra Giorgio Luraschi*
(Università del Salento, Dipartimento di Scienze Giuridiche,
Lecce, 27 maggio 2023)**

***‘Questioni di metodo’. Al crocevia fra diritto romano
e altri saperi: gli atti di un incontro leccese***

Pubblichiamo di seguito alcuni degli interventi ambientati nella giornata di studi *Questioni di metodo*, che ha avuto luogo il 27 maggio 2023 presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell’Università del Salento. La giornata, di natura interdisciplinare, ha ospitato le relazioni di autorevoli esperti, romanisti e non, in collaborazione con le attività della ‘Cattedra Luraschi’ dell’Università di Trento, delle riviste *Quaderni Lupiensi di Storia e Diritto*, *Legal Roots* e *Specula iuris*. Vanno ricordati, in questa sede, il patrocinio concesso dalla Sezione di Lecce dell’AIST (*Associazione Internazionale di Studi Tardoantichi*), e quelli dell’Unità di ricerca Dipartimentale IAROG (*Interpretazione, Argomentazione, Ragionamento, Ordinamento Giuridico*) e del Master APPREST del Dipartimento di Scienze Giuridiche. L’iniziativa è stata sostenuta con fondi del PRIN 2017 (Responsabile locale il Collega Raffaele D’Alessio) ‘*Visioni criminali dall’antico*’ e con fondi della Commissione Paritetica del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell’Università del Salento. Le relazioni hanno trattato di temi e problemi comuni ai diversi saperi giuridici, di aspetti metodologici essenziali per la scienza romanistica e del ruolo della conoscenza storico-giuridica per le ricerche di impianto privatistico, comparatistico, pubblicistico e giusfilosofico.

Francesca Lamberti

Questioni di metodo. Saluti introduttivi

Buongiorno a tutti e benvenuti in questa nostra sede salentina, in una giornata finalmente favorevole anche sotto il profilo climatico. Onorato di accogliere Relatori così illustri, nella veste di Presidente porto innanzi tutto il saluto del Corso di laurea in Giurisprudenza e il mio personale a tutti gli intervenuti; fra questi, oltretutto, c'è Pasquale Femia, che non è semplicemente un autorevole Collega di settore, ma un amico molto caro.

La tematica prescelta per questa giornata di studi è estremamente affascinante e trasversale a tutti i settori giuridici: non a caso sul metodo lavoriamo un po' tutti, da varie angolazioni disciplinari, sia studiandolo direttamente sia, indirettamente, praticandolo nel nostro approccio agli istituti. In aggiunta, voglio dire che il metodo rappresenta il cuore dell'insegnamento, poiché agli studenti non possiamo limitarci a trasmettere nozioni che, per definizione, sono storiche e mutevoli nel tempo; per renderli competitivi nelle professioni legali dobbiamo trasmettere loro gli strumenti per maneggiare queste nozioni. Ciò che i laureati si porteranno fuori di qui è un metodo per l'approccio alle questioni giuridiche, che deve caratterizzarsi per l'attenzione alle peculiarità del caso concreto e indurli a rifuggire da soluzioni ripetitive e standardizzate.

Meritano pertanto un plauso convinto Raffaele D'Alessio e Francesca Lamberti per aver organizzato un evento così rilevante ed aver portato a Lecce studiosi di questa levatura.

Grazie ancora e buon avvio dei lavori.

Stefano Polidori

***Presentazione di una edizione straordinaria
della ‘Cattedra Giorgio Luraschi’:
«Questioni di metodo» - Lecce, 27 maggio 2023***

1. In queste pagine vengono presentati gli esiti di una nuova edizione della ‘Cattedra Giorgio Luraschi’, caratterizzata da natura, per così dire, itinerante, poiché ha avuto la sua origine a Trento, è proseguita a Milano, presso l’Università Cattolica, nuovamente a Trento, e ancora a Lecce (di cui qui si tratta), mentre sono già in programmazione altri due incontri presso la prestigiosa sede universitaria di Heidelberg (2024) e quella di Varese (2025)¹, ultimo ateneo di docenza del Professore, a Como, e che lo vide tra i fondatori – prima come facoltà giuridica gemmata dalla ‘Statale’ di Milano e, poi, divenuta autonoma con la nascita dell’ ‘Insubria’².

Una edizione che, a ragione, possiamo definire come ‘straordinaria’, celebra presso l’Università salentina il 27 maggio 2023, grazie alla (consueta) generosa ospitalità e alla instancabile capacità organizzativa di Francesca Lamberti, amica di sempre – condivise con Antonio Banfi e con me.

‘Straordinaria’ poiché, in primo luogo, è caduta, e non certo per pura coincidenza, nel ricordo degli ottanta anni dalla nascita di Giorgio Luraschi³ (Genova

¹ Ad oggi sono stati pubblicati – per i tipi dell’editore Cacucci – tre ‘Quaderni’ e due ‘Monografie’, rispettivamente: M. Miglietta, P. Biavaschi (a c. di), *L’applicazione del diritto romano nelle realtà locali*, Bari 2019; L. Maganzani, M. Miglietta (a c. di), *Migrare a Roma ed altri popoli*, Bari 2022; T. Beggio, F. Bonin, M. Miglietta (a c. di), *Crimini e pene nell’evoluzione politico-istituzionale dell’antica Roma*, Bari 2023. Per le monografie: F. Bonin, *Intra legem Iuliam et Papiam: die Entwicklung des augusteischen Eherechts im Spiegel der Rechtsquellenlehren der klassischen Zeit*, Bari 2020 e T. Beggio, *Contributo allo studio della ‘servitus poenae’*, Bari 2020. Un ulteriore ‘quaderno’ verrà prossimamente edito in Open Access sulla ‘collana’ della Facoltà di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Trento, e, parimenti, sono in programmazione altri ‘Quaderni’, tra cui quelli di prossime edizioni di Heidelberg, Trento e Varese.

² È in fase di studio la possibile realizzazione di futuri incontri anche presso l’Università di Valladolid e presso quella di Salamanca.

³ Sia consentito ricordare che l’edizione d’esordio si tenne a Trento il 30 settembre 2017, in coincidenza con il LXXV anniversario dalla sua nascita. Nella *Presentazione* al primo Quaderno, che ne raccoglieva gli ‘atti’, osservavo quanto segue: «Come spesso avviene nelle cose umane non è mancato anche chi abbia cercato (*frustra*) di intralciare l’iniziativa – fortemente sostenuta, invece, dalla moglie del Professore, Simona, e dalla figlia Licia. Ma in merito a tali quisquillie possiamo rapidamente concludere, con le parole di Umberto Eco, ne *Il nome della rosa*, ‘è bene e pio si taccia ormai anche il nome’», così M. Miglietta, *Presentazione*, in Id., Biavaschi, *L’applicazione del diritto romano nelle realtà locali* cit. 9 nt. 3. Sottolineo inoltre – *incidenter tantum* – che in *op. ult. cit.* 9 nt. 2, affermavo: «Ricordiamo che il Professor Luraschi, nato a Genova il 13

13 settembre 1942)⁴ – mio Maestro insieme a Ferdinando Bona⁵ – ma anche per la ragione che con tale iniziativa si è inteso richiamare, nel tema generale della discussione, una pubblicazione che gli era molto cara, dal titolo – appunto – *Questioni di metodo*⁶, di cui, insieme a Giovanni Negri⁷, curò addirittura due tirature, la seconda delle quali sensibilmente ampliata attraverso l’aggiunta di vivide ‘testimonianze’ dovute a Gabrio Lombardi, a Giuliano Crifò⁸ e allo stesso Luraschi, finalizzate a (rin)tracciare chiavi di lettura, acute e differenti, sulla

settembre 1942, è scomparso a Como il 6 luglio 2011»: Luraschi era nato, invece, il 23 settembre. Con ogni probabilità ero caduto inconsciamente in quel *lapsus calami* suggestionato dal giorno della scomparsa del Professor Ferdinando Bona – 13 settembre 1999 – e dalla data in cui ho licenziato quel ‘Quaderno’ (stesso giorno del 2019). Sulla figura del mio primo Maestro, si veda M. Miglietta, *Giorgio Luraschi (1942-2011)*, in *SDHI*. 79, 2013, 1557-1563, ripubblicato in Id., P. Biavaschi (a c. di), *L’applicazione del diritto romano nelle realtà locali* cit. 23-29, unitamente ai profili tracciati da P.L. Bernardini, *Firmissima est inter pares amicitia. In ricordo di Giorgio Luraschi*, in Miglietta, Biavaschi (a c. di), *L’applicazione del diritto romano nelle realtà locali* cit. 15-17, da M. Ariatta (*op. cit.*, 21-22) e da M. Migliorini (*op. cit.*, 31-36).

⁴ In effetti l’edizione della ‘Cattedra’ si sarebbe dovuta tenere nel 2022, ma a causa del protrarsi delle conseguenze legate alla nota pandemia, che ha influito anche sull’organizzazione di molti eventi, è stato necessario rinviare di un anno l’appuntamento salentino.

⁵ Mi permetto di rinviare – poiché anche questo ‘ricordo’ mi è particolarmente caro – a M. Miglietta, *Ferdinando Bona (1930-1999). Uomo e Maestro a venti anni dalla scomparsa*, in *SDHI*. 84, 2018, 491-495 (pagine che, tra non molto, verranno riedite in altra pubblicazione della ‘Cattedra Luraschi’, con qualche opportuno aggiornamento). Vd. anche oltre nt. 15.

⁶ Titolo debitore di quello di un noto intervento di Pietro De Francisci (Id., *Questioni di metodo*, in *Studi in onore di Salvatore Riccobono I*, Palermo 1936, 1-19 = *Questioni di metodo. Diritto romano e dogmatica odierna. Saggi di Pietro de Francisci e di Emilio Betti. Appendici di Gabrio Lombardi, Giuliano Crifò e Giorgio Luraschi*, Como 1997, 85-103), in opposizione alle teorie sostenute da Emilio Betti nella prolusione del 1927 (Id., *Diritto romano e dogmatica odierna*, in *Arch. Giur.* 99-100, 1928, 129-150; 26-66 = *Questioni di metodo. Diritto romano e dogmatica odierna* cit. 25-83).

⁷ Cfr. (implicitamente) in *Questioni di metodo. Diritto romano e dogmatica odierna* cit. VII. È opportuno altresì sottolineare che Giovanni Negri, scomparso il 13 novembre 2020, è stato giustamente onorato da una raccolta di studi, voluta dalla sua allieva L. Maganzani (a c. di), *Antologia del Digesto giustiniano. Scritti in ricordo di Giovanni Negri*, Napoli 2023.

⁸ Mi piace qui ricordare, inoltre, che grazie alla munificenza della famiglia, e, in particolare, per interessamento della figlia Sofia, l’intera biblioteca del Professor Crifò è stata donata al Sistema Bibliotecario di Ateneo (SBA) di Trento – di cui mi onoro di essere attualmente Presidente per nomina rettorale, a far data dall’anno 2015. Di tale considerevole patrimonio bibliografico – conservato presso la Sala ‘Giustino D’Orazio’ della Facoltà di Giurisprudenza tridentina – è stato redatto un prezioso catalogo, introdotto dagli ‘atti’ della giornata di presentazione, pubblicato ad inaugurazione della ‘collana’ fondata da P. Collini, F. Deflorian e dal sottoscritto, èdita dalla prestigiosa «Erma» di Bretschneider. Vd., pertanto, F. Cortese, M. Miglietta (a c. di), *Catalogo del ‘Fondo Giuliano Crifò’. Presentazione e atti della giornata di studio. Trento 22 ottobre 2021*, coll. ‘BUC. Biblioteca Universitaria Centrale - Trento. *Studia et Instrumenta*’, 1, Roma-Bristol 2023, 356 pp. (con interventi, nell’ordine, di M. Miglietta, S.A. Fusco, M.U. Sperandio, E. Stolfi, V. Carrara, V. Fasolino e T. Bianchi).

complessa personalità di Emilio Betti e, per certi versi, sulla vicenda umana e scientifica di Pietro de Francisci⁹.

2. Quella pubblicazione raccoglieva, infatti, gli interventi di uno scontro al calor bianco tra i due grandi Studiosi della romanistica del '900 italiano, duello intellettuale che, apparentemente, sembrava concentrarsi – come ha ben sintetizzato Luigi Labruna – «sull'uso delle categorie moderne nell'analisi dogmatica del diritto romano»¹⁰, ma che, in realtà, velava (e ri-velava) un'aspra contrapposizione circa il concetto stesso di 'diritto'. Contrapposizione, peraltro, oggettivamente insanabile¹¹. E questo nonostante le apparenti espressioni conciliative di Betti, apposte in chiusura di uno dei contributi raccolti:

«Solo, amerei che i miei critici si elevassero al pensiero che, forse, le nostre strade così divergenti possano tuttavia trovarsi comprese, piccole traiettorie, in una comune immensa orbita stellare»¹².

Sebbene, a dire il vero, tali espressioni fossero immediatamente anticipate da una stoccata molto severa diretta al suo contraddittore, dalla quale non era assente neppure una eco sfumata e finale del linguaggio familiare alla propaganda mussoliniana:

«Svalutazioni affrettate e preconette come quella ora riferita sono indici di uno stato d'animo che non posso non qualificare come difetto di equanimità. Di fronte ad esse – diversamente che dinanzi a critiche serene e obbiettive (le quali mi trovano sempre disposto a discutere e anche a ricredermi) – io tiro dritto per la mia strada e servo da buon soldato la mia missione»¹³.

⁹ Cfr. *Questioni di metodo* cit. Una prima edizione (Como 1984) conteneva i soli contributi di Betti e de Francisci.

¹⁰ Così L. Labruna, *Le alette di de Francisci*, in *Index* 51, 2023, 578, a proposito della raccolta indicata *infra*, nt. 16.

¹¹ Partendo da una interpretazione parzialmente differente, non esclude, invece, che i «due modi diversi [...] di accostarsi al diritto romano, entrambi legittimi e maieutici, che se oculatamente praticati (come fecero i loro propugnatori) po[ssan]o addirittura coesistere, quali facce di una stessa medaglia», G. Luraschi, *Presentazione*, in *Questioni di metodo* cit. VIII. Si tratta di una elegante ed acuta introduzione al volume, oltre che di una appassionata e fondata difesa degli studi romanistici – di cui sarebbe consigliabile la lettura da parte di tutti e, in particolare, a coloro che, affetti da daltonismo giuridico e da miopia intellettuale, definiscono le materie storico-giuridiche puramente – ma dispregiativamente – ‘culturali’, facendo in realtà grave torto anche a sé stessi nel ritenersi appartenenti a settori del diritto – per semplice deduzione – ‘privi di cultura’. Per queste ragioni è fonte di grande soddisfazione, e di altrettanta speranza, aver potuto godere della attiva partecipazione alla presente iniziativa di Colleghi delle discipline cosiddette ‘positive’ (vd. *infra*, § 4).

¹² Vd. E. Betti, *Appendice all'articolo 'L'attuazione di due rapporti causali attraverso un unico atto di tradizione' (Contributo alla teoria della delegazione a dare)*, in *BIDR.* 40, 1933, 281 [= *Questioni di metodo. Diritto romano e dogmatica odierna* cit. 113].

¹³ Betti, *Appendice all'articolo* cit. 281 [113].

In quei densi e concettosi contributi i due grandi giuristi opponevano visioni opposte: in estrema sintesi, tra la concezione – per così esprimersi – del diritto quale entità diacronicamente costante e, per ciò stesso, variabile (diremmo, per sua natura, ma surrettiziamente, sotto la copertura ideologica di una sua continuità senza soluzione: Betti), e quella del diritto – a partire da quello romano per proseguire con le esperienze giuridiche posteriori – caratterizzato da forti cesure, pur nella sua costante evoluzione storica, diritto modificabile soltanto a certe condizioni, ossia nel rispetto delle regole che noi, oggi, definiremmo costituzionali, e alla condizione di dichiarare *ex ante* le proprie motivazioni e il proprio agire (de Francisci)¹⁴.

A tal proposito non si può non rilevare la circostanza, peraltro abbastanza nota, che Pietro de Francisci si allontanò progressivamente dagli entusiasmi per il Littorio (pur essendo stato addirittura Ministro di Grazia e Giustizia dal luglio del 1932 al gennaio del 1935, adesione che poi gli costò nel dopoguerra repubblicano l'epurazione dall'insegnamento universitario per diversi anni¹⁵)¹⁶ a

¹⁴ Ne tratta, con la consueta incisività, anche E. Stolfi, *Questioni di metodo. Alcune considerazioni conclusive*, in corso di pubblicazione in *Specula iuris* 4.1, 2024, nella sezione dedicata al nostro Convegno.

¹⁵ Il Professor Bona e il Professor Luraschi facevano eco con noi, allora giovani 'assistenti', della narrativa di Gabrio Lombardi circa il fatto che de Francisci si fosse determinato a proporre istanza di riammissione nei ruoli universitari soltanto su insistenza dei veri Amici (tra cui certamente Lombardi, che ne era anche allievo). Del resto, in questa narrazione, di cui non possiamo dubitare circa la veridicità, emerge il fatto che il decreto di epurazione recasse la firma del Ministro competente, funzione allora rivestita da Vincenzo Arangio-Ruiz – il quale manifestava ritrosia nell'espellere un Collega tanto illustre quanto de Francisci, ma che quest'ultimo gli avesse fatto giungere il messaggio che era suo dovere procedere e dare esecuzione alla legge. Tutto questo ci restituisce la dimensione di grandi Uomini, che pur anche su fronti politici avversi, conservavano autentico rispetto per la 'persona' altrui (nonostante Lombardi non mancasse di aggiungere anche il ricordo di qualche 'interferenza' tesa a contrastare il ritorno di de Francisci sulla cattedra della Sapienza). Una lezione, questa, di autentici Maestri anche di vita, che dovrebbe far riflettere noi moderni, taluni dei quali tenacemente restii a rinunciare alle posizioni raggiunte, o, se possibile, addirittura a moltiplicarle (mercè una legislazione lassista e miope) e pronti ad interpretare, in alcuni casi, la dialettica scientifica che venisse loro rivolta come se fosse un insulto. I rilievi, invece, sono alle idee, e, come ho avuto occasione di annotare altrove, «le pubblicazioni non sono, in realtà, 'nostre', o, per lo meno, non lo sono più dal momento in cui vengano, appunto, 'rese pubbliche' e, quindi, affidate al patrimonio comune della scienza, quale contributo – grande o modesto che sia – al suo sviluppo e alla sua diffusione» (così Miglietta, *Ferdinando Bona (1930-1999) Uomo e Maestro* cit. 494; vd. anche, più ampiamente, Id., *Appunti sulla tentazione di una 'neoscolastica romanistica' e sul recupero della comune tradizione giuridica occidentale nel campo del diritto delle successioni 'mortis causa'*, in S. Scuola, M. Tescaro [a c. di], *Casi controversi in materia di diritto delle successioni I. Esperienze italiane*, Napoli 2019, 20 nt. 6).

¹⁶ Ne fanno cenno, ma non meno rilevante, poiché posto in chiusura della *Presentazione* a doppia firma, L. Capogrossi Colognesi e L. Garofalo in P. de Francisci, *Scritti scelti I*, Napoli 2021, VIII: «un quarto [tomo] conterà di apporti di romanisti e non, volti alla valutazione critica dell'opera e della figura di Pietro de Francisci, senza trascurare il suo ruolo all'interno del regime fascista».

differenza del suo avversario che, per contro, si approssimò progressivamente al regime fascista quanto più questo veniva irresistibilmente (meglio: irrimediabilmente) attratto nell'orbita oscura di quello nazista, assumendo di quest'ultimo – seppure in maniera per taluni versi grottesca, talora ingenua, spesso provinciale¹⁷ – la sinistra fisionomia belligerante, ma certamente quella autoritaria e, quindi, finalmente dittatoriale.

3. Queste riflessioni hanno indotto gli organizzatori dell'evento, e inducono tutti noi, a considerare che sempre la 'questione di metodo' risulta essere 'fondamentale' (nel suo significato etimologico) per ogni scienza, e, per quanto ci riguarda, per quella giuridica a cui ci onoriamo di appartenere.

Tornando, quindi, all'edizione della 'Cattedra Luraschi', essa risulta essere straordinaria ulteriormente per la ragione di aver assunto una veste in parte differente rispetto a quella consueta, e ormai sedimentata, costituita, appunto, da una serie di lezioni di studiosi – già affermati e giovani promettenti – che si occupano del diritto pubblico romano, con lo scopo di perpetuare un'aspirazione propria di Luraschi, ossia che quella branca delle nostre ricerche non si inaridisse nel tempo¹⁸.

L'appuntamento salentino ha accolto, invece, anche i contributi di giuristi di altri settori, e non è possibile non esserne lieti, in virtù di quella necessità di

¹⁷ Un gustoso 'quadretto' di tali derive, involontariamente farsesche, può essere utilmente letto in A. Petacco, *Riservato per il Duce. I segreti del regime conservati nell'archivio personale di Mussolini*, Milano 1979, *passim* (e, in particolare, cap. II. *Siamo un popolo di eroi* [pp. 20-23], oppure cap. VII. *'Balbo è ingrassato'* [pp. 42-45], o, ancora, e forse meglio ancora, cap. IX. *Credeva obbediva combatteva* [pp. 57-72] sulla carriera e sulla caduta di Achille Starace, fino all'incivile gogna di Piazzale Loreto), che, al di là di qualche probabile coloritura aneddotica, ci restituisce debolezze, invidie e piccinerie, nonché pure candori di uomini del regime, all'epoca considerati statisti di alto livello.

¹⁸ Fortunatamente all'interno degli studi romanistici più recenti non è mancata una promettente attenzione per il *ius publicum*, declinato, in particolare, sotto le forme di quello *criminale*, ma anche nell'analisi di quello che potremmo definire costituzionale – alla luce del modello, in gran parte ancora insuperato (e, in ogni caso, inevitabile), di Francesco De Martino. Alludo alla manualistica più recente (cfr., e.g., anche in una indicativa cadenza temporale, F. Arcaria, O. Licandro, *Diritto romano I. Storia costituzionale di Roma*, Torino 2014; F. Costabile, *Temi e problemi dell'evoluzione storica del diritto pubblico romano*, Torino 2016; P. Cerami, M. Miceli, *Storicità del diritto. Strutture costituzionali, fonti, Codici. Prospettive romane e moderne*, Torino 2018; L. Capogrossi Colognesi, *Storia di Roma tra diritto e potere. La formazione di un ordinamento giuridico*, Bologna 2021³) e a pubblicazioni monografiche (cfr., a puro titolo di esempio, U. Vincenti, G. Zanon, *Ipotesi sulla prima Roma*, Napoli 2023, nonché l'opera di T. Beggio, indicata *supra*, nt. 1, ove lo sono anche i 'Quaderni' della 'Cattedra Luraschi'; F. Fasolino, *Politiche e strumenti della repressione criminale in età imperiale*, Torino 2020, e, in particolare, i primi tomi del trattato a cura di L. Garofalo, *Diritto penale romano. Fondamenti e prospettive* I.1-2. *Le discipline generali*, Napoli 2022).

sviluppare il dialogo tra saperi, e da diverse prospettive d'indagine¹⁹, particolarmente auspicabile in un mondo caratterizzato dalla parcellizzazione e dalla esasperata specializzazione riduttive delle conoscenze e delle esperienze – anche nel mondo universitario – e, pertanto, in ultima istanza, traditrici della ontologia stessa del termine *università*, e del significato a cui rimanda, ossia *ad unum vertere* il sapere.

4. La pubblicazione degli 'atti', a sua volta, avrà una veste originale poiché verrà suddivisa in due sezioni – ed altrettanti *loci* – la prima delle quali, contenente i contributi di Paola Biavaschi (*Questioni di metodo. Rigore e coraggio nel magistero di Giorgio Luraschi*), di Giovanni Poggeschi (*La prospettiva del comparatista*) di Attilio Pisanò (*La prospettiva del filosofo del diritto*), di Salvatore Randazzo (*Contro il metodo? Breve elogio della discontinuità epistemologica negli studi storico-giuridici e una prospettiva unificante*), di Antonio Banfi (*Qualche considerazione, preliminare a ogni discussione sul metodo*), trova ospitalità, qui, all'interno dei *Quaderni Lupiensi di Storia e Diritto*.

La seconda sezione, che sarà accolta in apposita sezione della rivista '*Specula iuris*', verrà dedicata, invece, a racchiudere le relazioni della disciplina del diritto romano, unificate dal tema '*Riflessioni sul metodo nella ricerca romanistica*'²⁰ (e precedute da un intervento di Francesca Lamberti), a firma di Jean-François Gerkens (*Il diritto romano nella prospettiva dell'Europa centro-occidentale*), di Riccardo Cardilli (*Il diritto romano nella Repubblica Popolare cinese*) e di chi qui scrive (*I 'generi letterari' della scienza romanistica*), seguite dalla puntuale 'relazione di sintesi' di Emanuele Stolfi²¹.

Massimo Miglietta
Università degli Studi di Trento
massimo.miglietta@unitn.it

¹⁹ Un metodo di lavoro e collaborazione che mi permettevo di auspicare nel contributo già richiamato di Miglietta, *Appunti sulla tentazione di una 'neoscolastica romanistica'* cit. 18 ss.

²⁰ *Idem c.s.*

²¹ Vd. *supra*, nt. 14.

Questioni di metodo. Rigore e coraggio nel magistero di Giorgio Luraschi

L'Università del Salento, nell'accogliente sede di 'Ecotekne' a Lecce, grazie all'alacre opera di coordinamento della Prof. Francesca Lamberti, ha dato spazio allo svolgimento del quarto appuntamento della 'Cattedra Giorgio Luraschi. Centro di ricerca per lo studio e la diffusione del diritto pubblico romano', uno 'spazio culturale' che, geograficamente e contenutisticamente, si fa sempre più ampio e composito, aprendosi a una profonda riflessione sulle questioni metodologiche, con l'ausilio di quelle esperienze interdisciplinari che erano connaturate all'approccio del Maestro.

L'incontro della 'Cattedra Luraschi', grazie all'immersione profonda all'interno di questi temi, si è, quindi, fatto ponte tra la possente guida metodologica dei grandi romanisti della seconda metà del XX secolo e le prospettive, sfide, opportunità, ma anche criticità, della romanistica del nascente millennio.

Quella di Giorgio Luraschi era una dimensione molto attuale, che oggi si definirebbe *glocal*, con un termine che ha avuto una meritata diffusione, considerata la sua icasticità: egli coniugava l'interesse e l'amore per il territorio, in particolare per la lacustre città di Como in tutta la sua storia millenaria¹, con una visione di ampio respiro, territoriale e globale insieme, al contempo giuridica, storica e archeologica². Quella di Luraschi è una lezione di realtà, che non si discosta dall'investigare l'organizzazione, la gestione e l'amministrazione del territorio, non esclusivamente quello comasco³, secondo una declinazione che si

¹ G. Luraschi, *Storia di Como antica. Saggi di archeologia, diritto e storia*, Como 1997.

² G. Luraschi, *Foedus, ius Latii, civitas. Aspetti costituzionali della romanizzazione in Transpadana*, Padova 1979; Id., *Aspetti giuridici della romanizzazione del Bruzio. A proposito del volume Istituzioni e forme costituzionali nelle città del Bruzio in età romana*, in *SDHI*, 52, 1986, 493 ss.; Id., *Juristische Probleme der Romanisierung der Alpen: der Ursprung der "Adtributio"*, in *Die Römer in den Alpen*, Bozen 1989, 31-53; Id., *Foedus nell'ideologia virgiliana*, in *Atti del Terzo Seminario Romanistico Gardesano (22-25 ottobre 1985)*, Milano 1988, 282 ss.

³ Si affermava nel primo volume in cui sono stati raccolti i contributi della Cattedra Giorgio Luraschi, P. Biavaschi, *L'applicazione del diritto romano nelle realtà locali*, Quaderno I, Bari 2019 [= *Giorgio Luraschi: l'amore per il territorio come modello di concretezza*, in *Annali DiSUIT 2019-21* 1, Milano 2022, 57-60]: «Generazioni di giuristi si sono formati sui suoi libri – si pensi alla *Storia di Como antica. Saggi di archeologia, diritto e storia* (Como, 1997) – e hanno preso coscienza, grazie anche alla sua facondia, del rilievo e dell'influenza delle radici storico-giuridiche sullo sviluppo della cultura odierna. Era proprio il territorio insubre, nella sua dimensione storica, a costituire il centro dell'interesse di un personaggio le cui doti umane (l'empatia, la capacità di comprendere l'altro, ma anche la generosità, la passione irriducibile e instancabile per tutto ciò

può ritrovare anche nelle opere della nostra ospite, Francesca Lamberti⁴.

La Cattedra Luraschi non si limita a ripercorrere le tappe del Maestro della cui opera e umanità intende preservare la memoria. Infatti, il ricordare, in particolare se si percorrono le tracce di un metodo, non è solamente un mero esercizio della memoria, ma un punto di riferimento imprescindibile per tutti coloro che vogliono intraprendere uno studio di spessore scientifico: l'appuntamento con la rievocazione dell'uomo e del docente Giorgio Luraschi diventa, al contrario, l'occasione viva per diffondere, in particolare tra i giovani, i paradigmi della ricerca attraverso la lente del Maestro insubre, ma anche secondo quelle che sono le riflessioni più attuali e stimolanti.

Il 2023/4 è un biennio particolarmente significativo per Como: infatti si celebra il venticinquesimo anno dell'Università degli Studi dell'Insubria come istituzione indipendente, e, al contempo, si festeggia il bimillenario della nascita del comasco Plinio il Vecchio: la figura dell'ecclettico autore romano si pone come un faro rispetto a quanto si è appena affermato e il rimpianto di non poter contare su Giorgio Luraschi come studioso di riferimento per l'organizzazione dei tanti eventi in programma si fonde con la consapevolezza che il taglio

che lo interessava, come gli studi archeologici e sindonologici, oltre a quelli giuridici) erano ben note a tutti coloro che hanno avuto l'onore di conoscerlo. È essenziale, tuttavia, sottolineare come l'amore per un preciso ambito territoriale non avesse assolutamente nulla a che vedere con un approccio meramente localistico: una valutazione di questo genere sarebbe miope e riduttiva rispetto a quello che era lo scopo esplicito degli scritti di Giorgio Luraschi. Per comprendere il suo intento è sufficiente considerare *ad exemplum* il fatto che, se l'interesse nei confronti del processo di romanizzazione ha avuto ad oggetto principale, come è a tutti noto, l'area transpadana (si pensi alla celebre monografia *Foedus, ius Latii, civitas. Aspetti costituzionali della romanizzazione in Transpadana*, Padova 1979, che tanta parte ha avuto nel progresso degli studi sul tema, per la sua originalità e innovatività), egli, in recensione, ha affrontato le peculiarità dello stesso fenomeno anche in altri contesti, come nel Bruzio (*Aspetti giuridici della romanizzazione del Bruzio: a proposito del volume Istituzioni e forme costituzionali nelle città del Bruzio in età romana*, in *SDHI*. 1986, 52, 1986, 493–516, recensione del volume di Felice Costabile). Nella prospettiva del Maestro, quindi, lo studio di un determinato ambito territoriale non era segno di chiusura in quel contesto, ma, al contrario, avrebbe offerto semplicemente un modello imprescindibile e applicabile a tutte le realtà romanizzate».

⁴ Si pensi, solo per portare alcuni esempi di un ideale parallelismo, a F. Lamberti, *Civitas Romana e diritto latino fra tarda repubblica e primo principato*, in *Index* 38, 2010, 227 ss.; Ead., *Tabulae Irnitanae. Municipalità e ius Romanorum*, Napoli 1993; Ead., *Romanización y ciudadanía*, Lecce 2009; Ead., *Percorsi della cittadinanza romana dalle origini alla tarda repubblica*, in *Derecho, persona y ciudadanía. Una experiencia jurídica comparada*, Madrid 2010, 15 ss.; Ead., *Magistrati locali nei bronzi giuridici delle province iberiche*, in *Magistrados locales de Hispania. Aspectos históricos, jurídicos, lingüísticos*, Vitoria Gasteiz 2013, 79 ss. e, recentemente, Ead., *Riflessioni sulla riedizione di 'leges municipii' e 'coloniae'*, in *Texte wiederherstellen, Kontexte rekonstruieren. Internationale Tagung über Methoden zur Erstellung einer Paläogenese*, Münster, 23.–24. April 2015, Stuttgart 2017, 93 ss.

giocoforza interdisciplinare che essi avranno vivrà nel solco dell'insegnamento luraschiano.

Un'altra pregevole virtù, più volte ricordata, di Giorgio Luraschi consisteva nella sua apertura ai giovani, nell'interesse sincero che mostrava per loro: per gli studenti universitari, da cui era amatissimo, per i suoi laureati, molti dei quali sono rimasti amici tra loro, creando un sodalizio felice e longevo, infine per i giovani studiosi, nei confronti dei quali era prodigo di consigli e di attenzioni. Come è noto, quando uno studente si trasforma in dottorando di ricerca, gli si apre un mondo completamente nuovo: come studente, doveva attenersi ai libri di testo, approfondire per riportare quanto spiegato dai docenti, al massimo rielaborare. Al contrario, l'ingresso nel mondo della ricerca conduce lentamente, ma inesorabilmente, verso una forma più o meno marcata di esposizione personale: bisogna iniziare a produrre un pensiero originale, ma sulle solide basi dell'approfondimento delle fonti e della dottrina.

Quali criteri dunque per intraprendere questo duro, ma emozionante cammino? I due rischi che corrono i giovani che si addentrano nella ricerca sono, da una parte l'immobilismo scientifico, dovuto al timore di esporsi e di compiere qualche errore 'fatale'; ed essi possono, a causa di tale preoccupazione, rimanere completamente proni nei confronti della bibliografia consolidata, non osando discostarsene e quindi creando degli autentici, e pressoché inutili, repertori bibliografici. D'altro lato, i giovani studiosi possono, invece, avventurarsi in ipotesi magari suggestive, ma non sufficientemente suffragate dal sostegno delle fonti, rischiando di percorrere sentieri alieni dal rigore scientifico.

Nel settore romanistico, caratterizzato dalla presenza di attenti *maiores*, è più usuale imbattersi nel primo problema che nel secondo, e, proprio per questo, Giorgio Luraschi, seguendo la linea dei propri Maestri, raccomandava di applicare un metodo di carattere esegetico, di non abbandonare mai il riferimento stretto alle fonti, in particolare quelle dirette, ma incoraggiava anche ad esporre le proprie idee con coraggio e onestà, rivelando il proprio punto di vista senza eccessivi schermi protettivi.

Di fronte a una platea diversificata sia di antichisti, sia di giuristi di altri settori, egli affrontava la difficoltà di risolvere problemi legati al metodo che potessero essere interessanti per tutti e reperire soluzioni che potessero essere egualmente valide, superando la impermeabilità tra i vari settori e sotto-settori scientifici e proponendo un approccio di interdisciplinarietà autentica, e non di maniera.

Che cos'era dunque il metodo per Giorgio Luraschi? Esso, come detto, si doveva fondare in primo luogo sull'esegesi delle fonti, la quale sarebbe stata come una stella intorno a cui ruotava ogni ipotesi e ogni conclusione, non essendo possibile ragionare di questioni dell'antichità senza il rimando continuo e diret-

to all'analisi delle fonti documentali. Eppure il metodo, per il nostro romanista, non era una gabbia, nella quale l'ingegno e la creatività vengono incarcerati, ma, piuttosto, poteva essere, secondo un'immagine che egli stesso aveva tratteggiato, simile al sostegno ligneo a cui si legano le giovani piantine allo scopo di farle crescere dritte e forti, per permetter loro di spingersi verso il sole, irrobustirsi e produrre frutto.

Sembra, ed è, rassicurante per ogni studioso affrontare qualsiasi forma di ostacolo interpretativo per mezzo di criteri scientifici strutturati. Senza questo lavoro necessario e certosino, gli ulteriori sforzi saranno inutili, privi di senso, perché ancorati a premesse non solide, posti su fondamenta che appaiono come sabbie mobili, le quali, infide, possono condurre facilmente a gravi errori.

Il punto di focalizzazione primario, comunque, esiste ed è condivisibile in ogni disciplina che si occupi dell'antico: il criterio fondamentale consiste nel rigore da utilizzare nello studio delle fonti dirette e indirette.

Tale metodo, abbiamo detto, è rassicurante, è tranquillizzante, ma, Giorgio Luraschi amava ripeterlo – non può eliminare i dubbi così numerosi in uno studioso serio e non può condurre sempre per le strade comode dell'interpretazione univoca. Al contrario, la ricerca universitaria è stimolata e arricchita dal seme del dubbio: il dubbio è ciò che veramente fa la differenza tra il dogmatismo semplicistico e la capacità di gestire l'incertezza propria del ricercatore maturo. Il dubbio è, in un certo senso, la radice e il motore della ricerca: se non avessimo dubbi, la ricerca sarebbe morta.

Tuttavia, tengo a rievocare il grande insegnamento trasmesso da Giorgio Luraschi, il quale si apriva nel sorriso pieno e sincero di chi amava la vita, nonostante le sofferenze fisiche cui fu sottoposto per un lungo periodo, e gustava pienamente le gioie della didattica e della ricerca del suo percorso accademico: anche se si è giovani, bisogna trovare il coraggio, giunti in fondo alla propria ricerca, di esprimere le proprie opinioni e anche di far comprendere chiaramente la propria originalità; le scienze dell'antichità non hanno bisogno di altri studiosi che ripropongano mere rassegne bibliografiche, che riassumano o epitomino i testi altrui. D'altra parte, il coraggio è stato forse la marca dominante della vita dello studioso, il quale affrontò i disagi e le angustie dell'esistenza con uno spirito vitale e con un piglio bellicoso così intensi da riuscire a mascherare quasi completamente ogni difficoltà.

Giorgio Luraschi non lesinava, quindi, i suoi insegnamenti; amava trasmettere, con la determinazione e l'energia che lo contraddistinguevano, agli allievi e, in generale, ai giovani le proprie opinioni sulla scienza romanistica, sui suoi rapporti con le altre discipline; era strenuo difensore del rilievo delle materie romanistiche a giurisprudenza e credeva fermamente che una didattica di valore delle stesse, soprattutto nel primo anno di studi universitari, potesse fornire

solide basi per i futuri giuristi, semplicemente perché il buon metodo appreso, a qualsiasi livello, fornisce un valido *passerpartout* per il domani. Il metodo diviene, quindi – e in questa quarta edizione della Cattedra nella splendida cornice leccese questo punto sarà perno della maggior parte degli interventi – il modo con cui, con serietà e rigore, si può, e si deve, giungere a delle conclusioni autonome, il modo in cui lo studio e l’adesione alla dottrina dei Maestri non diventa la lastra tombale del progresso scientifico, ma, al contrario, lo strumento per accomodarsi sulle spalle dei giganti e provare a guardare un poco oltre.

Paola Biavaschi
Università dell’Insubria
paola.biavaschi@uninsubria.it

Contro il metodo?
Breve elogio della discontinuità epistemologica
negli studi storico-giuridici e una prospettiva unificante

«Eccome» confermò Eduard. «Era addirittura un titolo d'onore per gli alchemici che li si definisse gli artisti della separazione».

«Adesso dunque non lo si fa più» ne desunse Charlotte, «e si fa benissimo. Unire è un'arte maggiore, un maggior merito. Un artista dell'unificazione sarebbe in ogni caso benvenuto al mondo intero...».

J.W. von Goethe, *Le affinità elettive*, Milano 2019, 68, trad. it. di U. Gardini, di *Die Wahlverwandschaften* 2, Tübingen 1809.

I. Sul metodo e sulla sua rigidità spazio-temporale. Dogmatica e metodo interpolazionistico

Una riflessione sul metodo, come quella che ci sollecita il nostro incontro¹, che vede impegnati nell'analisi del tema studiosi di diritto vigente e storici del diritto, implica, in primo luogo, una valutazione degli strumenti di analisi che il romanista utilizza per indagare il 'giuridico' all'interno di quella esperienza storica che ha scelto di studiare e, per questa via, coglierne regole che nascono per

* Queste pagine sono destinate agli «*Scritti con Raimondo Santoro*».

¹ Pubblico qui, con qualche minimo sviluppo, alcune considerazioni offerte in apertura del Convegno su «Questioni di metodo», svoltosi a Lecce il 27 maggio 2023, su iniziativa dell'amica Francesca Lamberti. Un'occasione che ha visto l'intreccio, felicemente sinergico, fra il Dipartimento giuridico dell'Università del Salento, che ci ha ospitati, il network ELR., e il «Centro di ricerca per lo studio e la diffusione del diritto pubblico romano - Cattedra Giorgio Luraschi», offrendoci l'ulteriore privilegio di ricordare Giorgio Luraschi, in un contesto di studi che ho la presunzione di credere gli sarebbe stato gradito. Il tema dell'incontro rimandava così ad una delle più proficue discussioni sviluppate nell'ambito delle attività del network internazionale European Legal Roots e sintetizzate nel programma pluriennale varato nel corso del Convegno, organizzato per il decennale di ELR., sul tema «*Il faut cultiver notre jardin. Il diritto romano, fra tradizione e innovazione*» svoltosi a Bonagia, Trapani, nei giorni 2-5 settembre 2021. Nell'ambito di quel programma abbiamo infatti ritagliato uno spazio significativo proprio alle 'questioni di metodo', affidate alle cure di Francesca Lamberti, Massimo Miglietta, e Antonio Banfi: cfr. <https://www.flipsnack.com/europeanlegalroots/elr.html>, poi sviluppate in virtuoso dialogo con la Cattedra Luraschi e Unisalento, dialogo i cui frutti, arricchiti dai contributi dei colleghi non romanisti coinvolti, sono pubblicati in questa sede, nonché, a cura di Antonio Banfi, nella rivista *Specula Iuris*.

disciplinare fatti e rapporti umani, e che inevitabilmente si affinano e cambiano con il mutare della società, delle sue esigenze, dei suoi valori.

Dunque, un primo dato che va evidenziato è che il metodo di identificazione ed interpretazione della regola giuridica non può prescindere da una lettura di contesto, che ponga la norma nel suo ambiente, che è la società da cui è prodotta ed a cui offre disciplina. Un metodo di indagine storico-giuridico, o comunque lo si voglia definire, che prescindesse da questo legame inscindibile, sarebbe, in sé, arbitrario, perché ipostatizzerebbe la regola, snaturandola e rendendola un fenomeno disancorato dalla realtà, per essere utilizzabile oltre i limiti spazio-temporali della sua originaria operatività. Una regola che, tuttavia, non per questo soltanto sarebbe necessariamente inefficace, o addirittura dannosa, ma che verrebbe collocata dallo storico in uno spazio innaturale e fittizio, lo spazio a-storico ed a-temporale della regola ‘decontestualizzata’, in quanto tale inidonea a rappresentare un retroterra sociale e politico ed un contesto storico determinati².

Così, quel fenomeno normativo, isolato artificiosamente³ dal suo quadro storico di riferimento e reso ‘dogma’ dallo studioso, verrebbe singolarmente preservato e considerato idoneo a disciplinare permanentemente circostanze e vicende umane per il sol fatto di presentarsi queste ultime come simili, seppure a distanza di secoli, se non, come nel nostro caso, di millenni. Al punto, ad esempio, di attribuire una valenza dogmatica, propria dei moderni interpreti del diritto romano, alla prassi dei giuristi romani⁴ che è invece, per sua stessa natura – direi per voca-

² In una prospettiva che oggi è fortemente avvertita già sul piano della norma costituzionale, la cui scrittura si caratterizza come scevra «... da ogni pretesa di generalizzazione teorica, decontestualizzata e, perciò, storicamente inattendibile»: così A. Ruggeri, *La certezza del diritto al crocevia tra dinamiche della normazione ed esperienza di giustizia costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 7 luglio 2005, <https://www.costituzionalismo.it>. Una prospettiva che ha un suo sviluppo anche sul piano, per così dire, orizzontale, in cui la decontestualizzazione diventa elemento propositivo per superare le differenze fra ordinamenti e favorire un sistema giuridico sovranazionale, esigenza pressante sul piano del diritto privato europeo, la cui armonizzazione dovrebbe passare attraverso questa decontestualizzazione delle regole dagli ambiti nazionali. Un’aspirazione legittima, certamente, ma non immune da zone d’ombra, prima fra tutte l’estrema astrazione delle norme che, sradicate dai loro contesti sociali, e dunque culturali e storici, di riferimento, potrebbero appiattirsi su schemi normativi innaturali, frutto di una artificiosa «opera di de-costruzione e di ri-costruzione su cardini comuni delle norme nazionali» (così G. Ajani, *E Pluribus Unum (?)*: *Illusioni dell’armonizzazione e utilità dell’ontologia*, in *Rivista di Estetica* 36, 2007, § 52 della versione online: <https://journals.openedition.org/estetica/2362>).

³ Nel senso che mi è parso di cogliere recentemente in *Pulchritudo adhaerens: bellezza e antebellezza del diritto romano*, in *Diritto e bellezza. Atti del Convegno in ricordo di Antonio Palma. Ravello 24-25 marzo 2023*, in corso di pubblicazione (anche in *LR*. 12, 2023, 88 e nt. 34).

⁴ Cfr., per un esempio di un approccio siffatto, A. Lovisaro, *Dogmatica giuridica romana: una prospettiva valida per i problemi attuali*, in *Civiltistica.com* 9.2, 2020, 1 ss., i cui propositi sarebbero in questa direzione, sì da trovare in una tale presunta dogmatica romana un orienta-

zione – svincolata da dogmi, e proiettata nella viva dialettica del *ius controversum*.

Ma, ed è questo il punto di frizione più difficile da ignorare, la controversialità tecnica dei giuristi romani ed il suo retroterra retorico sono specchio riflesso di un potere pubblico debole, che favorisce la determinazione di regole messe in campo, prevalentemente, attraverso processi creativi giurisprudenziali e consuetudinari che ne consentono la formazione e consegnano ai consociati un prodotto flessibile, in quanto tale plasmabile e adattabile ai casi concreti. Straordinaria opportunità, quest'ultima, per i giuristi e il loro laboratorio tecnico, al contempo anche fucina di regole svincolate da una creazione formalmente condivisa, così come da una creazione unilaterale, come poteva essere, rispettivamente, la norma deliberata dalle assemblee popolari, o la regola posta dall'imperatore. Passaggio concettuale successivo era che la norma, frutto della controversia dialettica fra i giuristi romani, sullo sfondo delle loro scuole, diventasse un prodotto formale costruito *de chambre*, vincolante, nel caso concreto, in quanto espressione di una elaborazione astratta che lo destinava ad essere 'dogma' e, in definitiva, ad assumere un ruolo di supplenza rispetto ad una regola che, se tale, non avrebbe dato luogo ad alcuna controversialità, se non sul piano, in qualche modo minore, della sua interpretazione lessicale.

Altra cosa è rilevare la controversialità, intesa come presupposto del processo, luogo di elezione in cui le differenti prospettazioni delle parti – il *contra vertere*, appunto – rispetto alla norma che si assume come violata, diventa del tutto fisiologica ed è la base stessa su cui la regola, grazie all'analisi che il pretore, le parti stesse, e quindi il giudice fanno della questione, trova la sua applicazione. Con un corollario: attraverso la dialettica le opinioni dei giuristi, benché diverse, se non opposte, assorbivano contenuti reciproci, in una costante *contaminatio* che la metamorfosi del *vertere*⁵ non solo non poteva evitare ma che, in certa mi-

mento che soccorra rispetto alla complessità della prassi commerciale transnazionale odierna, per cui «facendo un'incursione nella dogmatica giuridica dei romani, si cercherà di dimostrare che la struttura contrattuale eretta da loro, nel II secolo a.C., può servire da parametro e ispirazione per i giuristi del nostro tempo nella presa di posizione che favorisca l'esclusiva validazione di accordi commerciali dotati di valore giuridico, al fine di rendere più equo lo *ius mercatorum* contemporaneo». Convengo, tuttavia, che sul piano generale, l'ambito di interesse per il diritto romano e la sua funzione di 'orientamento' (ché oltre non andrei) nei confronti del diritto commerciale moderno, può essere giustificato, e mi permetto di rinviare, al riguardo (anche per alcune riserve che mi sentirei di ribadire ancora oggi) a S. Randazzo, *The Nature of Partnership in Roman Law*, in *Australian Journal of Legal History* 9, 2005, 119 ss.; ora anche online: <https://www8.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/journals/AJLH/2005/5.html>.

⁵ Una capillare analisi semantica del termine è in M. Bettini, *Vertere. Un'antropologia della traduzione nella cultura antica*, Torino 2012, su cui v. la raffinata rec. di A. Busetto, in *Res Historica*, [S.I.] 39, 2015, 311 ss., online in <https://journals.umcs.pl/rh/article/view/2240>.

sura, favoriva, rendendo inevitabilmente cangiante la ‘traduzione’, in termini di doverosità giuridica, dell’aspirazione di una parte ad una determinata soluzione processuale.

Lo sradicamento della regola, di questa regola perennemente in formazione, dal contesto processuale e la sua cristallizzazione come norma astratta, apre una strada diversa per il giurista e lo induce ad un approccio tendenzialmente dogmatico, di pari passo con la crisi del ruolo propulsivo della giurisprudenza e la predominanza di un potere pubblico che pervade il giuridico e lo condiziona progressivamente, smorzandone gradualmente la carica creatrice, e preparando, almeno a partire dal III secolo, quell’«eclissi del pensiero giuridico»⁶, che la modernità – e la post-modernità⁷ – giuridica avrebbe acquisito, e riversato nell’idea di ‘codice’⁸.

Questi percorsi storici e concettuali sono noti, per quanto la dialettica fra giurisprudenza e potere, e la sua incidenza sulla costruzione di modelli dogmatici del diritto, rimanga per vari aspetti un terreno di indagine ancora fertile, nella consapevolezza che in tanto un dogma giuridico possa costruirsi, in quanto riposi su un sostrato politico che lo presupponga e ne favorisca la stabilizzazione.

⁶ La felice espressione è di V. Marotta, *Eclissi del pensiero giuridico e letteratura giurisprudenziale nella seconda metà del III secolo d.C.*, in *Studi storici* 4, 2007, 927 ss. (nonché, con aggiornamenti, in *Annaeus* 4, 2007, 53 ss.). Convinceramente, lo studioso lega questo fenomeno alla involuzione politica del tempo, segnata dall’anarchia militare, ed alla crisi complessiva della società romana, in una lettura complessa di un mondo che si trasforma e che travolge, inevitabilmente, anche il pensiero giuridico romano.

⁷ Sulla genesi dell’orizzonte ‘postmoderno’ nella storia del codice cfr. G. Bombelli, *Su quale destino della ‘forma-codice’*, in *Jus online* 4, 2023, 99 ss.

⁸ Un’idea che, in quanto tale, segna la fine della controversialità ‘creatrice’ della giurisprudenza romana, benché sia stato sostenuto che «paradossalmente, anche se il codice ha avuto come finalità principale quella di rimuovere il *ius controversum*, le logiche operative di cui questo si alimenta sarebbero utili proprio per salvaguardare il sistema su cui esso si fonda»: così C. Beduschi, *Il ius controversum fra razionalità e giustizia*, in *Rivista di Diritto Romano* 10, 2010, 2 (dell’estr. online). Sarei meno certo, tuttavia, che la ‘controversia’ rappresenti lo stadio più avanzato (e rilevante anche per la *civitas*, oltreché per le parti interessate direttamente in giudizio) della dialettica privata, rispetto alla ‘contesa’ che in origine avrebbe avuto una valenza esclusivamente riservata alle parti ed ai loro minuti interessi. In realtà, nel momento stesso in cui un sistema processuale, qualunque esso sia, si ponga come strumento di soluzione delle ‘contese’, esso diventa strumento di mediazione con la collettività, pronta ad assimilare dalla soluzione del caso ‘controverso’ stabilità e certezze che, nel loro insieme, contribuiscono a dare solidità alla *res publica*. Altra cosa la differenza con la contesa primordiale nelle società senza stato, risolta con la forza. Ma questa, appunto, è una fase prodromica di cui il diritto è un elemento ancora informe, quantomeno nella sua accezione ‘pre-civica’, e risponde a modelli e logiche peculiari e non estensibili, se non forzandone la natura e il contesto originario, al fenomeno giuridico come esso si presenta nelle società politiche strutturate.

La dogmatica, dunque, è il primo riferimento da considerare.

Ma utilizzare un metodo 'dogmatico' come parametro di lettura giuridica dei fatti, si scontra, a mio avviso, con un primo, e non da poco, ostacolo teorico, e cioè che il dogma, in quanto tale, è concettualmente in antitesi alla norma. Questo perché tanto il dogma è, per sua stessa natura, immutabile, quanto la norma è in sé variabile, cambia con l'evolversi del dato sociale che disciplina, ma muta anche quando rimane ferma nella sua formulazione lessicale, perché cambia l'interpretazione di essa nel singolo caso, nella sede in cui ciò avviene, sia essa la prassi negoziale o il processo, luogo in cui la norma si caratterizza in funzione della vicenda rimessa all'attenzione del magistrato e sottoposta al lavoro dei giuristi. Per cui la norma regolatrice, in definitiva, diventa la decisione del giudice, che di quel lavoro è il testimone ultimo, la voce solenne del diritto vivente. Dunque, per i dogmi, in questo contesto 'vivo' non può esserci spazio alcuno, se non condannando il diritto vivente ad una innaturale e astratta fissità.

Per questa via la dogmatica, nella sua accezione 'romanistica', che riposa sul convincimento «che il diritto romano aveva una propria dogmatica... che è compito dello storico illuminare o scoprire»⁹ può diventare un'insidiosa «trappola metodologica» per lo storico del diritto, alimentandone la tendenziale ipertrofia culturale¹⁰ ed esponendosi allo scetticismo, non sempre palesato, degli studiosi di diritto vivente.

Dunque, per il romanista avvertito, non può esserci metodo più congeniale e affidabile del metodo 'storico', con cui la regola è studiata in rapporto ad una specifica fase storica, e ad una specifica società, colta in una frazione della sua evoluzione, fotografata, per così dire, in un dato momento della sua storia, intessuta di fatti complessi, ma idonei ad essere decodificati coinvolgendo, in una cooperazione virtuosa, sensibilità e saperi differenti. In quel fotogramma la regola è esattamente quella che è, frutto di un determinato contesto ed al con-

⁹ Così C.A. Cannata, *Prefazione* di L. Vacca, *Diritto giurisprudenziale romano e scienza giuridica europea*, a c. di G. Rossetti, Torino 2017, 3.

¹⁰ Produttiva, direttamente o indirettamente, di quel pernicioso isolamento culturale stigmatizzato già da Pietro Bonfante nella sua celebre affermazione: «reagisco alla tendenza nuova di fare dei cultori del diritto romano una congrega di iniziati e tener tavola a parte dagli altri giuristi» (*Prefazione agli Scritti Giuridici Varii I. Famiglia e Successione*, Torino 1916, IX). Ho piacere di ricordare, fra le pagine di questa rivista, diretta da Francesca Lamberti, quanto questa frase fosse cara al compianto Vincenzo Giuffrè, come ha bene evidenziato, memore, Raffaele D'Alessio («Un dogma privo di solide fondamenta». *L'efficacia retroattiva della divisione tra ritorno all'antico e prospettive attuali*, in *TSDP*, 13, 2020, 1), al punto, aggiungo, da inserirla in epigrafe nella prima pagina del suo *L'emersione dei «iura in re aliena» ed il dogma del «numero chiuso»*, Napoli 1992, V.

tempo indice rivelatore e strumento di lettura di ‘quel’ contesto e non di altri¹¹. Così ‘valutare’ la norma, considerandola come ‘migliore’ o ‘peggiore’ di altre, precedenti o successive che siano, diventa un esercizio analitico sostanzialmente inutile, perché il compito dello storico del diritto dovrebbe limitarsi, dal mio punto di vista, a ricostruire il dato normativo nel momento storico considerato, ed in quanto rispondente a sollecitazioni di fatti e vicende umane da collocare nello stesso momento storico preso in considerazione.

Questo compito, naturalmente, non ne esaurisce altri, più sottili e articolati, come quello di leggere il dato normativo in connessione ai percorsi storici precedenti e successivi, ed all’attenzione diacronica a quanto avviene in contesti simili, attraverso l’approccio cosiddetto storico-comparatistico. Tutto ovviamente non solo legittimo, ma utilissimo, nel percorso ricostruttivo dello storico del diritto, e tuttavia successivo ed ulteriore rispetto al compito primario, che, ripeto, è quello di individuare la regola vigente in un dato momento storico e in un dato contesto socioeconomico di riferimento.

Questa lettura ‘strutturale’, che mi pare di poter sostenere, laddove fosse conducente, renderebbe superata ogni riflessione sulla legittimità di un approccio interdisciplinare allo studio storico del diritto, nel senso di considerarlo non solo pienamente legittimo, ma in qualche modo imprescindibile, allorché, come nel nostro caso, varie ‘discipline’ risulterebbero necessariamente coinvolte, dalla sociologia alla letteratura, alla religione, alla filosofia, e tutte riconducibili all’alveo alla storia, nelle sue varie declinazioni di storia politica, sociale, ed economica. Tutti elementi idonei a convergere nell’individuazione e nella ricostruzione del ‘contesto’ in cui la norma è chiamata ad operare.

Ma ciò tenendo in debito conto una constatazione tanto ovvia quanto non sempre considerata nei suoi frastagliati contorni. Il diritto romano non è diritto vigente, ma è un sistema giuridico che ha avuto applicazione in un contesto storico preciso e circoscritto, per quanto ampio, e le cui innegabili influenze sui sistemi giuridici successivi, codificati, ma non soltanto¹², sono state di natu-

¹¹ Mi sembra questo il principale limite della comparazione, se questa è utilizzata per trarre da diversi contesti storici e normativi elementi utili a leggere o spiegare norme a quei contesti estranee. Innegabile, invece, la sua efficacia scientifica, posto che l’analisi di diversi sistemi giuridici offre certamente all’interprete elementi utilissimi di conoscenza e il confronto concettuale fra modelli e strumenti giuridici, creando un parametro ampio di riferimenti concettuali, fa diventare il *Rechtsvergleichung* un importante elemento di analisi e supporto anche per altre discipline giuridiche, in primo luogo quelle storico-giuridiche. In una prospettiva mirata su comparazione e diritto antico cfr. E. Stolfi, *Problemi e forme della comparazione nella storiografia sui diritti antichi*, in *Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico*, a c. di M. Brutti e A. Somma, Berlin 2018, 551 ss.

¹² Anche, ad esempio, sui sistemi di *Common Law*, e per ragioni squisitamente storiche e

ra tecnica, teorica e culturale. Con l'opportuna precisazione che un'esperienza estesa come quella romana non consente l'identificazione di 'un' contesto, ma di un'ampia gamma di contesti storici. Così, ad esempio, il formalismo processuale dell'*agere lege*, nella sua rigorosa ritualità verbale e gestuale, si può leggere solo circoscrivendolo all'epoca del suo sviluppo, cogliendone le ragioni di contesto e le logiche sociali di riferimento, in cui il tecnicismo e il formalismo estremo del rito processuale si saldano ad esigenze concrete, volte a tutelare il cittadino romano, sia questi attore o convenuto, nei suoi diritti. Un'esigenza così preponderante da fare apparire l'azione come prioritaria rispetto al diritto.

Ma questo in una prospettiva ordinamentale, di sistema, in cui la forza o, meglio, l'autorità dello Stato, disciplina la controversia e fa del processo il percorso per l'affermazione di un diritto, e non l'opposto. E per questa via, osservare con Mario Bretonne, lettore di Kojève, che «non c'è diritto senza una forza capace di realizzarlo»¹³.

Se proviamo a declinare questo rilievo sul piano del metodo, possiamo derivarne che l'identificazione della regola come tale può connettersi all'individuazione di un'autorità, alla cui forza è affidata la cogenza della regola stessa. Per altro, le caratteristiche di questa autorità e il livello della sua 'forza' possono supportare i tentativi di collocazione cronologica della regola e spiegarne logiche, contenuti e origini, proprio in relazione al quadro politico di riferimento,

'geneticamente' legate alla conquista romana della Britannia ed alla successiva sedimentazione di modelli di risoluzione delle controversie ispirati alla prassi romana. Mi permetto, al riguardo, di rinviare al mio *Roman Law vs US Law? Il contributo del diritto romano ad un dialogo possibile*, in *Jus* 1-2, 2010, 5 ss.

¹³ *Autorità: la nozione di Kojève*, in *Belfagor* 67.2, marzo 2012, 203 (a proposito di A. Kojève, *La notion de l'autorité. Édité et présenté par François Terré*, Paris 2004); v. l'ediz. ital. dell'opera postuma di Kojève, scomparso nel 1968 (la cui stesura, per altro, risale al 1942), a cura di M. Filoni, *La nozione di autorità*, Milano 2011. La mancata pubblicazione dell'opera di Kojève, se per certi versi appare congeniale alla sua ritrosia a pubblicare tutte le sue riflessioni (su cui si è fermata C. Ariano, *La nozione di autorità. Suggestioni da Alexandre Kojève*, in *Ius Humani. Revista de Derecho* 4, 2014-2015, III nt. 2), per altri aspetti si colloca nel concreto 'incontro' col potere e l'autorità che fu al centro della sua complessa e contraddittoria personalità. Proprio in quegli anni Aleksandr Vladimirovič Koževnikov, a noi noto con il nome, acquisito per effetto della naturalizzazione francese, di Alexandre Kojève, da un canto prendeva parte alla Resistenza francese, mentre dall'altro esaltava, come esempio delle sue idee in tema di 'autorità', il regime collaborazionista di Vichy, e la figura del Maresciallo Pétain, contro il quale aveva combattuto. Sullo sfondo il suo particolarissimo 'stalinismo' e la sua propensione alla 'negoiazione con il nemico' (aspetto-chiave, quest'ultimo, rilevato da Filoni, e ripreso da Ariano, *La nozione di autorità* cit. XI), tutti elementi che giocheranno non poco nei diffusi sospetti di attività spionistica del filosofo; cfr, al riguardo, il recente lavoro divulgativo su questo profilo di Kojève, di M. Filoni, *Alexandre Kojève: i doppi giochi di una spia sovietica*, in *Limes. Le intelligenze dell'intelligence* 11, 2023; v. pure, su diversi aspetti contraddittori dell'agire di Kojève, M. Filoni, M. Palma (a c. di), *Il doppio gioco di Kojève*, Milano 2023.

sia esso, ad esempio, il contesto arcaico, in cui la cogenza ha una caratterizzazione più sfumata, nella dialettica ancora irrisolta fra poteri familiari e gentilizi e poteri statuali, sia esso il contesto dell'età imperiale, in cui un potere pubblico sempre più compiutamente radicato riesce ad assicurare piena cogenza piena alla norma¹⁴.

Appare dunque scontato come la lunga stagione del diritto romano sia ancora oggi ricca di spunti e sollecitazioni culturali, che possono anche valere da orientamento per il giurista moderno. Tutto ciò consapevole del rischio che il richiamo al diritto romano, per orientarsi rispetto a fenomeni peculiari della modernità, possa essere talvolta artificioso, se non del tutto fuorviante. Andare alla ricerca di frammenti di opinioni dei giuristi romani che possano essere utili per offrire non solo possibili addentellati teorici e di orientamento culturale, ma soluzioni giuridiche concrete ed efficaci ai problemi posti dalle nuove tecnologie, o dal cambiamento climatico, o dalle questioni di genere, seppur legittimo, come qualsiasi elaborazione culturale, rischia di produrre, a mio avviso, una evidente forzatura. Così la decontestualizzazione di un dato normativo, storicamente collocato in un determinato momento storico, e la sua utilizzazione in un contesto del tutto differente, diventa il più improduttivo dei percorsi di ricerca.

Ma facciamo un passo indietro.

Un passo indietro ad una svolta di rilievo, nella considerazione della regola e delle modalità di approccio scientifico alla sua storia. Fra il XVIII e la fine del XIX secolo si sviluppa e si consolida un'elaborazione fondata sul rifiuto di quella che era stata ritenuta la ragion d'essere del diritto romano e, più in generale, di qualunque sistema di norme giuridiche, considerate nel loro insieme come un complesso di regole volte a garantire ai destinatari di esse la possibilità di realizzare i propri 'specifici' interessi. Un'elaborazione fondata, dunque, su una lettura della regola incentrata sul risultato ultimo, il momento conclusivo di una serie di atti, fra loro intrecciati e scanditi dall'essere tutti passaggi coordinati ed armonici dell'agire umano in funzione di 'quel' risultato finale da conseguire. Conseguenza di tutto ciò fu considerare la norma come un prodotto unico, frutto di una successione di fatti normativi, ciascuno finalizzato a dare legittimità a quei passaggi

¹⁴ Ed in questo lo stesso Kojève (*La notion* cit. 25 s.) applica un parametro parzializzante, ritenendo che l'autorità è tale in quanto riconosciuta in questi termini dai destinatari delle regole, che ne subiscono gli effetti senza reagire ad essa, mostrando di sovrapporre, e dunque di confondere, i piani della cogenza e dell'accettazione della cogenza. E ciò, aggiungerei, per l'evidente ragione che la regola, se cogente, vincola i consociati, e la loro accettazione rileva poco, o punto, su questo piano. Se infatti spostiamo lo sguardo ad una ipotetica 'mancata accettazione' delle regole, lo scenario di osservazione diventa politico e le vicende connesse assumono rilevanza squisitamente storica e non di storia giuridica in senso stretto.

che dall'intenzione umana di raggiungere un risultato garantito dall'ordinamento giuridico, portano alla concreta realizzazione di un tale risultato.

Esattamente in questo approccio si collocano i presupposti teorici della dogmatica.

Considerando l'ordinamento giuridico come un sistema chiuso e coerente di regole, lo si rende «impermeabile all'influenza della realtà, perché è tale da prevedere e predeterminare tutto lo svolgimento possibile della realtà umana»¹⁵.

E tuttavia, è lo stesso ambiente che offre alcune importanti suggestioni culturali alla Scuola storica di Savigny, e che in qualche misura ritroviamo nella stagione della pandettistica tedesca del XIX secolo e nella creazione, nel 1896, del *Bürgerliches Gesetzbuch*. Un'onda lunga, che avvolge la romanistica almeno sino alla seconda metà del Novecento ed ancora oltre, e nelle sue relazioni, più o meno consapevoli e dichiarate, con altri ambiti, scientifici, filosofici e letterari, di quel composito e variegato panorama culturale tedesco.

Di certo la scuola storica, la 'concretezza della scuola storica' diventa il punto di riferimento per un diritto romano nuovamente da giustificare, in un clima di profonda ripresa culturale, ma anche politica e patriottica della Germania, in un contesto in cui il *Beruf* di Savigny¹⁶, pur nella sua essenziale purezza di linee teoriche, sfuggiva ad un approccio monocorde al giuridico, ma si inseriva in un clima culturale poliedrico e variegato, dando spazio a studi fortemente caratterizzati in tal senso, come il *Von der Poesie im Recht* di Jacob Grimm¹⁷,

¹⁵ Così A. Nasi, *Il metodo scientifico nella ricerca del giurista*, online in https://www.apav.it/sito_ratio/file_pdf/identita_saperi/capitolo_7.pdf. Mi sfugge, tuttavia, il riferimento, nella genesi di questa svolta che lo studioso fa alle «scuole di Marburgo e Gottinga», stante la sostanziale contrapposizione fra la prima, fondata da Hermann Cohen, e le sue basi neokantiane, spinte sino a considerarle unitariamente come teoria dei principi della scienza e della cultura, dunque in secca opposizione alla scuola teologica protestante di Gottinga fondata da Albrecht Ritschl, nella seconda metà dell'Ottocento, e volta a valorizzare i profili psicologici della lezione kantiana, in una chiave teologica protestante profondamente differente dai presupposti e dagli sviluppi del pensiero degli studiosi della scuola di Marburgo. Quel che a me sembra profondamente vero è che in entrambe le esperienze si fa strada, sul piano della costruzione di un metodo in ambito umanistico, la comparazione con le scienze 'esatte', dalla medicina alla biologia, declinando dunque il pensiero kantiano in una prospettiva totalizzante, volta, limitandoci alla scuola di Gottinga, a riprendere il pensiero del filosofo sull'utilizzazione di principi biologici (come sintesi regolativa) in ambito teologico. Su tutto ciò cfr. A. Gambarotto, *Kant e la 'scuola di Gottinga', alcune note a margine della 'tesi Lenoir'*, in *Lebenswelt. Aesthetics and philosophy of experience* 7, 2015, 44 ss., e gli altri contributi del fascicolo monografico della rivista, dedicato interamente al tema del rapporto fra pensiero kantiano e biologia.

¹⁶ Cfr. F.C. von Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1814, trad. it., *La vocazione del nostro tempo per la legislazione e la giurisprudenza*, in A.F.J. Thibaut, F.C. von Savigny, *La polemica sulla codificazione*, a c. di G. Marini, Napoli 1982, 87 ss.

¹⁷ V. la recentissima trad. it. dell'opera: *La poesia nel diritto*, a c. di L. Garofalo e F. Valagussa, Venezia 2024.

il «più romantico degli scienziati romantici»¹⁸ o le opere di Goethe¹⁹. Un clima, quello in cui la scuola storica si trova ad operare, che guarda al diritto come ad un elemento indispensabile di ‘normalizzazione’ del sistema politico di volta in volta considerato, in una potenziale continuità fra fatti e vicende storiche. Una continuità in certa misura confermata dalle analisi volte a sostenere la lenta progressione di questa evoluzione, ed ispirate al principio per cui ‘*natura non facit saltus*’, un approccio cui si sarebbero opposti con forza i romanisti, da Pietro Bonfante in avanti²⁰, in una tensione che attraversa una lunga stagione di studi «dallo storicismo romantico all’evoluzione positivista»²¹.

A tutto ciò possiamo pensare, per ragionare sul nostro presente e sul metodo, certo non omettendo l’intermedio e la pandettistica, precursori di quella dogmatica che fa capolino, talvolta, fra le incertezze della romanistica attuale e che vediamo riemergere quando il rapporto storia / regola sembra sfumare e farsi

¹⁸ G. Marini, *Jakob Grimm*, Napoli 1972, 17; su questi temi cfr. la misurata ricostruzione di P. Corona, *Riflettendo su sistema e storia nella scuola storica tedesca. Un itinerario sul filo di un capolavoro goethiano*, in *Italian Review of Legal History* 8, 2022, 531 ss., ed ivi completa lett. Per una visione ‘problematica’ al rapporto fra Savigny e il contesto culturale romantico, v. P. Koschaker, *Europa und das römische Recht*, München, Biederstein 1947, trad. it., *L’Europa e il diritto romano*, Firenze 1962, 442 s.

¹⁹ Su Savigny lettore di Goethe cfr., specie in relazione a *Le affinità elettive*, le dense osservazioni di P. Corona, *Riflettendo su sistema e storia nella scuola storica tedesca. Un itinerario sul filo di un capolavoro goethiano*, in *IRLH*. 8, 2022, 532 nt. 2 e *passim*. In particolare, v. le osservazioni dello studioso su ‘affinità’ e ‘separazione’ fra Germanisti e Romanisti tedeschi (pp. 544 ss.), che rappresentano un prezioso angolo di osservazioni su un fenomeno che, per certi versi, pur nel variare dei termini di confronto, perdura ancor oggi, e contro il quale in queste pagine provo a ragionare.

²⁰ Un percorso concettuale ben tracciato da C. Lanza, *Studio del diritto pubblico romano nel xx secolo: evoluzione, sovranità, effettività*, in *Diritto romano attuale* 2, 1999, 81 ss. Tuttavia, a mio modesto avviso, il problema era, e per certi aspetti rimane, mal posto. La ‘velocità’ dell’evoluzione storica cui possono far pensare le rivoluzioni o i cambiamenti repentini di regime politico è tale solo se la si considera in superficie. Ogni cambiamento è preparato da una evoluzione interna del sistema e del sentire sociale di una determinata collettività o delle *élites* di riferimento e poco importa che il cambiamento maturi in pochi mesi o in decenni, se non in secoli. Il cambiamento matura in funzione dei ritmi evolutivi esistenti in quel contesto sociopolitico, ritmi che sono imposti dalla politica, ma ancor prima dall’economia e dal sentire sociale. Una prospettiva che solo apparentemente cambia nella nostra contemporaneità in funzione delle spinte tecnologiche, rapidissime per definizione, che la caratterizzano. Questo perché anche le più rivoluzionarie tecnologie hanno il loro ‘tallone d’Achille’ nella direttamente proporzionale caducità delle loro opzioni tecniche, destinate ad essere velocemente soppiantate da più avanzate e altrettanto rapide opzioni. Prospettive, queste ultime, che hanno una rilevanza straordinaria per il giurista attuale, sia negli ambiti privati che nel più ampio dibattito sui risvolti politici delle nuove tecnologie, nei termini che l’attuale dibattito sull’intelligenza artificiale pone sotto gli occhi di tutti.

²¹ Così L. Capogrossi Colognesi, in M. Talamanca (a c. di), *Lineamenti di storia del diritto romano*, Milano 1979, 88.

vago nell'approccio scientifico al diritto romano.

In questa prospettiva, l'analisi storica della norma assume comunque, ancora oggi, almeno per i romanisti, un valore innegabile, e costituisce il parametro di riferimento per valutare l'efficacia e la congruenza del più discusso e, al contempo, qualificante metodo di indagine delle nostre fonti: il metodo 'interpolazionistico'. Senza alcuna pretesa di ripercorrere una delle più complesse e stimolanti stagioni nello studio dei testi giuridici romani, ci basti rilevare come l'espressione 'interpolazione' contenga in sé, comunque la si consideri, una *nuance* di abuso, di consapevole alterazione di un testo giuridico.

Un abuso destinato a spiegare la sua efficacia sul piano storico-ricostruttivo, per cui, rileggendo Emilio Albertario: «nella critica dei testi 'interpolazione' è adoperato dai moderni in due significati, più stretto l'uno, più largo l'altro. Si suole comunemente chiamare interpolazione qualunque consapevole alterazione del testo tramandato, che non si confessi tale. Interpolazioni sono in questo senso comunissime nella tradizione di qualsiasi classico. Troppo inclini sono i moderni a concepire qualunque tradizione quale meccanica; copiati meccanicamente sono invece per lo più soltanto i testi che l'amanuense non intende, o testi che sono difesi da particolarità della loro forma. Dovunque l'amanuense in qualche misura intende, egli è proclive a rendere il suo autore 'migliore'»²².

Ovviamente è questione di prospettive. Se ci poniamo nella veste degli storici del diritto, le interpolazioni sono certamente un grave *vulnus* dei testi classici, che frappone alla lettura di essi le conseguenze dei rimaneggiamenti, ostacolando, in termini più o meno gravi, l'esatta percezione storica delle regole giuridiche considerate, con il rischio, per riprendere una sconfortata considerazione di Anton Friedrich Justus Thibaut, di perdersi in un guazzabuglio di «frammenti miserevolmente spezzettati», per poi perdersi ancora in un «labirinto di ipotesi ardite ed incerte»²³. E tuttavia, se consideriamo il diritto non solo come un patrimonio storico, ma come un insieme di strumenti operativi, di *tools* tecnici, idonei a dare un assetto giuridico a situazioni e contesti rilevanti per il diritto stesso, ebbene, in questa prospettiva, i rimaneggiamenti e gli 'aggiornamenti' dei testi giuridici diventano uno strumento del tutto ammissibile, e anzi prezioso, per adattare a contesti nuovi regole elaborate in un ambito diverso e precedente.

²² S.v. *Interpolazione*, in *Enciclopedia italiana di scienze, lettere ed arti*, Roma 1933, online in [https://www.treccani.it/enciclopedia/interpolazione_\(Enciclopedia-Italiana\)/](https://www.treccani.it/enciclopedia/interpolazione_(Enciclopedia-Italiana)/). Per un sintetico quadro d'insieme cfr. F.J. Andrés Santos, *Brevissima storia della critica interpolazionistica nelle fonti giuridiche romane*, in *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 33, 2011, 65 ss.

²³ A.F.J. Thibaut, *Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts in Deutschland*, Heidelberg 1814, trad. it., da cui citiamo, *La necessità del diritto civile generale per la Germania*, in Thibaut, Savigny, *La polemica sulla codificazione* cit. 59.

Il ‘metodo interpolazionistico’, come tutti sanno, conosce una stagione di assoluto predominio, negli studi romanistici, cui fa seguito una stagione di altrettanto assoluto oblio. Scriveva, caustico, a tal proposito, Ferdinando Zuccotti: «certamente, oggi nessuno potrebbe negare i cosiddetti eccessi di un interpolazionismo lessicale e per così dire meccanico, così come l’illusione di poter fare riferimento al paradigma di un diritto romano ‘puro’ astrattamente eguale per tutti i *prudentes* e quindi tale da costituire la possibile pietra di paragone di ogni testo sospetto, né del resto sembra più accettabile l’idea di buttare ogni preteso scarto indegno dei giuristi classici in una discarica giustiniana implicitamente concepita come sorta di sentina di ogni nequizia e quindi pattumiera della sanie di qualsivoglia indebita incrostazione dei testi classici»²⁴.

Così la grande stagione dell’interpolazionismo e dei suoi protagonisti, studiosi raffinati, rispetto alla cui competenza nella conoscenza delle nostre fonti bisognerebbe, come era solita dire Franca La Rosa «togliersi il cappello»²⁵, cedeva il passo ad un approccio diametralmente opposto, in cui il ‘genuinismo’ dei testi avrebbe assunto un valore quasi ideologico nel metodo romanistico. E dunque, ed è ancora Zuccotti che cito: «... così come nella letteratura romanistica è ormai un luogo comune assai abusato parlare degli ‘eccessi’ dell’interpolazionismo, sarebbe ormai anche opportuno indagare sulle sfrenate intemperanze e gli smodati abusi dell’opposta dottrina conservativa oggi prevalente: ne risulterebbe facilmente un piccolo museo di errori ed orrori metodologici nonché, soprattutto, la triste rassegna di una disinvolta insipienza esegetica purtroppo oggi sempre più diffusa»²⁶.

²⁴ F. Zuccotti, *Diabolus interpolator*, in *LR*. 2, 2013, 145. Non ho preso parte alle, seppur lodevoli, iniziative in memoria dello studioso, prematuramente scomparso, per due ragioni. In primo luogo, perché ho la presunzione di ritenere che Ferdinando non sarebbe stato particolarmente lieto di onori postumi, e, in secondo luogo, perché penso che questi ultimi non possano essere sufficienti per delineare la sua complessa personalità di romanista, certamente geniale, ma anche inscindibilmente legata alla sua ‘vocazione’ di polemista radicale e passionale. Una caratterizzazione, quest’ultima, che credo abbia bisogno di tempi adeguati di assimilazione, per permettere ricuciture forse non ancora agevoli nella comunità scientifica. Così, nel ricordarlo, richiamando uno dei suoi scritti più caustici, mi piace immaginare che, leggendo queste mie poche parole, tagli corto ricorrendo – come era solito fare, rinviando la soluzione del problema affrontato nella conversazione, e non certo per scansarlo, quanto per dare a sé stesso ed all’interlocutore il tempo per decantare la questione discussa e le sue possibili soluzioni – al suo immancabile e disarmante «casomai ci sentiamo».

²⁵ S. Randazzo, *Franca La Rosa*, in *IVRA* 71, 2023, 439.

²⁶ Zuccotti, *Diabolus interpolator* cit. 147.

II. *Continuità e discontinuità nell'approccio metodologico al diritto romano, con uno sguardo all'intelligenza artificiale*

Di una cosa siamo certi. L'analisi meccanica ed acritica delle fonti, funzionale ad una individuazione di rimaneggiamenti lessicali, non è in sé sufficiente a strutturare una ricostruzione storicamente appagante della fonte considerata e del contesto normativo, e prima ancora fattuale, esaminato dai giuristi. Una considerazione ovvia, la mia, e che tuttavia appare ancora utile, specie nel momento in cui l'approccio riduzionista al ruolo del giurista moderno ha un formidabile alleato nel *trend* che pone gli algoritmi al centro dei percorsi formalistici che mirano ad esser parte nel *due process of law* attraverso un processo decisionale automatizzato. E tuttavia, il paradosso teleologico tendente a legare il 'giusto' ad un siffatto percorso automatizzato di decisione, sfumerebbe solo a pensare come la conformità o la difformità del fatto alla regola sarebbe in fondo l'estrema configurazione di una modellizzazione formale che da Kant conduce a Kelsen²⁷, e la cui tendenziale 'purezza' dottrinale sfuma la contestualizzazione storica e la mette in ombra rispetto alle finalità operative e pragmatiche che possono così essere sia quelle del giurista/uomo, come quelle del giurista/macchina.

In altri termini, si porrebbero rispetto a quell'approccio considerazioni molto simili a quelle che si pongono oggi sull'utilizzazione, per la ricerca, anche umanistica, dell'intelligenza artificiale, e dei modelli linguistici generativi o predittivi, basati su una rete neurale (Llm), come ChatGPT, Bard, Gemini, Copilot, o Sora.

Nell'opinione sempre più comune fra gli studiosi rispetto a questi sistemi, predomina infatti l'idea che essi siano macchine di generazione del linguaggio, più che motori di ricerca o banche dati. E tuttavia, non sarebbero da considerare nei termini di un 'generatore di verità', ma di un 'generatore di parole'; in altri termini, i sistemi lavorano sulle parole, con un processo di progressiva elaborazione di concetti, che si perfeziona attraverso l'uso. In questa prospettiva, se oggi utilizzassimo questi sistemi per individuare alterazioni dei testi giuridici romani, avremmo un formidabile supporto, che applicherebbe alle parole ruoli e importanza diversi, connettendole fra loro in modo 'intelligente'. Si tratterebbe dunque di una evoluzione, o meglio di una rivoluzione, rispetto ai tentativi pionieristici di predisporre banche dati 'interattive' inerenti i nostri studi, messi in campo, variamente e meritoriamente, da romanisti nell'ultimo trentennio. I nuovi sistemi di intelligenza artificiale sviluppano una logica profondamente diversa, in quanto, attraverso quello che i tecnologi chiamano 'addestramento supervisionato', il sistema apprenderebbe dati linguistici, posizionandoli cor-

²⁷ Sul punto v. Randazzo, *Pulchritudo adhaerens* cit. 76 s. e *passim*.

rettamente in un contesto storico di riferimento, e per questa via individuare incoerenze terminologiche, spie di rimaneggiamenti che, in un ulteriore livello di autoapprendimento, potrebbero portare a proposte di integrazione e correzione dei testi, nonché ad attribuzioni ad autori specifici di frasi ed opinioni.

Un processo destinato ad affinarsi progressivamente con l'uso e la 'premiabilità' che il sistema percepirebbe quando sottoposto a revisione critica da parte dello studioso, e quindi a conferma della validità di un passaggio rispetto ad un altro.

Cosa produrrebbe tutto ciò? Certamente un processo di riorganizzazione delle fonti su basi progressivamente sempre più corrette e pertinenti, scremando il lavoro dell'interprete da migliaia di connessioni terminologiche, e concentrandolo sulla predisposizione dei dati per l'apprendimento da parte del sistema, ed il perfezionamento costante dell'analisi linguistica²⁸.

E tuttavia, per quanto questo percorso di costante elaborazione di dati possa offrire basi di riferimento molto più precise e definite di quanto sia mai stato ottenuto nelle esperienze informatiche applicate alla ricerca romanistica, ci sarà sempre un momento in cui lo studioso avrà di fronte un materiale da valutare e collocare in una riflessione giuridicamente connotata, ed in cui sarà la sua sensibilità e il suo ingegno ad offrire una lettura ed una interpretazione dei dati. Così, il metodo estremamente formalistico dell'indagine preliminare sviluppata in un ambito di IA avrebbe un suo limite nel doversi fermare prima di questo insostituibile lavoro dello studioso.

Si aggiunga, tuttavia, che la progressiva evoluzione dell'autoapprendimento del sistema di IA utilizzato potrebbe anche superare questo steccato e incrociare dati storici e contenutistici delle fonti considerate per arrivare ad un risultato che potrebbe rivelarsi sorprendentemente completo. A quel punto le alternative per lo studioso sarebbero due: o ritenere concluso il proprio compito e dedicarsi ad altro, oppure leggere i dati offerti dal sistema in un quadro multidisciplinare e avanzato che, mettendo insieme competenze giuridiche e sensibilità culturale e storica, gli permetta di proporre interpretazioni complesse e aperte del 'giuridico' e delle sue fonti.

III. *Contro il metodo? Gabbie concettuali e percorsi epistemologici: dalla dispersione ad una ipotesi unificante*

Il titolo di questa breve riflessione riprende volutamente quello di un celebre

²⁸ Su questi profili mi permetto di rinviare a S. Randazzo, *Per una metastoria giuridica: norme, terminologia, simboli*, in *Legge, volontà e intelligenza artificiale: poteri, diritti, doveri e responsabilità*, a cura di F. Ricci, in corso di pubblicazione.

libro di Paul Karl Feyerabend, il cui sottotitolo è particolarmente rivelatore: *Abbozzo di una teoria anarchica della conoscenza*²⁹. Ma cosa può connettere il pensiero del massimo esponente dell'*Epistemological anarchism*, con le riflessioni sul diritto romano e sull'incidenza di esso sul diritto moderno?

E soprattutto perché, a differenza di Feyerabend, aggiungo un punto di domanda?

Nella sua bella prefazione al libro, il compianto Giulio Giorello osserva: «scrivere contro il metodo è, naturalmente, una provocazione. Il metodo è una delle più sicure conquiste della nostra tradizione». Non sarei altrettanto certo che nelle finalità di Feyerabend ci sia il desiderio di provocare, per riaffermare, mediatamente, la validità del metodo. Ma questa valutazione ci impegnerebbe in un campo, quello delle scienze dure, che non ci appartiene. E tuttavia, poco dopo, Giorello ricorda, riprendendolo letteralmente, un passaggio nodale del pensiero del filosofo austriaco: «l'idea di un metodo che contenga principi fermi, immutabili e assolutamente vincolanti come guida nell'attività scientifica si imbatte in difficoltà considerevoli quando viene messa a confronto con i risultati della ricerca storica. Troviamo infatti che non c'è una singola norma, per quanto plausibile e per quanto saldamente radicata nell'epistemologia, che non sia stata violata in qualche circostanza. Diviene evidente anche che tali violazioni non sono accidentali... al contrario... sono necessarie per il progresso scientifico»³⁰.

Nel linguaggio comune degli studiosi si è soliti fare riferimento al «rigore metodologico»³¹. Espressione che dunque segna una cesura fra studi in cui l'uso di una tale e non sempre oggettiva 'metodologia' sia rigoroso, e dunque pedissequamente rispondente ad una prassi scientifica ritenuta 'di riferimento', e studi in cui tale 'rigore' faccia difetto, determinando ciò una valutazione di superficialità di essi. Nulla di male in tutto ciò, posto che qualunque disciplina scientifica ha un

²⁹ Cito dalla decima ediz. ital. (Milano 2021) di *Against Method. Outline of an Anarchistic Theory of Knowledge*, a cura di L. Sosio, London - New York 1975.

³⁰ *Contro il metodo* cit. 21.

³¹ Così, in un documento online dell'Agenzia Nazionale per la Valutazione dell'Università e della Ricerca a cura di A. Celletti (https://www.anvur.it/wp-content/uploads/2021/03/VQR_Procedure_e_criteri_02032021.pdf), il «rigore metodologico», considerato come uno dei tre criteri (con l'originalità e l'impatto) cui si subordina la valutazione qualitativa dell'attività scientifica degli studiosi, è spiegato «come il livello al quale il prodotto presenta in modo chiaro gli obiettivi della ricerca e lo stato dell'arte nella letteratura, adotta una metodologia appropriata all'oggetto della ricerca e dimostra che gli obiettivi sono stati raggiunti». Una definizione in cui, a ben vedere, la metodologia riguarda più il «confezionamento» della ricerca (indicazione degli obiettivi da raggiungere, ricognizione dello stato dell'arte), che non l'uso di strumenti di indagine, che si indicano più limitatamente – ma direi anche giustamente – come «appropriati» all'oggetto della ricerca. Dunque, il richiamo è alla singola ricerca e non già ad una metodologia invalsa nel settore disciplinare di riferimento, cosa che mi sembra del tutto condivisibile.

range di riferimenti metodologici cui ancorare i propri parametri valutativi.

E tuttavia nelle scienze sociali, e nella storia giuridica in particolare, l'analisi del dato oggetto primario della riflessione dello studioso – nel nostro caso le fonti – è caratterizzato da diversi livelli e prospettive di indagine, che possono ricorrere o meno nel singolo caso. Per cui, se è evidente come l'esegesi del testo sia il primo passaggio da compiere, lo sviluppo dell'analisi di esso passa poi attraverso valutazioni in cui si intrecciano variamente saperi e sensibilità specifiche, riguardanti il contesto storico, economico e sociale, contesto decodificato non solo grazie al diritto, ma anche alla letteratura, alla filologia, alla semantica. Dunque, il dato di base, la fonte, non può che essere letto combinando variamente questi saperi in funzione della peculiarità dell'oggetto dell'indagine. E ciò accogliendo comunque quelle variabili soggettive costituite dalla sensibilità dell'interprete, dalla sua percezione del dato normativo e, non meno rilevante, dalla sua fantasia o, meglio, delle sue emozioni³².

Sovviene l'approccio con cui Riccardo Orestano, nella sua *Prefazione* agli scritti di Luigi Raggi, ribalta del tutto la prospettiva metodologica negli studi romanistici, su due piani, anzitutto spostando l'accento dal «metodo» ai «metodi»³³, e connettendo questi ultimi, in linea col pensiero del suo allievo, prematuramente scomparso, ai giuristi romani. Per cui l'osservazione va rivolta ad un «problema dei metodi, spiegato come problema delle categorie logiche attraverso le quali la giurisprudenza romana, vista nei singoli giuristi, opera, e in definitiva problema degli schemi logici entro cui si cala e si forma il pensiero giuridico romano»³⁴.

³² Nel senso in cui ne parla Ramsay MacMullen nell'intervista che ho avuto il privilegio di raccogliere dal grande storico statunitense, recentemente scomparso: S. Randazzo, *Ancient history, law and emotions. An interview with Ramsay MacMullen*, in *LR* 7, 2018, 1 ss.

³³ M. Campolunghi e S.A. Fusco, *Prefazione* cit. 16 s., seguiti da Calore, *Luigi Raggi, Il metodo della giurisprudenza romana*, Torino 2007, 79, attribuiscono il singolare del titolo dell'opera di Raggi ad una scelta di Orestano, intervenuta al momento della pubblicazione degli *Scritti*. Tuttavia, a mio avviso, il plurale sembra avere qui un valore generalizzante, ma non 'unificante', non foss'altro perché una tale prospettiva sarebbe distante sia dai caratteri fondamentali del pensiero di Raggi, che da quello dello stesso Orestano. La mia impressione è che il carattere unificante derivante dall'appartenenza ad un comune ambiente politico e sociale, da cui sembra scaturire il concetto derivato di 'ceto' dei giuristi, venga, più o meno consapevolmente, esteso alla metodologia utilizzata, attribuendo ad essa una unitarietà, che in questi termini può apparire forzante, pur essendo possibile pensare ad una certa 'omogeneità' di approccio al 'giuridico', comprensibile in un ambito circoscritto di indagine, quale è quello coltivato dai giuristi romani. Omogeneità che la scelta del singolare 'metodo' rivelerebbe, senza che ciò equivalga ad una massimizzazione di metodi in un'unica e onnicomprensiva metodologia tecnica, che non sembra possa intravedersi, quantomeno in questi termini.

³⁴ *Prefazione* a L. Raggi, *Scritti*, in R. Orestano, *Scritti I*. Saggistica, Napoli 1998, 1701. Riprendo la citazione dalla bella *Prefazione* di Maria Campolunghi e Sandro-Angelo Fusco a L. Raggi, *Il metodo* cit., 17. Sulla figura di Luigi Raggi, brillante allievo di Orestano e autore di pagine di estremo interesse, cfr. l'illuminante 'cameo' di A. Guarino, *Luigi Raggi*, in *Labeo* 21, 1975, 293 s.,

Il problema dei ‘metodi’ dei giuristi romani, appunto, diventa il vero riferimento della nostra riflessione sul ‘metodo’ per accedere alla loro dimensione scientifica, ed al loro ruolo, in una prospettiva unificante, in cui l’oggetto dell’indagine dà forma e coerenza al modo in cui condurre l’indagine stessa, dunque con una intrinseca variabilità e flessibilità di approccio che è espressione diretta del variare dell’oggetto dell’analisi, sia che si guardi al ‘fatto’, sia che si guardi alla ‘regola’.

Una tale metodologia, inevitabilmente ‘aperta’, di indagine deve fare i conti con un dato elementare e oggettivo, ovvero che il giurista, qualunque giurista, anche se opera in un sistema aperto alla sua funzione creatrice, come nel caso dei giuristi romani, deve muoversi all’interno delle logiche del sistema, logiche che superano le individualità, assorbendone il loro ruolo e adattandone il contributo alle esigenze del sistema. Così, parlare di ‘metodo casistico’ dei giuristi romani, come è comune fra gli studiosi³⁵, non sembra del tutto calzante sul piano definitorio, in quanto l’approccio casistico non è scelto dal giurista, ma è espressione del sistema, che essendo privo di norme generali ed astratte impone di fare riferimento ai singoli casi posti dalla prassi all’attenzione del giurista, il cui ‘metodo’ diventa, per ciò stesso, obbligatoriamente casistico e, come tale, privo – direi fisiologicamente privo – di pretese generalizzanti.

Questo ci spinge a relativizzare l’idea di un metodo come espressione di scelte scientifiche predeterminate e rigorosamente applicabili all’agire del giurista, la cui

nonché A. Lovato, *Storicità del diritto e ‘ius controversum’ nella riflessione di Orestano e di Raggi*, in A. Schiavone (a c. di), *Giuristi romani e storiografia moderna. Dalla ‘Palingenesia iuris civilis’ agli ‘Scriptores iuris Romani’*, Torino 2017, 73 ss., e A. Calore, *Luigi Raggi: crisi ed innovazione negli studi del diritto romano*, in *BIDR*. 112, 2018, 61 ss. (quest’ultimo con speciale riferimento alla fondamentale analisi delle influenze del pensiero di Karl Marx nell’elaborazione del pensiero ‘romantico’ di Raggi e delle sue proposte metodologiche). Mi sono confrontato con il pensiero di Raggi già al tempo della redazione della mia Tesi di laurea, dedicata all’appello, studiando il suo brillante contributo sulla *restitutio in integrum* (*La restitutio in integrum nella cognitio extra ordinem. Contributo allo studio dei rapporti tra diritto pretorio e diritto imperiale in età classica*, Milano 1965), e apprezzando la carica di innovatività presente in quel lavoro in cui il giovane romanista abbandonava coraggiosamente il ricorrente assioma della continuità dei processi evolutivi degli istituti giuridici romani. Nonostante un qualche appesantimento ideologico, frutto di un costante riferimento ad un diritto romano-borghese, che pervade fortemente il pensiero ‘antisistemico’ (come bene lo definisce Calore, *Luigi Raggi* cit. 79) dello studioso, l’originalità dell’approccio al rapporto fra storia e diritto, mi ha costantemente fatto pensare che molto dello studio del diritto romano avrebbe avuto un diverso sviluppo se Raggi non fosse immaturamente scomparso, a soli 38 anni. Un’opinione che coincide con quella di A. Schiavone, *La storia del diritto romano*, in *Enciclopedia Italiana Treccani*, VIII appendice. *Il contributo italiano alla storia del pensiero giuridico*. Diritto, 2012, 734 ss. che riprendo dallo scritto di Calore (*op. ult. cit.*, 61): «pesò poi [...] una morte precoce, quella di Luigi Raggi, allievo innovativo e brillante di Orestano, che si era reso conto in breve di molte cose».

³⁵ Per tutti v. L. Vacca, *Metodo casistico e sistema prudenziale*, Padova 2006.

libertà di analisi è una conseguenza della varietà dei casi e dunque della varietà delle soluzioni proponibili, una libertà che apre la strada alla ‘controversialità’, mantenendosi, come è stato osservato, «in continua tensione verso ragionamenti più stringenti, verso soluzioni più coerenti con la trama complessiva del ‘sistema’»³⁶. Ma, ed è questo il punto nodale, c’è un ‘sistema’ cui fare riferimento, o il sistema – proprio grazie alla controversialità ed allo spazio del «*dubium*»³⁷, sia pure confinato alla sfera residuale del ragionamento logico-ricostruttivo dei giuristi³⁸ – è tale solo nella nostra sensibilità, che rimane ancorata all’idea di un apparato organico di regole, quale sarà la compilazione giustiniana, ed oggi i nostri codici?

Questa linea di differenziazione aiuta a cogliere l’essenza dell’espressione *regula* e la sua diversità dal concetto, proprio del linguaggio comune, di precetto, di «formula che indica e prescrive ciò che deve farsi in determinati casi»³⁹. Così come il ‘regolo’, l’assicella utilizzata per tracciare linee diritte, non incide sul materiale che utilizza, ma serve a dare ordine ‘geometrico’ al procedimento finalizzato alla realizzazione di un manufatto, la nostra *regula* non è produttiva di precetti, ma è ricognitiva – nonché semplificativa⁴⁰ – di essi, nel senso tracciato da Paolo:

D. 50.17.1 (Paul. 16 *ad Plaut.*): *Regula est, quae rem quae est breviter enarrat. Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat. Per regulam igitur brevis rerum narratio traditur, et, ut ait Sabinus, quasi causae coniectio est, quae simul cum in aliquo vitiata est, perdit officium suum*⁴¹.

Ebbene, se tutto ciò è vero, le *regulae*, come prodotto dell’elaborazione giurisprudenziale⁴², rimangono espressione di percorsi scientifici, che nel loro af-

³⁶ Così L. Solidoro, *Prolegomeni alla lettura della casistica romana*, in L. Solidoro, M. Scognamiglio, P. Pasquino (a c. di), *Il diritto romano caso per caso*, Torino 2018, 4.

³⁷ *Dubium* che è la cifra stessa del valore scientifico del pensiero dei giuristi romani, nel senso sottolineato da Plinio il giovane che, riferendosi ad Aristone «*quam peritus ille et privati iuris et publici*», ne sottolineava al contempo come «*plerumque haesitat, dubitat diversitate rationum*», *Epist.* 1.22.2-3.

³⁸ Nel senso suggestivamente messo in luce da M. Bretone, *Ius controversum nella giurisprudenza classica*, in *Atti della Accademia nazionale dei Lincei* 23.3, serie IX, Roma 2008, 755 ss., su cui cfr. il sensibile commento di R. Ruggiero, *Il sogno nel cassetto del giurista. «Ius controversum» in una recente memoria lincea*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica* 40.1, 2010, 3 ss.

³⁹ S.v. *Règola*, in *Treccani.it*, Vocabolario Treccani *on line*, Roma, Istituto dell’Enciclopedia Italiana.

⁴⁰ Cfr. A. Corbino, *Caso, diritto e regula. Limiti della funzione normativa del caso deciso nella visione romana*, in *RIDA*, 56, 2014, 5 ss.

⁴¹ La letteratura su questo passo è ampia. Mi limito a ricordare C.A. Cannata, *Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat: alcune osservazioni su di un passo del Digesto (Paul. D. 50.17.1)*, in *Nomen Latinum. Mélanges André Schneider*, Geneve 1997, 125 ss.

⁴² Cfr. al riguardo le importanti osservazioni storico-ricostruttive di V. Giuffrè, «*Regulae iuris*» e metodi della «*scientia iuris*». *Prospettive di approfondimenti*, in *QLSD*, 5, 2015, 11 ss.,

finarsi diventano sempre più suscettibili di un'utilizzazione ripetuta se ritenuti produttivi di risultati apprezzati⁴³, ma sempre e costantemente nell'ambito di quanto può darsi in un sistema casistico, in sé provvisorio e 'fisiologicamente' mutevole. Mutevolezza composta, tuttavia, dalla consapevolezza che ogni problema socioeconomico può avere una soluzione giuridica adeguata, nel senso di funzionale rispetto al risultato atteso.

Per questa via il nostro approccio analitico alla grande esperienza giuridica romana non può che riflettere una tale provvisorietà e mutevolezza, richiedendo tecniche di approccio in qualche misura coerenti con l'oggetto dell'analisi, mutuando specularmente da questo un metodo cangiante e adattabile. Un metodo, dunque, intrinsecamente discontinuo, sul piano epistemologico⁴⁴, pronto a recepire e dismettere elementi utili per l'individuazione del dato normativo frutto dell'elaborazione dei giuristi romani, e dunque 'aperto' alla disomogeneità ed all'incertezza, che connotano il diritto e le sue soluzioni negli stessi termini in cui connotano i fatti della vita che quel diritto aspira a disciplinare.

Salvo Randazzo
Università Bari LUM
randazzo@lum.it

e la ricognizione di fonti e problemi sviluppata di L. Di Cintio, *'Ordine' e 'ordinamento'. Idee e categorie giuridiche nel mondo romano*, Milano 2019, ed ivi 13 nt. 2 per ampia lett., nonché A. Palma, *Il luogo delle regole: riflessioni sul processo civile romano*, Napoli 2016.

⁴³ Nel senso in cui ne parla, ad es., M. Miglietta, *Giurisprudenza romana tardo repubblicana e formazione delle 'regulae iuris'*, in *Sem. Compl.* 25, 2012, 188 ss., 227 s.; nonché *'Servius respondit'. Studi su metodo e interpretazione nella scuola giuridica serviana I. 'Prolegomena'*, Trento 2010, 73 s.

⁴⁴ Solo parzialmente nel senso proprio dell'epistemologia storica, caratterizzata dal concetto di discontinuità come «rottura epistemologica»: cfr. M. Vagelli, *Che cos'è l'epistemologia storica?*, in *Episthist*, 5 maggio 2020: <https://doi.org/10.58079/ogzp>, posto che la discontinuità, nella sua intrinseca incertezza e provvisorietà, mi sembra sia concetto più consono alla lettura di un fenomeno storico-giuridico qual è il diritto romano, rispetto all'invalso concetto di «rottura» epistemologica, che rischia di produrre segmenti autonomi di assolutezza epistemologica, fra loro non comunicanti e dunque moltiplicando, come fossero monadi concettuali, sezioni epistemologiche autonome e artificiali, con l'effetto di riprodurre, seppure su basi minori, le medesime massimizazioni storiche contro cui si reagisce.

Qualche considerazione, preliminare a ogni discussione sul metodo

Non esiste comunità scientifica, specialmente (ma non solo) fra le cosiddette ‘scienze umane e sociali’, che non senta l’esigenza di interrogarsi di frequente sul proprio metodo scientifico. Per certi versi, è proprio la riflessione relativa al metodo che attesta la scientificità di una disciplina.

Gli studiosi delle nostre materie – e con ciò faccio riferimento alla storia del diritto antico in genere – si sono esercitati ampiamente in questa nobile arte non senza, peraltro, spunti polemici. Basterà qui ricordare, per lo studio del mondo ellenico, la discussione su unità o pluralità: diritto greco o diritti greci. Per quanto riguarda invece l’analisi del diritto romano, si pensi invece alla contrapposizione fra approccio dogmatico e sistematico e indagine storica. Si tratta solo di un paio di esempi, che non esauriscono in alcun modo la vastità e la complessità di un ‘discorso sul metodo’ che si prolunga da tanto e tempo e che auspicabilmente continuerà a dispiegarsi in futuro.

Ciò premesso, non posso nascondere un qualche imbarazzo nel momento in cui mi accingo ad affrontare un discorso ‘sul metodo’ non già a partire da riflessioni elevate sulle nostre discipline, bensì da considerazioni, mi si passi il termine, molto terra-terra sul mondo nel quale ci è toccato di vivere.

Sono convinto, infatti, che non abbia senso alcuna riflessione di metodo che prescindia da un’analisi (o almeno dalla conoscenza) dell’ecosistema all’interno del quale operano studiosi e ricercatori. Allo stesso tempo, sono convinto che l’ecosistema italiano della ricerca debba essere analizzato e – passatemi il termine – valutato, nella speranza che prima o poi si possano adottare dei correttivi, sperabilmente prima che sia troppo tardi.

È da più di un decennio che mi occupo, sia pure in modo per così dire amatoriale, di scientometria e di regolazione del sistema universitario e della ricerca, sia attraverso la co-gestione un blog fondato con un gruppo di colleghi appartenenti ad altre discipline¹, sia attraverso qualche scritto su riviste non giusanti-chistiche. Spero, in questa occasione, di non ripetere solo cose già dette molte volte in passato, ma di richiamare l’attenzione del lettore su alcuni più recenti – e allarmanti - sviluppi.

In primo luogo, vorrei però ribadire, ancora una volta, la forte preoccupazione per il destino della nostra ricerca, nella speranza che – prima o poi – qualcuno, fra

¹ www.roars.it.

i decisori politici, voglia adottare delle misure correttive. Il punto di svolta, per il discorso che tenterò di svolgere, è rappresentato dalla l. 240/2010, a tutti nota come Riforma Gelmini. È inutile, in questa sede, ribadire i difetti del provvedimento, confuso, farraginoso, dipendente da decine di decreti attuativi e, in generale, carente sotto tutti i profili sia della tecnica legislativa che della buona amministrazione, oltre che lesiva del principio dell'autonomia universitaria². Al di là di ciò, è invece utile sottolineare come con l'art. 16 di tale Riforma sia stata istituita l'abilitazione scientifica nazionale (comunemente nota come ASN) che – nelle intenzioni del legislatore di allora – doveva assicurare un regime di reclutamento che impedisse di trovarsi, si disse allora, con «l'ordinario a fine carriera che non ha mai scritto una riga in vita sua», e che stroncasse «il servilismo accademico» e le «baronie» - sono tutte citazioni dal dibattito in Senato di allora che prendo a prestito da Mauro Moretti³.

Come Moretti, neppure io muovo da una presunzione di innocenza del sistema di allora, ma mi chiedo se, alla fine, abbiamo ottenuto un miglioramento della ricerca o non piuttosto, una sofisticata cosmesi. In ogni caso, l'articolo 16 della riforma demandava a norme regolamentari la definizione dei «criteri e parametri» per l'attribuzione dell'ASN. In prima battuta (siamo nel 2012), il regolamento ministeriale, insieme all'Agenzia Nazionale di Valutazione (ANVUR), individuò come parametro per il conseguimento dell'abilitazione il superamento di mediane calcolate su dati bibliometrici: anche citazionali, per i settori impropriamente definiti come bibliometrici, o grezzi, per numero e tipologia di pubblicazione, per i settori cosiddetti non bibliometrici.⁴ Non voglio entrare ora nella discussione circa il (pessimo) marchingegno che fu escogitato con le cosiddette liste di riviste scientifiche e 'di fascia A' che sono tuttora di competenza di ANVUR. Per quanto riguarda, invece, le mediane, ricordo solo che esse furono una enorme fonte di problemi: i dati su cui vennero calcolate non erano sufficientemente robusti, producevano effetti paradossali (più difficili da superare nei settori più produttivi e viceversa), e sarebbero ovviamente state destinate a una crescita *ad infinitum*, all'adeguarsi dei comportamenti dei ricercatori delle varie discipline alla nuova normativa. Oltre a tutto ciò, vi era anche

² La bibliografia sul punto sarebbe vastissima; mi limito a segnalare alcuni contributi che ritengo di particolare rilevanza, ossia C. Barbati, *Il sistema delle autonomie universitarie*, Torino 2019; Id., *Il governo del sistema universitario. Soggetti in cerca di un ruolo*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* 2, 2014, 337 ss.; G. Viesti (a c. di), *Università in declino. Un'indagine sugli atenei da Nord a Sud*, Roma 2016.

³ Intervento al secondo convegno ROARS, Roma – CNR (2014), disponibile a questo indirizzo: <https://www.roars.it/lordinario-a-fine-carriera-che-non-ha-mai-scritto-una-riga-in-vita-sua-lintervento-di-mauromoretti-al-secondo-convegno-roars/>.

⁴ Sulla prima versione dell'ASN si veda F. Carinci, M. Brollo (a c. di), *Abilitazione scientifica per i professori universitari*, Milano 2013.

un rischio non piccolo di contenzioso. Contenzioso – peraltro – che aveva un potenziale travolgente e che avrebbe vanificato i vantaggi, per questo profilo, di una procedura abilitativa al posto di una comparativa⁵.

Accade così che, nel 2016, il successivo decreto ministeriale veda la scomparsa delle mediane, sostituite da «indicatori». Come tali indicatori – il cui calcolo spetta ad ANVUR – siano stati computati, è un mistero: nell'usuale mancanza di trasparenza che caratterizza l'Agenzia, tutt'ora è impossibile sapere quale criterio sia stato adottato per la definizione delle soglie. Del resto, questa reticenza si spiega facilmente, se si pone ancora una volta mente al potenziale contenzioso, qualora dovessero emergere anomalie nelle operazioni di calcolo. Personalmente ritengo che gli indicatori siano ancora calcolati sulla base di un qualche aggiustamento delle mediane, ma la mia non può essere più di una scommessa. Al di là di tutto ciò, l'introduzione prima delle mediane e poi degli «indicatori» ha comportato una significativa svolta quantitativa del reclutamento e delle progressioni accademiche. Ciò è accaduto a dispetto di una vasta letteratura scientifica internazionale che mette in guardia sul ricorso a parametri quantitativi e bibliometrici nel reclutamento, per gli effetti distorsivi che ne possono derivare. È ben noto che un sistema di incentivi e disincentivi mal congegnato rischia infatti di favorire non solo comportamenti opportunistici, ma perfino fraudolenti⁶.

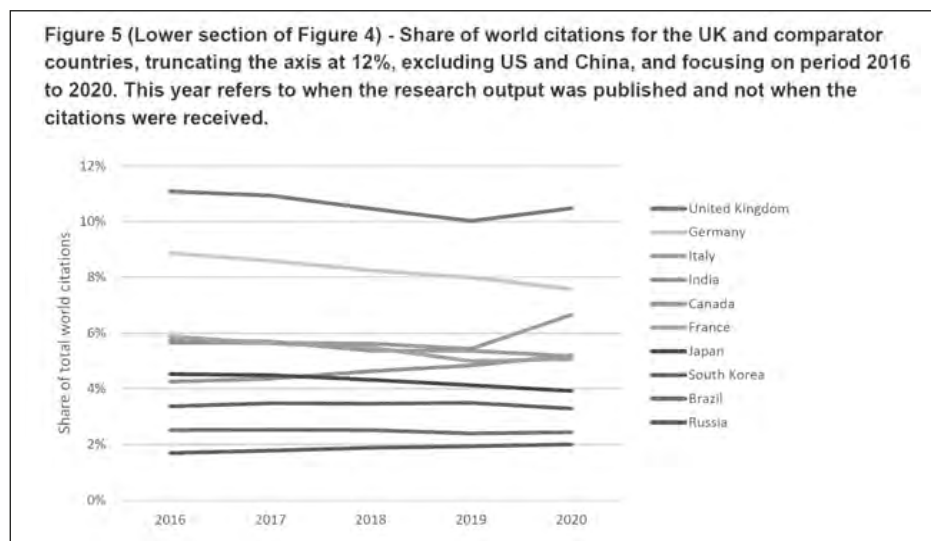
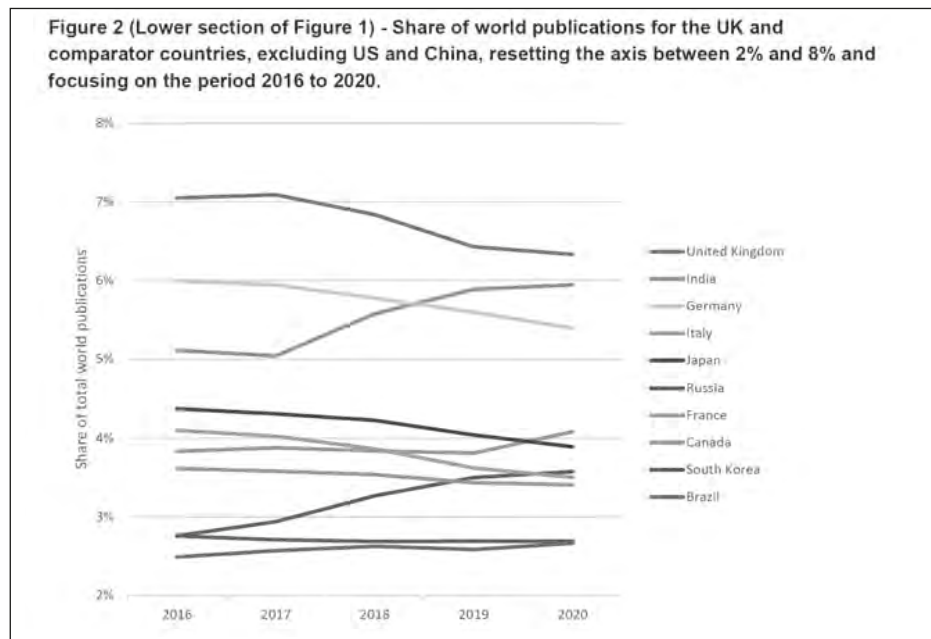
Comunque sia, nel secondo *Rapporto sullo stato dell'università italiana* (2018), ANVUR cantava vittoria: «la cura è stata efficace, la crescita della produzione scientifica del nostro paese è stata maggiore della media mondiale». «La produttività scientifica italiana sopravanza quella di Francia e Germania», proclamava, novello generale Diaz, l'Agenzia⁷. Tra l'altro, alcune conferme a

⁵ A. Bellavista, *Il reclutamento dei professori e dei ricercatori universitari dopo la 'Legge Gelmini'*, in *Rivista AIC* 3, 2012, 3 ss.; G. De Nicolao, *Le mediane suicide delle abilitazioni scientifiche nazionali*, in *Federalismi* 16, 2012; A. Banfi, *Aspetti problematici del reclutamento accademico in Italia*, in R. Cavallo Perin, G.M. Racca, C. Barbati (a c. di), *Il reclutamento universitario in Europa*, Napoli 2016, 27 ss.; A. Banfi, *L'abilitazione scientifica nazionale: un edificio fragile, alla prova del giudice*, in *Giornale di Diritto Amministrativo* 5, 2015, 605 ss.; F. De Leonardis, *L'abilitazione scientifica nazionale: il contributo del giudice amministrativo*, in *Munus* 3, 2016, 715 ss.

⁶ M.A. Edwards, S. Roy, *Academic Research in the 21st Century: Maintaining Scientific Integrity in a Climate of Perverse Incentives and Hypercompetition*, in *Environmental Engineering Science* 34, 2017, 51 ss.; L. Butler, *Modifying publication practices in response to funding formulas*, in *Research Evaluation* 12, 2003, 39 ss.; L. Butler, *What happens when funding is linked to publication counts?*, in H.F. Moed, W. Glänzel, U. Schmoch, (a c. di), *Handbook of Quantitative Science and Technology Research*, Dordrecht 2005, 389 ss. Sul punto sono intervenuto anche io nel 2014, A. Banfi, *Impatto nocivo. La valutazione quantitativa della ricerca e i possibili rimedi*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* 2, 2014, 361 ss.

⁷ *Rapporto biennale sullo stato dell'università e della ricerca*, 2018, 468. Il rapporto è disponibile sul sito dell'Agenzia.

giustificazione di tanto entusiasmo parevano venire dall’ambiente internazionale. Lo stesso Regno Unito, nei periodici rapporti BEIS, riconosceva la «scalata» italiana alle classifiche internazionali⁸.



⁸ <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/628cd2828fa8f55615524e8c/international-comparison-uk-research-base-2022-accompanying-note.pdf>.

A dire il vero, già in precedenza la produzione scientifica italiana era tutt'altro che trascurabile, e comunque in linea con le dimensioni del Paese e della sua economia⁹. Il punto, tuttavia, è che a dispetto delle dichiarazioni dell'allora Presidente di ANVUR («la valutazione migliora l'università»),¹⁰ ci sono buone ragioni per sospettare della genuinità di quello che è stato ironicamente definito come il nuovo «miracolo italiano»¹¹.

Partirò dai cosiddetti settori 'bibliometrici', dove la ampia disponibilità dei dati facilita la loro analisi. Alcuni amici e colleghi si sono recentemente proposti di verificare la bontà del 'miracolo' costruendo e applicando un nuovo, ingegnoso, indicatore citazionale. Come è noto, le citazioni dovrebbero essere una misura di 'impatto'¹²; ma come valutare se tale impatto è reale o artificioso? Chiarisco subito che con 'artificioso' faccio riferimento al cosiddetto *citation gaming*, ossia il gioco di scambi di citazioni, anche non pertinenti, fra colleghi compiacenti, intenti a gonfiare i propri indicatori o gli indicatori delle riviste sulle quali pubblicano. Ricordo anche che tali indicatori sono divenuti determinanti per avanzamenti di carriera e reclutamento, oltre che per svolgere le funzioni di commissario ASN, di coordinatore o di componente di collegio di dottorato. Alla luce di ciò, come misurare l'eventuale presenza di comportamenti non etici? Si potrebbe farlo verificando l'autoreferenzialità delle citazioni.

Partiamo dal grado massimo di autoreferenzialità: le autocitazioni. Seeber, Cattaneo, Meoli e Malighetti¹³ hanno dimostrato l'uso delle autocitazioni «*as strategic response to the use of metrics for career decisions*». Cito dal loro abstract: «*We find that the introduction of a regulation that links the possibility of career advancement to the number of citations received is related to a strong and significant increase in self-citations among scientists who can benefit the most from increasing citations, namely assistant professors, associate professors and relatively less cited scientists*».

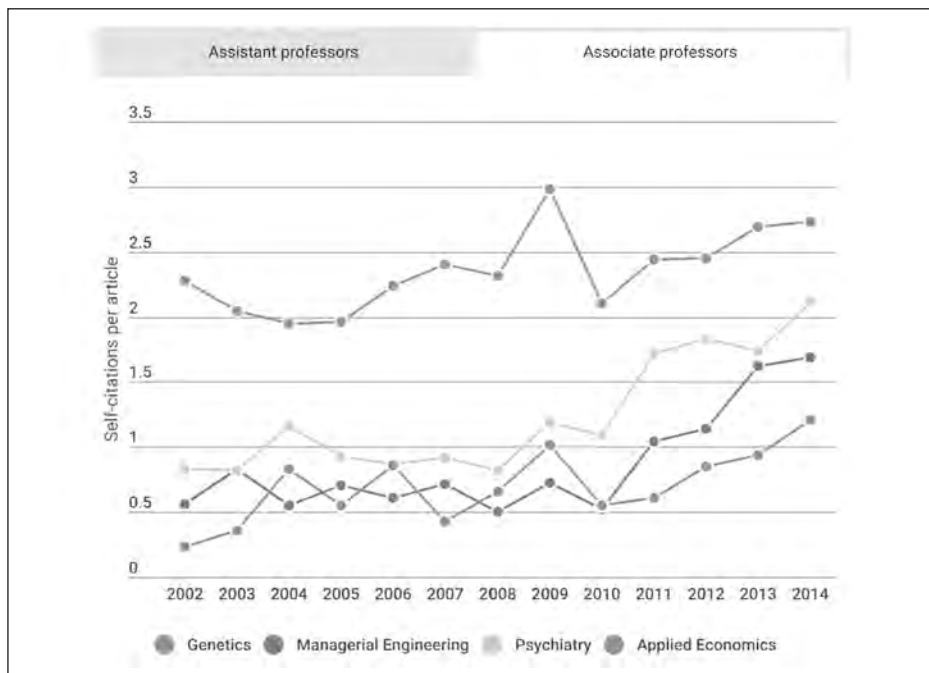
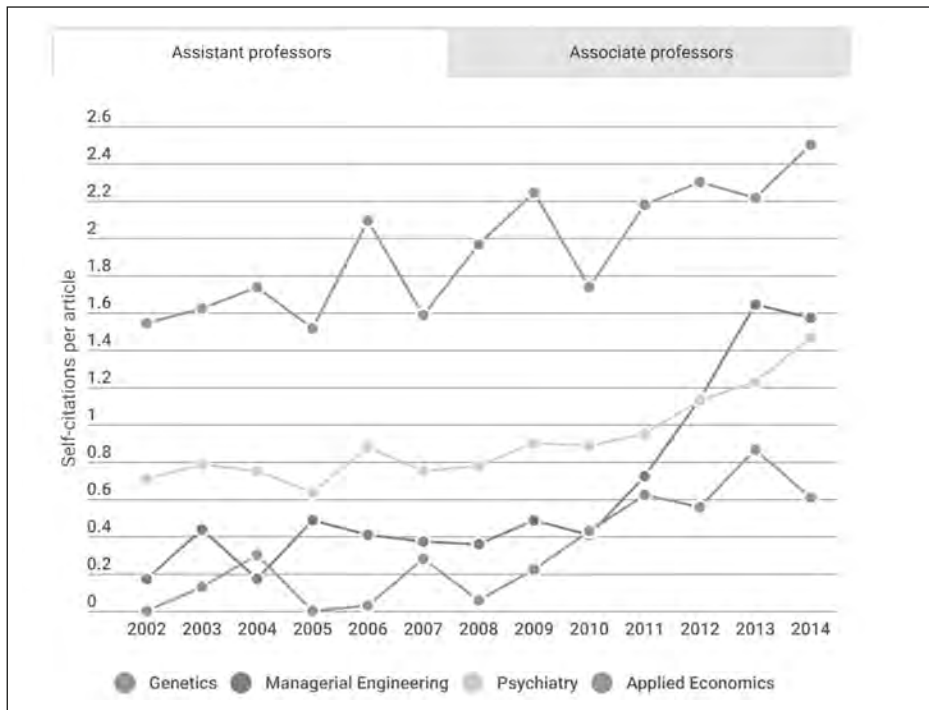
⁹ D. Bellani, S. Colombo, *Una produttività insoddisfacente?*, in M. Regini (a c. di), *Malata e denigrata. L'università italiana a confronto con l'Europa*, Roma 2009, 33 ss.

¹⁰ A. Graziosi, Intervista a *Il sole 24 ore*, 9 maggio 2016.

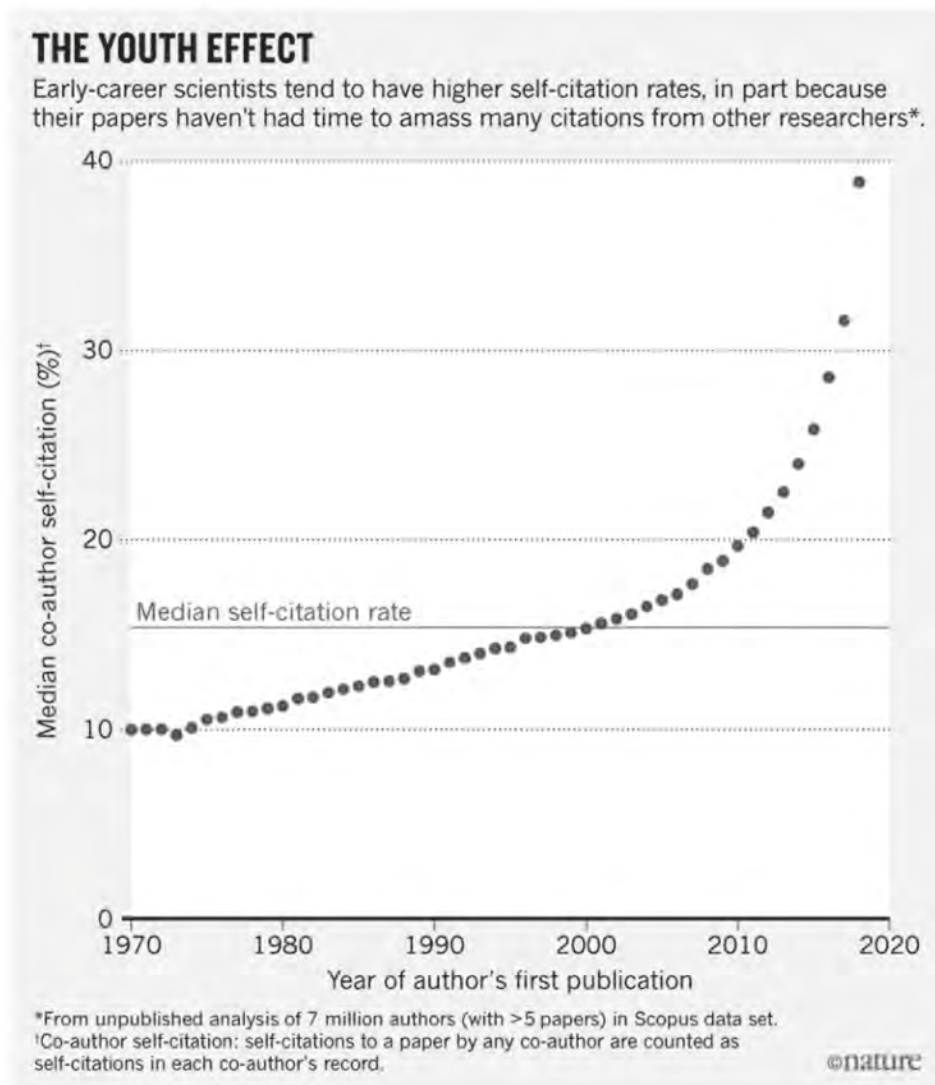
¹¹ A. Baccini, *Intervento al terzo convegno Roars*, Trento 2023 (<https://www.roars.it/alberto-baccini-15-anni-di-riforme-nelluniversita-italiana/>).

¹² In realtà si tratta di un assunto discutibile (e discusso), ma non è questa la sede dove discuterne. Mi permetto di rinviare a A. Banfi, G. De Nicolao, *Valutare senza sapere. Come salvare la valutazione della ricerca in Italia da chi pretende di usarla senza conoscerla*, in *Aut Aut* 360, 2013, 43 ss.

¹³ M. Seeber, M. Cattaneo, M. Meoli, P. Malighetti, *Self-citations as strategic response to the use of metrics for career decisions*, in *Research Policy* 48, 2019, 478 ss.



Questo studio, peraltro, copre il periodo 2002-2014; sono abbastanza sicuro che, se i calcoli fossero rifatti oggi, mostrerebbero un fenomeno ancora più marcato. D'altro canto, è significativo come il fenomeno sia più marcato soprattutto fra i più giovani, ossia coloro che vanno costruendo la propria carriera accademica e scientifica, come mostra un altro studio pubblicato da *Nature*¹⁴:



¹⁴ R. Van Noorden, D. Singh Chawla, *Hundreds of extreme self-citing scientists revealed in new database*, in *Nature* 572, 2019, 578 ss.

È possibile, però, andare oltre, costruendo un più comprensivo indicatore di autoreferenzialità della ricerca (*inwardness*), ossia misurando quanto le citazioni provengono dallo stesso paese; in altri termini: quanto tali citazioni siano significative in termini di impatto internazionale o locale della ricerca. Lo studio in materia di Baccini, De Nicolao e Petrovich, apparso su *PLOSone* nel 2019¹⁵ ha avuto, quello sì, un vastissimo impatto, essendo stato ripreso da *Nature*¹⁶, da *Science*¹⁷ e anche da organi di stampa generalisti come *Le Monde*¹⁸. Cito dalle conclusioni di questo importante studio: «*In this paper, we contributed to the empirical study of the constitutive effects that indicator-based research evaluation systems have on the behavior of the evaluated researchers. By focusing on the Italian case, we investigated how the Italian scientific community responded, at the national level, to the introduction of a research evaluation system, in which bibliometric indicators play a crucial role. Our results show that the behavior of Italian researchers has indeed changed after the introduction of the evaluation system following the 2010 university reform. Such a change is visible at a national scale in most of the scientific fields. The comparative analysis of the inwardness indicator showed that Italian research grew in insularity in the years after the adoption of the new rules of evaluation. While the level of international collaboration remained stable and comparatively low, the research produced in the country tended to be increasingly cited by papers authored by at least an Italian scholar*»¹⁹. Il grafico che segue illustra efficacemente il fenomeno ed è interessante notare il momento in cui inizia a manifestarsi in Italia (IT). Il confronto è impressionante specie se si prende in considerazione il Regno Unito (GB) come riferimento: si tratta proprio del momento in cui viene approvata la l. 240/2010 e introdotto il sistema dell'ASN.

Prima di passare alle nostre discipline desidero ora menzionare un altro studio di Baccini e Petrovich del 2023 in tema di autocitazioni, perché credo sia utile ai fini dell'economia complessiva del mio discorso²⁰. Nella loro analisi

¹⁵ A. Baccini, G. De Nicolao, E. Petrovich, *Citation gaming induced by bibliometric evaluation: A country-level comparative analysis*, in *PLOS-ONE* 9, 2014, <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0221212>.

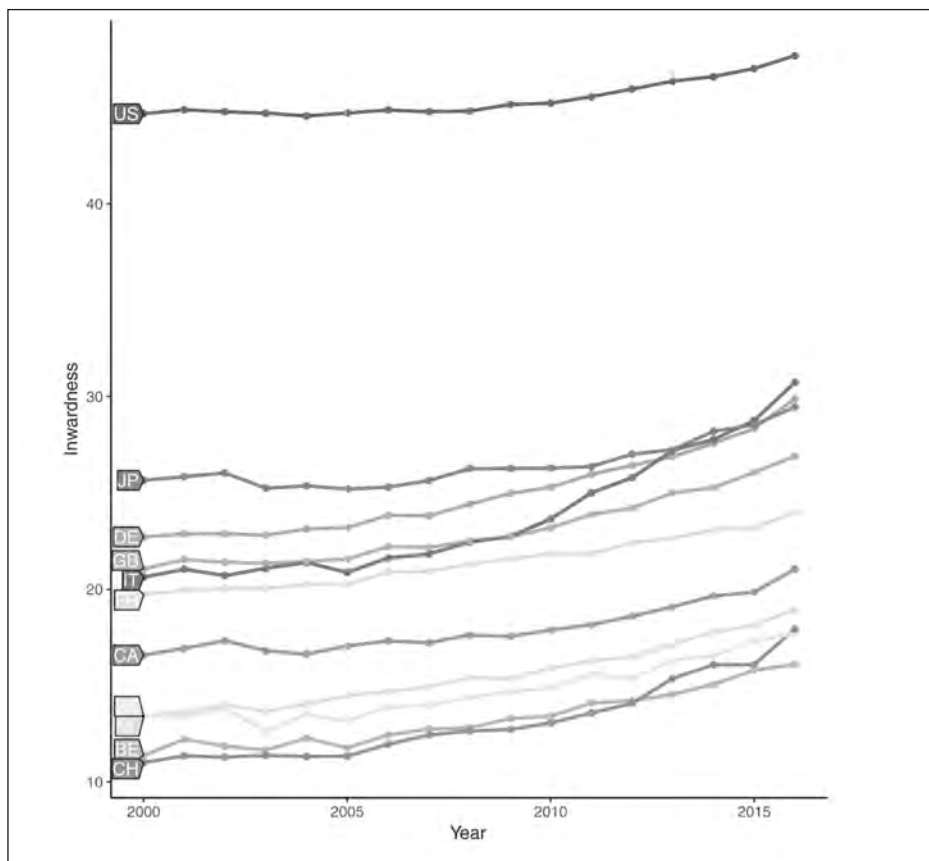
¹⁶ R. Van Noorden, *Italy's rise in research impact pinned on 'citation doping'*, in *Nature* 13 settembre 2019, <https://doi.org/10.1038/d41586-019-02725-y>.

¹⁷ G. Guglielmi, *Clubby and 'disturbing' citation behavior by researchers in Italy has surged*, in *Science* 11 settembre 2019, <https://doi.org/10.1126/science.aaz4708>.

¹⁸ S. Huet, *Le Monde*, 25 settembre 2019.

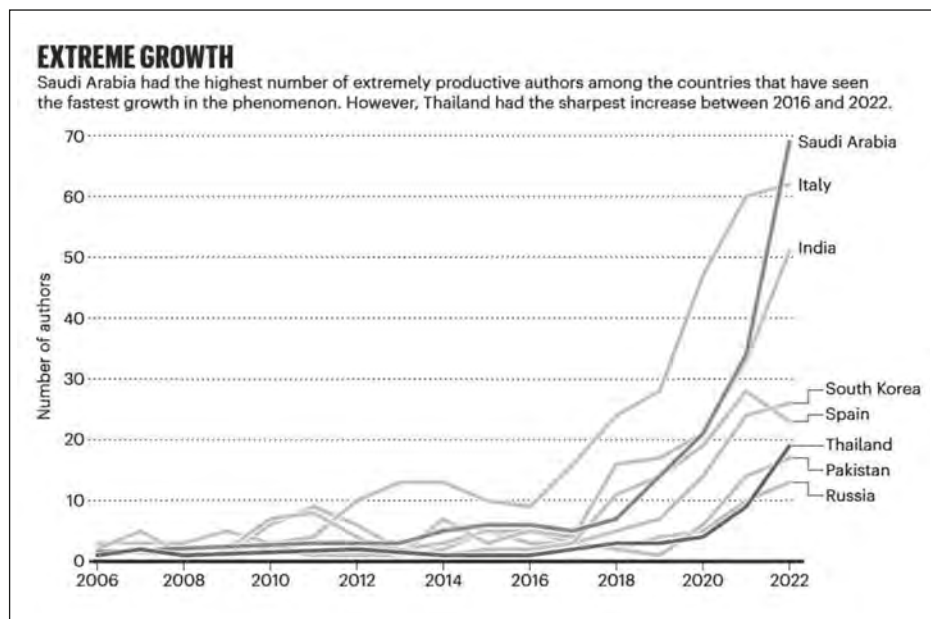
¹⁹ Sul punto cfr. anche L. Guerra, *Citation metrics and strategic mutations of scientific research: narratives and evidence*, in *JLIS.it*, 15, 2024, <https://doi.org/10.36253/jlis.it-538>.

²⁰ A. Baccini, E. Petrovich, *A global exploratory comparison of country self-citations 1996-2019*, in *PLOS-ONE* 18, 2023, <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0294669>.



dei comportamenti auto-citazionali su scala multinazionale, gli autori osservano come nella maggioranza dei paesi avanzati il fenomeno sia in decrescita, mentre esso mantiene un andamento anomalo in alcuni paesi emergenti o para-emergenti (ad es. Arabia Saudita, Colombia, Romania, Pakistan, ecc.). Oltre, naturalmente all'Italia. Sono del tutto concorde con le conclusioni degli autori, secondo i quali queste anomalie sono il frutto di scelte aggressive in tema di politica della ricerca, scelte che peraltro sono del tutto coerenti con buona parte della politica economica nazionale degli ultimi governi: basse retribuzioni, scarse tutele, scarso valore aggiunto della produzione. L'Italia si sta su tutti i fronti candidando a esser parte – e a fare concorrenza – ai paesi emergenti, come ben dimostra anche il grafico seguente, relativo alla “iper-produttività” dei ricercatori²¹:

²¹ G. Conroy, *Surge in number of 'extremely productive' authors concerns scientists*, in *Nature* 625, 2024, 14 ss.



Peraltro, è ben noto come una caratteristica distintiva degli emergenti e conseguenza dei loro sistemi di incentivi e disincentivi, sia la proliferazione delle frodi scientifiche: un problema che ha afflitto, per esempio, la Cina, e che ha però determinato una dura reazione da parte dei *policy makers* locali per stroncare questo tipo di fenomeni²².

Per quanto riguarda l'Italia, benché chiunque si occupi di questi temi abbia la netta sensazione che le frodi scientifiche costituiscano ormai un grave e diffuso problema, in particolare (ma non solo) nelle aree biomediche²³, risulta molto difficile svolgere un discorso solidamente incardinato sui numeri. Non solo il tema è gravemente trascurato nel nostro paese, e – colpevolmente - dalla stessa comunità accademica, ma mancano gli studi specifici su questa materia. Mi limito a segnalare una indagine del 2021 che – per quanto la ‘cultura’ della *retraction* sia del tutto arretrata nel nostro Paese – mi pare comunque indicare una tendenza abbastanza chiara: le frodi scientifiche sono in netta crescita²⁴.

Vorrei però ora tentare di dire qualcosa sulle nostre discipline: per far ciò mi

²² China sets a strong example on how to address scientific fraud, in *Nature* 558, 2018, 162.

²³ E. Bucci, *Cattivi scienziati*, Torino 2015, *passim*.

²⁴ G. Marco-Cuenca, J.A. Salvador-Oliván, R. Arquero-Avilés, C. Faggiolani, B. Siso-Calvo, *Scientific Publications of Affiliated Authors in Italy Retracted Due to Fraud. Review and Analysis*, in *JLIS.It* 12, 2021, 23 ss.

è necessaria una breve premessa. Le aree cosiddette ‘non bibliometriche’ sono di assai più difficile analisi proprio per l’assenza di una capillare copertura da parte dei database specializzati. Ho provato ad ovviare al problema nel modo che segue. Volendo svolgere qualche ragionamento sulla produttività dopo la l. 240/2010, ho usato come base dati quanto offerto da *SciVal*, un portale di *Elsevier* basato sui dati *Scopus*. È certo vero che si tratta solo di un sottoinsieme della produzione complessiva di area 12 (*Scopus* censisce solo una parte della produzione giuridica); per svolgere un ragionamento più corretto sarebbe necessario estrarre tutti i dati dagli archivi di ateneo di tutto il paese, ed elaborarli, ma questo è un lavoro enorme non alla portata di un singolo individuo e – semmai – ipotizzabile solo nel contesto di un progetto di ricerca ampiamente finanziato. In ogni caso, per i nostri scopi, per un primo sondaggio, ritengo comunque che i dati *Scopus* siano sufficienti. Preveggo subito una obiezione: qualcuno potrebbe obiettare che le tendenze che mostrerò siano il frutto di una corsa, per input di ANVUR, delle riviste giuridiche ad essere censite sui database bibliometrici, in quanto tale censimento costituisce un vantaggio al fine della catalogazione della sede editoriale nella cosiddetta ‘fascia A’.

Ora, mentre mi risulta che vi sia stato in qualche modo un fenomeno del genere in particolare per le discipline storiche, non credo si possa dire lo stesso per le discipline giuridiche. Ritengo, quindi, che le tendenze evidenziate dal *subset* di *SciVal* siano rappresentative di un fenomeno generale.

Secondo punto: non mi è possibile scendere a un livello così raffinato di analisi da valutare i singoli settori disciplinari; il mio ragionamento si limita perciò all’intera area 12 (*law*).

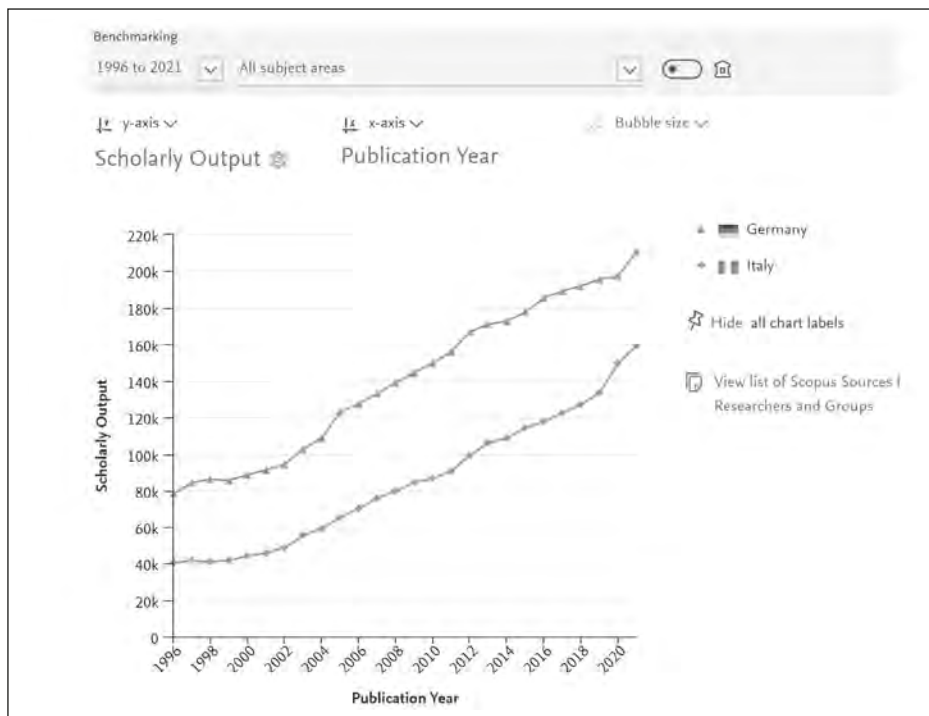
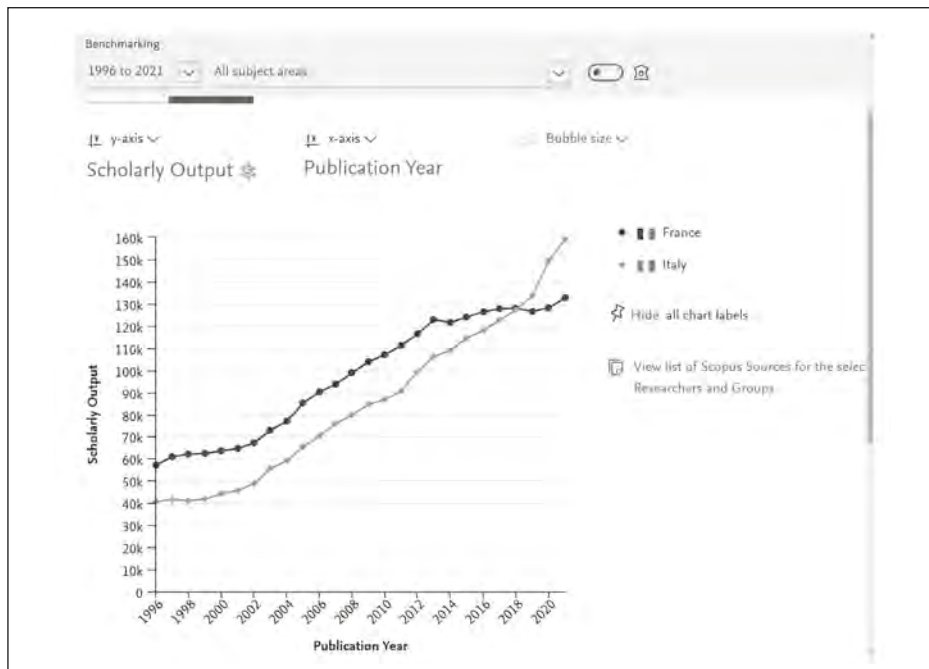
Terzo aspetto: per analizzare gli eventuali cambiamenti nel comportamento dei ricercatori, oltre ai dati *SciVal*, ho utilizzato i dati relativi a un grande ateneo del Nord Italia (Università di Milano Statale)²⁵.

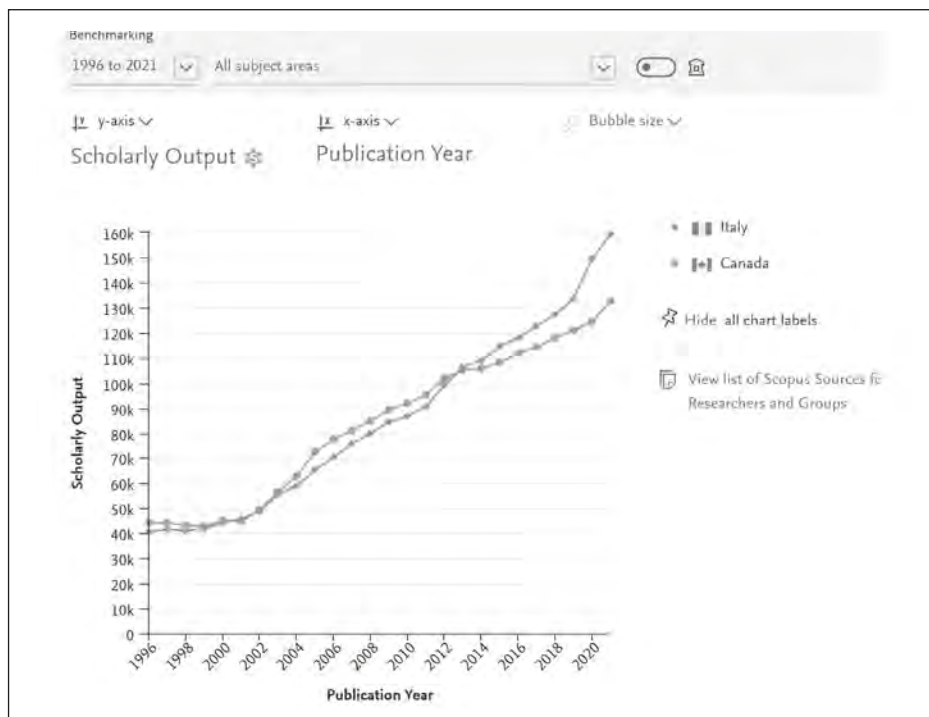
Quarto punto: per determinare il numero dei ricercatori per paese mi sono basato su dati *Eurostat*. Anche in questo caso i numeri non sono disaggregati per aree disciplinari, ma assumo che, se due paesi hanno un numero simile di ricercatori, tali paesi siano direttamente comparabili anche a livello di area. Inoltre, ho anche verificato, grazie al rapporto BEIS 2022, l’uniformità della distribuzione dei ricercatori per *subject area*, in modo da ridurre il più possibile le distorsioni.

Consideriamo ora, in primo luogo, la produzione scientifica complessiva per il periodo 1996-2020 rispettivamente di Italia, Francia, Germania e Canada²⁶.

²⁵ Desidero ringraziare la dott.ssa Paola Galimberti che mi ha fornito tutti i dati relativi all’Università di Milano Statale nel maggio 2023.

²⁶ Dati estratti alla fine di maggio 2023.





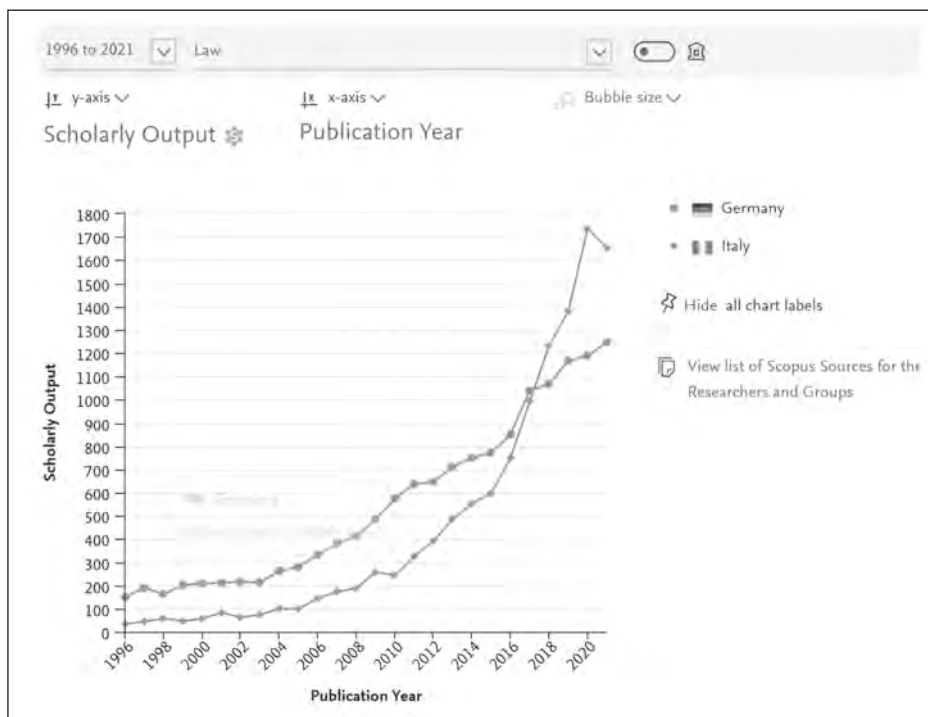
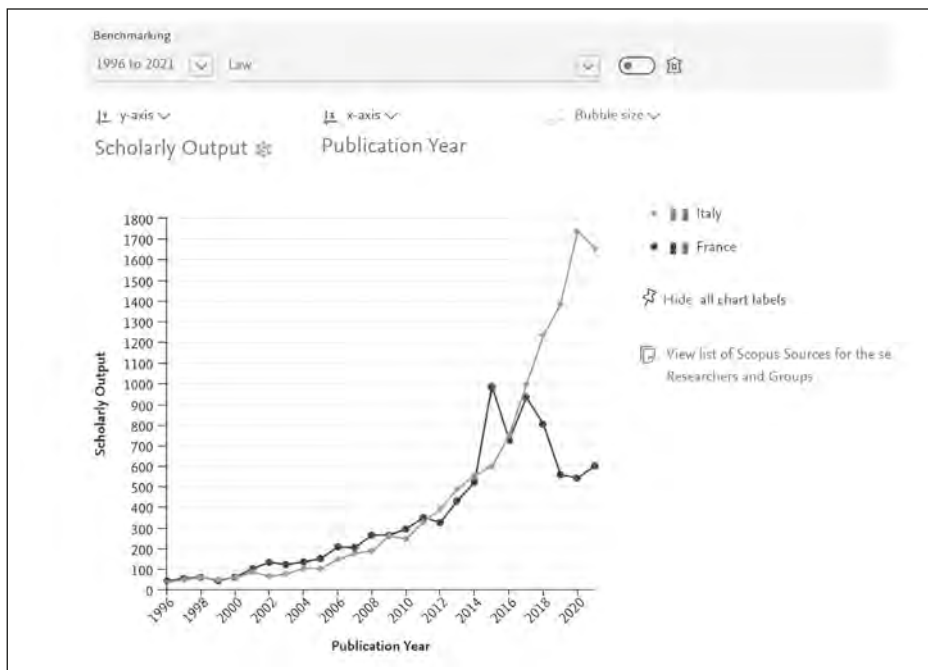
Per quanto l'Italia superi, negli anni più recenti, sia il Canada che la Francia, non sono visibili anomalie di particolare rilievo. La Germania mantiene, d'altro canto, il suo distacco sul nostro paese. Teniamo però conto di un fatto: i ricercatori italiani delle cosiddette aree bibliometriche subiscono certamente una pressione ambientale per pubblicare di più, ma l'incentivo prevalente è rivolto alla raccolta delle citazioni, piuttosto che al numero grezzo di prodotti della ricerca.

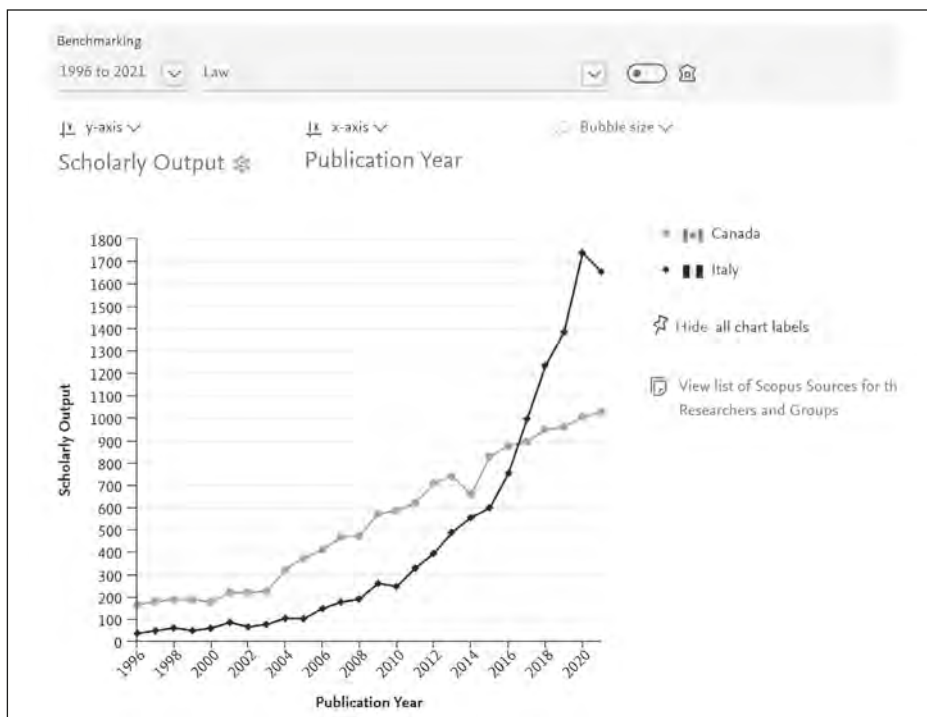
Al contrario di quel che avviene per un'area come quella giuridica, per la quale – come si può vedere dai grafici seguenti – qualcosa di anomalo pare davvero manifestarsi.

Tengo a ricordare, a questo proposito, che l'Italia (dati *Eurostat* al maggio 2023) ha circa 80.000 ricercatori accademici; sono numeri non lontani da quelli del Canada (fonte: *StatCan* al maggio 2023). La Francia, invece, ne ha (dati *Eurostat* al maggio 2023) più di 120.000 (il 50% in più), ma sul nostro campione (*Scopus – subset law*), produce il 60% in meno dell'Italia. La Germania ha circa 290.000 ricercatori accademici, il 260% in più dell'Italia, la quale però è più produttiva per circa il 25%.

Credo che questi dati bastino a dimostrare la presenza di un significativo fenomeno inflattivo determinato dalle recenti regolazioni in materia di reclutamento e progressione di carriere.

Tentiamo ora di vedere se vi sono stati mutamenti anche nel comportamento



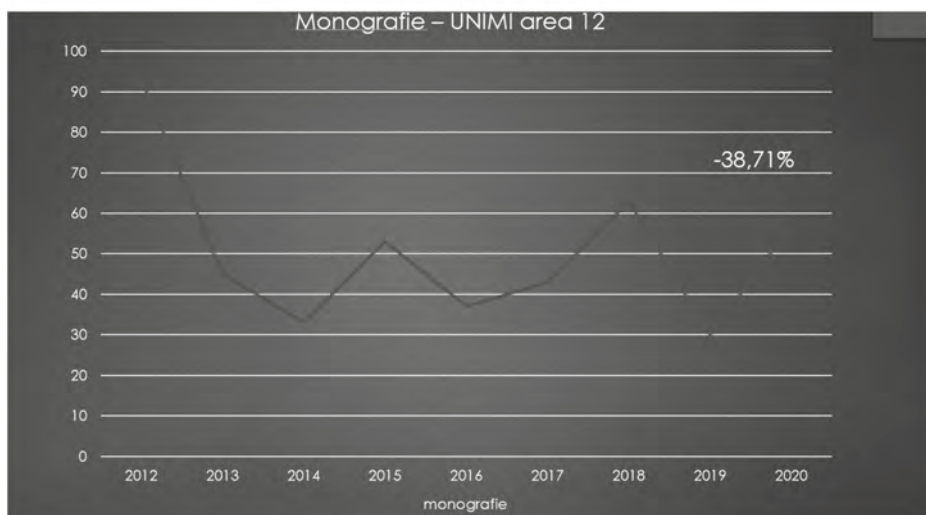
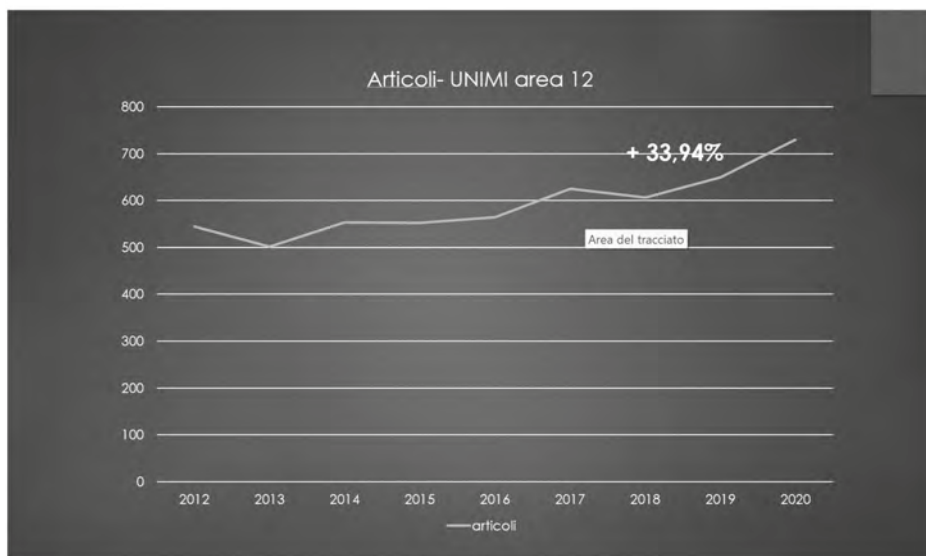


dei ricercatori in termini di tipologia di prodotti della ricerca. Se guardiamo i dati dell'Università Milano Statale si nota come vi sia un significativo aumento della produzione di articoli (+ 34% circa) e un calo di quella di monografie (- 39% circa)²⁷.

Anche in questo caso, la spiegazione è semplice: ci si è orientati sugli articoli, in particolare su riviste di 'fascia A', a scapito di tipologie editoriali più complesse e più lunghe da confezionare.

Del resto, come dicevo anche in principio, il ricercatore va inteso come un agente razionale che si conforma all'ambiente che lo circonda, soprattutto quando ad essere in gioco è una questione cruciale come quella della propria posizione lavorativa. Beninteso, si può discutere quanto si vuole se sia o meno opportuno che un giovane studioso dimostri la propria maturità attraverso uno studio monografico piuttosto che con la produzione di articoli, secondo un modello, per così dire anglosassone. Il punto, però, è che questi mutamenti nei comportamenti editoriali non sono il frutto di una riflessione da parte delle comunità scientifiche, ma sono stati indotti in modo dirigistico attraverso l'uso della regolazione in materia di reclutamento.

²⁷ Ringrazio Paola Galimberti, responsabile della Direzione performance, AQ, valutazione e politiche di Open science, per avermi fornito i dati.



Personalmente, resto dell'idea che gli studi monografici rimangano, non solo per i più giovani, un momento essenziale nella elaborazione e nella trasmissione delle conoscenze; e osservo al contempo che ad essere vittime del nuovo 'ecosistema' sono certo i più giovani, afflitti dal problema di 'costruire' la propria carriera, ma che il fenomeno si estende a tutti o quasi tutti i ricercatori, per via del modo in cui sono composte le commissioni incaricate del reclutamento, sia a livello locale che nazionale.

Il fenomeno non è di scarsa rilevanza. Da qualche anno si discute accesamente

intorno a un fenomeno per certi versi anomalo: la ricerca scientifica non progredisce in modo direttamente proporzionale al numero di ricercatori e di finanziamenti (tutti e due in crescita a livello globale). Qualcuno ricollega questo fenomeno alla dilagante cultura del *publish or perish*²⁸. Si tratta di un tema di grande complessità, che richiederebbe complessi studi interdisciplinari: personalmente, tuttavia, condivido l'idea che incentivi disegnati male stiano distruggendo la scienza.

Veniamo, da ultimo, al nostro campo. Vi sono numerosi campi di ricerca mai arati, o abbandonati da molti decenni; una splendida prospettiva, in teoria, per ricercatori più o meno giovani. Due esempi: il diritto di età ellenistica e più in generale il diritto greco al di fuori dell'Atene di V e IV secolo; e, in epoca del tutto diversa, il *mare magnum* del diritto bizantino post-giustiniano. Sono solo due esempi di campi relativamente ai quali si potrebbero dare veri avanzamenti scientifici.

C'è però un problema: i temi di ricerca non o poco esplorati come quelli sopracitati sono quasi sempre temi ardui, le cui fonti sono complesse e non sempre facilmente reperibili; al contempo alcune discipline essenziali per lo svolgimento di indagini di questo tipo sono morte o morenti (penso alla papirologia e all'epigrafia giuridica). Come pretendere quindi, magari da un giovane studioso, che si dedichi a temi di questa complessità, con il certo risultato di vedersi sorpassato da colleghi dediti all'eterna ripetizione del già noto, alla compilazione di lavori meramente ricognitivi, di rassegne che nulla aggiungono al sapere e la cui utilità può – al massimo – concretizzarsi nell'essere dei diligenti (forse) repertori bibliografici? Tutto questo nella migliore delle ipotesi; nella peggiore affogheremo in un mare di scritti frutto di sistematico *salami slicing*, di autoplagio ed eventualmente di plagio. Temo anzi che le cose stiano già così.

In conclusione, sospetto che il medioevo bibliometrico nel quale siamo precipitati consumerà lentamente le nostre discipline in una permanente, estenuante ripetizione del già noto, senza alcun avanzamento scientifico di rilievo. Penso sia giunto il momento di prenderne coscienza e di pretendere dall'Agenzia nazionale di valutazione una seria e approfondita riflessione sul punto. L'Agenzia ha il potere di intervenire su questi aspetti sia attraverso analisi scientifiche, che attraverso il suo contributo alla attività regolamentare: la ricerca non è una catena di montaggio, e il fordismo accademico, se non lo si ferma, sarà la sua morte.

Antonio Banfi
Università di Bergamo
antonio.banfi@unibg.it

²⁸ M. Clancy, *Publish-or-perish and the quality of science*, in *New Things under the Sun*, 2021, <https://www.newthingsunderthesun.com/pub/9uk7xaj8/release/7>.

***La comparazione diacronica
nell'insegnamento della filosofia del diritto
Una proposta metodologica.***

I. Elementi introduttivi

Non essendoci un modo unico per trattare, in ambito giuridico, un tema ampio e complesso come quello della comparazione diacronica – e della più generale essenzialità dello studio storico – appare utile chiarire subito lo specifico obiettivo del presente contributo, incentrato sulla comparazione diacronica come metodo per la formazione del giurista, volendo così evidenziare anche la funzione sociale che – attraverso la comparazione diacronica – può (e deve) assumere la filosofia del diritto.

La rilevanza della comparazione diacronica mi sembra possa essere colta assumendo questa prospettiva specifica proprio perché essa non tratta della comparazione diacronica come fine in sé ma la considera come ‘mezzo’ (come metodo, per l’appunto) legato a specifici obiettivi (non solo scientifici) da raggiungere nella formazione dell’operatore del diritto.

Una riflessione, quella che si propone, che da un lato si apre a scenari più ampi i quali rimandano alla necessità di sottolineare l’importanza della filosofia del diritto nella formazione del buon operatore del diritto. Dall’altro appare quantomai opportuna se si considera il rischio di uno scivolamento dei percorsi formativi di area giuridica (tanto quelli tradizionali di giurisprudenza, quanto quelli più nebulosi legati all’erogazione dei ‘servizi giuridici’) verso una formazione ‘tecnica’, professionalizzante, orientata prevalentemente all’acquisizione di quelle specifiche competenze pratiche e settoriali che appaiono necessarie per maneggiare, in maniera più o meno cosciente, le problematiche poste al giurista dalla crescente complessità che va caratterizzando la fenomenologia del diritto.

Una riflessione che nasconde quello che appare come paralogismo: per far fronte al ritorno alla complessità del diritto, i percorsi universitari dovrebbero tendere a plasmare nuovi *automata* del diritto, operatori con sempre maggiori competenze tecniche e operative¹.

¹ In realtà è vero l’esatto contrario. Come sottolineato da Cecilia Blengino e Claudio Sarzotti, la concezione per la quale «il diritto viene percepito come un testo scritto posto autoritativamente dal legislatore, una sostanza appunto che il giurista ha il compito di interpretare non superando i limiti che l’ordinamento stesso gli ha indicato», rappresentata dall’immagine classica della ‘pi-

In questo scenario generale appare legittima la domanda sul ruolo della filosofia del diritto o della storia della filosofia del diritto nella formazione dell'operatore del diritto.

Se, difatti, l'imperativo è quello di formare un esercito di tecnici del diritto, pronti per assumere da subito, *hic et nunc*, un ruolo attoreo nel mercato delle professioni giuridiche, perché trattare questioni – come quelle storiche o storico-filosofiche – che tecniche non sono?

In questo scenario, da formazione 'usa e getta', potremmo dire, quale spazio può ritagliarsi la comparazione diacronica la quale ha la pecca di proiettare verso il passato (non verso il futuro) un particolare istituto o concetto giuridico oppure una dottrina del diritto?

La riduzione del diritto a tecnica nasconde evidentemente molte fallacie poiché, in una prospettiva 'efficientista', la formazione universitaria risulta fallimentare se non riesce a modellare tecnici del diritto capaci di orientarsi da subito nell'universo del diritto post-legislativo².

In realtà, una siffatta formazione appare fallimentare in partenza poiché incapace di instillare il seme della più generale comprensione delle dinamiche di mutamento che inevitabilmente travolgeranno il diritto (e che non possono ridursi a tecnica del diritto) in un orizzonte di medio-lungo periodo, lo stesso orizzonte che andrà a coincidere con quello della vita professionale di ogni operatore del diritto.

II. Di precisazione in precisazione

È forse utile far anticipare le riflessioni sulla comparazione diacronica da alcune precisazioni.

La prima, forse anche inutile, è che la prospettiva attraverso la quale guarderò al tema della comparazione diacronica è la mia prospettiva, una prospettiva soggettiva, che non vuole essere escludente o esclusiva e che va necessariamente ad assommarsi alle tante possibili prospettive attraverso le quali guardare alla rilevanza dello studio storico del diritto e, in particolare, per ciò che mi concerne, allo studio storico della filosofia del diritto.

ramide' è entrata in crisi e con essa «la figura del giurista mero tecnico del diritto». C. Blengino, C. Sarzotti, *La didattica esperienziale: una sfida per l'epistemologia giuridica e la sociologia del diritto*, in C. Blengino, C. Sarzotti (a c. di), *'Quale formazione per quale giurista?'. Insegnare il diritto nella prospettiva socio-giuridica*, Torino 2021, 12 s.

² M.R. Ferrarese, *Globalizzazione*, in U. Pomarici (a c. di), *Filosofia del diritto. Concetti fondamentali*, Torino 2007, 351.

La seconda precisazione è che la mia prospettiva ha come sfondo un tema più generale che riguarda l'importanza della dimensione filosofica nella formazione del giurista.

Una prospettiva che non vuole essere autoreferenziale ma che rappresenta il punto di avvio di una serie di argomentazioni finalizzate a sottolineare la funzione della filosofia del diritto nella formazione di un giurista e, entrando più nello specifico, in linea con il tema di questo Convegno, il contributo che la prospettiva storica (storica-filosofica-giuridica) può dare alla filosofia del diritto nell'assolvimento della sua funzione formativa (e sociale).

Pertanto il presente contributo, avendo sempre come sfondo il tema della dimensione filosofico-giuridica nella formazione del giurista, si dipanerà in due parti.

Nella parte iniziale si tenterà di dare una risposta alla domanda «Quale è la funzione della filosofia del diritto nella formazione del giurista, oggi».

La parte successiva, invece, tenterà di rispondere alla domanda: «Quale è la funzione della prospettiva storica e/o della comparazione diacronica nella formazione filosofico-giuridica del giurista, oggi».

Prima di entrare nel merito, però, un altro paio di precisazioni sono necessarie.

La mia prospettiva non è la prospettiva scientifica dello storico della filosofia del diritto. Per quanto sia attratto da sempre dalla dimensione storico-filosofica del diritto, la mia vita di ricercatore è stata segnata dallo studio del linguaggio normativo dei diritti, nelle diverse prospettive attraverso le quali viene utilizzato. Uno studio, occorre dire, nel quale la comparazione diacronica, volta ad evidenziare come il concetto filosofico-giuridico di 'diritto soggettivo' sia cambiato nel tempo, appare fondamentale per comprendere cosa sono i diritti oggi, a cosa servono, da dove vengono e che ne sarà di loro nel prossimo futuro.

La seconda precisazione riguarda il Convegno odierno al quale ho dato la mia adesione immediatamente, prima di conoscerne il tema specifico. Un tema che è poi parso subito in linea con il mio specifico approccio all'insegnamento della filosofia del diritto in un corso di laurea come quello di giurisprudenza.

Difatti sono fortemente convinto, come argomenterò a breve, dell'importanza della comparazione diacronica, non solo nello studio della filosofia del diritto (da un punto di vista prettamente scientifico, dunque) ma anche, e soprattutto, nella didattica della filosofia del diritto soprattutto in un percorso formativo teologicamente orientato a formare (bravi) operatori del diritto.

Dico questo, e inizio dunque ad entrare nel merito, partendo da una prospettiva quasi 'funzionalista', riguardante per l'appunto la funzione specifica che la filosofia diritto ha nel processo di formazione di un (bravo) giurista.

III. Qual è la funzione della filosofia del diritto?

La prima domanda alla quale cercherò di rispondere è dunque la seguente: «Quale è la funzione della filosofia del diritto nella formazione del giurista oggi»

Da questo punto di vista, la filosofia del diritto appare una disciplina particolare, forse diversa dalle altre discipline scientifiche che i futuri giuristi (per lo più studenti di giurisprudenza) incontrano nel loro percorso di formazione.

A mio avviso la filosofia del diritto – ma più in generale la filosofia – ha un compito specifico che, ovviamente, è enucleato nel suo statuto epistemologico.

Qual è la funzione della filosofia del diritto? A cosa serve? Qual è la sua funzione formativa? In che termini la filosofia del diritto può essere definita come un sapere ‘utile’ e utile a che cosa?

Difficile rispondere a queste domande in maniera sintetica, ma in qualche maniera necessario, vista la ghiotta occasione di confronto che ci è fornita da questa Giornata di studio.

Qual è dunque la funzione della filosofia del diritto?

A mio avviso occorre dare tre diverse risposte, che però si intrecciano tra loro, utilizzando alcune argomentazioni di carattere per lo più introduttivo presenti in alcuni lavori/manuali tra quelli utilizzati da chi insegna filosofia del diritto in un corso di laurea in giurisprudenza.

Il mio ragionamento, che si dipanerà sul piano del metodo filosofico, avrà un riferimento centrale, Enrico Opocher, e due riferimenti ‘integrativi’, ma non meno importanti, Giuseppe Limone e Francesco Viola.

Partiamo, in realtà, da Giuseppe Limone, il quale, movendosi da sempre sul crinale tra filosofia del diritto e filosofia politica, nel capitolo dedicato alla *Filosofia del Diritto*, nel volume collettaneo *Filosofia del diritto. Concetti fondamentali*, curato da Ulderico Pomarici e pubblicato da Giappichelli nel 2007³, prendeva le mosse da un adagio di Martin Heidegger (tratto da *Che cosa significa pensare?*) secondo il quale: «La scienza calcola, la filosofia pensa».

Movendo da questo assunto, Giuseppe Limone osservava come: «La scienza *calcola*. La scienza misura il suo oggetto come *dato* che non mette in discussione e che, anzi, assume come premessa del discorso. E nel farlo *misura*, all’interno del suo oggetto, tutte le possibili relazioni, strutture, funzioni. Misurazione compiuta attraverso passi logici anch’essi misurati: il *metodo* che è la strada attraverso la quale la scienza conosce il suo oggetto»⁴.

Al contrario, argomentava Limone, «la filosofia *pensa*. [Cioè] Mentre la

³ Pomarici (a c. di), *Filosofia del diritto* cit.

⁴ G. Limone, *Filosofia del diritto*, in Pomarici (a c. di), *Filosofia del diritto* cit. 228.

scienza identifica e calcola significati, la filosofia apre la domanda sul senso. Essa [la filosofia] indaga il suo oggetto, insieme col lessico in cui arriva: studiandone i presupposti, mettendolo in rapporto con le prospettive possibili, con i valori, coi caratteri dell'interpretazione e del linguaggio, coi limiti della conoscenza e del pensiero, con l'incidenza del metodo sull'oggetto, con le condizioni di possibilità del guardare e del guardato, col complessivo mondo dell'agire, con l'essere profondo della realtà, con l'esistere umano e con le sue domande di senso»⁵.

Al di là, forse, di alcune possibili forzature, soprattutto – mi sembra – sulla 'fissità' dell'approccio propriamente scientifico, la conclusione di Limone appare però tanto suggestiva quanto condivisibile perché fa emergere il primario compito che dovrebbe essere assolto dalla filosofia – in generale – e dalla filosofia del diritto in particolare.

La filosofia, difatti, affermava Giuseppe Limone, «mette in questione tutto ciò che le appare come un *dato*, scoprendolo come un *problema*» e continuava dicendo che «in quanto attività investigante sui presupposti, la filosofia è una straordinaria forza di *demistificazione dell'ovvio* e perciò di vigilanza critica nei confronti del reale e delle sue forme»⁶. In un quadro, specifichiamo noi, dove, il diritto è una delle forme del reale.

La conclusione di Limone, particolarmente efficace, appare non troppo diversa da quella di Enrico Opocher il quale, nelle sue celeberrime *Lezioni di filosofia del diritto*, risalenti agli anni Cinquanta del Novecento, ma riedite negli anni Novanta, si riproponeva di proporre non una 'semplice' storia della filosofia del diritto (la più completa storia novecentesca è sicuramente quella in tre volumi di Guido Fassò⁷), ma, sottolineava il filosofo padovano, «un tentativo di interpretazione storica dei momenti essenziali della nostra disciplina [la filosofia del diritto, n.d.r.] o, meglio, del processo di formazione delle prospettive intorno al diritto che sono proprie alla civiltà occidentale»⁸.

Movendo da questo intento, Opocher attribuiva alla filosofia del diritto, ma più in generale a tutta la filosofia, quello che chiamava «un compito rivoluzionario» cioè quello di «dissolvere le certezze dell'esperienza nella problematicità e, quindi, di porre nella coscienza il germe delle più profonde trasformazioni»⁹.

Sviluppando quanto sostenuto da Opocher e Limone – i quali esprimono un sentimento comune, diffuso, sulla filosofia come sapere critico – possiamo

⁵ Limone, *Filosofia del diritto* cit. 228.

⁶ Limone, *Filosofia del diritto* cit. 228.

⁷ G. Fassò, *Storia della filosofia del diritto* I. *Antichità e medioevo*, II. *L'età moderna*, III. *Ottocento e Novecento*, riedizione a c. di C. Faralli, Bologna 2001.

⁸ E. Opocher, *Lezioni di filosofia del diritto*, Padova 1993², V.

⁹ Opocher, *Lezioni di filosofia del diritto* cit. 5.

sintetizzare dicendo che la filosofia del diritto, ma, probabilmente, più in generale la Filosofia, dovrebbe avere tre funzioni principali le quali intrecciano: una prospettiva epistemologica; una prospettiva formativa; una prospettiva sociale.

Dalla prima prospettiva, quella epistemologica, la filosofia del diritto dovrebbe esprimere una capacità di *demistificazione dell'ovvio* e di vigilanza critica nei confronti del diritto positivo, con l'intento ultimo di dissolvere le certezze del dato giuridico nella problematicità.

Dalla seconda prospettiva, quella formativa (quindi anche didattica), invece, la filosofia del diritto dovrebbe dare conto del processo di formazione delle diverse prospettive intorno al diritto.

Sovrapponendo le due prospettive, possiamo evidenziare come la filosofia del diritto, forse più di altre discipline accademiche, ha nel suo statuto epistemologico l'apertura verso una pluralità di prospettive attraverso le quali guardare il diritto, per cui sembra corretto affermare che non esiste *tout court* la filosofia del diritto, ma esistono tante e tra loro anche diverse – molto diverse – filosofie del diritto.

Da questo punto di vista, estremamente significativo ed efficace è l'*incipit* di *The Concept of Law*, tra i classici della giusfilosofica novecentesca, perché Herbert Hart propone la sua prospettiva sul diritto partendo però dalla consapevolezza della pluralità di prospettive che attraversano e hanno attraversato (anche storicamente) la filosofia del diritto.

Scrivendo infatti Hart: «Poche questioni riguardanti la società umana sono state poste tanto insistentemente e sono state risolte da pensatori seri in modi tanto diversi, strani e perfino paradossali come la questione *Che cos'è il Diritto*». Anche se limitatissimo, continua sempre Hart, «la nostra attenzione alla teoria giuridica degli ultimi centocinquant'anni [*The Concept of Law* è del 1961, n.d.r.] e lasciamo da parte la riflessione classica e medievale sulla *natura del diritto* ci troviamo di fronte a una situazione che non ha eguali in nessuna altra materia studiata in modo sistematico, come disciplina accademica a sé», perché, continua il filosofo inglese, «non esiste un'ampia letteratura dedicata alla risoluzione del problema *Che cosa è la chimica* oppure *Che cosa è la medicina* come quella rivolta alla soluzione della questione *Che cosa è il diritto*»¹⁰.

Invece, conclude Hart, «nei confronti del diritto sono state fatte affermazioni che pur apparendo strane o paradossali, sono state sostenute con eloquenza e passione, come se fossero rivelazioni di verità sul diritto che erano state a lungo nascoste a causa di gravi travisamenti della sua essenziale natura»¹¹.

Accanto però alla prospettiva epistemologica e a quella formativa che tra

¹⁰ H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, Torino 2002³, 3.

¹¹ Hart, *Il concetto di diritto* cit. 3.

loro naturalmente si fondono, dato che non ci può essere formazione su un sapere se non partendo dal suo statuto epistemologico, vi è però una terza prospettiva, spesso considerata marginale, se non proprio trascurata, ma che invece appare – a mio avviso – di particolare importanza.

Mi riferisco a quella che possiamo definire la funzione sociale della filosofia del diritto, per l'appunto la terza prospettiva, enunciata in apertura di paragrafo.

In che termini pertanto la filosofia del diritto svolge una funzione sociale?

Anche qui le parole di Opocher appaiono illuminanti perché la filosofia del diritto, difatti, nel dissolvere le certezze dell'esperienza nella problematicità, svolge, dice Enrico Opocher, «un compito rivoluzionario» consentendo di «porre nella coscienza il germe delle più profonde trasformazioni»¹².

Difatti la riflessione filosofica sul diritto non è – o non dovrebbe essere – un esercizio fine a se stesso (e per questo dovrebbe essere una disciplina fortemente 'empatica' aperta al dialogo e al confronto anche inter a trans-disciplinare) perché la capacità di problematizzare anche il dato giuridico positivo che appare certo, rappresenta, a ben vedere, quel collante che unisce l'incessante evolversi delle nostre società con l'incessante trasformazione del diritto.

Da qui il 'compito rivoluzionario' della filosofia del diritto che assolve alla sua funzione sociale nel momento in cui pone le condizioni per le quali il diritto si evolve, si trasforma, si adegua e in quest'opera di evoluzione, trasformazione, adeguamento indirizza (e regola) l'evoluzione delle nostre società.

La fenomenologia giuridica, difatti, non è contrassegnata dalla fissità, ma dalla fluidità e le dinamiche che regolamentano il rapporto (fondamentale) tra fissità del dato giuridico positivo e fluidità della società si sviluppano a partire proprio dalla messa in dubbio – che significa necessariamente messa in discussione critica – del diritto positivo e, nello specifico, dalla messa in dubbio del significato, dell'interpretazione, dell'applicazione di ogni norma giuridica e della relazione di ogni norma giuridica con altre norme giuridiche.

Senza l'esercizio del dubbio, senza la vigilanza critica, il diritto positivo, probabilmente, rimarrebbe isolato nella sua fissità e così facendo sarebbe un 'diritto morto' scollato irrimediabilmente dalla vivente realtà sociale.

Nel promuovere dunque l'esercizio del dubbio, il filosofo del diritto svolge un ruolo 'rivoluzionario' perché, chiudendo sempre con Opocher, instilla nella coscienza di ogni operatore, di ogni singolo operatore del diritto «il germe che consente le più profonde trasformazioni comunitarie [giuridiche e sociali]»¹³.

¹² Opocher, *Lezioni di filosofia del diritto* cit. 5.

¹³ Opocher, *Lezioni di filosofia del diritto* cit. 5.

IV. Chi è il filosofo del diritto?

Se dunque si accetta questa funzione, una e trina, della filosofia del diritto potremmo dire che essa dovrebbe avere tre compiti principali tra loro non separabili: una funzione critica di messa in dubbio del diritto positivo; una funzione prismatica aperta alle diverse prospettive attraverso le quali guardare al diritto; una funzione sociale, atta a porre le condizioni per guidare (tramite la regolamentazione) gli incessanti cambiamenti e le profonde trasformazioni che riguardano le nostre società.

Occorre, però, fare un passo in avanti perché, definite quelle che dovrebbero essere le funzioni della filosofia del diritto, occorre comprendere chi è il filosofo del diritto, chi può essere il filosofo del diritto o chi può farsi filosofo del diritto.

E occorre rispondere a questa domanda cercando di sgomberare il campo da un possibile equivoco legato all'idea che l'importanza della filosofia del diritto che si sta cercando di evidenziare, forse anche la sua centralità, sia funzionale a promuovere una sorta di ristretto governo dei saggi, una noocrazia.

Non è così. Questo equivoco – per riprendere sempre Opocher – nasce dall'erroneo concetto che la filosofia (e quindi anche la filosofia del diritto) «coincida con le teorizzazioni astratte svolte da questo o quel filosofo nel chiuso della propria biblioteca e che sia perciò sufficiente opporvi una serie di argomenti logici, ossia in definitiva altre teorizzazioni, per negarne la ragion d'essere»¹⁴.

Il filosofo (forse), il filosofo del diritto (certamente) non può estranearsi dalla realtà che lo circonda.

Il filosofo del diritto non può farlo certamente perché l'oggetto della sua riflessione è il diritto ed il diritto è una forma delle forme del reale, è teoria e pratica allo stesso tempo pertanto è teoria inscindibile dalla pratica.

Ciò significa, riprendendo ancora Opocher, che «la filosofia degna di questo nome è inseparabile dalla vita [...] si accompagna alla vita sempre come elemento integrante dell'esperienza di ogni uomo che pensa e che dunque vive». «In maggiore o minore misura chiosa Opocher – tutti sono filosofi in quanto uomini perché quello del filosofare non è che un aspetto della singolare condizione dell'esistenza umana e i cosiddetti filosofi, nel senso tecnico della parola, non sono che uomini particolarmente sensibili a questa insopprimibile istanza della vita»¹⁵.

Se la filosofia è dunque inseparabile dalla vita, lo è anche e necessariamente da quel complesso di uomini, cose, norme, istituti, volontà, azioni che costituisce il mondo del diritto.

¹⁴ Opocher, *Lezioni di filosofia del diritto* cit. 4.

¹⁵ Opocher, *Lezioni di filosofia del diritto* cit. 4.

Se dunque è vero che, seguendo ancora Opocher, «non è possibile vivere coscientemente la vita giuridica senza filosofare su di essa» sarà altrettanto vero che alle domande chi è il filosofo del diritto, chi può essere il filosofo del diritto o chi può farsi filosofo del diritto, possiamo rispondere, sempre riprendendo Enrico Opocher, osservando che «filosofa il giurista, nell'atto in cui interpreta le leggi, filosofa il legislatore, nell'atto in cui le discute e le approva, filosofa il giudice, nell'atto in cui le applica, filosofano i singoli individui nell'atto in cui obbediscono o disobbediscono alle norme giuridiche»¹⁶.

«Tutta la vita giuridica – concludeva Opocher – si muove sotto il possente impulso della riflessione filosofica»¹⁷.

È vero che il filosofo (anche il filosofo del diritto) è chiunque sia particolarmente sensibile all'insopprimibile istanza della riflessione filosofica sulla vita (anche sulla vita del diritto), è altrettanto vero che non tutti hanno questa *attitudine* filosofica (che dipende dalla sensibilità soggettiva), ma è anche vero che, probabilmente, qualcuno, più altri, dovrebbe avvertire come un imperativo questa insopprimibile istanza di riflessione filosofica sulla vita giuridica.

Un'attitudine che appare di fondamentale importanza perché consente di superare una visione iper-tecnicistica della formazione e della professione del giurista e consente di responsabilizzare operatori del diritto *riflessivi*¹⁸ movendo dalla presa di coscienza «dell'inadeguatezza del modello di conoscenza professionale intesa come razionalità tecnica»¹⁹ attraverso la formazione di «operatori capaci di accompagnare lo sviluppo di competenze tecniche con un processo metacognitivo costante»²⁰.

Nel giurista va dunque installato necessariamente il seme dell'imperativo filosofico, sul quale occorre lavorare, tramite la formazione, per sviluppare l'attitudine filosofica.

Tale processo assume una particolare rilevanza e non è scontato, ma dipende dal modello che si vuole utilizzare nel processo di formazione del giurista.

Quale tipo di giurista vogliamo dunque formare? «Un tecnico del diritto – evidenzia Massimo Dogliotti – docile strumento nelle mani di vecchi e nuovi 'padroni' del diritto, oppure un giurista libero e responsabile, capace sì di tradur-

¹⁶ Opocher, *Lezioni di filosofia del diritto* cit. 4.

¹⁷ Opocher, *Lezioni di filosofia del diritto* cit. 4.

¹⁸ D. Schon, *Il professionista riflessivo. Per una nuova epistemologia della pratica professionale*, Napoli 1993.

¹⁹ C. Blengino, C. Sarzotti, *La didattica esperienziale: una sfida per l'epistemologia giuridica e la sociologia del diritto*, in C. Blengino, C. Sarzotti (a c. di), 'Quale formazione per quale giurista?'. *Insegnare il diritto nella prospettiva socio-giuridica* Torino 2021, 20.

²⁰ Blengino, Sarzotti, *La didattica esperienziale* cit. 20.

re problemi e i conflitti sociali in un linguaggio giuridico corretto, ma anche e soprattutto consapevole delle conseguenze (e delle responsabilità) sociali, economiche, etiche e politiche delle scelte che il lavoro del giurista necessariamente comporta?»²¹.

Il giurista (cioè chi si occupa professionalmente di diritto), pertanto, non dovrebbe filosofare perché è personalmente sensibile all'esigenza di filosofare (un'esigenza ipotetica che dipende dalle inclinazioni naturali), ma, al contrario, deve essere capace di filosofare proprio perché è giurista.

È la filosofia del diritto che consente al giurista, ricordava Francesco Viola, «di non divenire uno strumento degli strumenti della tecnica», ma al contrario, è la filosofia del diritto che consente al giurista di «padroneggiare gli strumenti della tecnica, di asservirsene, di sfuggire alla loro autoreferenzialità e di orientare gli strumenti della tecnica giuridica verso fini degni dell'essere umano»²².

Da questa prospettiva appare evidente quanto la dimensione filosofica sia una aspetto essenziale dell'educazione del giurista, poiché il giurista – sottolineava sempre Francesco Viola – non deve essere considerato come «mero tecnico del diritto, ma [come] costruttore di civiltà giuridica»²³.

In quest'ottica, dunque, ogni attore che gioca una parte nel processo di produzione e trasformazione del diritto, deve essere capace di sviluppare una sua propria capacità di riflettere 'filosoficamente' e criticamente sul diritto come dato da problematizzare.

Se, parafrasando Dworkin, tutti noi siamo cittadini – non sudditi – dell'*Impero del Diritto*²⁴, è perché tutti noi contribuiamo, con parti diverse, alla definizione di ciò che è Diritto.

Il giurista (e l'avvocato in particolare) dal canto suo, in un contesto caratterizzato da crescente complessità, segnato dalla pluralità di ordinamenti giuridici e piani normativi che si intrecciano tra loro in sistemi multilivello, da una pluralità reticolare – non piramidale – di fonti del diritto, dall'espansione (costante ma graduale) del potere politico-giudiziario a discapito del potere politico-rappresentativo (degenerazione patologica o evoluzione fisiologica delle democrazie costituzionali), da un'ibridazione dei sistemi giuridici che si nutre di dialogo tra parlamenti, corti, avvocati, gruppi di interesse e di pressione in uno scenario transnazionale, il giurista (e l'avvocato in particolare) deve sapersi orientare e deve essere consapevole delle responsabilità e delle opportunità che seguono la

²¹ M. Dogliotti, *Per una nuova educazione giuridica*, in Blengino, Sarzotti (a c. di), *Quale formazione* cit. 61.

²² F. Viola. G. Zaccaria, *Le ragioni del diritto*, Bologna 2003, 12.

²³ Viola. Zaccaria, *Le ragioni del diritto* cit. 12.

²⁴ R. Dworkin, *L'impero del diritto* (1986), Milano 1989.

crescente (e continua) complessità caratterizzante la fenomenologia giuridica.

Il giurista che riesce a comprendere e a padroneggiare le dinamiche che segnano il ritorno alla complessità del diritto è perciò capace di ergersi a costruttore di civiltà, attraverso la capacità – puntellata dall'attitudine filosofica – di dominare gli strumenti della tecnica giuridica.

Al potere della conoscenza giuridica, della tecnica giuridica, dell'interpretazione e dell'argomentazione, tradizionalmente impliciti nello statuto del giurista, ora si aggiunge anche un potere più propriamente 'politico': quello di incidere, direttamente, con la propria conoscenza, la propria tecnica, la capacità interpretativa e quella logico-argomentativa, sui processi *bottom-up* di produzione e trasformazione del diritto.

Emergere così il ruolo sempre più attivo per i giuristi che viene letto anche in chiave problematica, se è vero – come è vero – che taluni paventano la sostituzione della democrazia con l'espertocrazia giuridica, la *giuristocrazia*, per riprendere una famosa espressione del politologo canadese di origine israeliana Ran Hirschl compendiata nel superamento della formula – chiaramente legata alla storia costituzionale statunitense – del *We the People* con quella del *They the Jurists*²⁵.

V. *Quale è la funzione della prospettiva storica e/o della comparazione diacronica nella formazione filosofico-giuridica del giurista, oggi*

Definita dunque la funzione 'una e trina' della filosofia del diritto, anche in relazione all'individuazione di chi è, chi può essere o chi può (e deve) farsi filosofo del diritto, occorre rispondere alla seconda domanda che ci siamo posti in apertura: «Quale è la funzione della prospettiva storica e/o della comparazione diacronica nella formazione filosofico-giuridica del giurista, oggi?».

La domanda in questione pone evidentemente una questione di metodo che può essere rappresentata nel seguente modo: qual è il metodo 'migliore', non l'unico, ma quello che, forse, è maggiormente funzionale a restituire la funzione una e trina della filosofia del diritto facendo così comprendere al singolo giurista o al singolo futuro giurista qual è il ruolo 'rivoluzionario' che gli tocca svolgere?

L'individuazione del metodo, difatti, è funzionale agli obiettivi che ci si pone.

Pertanto se l'obiettivo è quello di restituire compiutamente la funzione della filosofia del diritto, per individuare il metodo più adeguato al raggiungimento dell'obiettivo, occorre ripartire dalla funzione della filosofia del diritto.

Qual è dunque la funzione della filosofia del diritto? A cosa serve? In che

²⁵ R. Hirschl, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge 2004, 1.

termini la filosofia del diritto può essere definita come un sapere ‘utile’ ed utile a che cosa? La prima (e primaria) funzione della filosofia del diritto è quella di far comprendere ai giuristi (compresi i futuri giuristi) la necessità di sviluppare un’attitudine filosofica, critica, nei confronti del diritto stesso.

Premesso che l’attitudine critica sia ha in gradazioni diverse in persone diverse, come si fa a indurre un giurista, a maggior ragione un giurista in formazione, a sviluppare questa attitudine?

Se volessi affrontare questa questione da una prospettiva prettamente scientifica, direi che il miglior metodo per sviluppare tale attitudine filosofica è quello ‘giusnaturalistico’.

Dico questo perché, chiaramente, tra le grandi famiglie di dottrine giusfilosofiche, la famiglia delle dottrine giusnaturalistiche è quella che tradizionalmente, con maggiore efficacia, ha posto l’accento sul rapporto tra diritto e giustizia, considerando la dimensione critica e valutativa come parte integrante e necessaria della riflessione sul diritto, sino a disconoscere la dimensione giuridico-positiva a norme che non fossero considerate ‘giuste’ o che fossero contrarie alla giuridicità di un dato sistema etico (il diritto naturale, per l’appunto).

In realtà questa soluzione non appare molto convincente.

È vero che la prospettiva giusnaturalistica è quella che si è posta, più di altre, il problema dell’approccio critico nei confronti del diritto, ma è altrettanto vero che, pur attraverso prospettive tra loro diverse, diversissime, che abbracciano – senza sistematicità – l’Antigone di Sofocle, Cicerone, San Tommaso, Sant’Agostino, Grozio, Hobbes, Rousseau, e poi Locke, Kant sino ad arrivare a Radbruch, Maritain, Finnis e Cotta, è altrettanto vero che la prospettiva giusnaturalistica è una delle prospettive attraverso le quali guardare al diritto, non l’unica.

Se, pertanto, la funzione critica (I prospettiva) della filosofia del diritto deve abbracciare quella che abbiamo definito la funzione formativa (II prospettiva) in vista dell’assolvimento della funzione sociale della filosofia del diritto (III prospettiva) è altrettanto vero che l’attitudine filosofica nei confronti del diritto si potrà sviluppare dando atto delle diverse – tra loro diversissime – prospettive attraverso le quali guardare al diritto.

Non delle diverse prospettive all’interno di un’unica prospettiva (quella giusnaturalistica, ad esempio) ma delle diverse prospettive all’interno delle diverse prospettive intorno al diritto che sono proprie della nostra civiltà giuridica.

Diversità e ricchezza di prospettive che possono essere compiutamente restituite attraverso la comparazione diacronica la quale può essere utilizzata per far emergere come il diritto e la riflessione sul diritto siano cambiati (e siano soggetti sempre a cambiamento) nel tempo e nello spazio.

Un esercizio di pluralismo riflessivo utile ad assolvere – per il tramite della formazione – la funzione critica (e sociale) della filosofia del diritto.

VI. Riflessioni conclusive

Rebus sic stantibus, si possono mettere in evidenza due conclusioni.

La prima è che, probabilmente, ogni percorso di formazione che coinvolga il giurista, soprattutto il giurista in formazione, non dovrebbe appiattirsi esclusivamente su una sola prospettiva.

Non solo, difatti, tale appiattimento rischia di essere un'artificiosa riduzione della straordinaria ricchezza e complessità della filosofia del diritto. Ma quanto più specifica è la prospettiva che si assume come orizzonte formativo, tanto maggiori saranno le certezze del giurista in formazione, mentre il compito della filosofia del diritto non è quello di radicare certezze ma di disseminare dubbi.

La seconda è che la meta-prospettiva storica – definiamola così – è quella che consente di dare conto, forse con maggiore efficacia, delle tante prospettive intorno al diritto e delle tante prospettive intorno al diritto che si hanno nelle tante prospettive intorno al diritto.

Una meta-prospettiva che non considera la storia della filosofia del diritto come fine in sé (cosa di per sé non disdicevole), ma che – attraverso la storia della filosofia del diritto – riesce a dare conto della pluralità di prospettive nella pluralità di prospettive.

Così facendo la comparazione diacronica diviene metodo, strumento, per comprendere come cambia la riflessione sul diritto (perché cambia il diritto), individuando al tempo stesso però gli elementi che attraversano e accomunano le diverse prospettive che si sviluppano all'interno di una famiglia di dottrine giusfilosofiche (quella giusnaturalistica, quella giuspositivistica, quella realistica, per riprendere una tripartizione classica), caratterizzata da unità e pluralità al tempo stesso, da elementi concettuali comuni che si proiettano in concezioni diverse (per riprendere una distinzione cara a Dworkin). In un percorso, infine, di scomposizione prismatica della filosofia del diritto o delle filosofie del diritto che si ricompongono al plurale intorno ai giusnaturalismi, ai giuspositivismi ai giusrealismi.

La comparazione diacronica, all'interno di grandi e accoglienti famiglie di dottrine giusfilosofiche, appare uno dei possibili metodi per far sviluppare al giurista, soprattutto al giurista in formazione, uno spirito critico.

Uno spirito critico che si nutre del pluralismo di prospettive e che serve ad alimentare il dubbio, quel dubbio che è il motore di ogni ricerca scientifica, ma soprattutto è ciò che consente di trasformare il diritto, facendo assolvere al giurista la sua funzione più importante, la funzione sociale.

Attilio Pisanò
Università del Salento
attilio.pisano@unisalento.it

Il metodo del diritto comparato o nel diritto comparato? Riflessioni su un tema classico e sempre attuale

I. Introduzione. Il diritto comparato come metodo o scienza. Un tema sempre attuale e che necessita continui aggiornamenti

Per chi cominciò il suo percorso di studi di Diritto comparato, da studente della Facoltà di Giurisprudenza di Bologna, sulla prima edizione del manuale di Diritto costituzionale comparato di Giuseppe de Vergottini all'inizio degli anni Ottanta, opera che è giunta gloriosamente oggi alla undicesima edizione¹, e sul quale baso da due decenni il mio corso di Diritto pubblico comparato presso l'Università del Salento, dovrebbe essere naturale meditare sulla questione del metodo nel diritto comparato.

Se nelle edizioni precedenti il maestro dell'Alma Mater ancora si chiede se il Diritto comparato sia una scienza o, semplicemente, un metodo, proponendo comunque l'importanza dell'utilizzo del metodo scientifico per la comparazione (il che significa sostanzialmente fare bene il proprio mestiere, soprattutto nella ricerca), nell'ultima edizione è esplicita la dichiarazione secondo cui il metodo giuridico rende la comparazione una disciplina scientifica. La comparazione giuridica è quindi «l'operazione intellettuale di raffronto fra ordinamenti, istituti e normative di diversi ordinamenti, che, se compiuta secondo i canoni del metodo giuridico, assume le caratteristiche della disciplina scientifica. Questa operazione necessita di essere affrontata seguendo un proprio metodo scientifico»².

Nel titolo di questo contributo si utilizza la parola metodo proponendo due alternative: se esiste un metodo tipico del diritto comparato significa che quest'ultimo assomiglia ad una scienza, nella quale l'oggetto della ricerca assume un'importanza primaria e modella il metodo. Nel caso ci si concentri sul metodo nel diritto comparato si intende piuttosto, al contrario, la quasi totale natura ancillare di questi nei confronti di un altro sapere più definito come disciplina: il diritto privato, il diritto pubblico, il diritto amministrativo, senza l'aggettivo. Le pagine che seguono chiariranno questo ragionamento, nel senso di dare comunque rilevanza ad una 'disciplina' – termine più appropriato e modesto di 'scienza' – utile se non necessaria al dibattito giuridico, politico e culturale, che si accompagna ad un metodo, ma non si limita ad esso, assumendo invece i con-

¹ G. de Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, Padova 2022¹¹.

² De Vergottini, *Diritto costituzionale comparato* cit. 2.

torni di qualcosa di autonomo, anche se legato a diversi saperi, dai quali trae la linfa per poter esercitare la sua funzione. Anche il termine ‘materia’ può essere usato come sinonimo di disciplina.

Non sarebbe certamente, a mio avviso, una *diminutio* considerare il diritto comparato ‘solo’ un metodo. Questo designa uno dei pilastri della tradizione occidentale, sin dalla cultura greca che del resto gli presta il nome; ma è dalla rivoluzione scientifica galileiana che esso diviene centrale nel dibattito filosofico (si veda al proposito *Il discorso sul metodo* di Cartesio), ed in seguito politico e giuridico. Il ‘Metodo Comparativo’ fu inoltre reso celebre dai successi della linguistica comparata, e «invocato da giuristi, storici, scienziati della politica e sociologi – basti qui richiamare i nomi di Comte e Durkheim – per formulare l’ipotesi circa l’origine e le leggi di sviluppo delle istituzioni giuridiche e sociali»³.

Gino Gorla, nella sua fondamentale Voce sull’Enciclopedia del diritto⁴, nello stesso primo capoverso di essa, che inizia con la domanda «che cosa sia quel *quid* che chiamiamo ‘diritto comparato’», si chiede quali siano «i metodi (grassetto dell’autore), le tecniche o arti», trattando dunque il metodo come strumento per definire l’oggetto della conoscenza. Esso sembrerebbe poter essere più materia che metodo, ma per essere scienza (sociale) è forse necessario qualcosa di più: una disciplina dai contorni definiti, anche se in espansione, come una forma sferica che può gonfiarsi mantenendo la sua struttura primigenia (basta che non scoppi ..., il che può accadere se il metodo è sbagliato o se il contenuto è troppo ingombrante per essere ben gestito)⁵. Ma, prendendo per buono il suggerimento di de Vergottini sulla necessità dell’utilizzo del metodo scientifico nel diritto comparato (il che significa, ripeto, fare le cose per bene), che cosa si intende per metodo comparato? Esso è definito una volta per tutte o muta con il tempo? Ne esiste solo uno, o ve ne sono vari?

II. Come funziona il metodo comparato

Ogni disciplina ha evidentemente bisogno di un metodo per vivere e svilup-

³ G. Resta, *L’albero e l’onda: il discorso della comparazione al crocevia delle discipline*, in G. Resta, A. Somma, V. Zeno-Zencovich (a c. di), *Comparare. Una riflessione tra le discipline*, Milano-Udine 2020, 22.

⁴ G. Gorla, *Diritto comparato*, in *ED*. 12, Milano 1964, 928 ss.

⁵ Il concetto di sfera, utile per capire l’evoluzione della civiltà umana sino all’odierna epoca della globalizzazione, è utilizzato dal filosofo tedesco Peter Sloterdijk: *Sfere* (due tomi, *Bolle e Globi*), Milano 2014 (originale: *Sphären I. Blasen; Sphären II. Globen*, Frankfurt am Main 1998 e 1999).

parisi. Il diritto non fa eccezione, ed all'interno di esso il diritto comparato, con le diverse strategie se si tratta di diritto pubblico comparato o privato comparato. Permane infatti una differenza nonostante la sempre più marcata commistione fra i due ambiti: de Vergottini indica che, mentre nel campo del diritto privato vengono soprattutto considerati gli istituti giuridici riguardanti gli individui, nel diritto pubblico (comparato) assume una particolare rilevanza la conoscenza delle istituzioni politiche⁶.

Se si insiste sul metodo scientifico (giuridico) come strumento per la funzione della comparazione, questo comporta, in sintesi, che vi sia una fase di raccolta dei dati e delle nozioni necessarie alla conoscenza di un fenomeno, una fase di verifica delle conoscenze ed un'altra, eventuale, di utilizzo delle conoscenze. Sottolinea Jaakko Husa che «nella maggior parte dei casi, le scelte teoriche sulla metodologia emergono dopo che il materiale di ricerca preliminare è stato raccolto, ed una certa sorta di quadro si è formata»⁷. Si tratta dunque di un lavoro *in fieri*, il cui cammino non è segnato del tutto dall'inizio, ma è condizionato dall'equipaggiamento (il materiale raccolto) e dal contesto giuridico, culturale e politico, che può favorire o frenare tale lavoro. Dipende anche, perlomeno per quello che riguarda il teorico del diritto comparato, dalla volontà e dall'ambizione di questo.

Va anche ricordato che, se è indubbia la centralità della questione del metodo nel lavoro dei comparatisti, la maggior parte di questi dà per scontate le regole del gioco, e si concentra piuttosto sul gioco stesso. Questo vale più per i comparatisti di diritto pubblico, a causa forse della maggior ampiezza rispetto ai colleghi privatisti dell'ambito di ricerca. Si accettano dunque le regole del gioco (il metodo), la cui conoscenza è condizione essenziale per dedicarsi ai contenuti della ricerca (il gioco in sé), che può riguardare ordinamenti considerati dal punto di vista della geografia (l'analisi degli ordinamenti o di settori ed istituti giuridici di singoli Stati) o istituti ed ambiti trasversali (federalismo, diritti fondamentali, ruolo delle Corti⁸). Detto altrimenti, sono più numerose le opere sul diritto straniero, sia la comparazione parte dell'analisi o non lo sia (di solito lo

⁶ De Vergottini, *Diritto costituzionale comparato* cit. 3. Il problema che sorge è allora quello «della rilevanza o meno per lo studioso di diritto delle questioni interessanti il fatto politico, problema che va risolto distinguendo con chiarezza i profili propri del diritto costituzionale da quelli propri di altre discipline che assumono una funzione ausiliare rispetto al primo e rispetto alle analisi comparative svolte nel suo ambito, quali le discipline politologiche, sociologiche e storiche».

⁷ J. Husa, *A New Introduction to Comparative Law*, Oxford-Portland 2015, 117.

⁸ Fra la sterminata letteratura v., per i tre ambiti citati, rispettivamente, S. Ortino, M. Žagar, V. Mastny (eds.), *The Changing Faces of Federalism. Institutional reconfiguration in Europe from East to West*, Manchester 2004; S. Fredman, *Comparative Human Rights Law*, Oxford 2018; L. Pegoraro, *Sistemi di giustizia costituzionale*, Torino 2019.

è, almeno implicitamente), che le opere sul metodo del diritto comparato⁹. Chi conosce bene le regole però, è più facilitato di chi di esse ha un'idea superficiale per effettuare una ricerca epistemologicamente impeccabile e possibilmente utile per un'applicazione pratica.

La prima fase è dunque quella della conoscenza pura, che giustificherebbe già da sola l'esistenza e la nobiltà del diritto comparato¹⁰. Già così si può apprezzare la natura interdisciplinare del diritto comparato, dato che le conoscenze saranno non solo di natura giuridica; questo implica una ricerca che abbia il diritto come chiave di lettura, che si basi su di esso, ma che spazia fra più saperi¹¹.

È evidente che non si può pretendere dallo studioso la conoscenza di tutti gli ambiti del diritto delle centinaia dei diversi ordinamenti del mondo, e neanche, a maggior ragione, dei fattori extragiuridici utili alla comprensione del versante propriamente giuridico. Verranno in ausilio le raccolte ed i compendi di diritto più o meno disponibili a seconda delle diverse situazioni (più semplice l'accesso nei paesi a più solida struttura democratica, che sono di solito anche quelli dove lo studio della scienza giuridica è più sviluppato), che portano ad una sostanziale 'ricostruzione' dell'argomento giuridico da studiare¹².

Occorre quindi procurarsi una conoscenza abbastanza vasta, se non totale, del diritto non noto; questo si può fare, almeno in gran parte, soltanto «per sentito dire»¹³, specifica Gino Gorla, ed io aggiungo che, per fortuna, il 'sentito dire' può essere oggi, nel terzo decennio del ventunesimo secolo, sostituito da uno studio per mezzo di efficaci traduzioni e trattazioni di esperti anche della lingua e della cultura giuridica che si intende analizzare, oltre che facilitato dalla rete nell'accesso diretto dei documenti.

Lo scambio fra esperti di tutto il mondo aiuta la conoscenza, in particolare da paesi di difficile accesso nelle informazioni (se non per pochi specialisti,

⁹ Vi sono certamente lodevoli eccezioni: ad esempio de Vergottini, *Diritto costituzionale comparato* cit.; U. Kischel, *Rechtsvergleichung*, München 2015. Fra i libri fondamentali che trattano soprattutto, o solo del metodo, oltre a quelli citati nelle altre note, v. R. Scarciglia, *Metodi e comparazione giuridica*, Padova 2021, il quale nell'analisi dei vari metodi per la comparazione giuridica dedica una particolare attenzione allo strutturalismo (pp. 98 ss.), adatto a spiegare sistemi giuridici complessi, nei quali le singole componenti presentano nondimeno una struttura unitaria. La teoria dei formanti legali (i principali dei quali sono la legge, la giurisprudenza e la dottrina) è strettamente connessa all'approccio strutturalista.

¹⁰ G. Bogneri, *L'oggetto e il metodo*, in P. Carrozza, A. Di Giovine, G. F. Ferrari (a c. di), *Diritto costituzionale comparato II*, Bari-Roma 2014, 732.

¹¹ Si vedano le preziose pagine di F. Galgano, *Il diritto e le altre arti. Una sfida alla divisione fra le culture*, Bologna 2009.

¹² Husa, *A New Introduction to Comparative Law* cit. 117.

¹³ Gorla, *Diritto comparato* cit. 941.

che però ci sono sempre stati ed oggi sono più numerosi) verso paesi e centri di maggiore diffusione del sapere, *in primis* gli USA, ma anche il Regno Unito, il Canada, l'Australia, favoriti tutti dalla preminenza ormai accettata della lingua inglese, nonché i paesi europei, soprattutto Germania, Francia, Italia, Portogallo e Spagna¹⁴, tutti quelli insomma dove si studiano le principali culture giuridiche (e non) del mondo e che, altresì, ospitano esuli da diversi paesi di non semplice comprensione, non solo giuridica: i casi della Cina e dell'Iran sono evidenti, e lo è anche, quello dello studio della cultura araba e musulmana, molto forte da tempo in Italia. In questo quadro sono decisive le traduzioni¹⁵. È molto difficile che un comparatista possa conoscere contemporaneamente, fra le varie lingue, cinese, arabo, persiano e russo. Chi le conosce avrà un vantaggio perché potrà accedere a documenti in lingua originale, ma non può essere precluso lo studio di tali paesi solo perché non si conoscono le lingue delle opere e dei documenti originali¹⁶. Non solo il sapere giuridico deve rientrare nel bagaglio delle conoscenze del comparatista, ma anche altri saperi, con le trappole e le difficoltà, ma anche le opportunità, che saranno illustrate nell'ultimo paragrafo.

La seconda fase, quella della verifica delle conoscenze, è delicata poiché il diritto, in quanto scienza sociale, non è di facile misurazione. Zweigert e Kötz sottolineano a loro volta che «la valutazione critica dei risultati raggiunti con la comparazione è una parte integrante del diritto comparato»¹⁷. Per effettuare tale valutazione, possono risultare utili anche gli strumenti di discipline come la sociologia o la statistica: in questo senso la «misurazione del diritto»¹⁸ è pensabile ed applicabile solo nei paesi democratici dove i sondaggi sono verosimili. In realtà, il comparatista aggiunge spesso alla sua ricerca una valutazione critica, altrimenti «il diritto comparato diverrebbe secondo quanto diceva Binder 'una pila di mattoni di cui nessuno si servirà per costruire qualcosa'». La valutazione critica comporta la riflessione e l'argomentazione su «quale sia, fra le tante, la soluzione più consona allo scopo e – in definitiva – la migliore»¹⁹.

La ricerca della soluzione migliore è un aspetto centrale della teoria funzionalista di Zweigert e Kötz, non a caso privatisti-comparatisti, che può servire a

¹⁴ I Paesi Bassi e gli Stati scandinavi fanno ormai parte del mondo accademico di lingua inglese, pur mantenendo vivo l'uso delle proprie lingue nazionali anche in ambito universitario.

¹⁵ S. Cavagnoli, E. Ioriatti Ferrari, *Tradurre il diritto. Nozioni di diritto e di linguistica giuridica*, Padova 2009.

¹⁶ Per un comparatista conoscere almeno due lingue di diffusione internazionale, oltre la propria, dovrebbe essere la norma, e di solito, almeno in Italia, lo è.

¹⁷ K. Zweigert, H. Kötz, *Introduzione al diritto comparato I. Principi fondamentali*, Milano 1998, 54.

¹⁸ A. Gambaro, *Misurare il diritto?* in *Annuario di Diritto comparato*, 2012.

¹⁹ Zweigert, Kötz, *Introduzione al diritto comparato I. Principi fondamentali* cit. 55.

rafforzare l'argomento (non condiviso da tutti) secondo il quale il diritto comparato propone risultati tutto sommato equivalenti. Siamo qui all'interno della terza fase, vale a dire quella della finalità della comparazione. Essa si applica sia all'aspetto legislativo, che a quello esecutivo, ed infine al giudiziario, che dei tre poteri è quello dove l'utilità della comparazione, almeno immediatamente, appare più chiara²⁰.

Anche la divisione in famiglie giuridiche è stata soprattutto elaborata da comparatisti giusprivatisti²¹, e può essere utile ai fini del diritto pubblico comparato, come anche lo studio dei diversi diritti di famiglia, un tema tipico di diritto privato che però presenta un elevato interesse anche per le problematiche dei giuspubblicisti: si pensi alla dimensione di genere dei diritti fondamentali che il diritto di famiglia comporta. Il declino fra diritto pubblico e diritto privato è una delle spie dell'evoluzione del diritto²², che ha nel diritto comparato una evidente testimonianza, in un vortice 'transdisciplinare' che riguarda ambiti condivisi fra le due grandi suddivisioni del diritto: si pensi all'ambiente²³ e, più recentemente, all'intelligenza artificiale²⁴, entrambi settori sui quali i comparatisti devono sforzarsi di offrire sempre di più il loro necessario contributo²⁵. In tutte le fasi della comparazione essa si svolge secondo il classico trinomio *comparatum, comparandum e tertium comparationis*. In particolare, quest'ultimo concetto indica non tanto la somiglianza fra gli oggetti della comparazione, quanto piuttosto la loro commensurabilità, che indica che una questione che interessa tale comparazione presenta aspetti comuni fra i primi due termini di essa²⁶. Rileva peraltro lucidamente H. Patrick Glenn che «l'attuale dibattito su ciò che è incommensurabile sembra non essere altro che un'ulteriore riformulazione di (alcuni) atteggiamenti occidentali nei confronti del passato – che ora vengono diretti verso il presente – i quali ci dicono che non esiste nessuna dottrina che possa intralciare

²⁰ G. de Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna 2010.

²¹ Da ultimo v. A. Somma, *Introduzione al diritto comparato*, Torino 2019.

²² G.A. Benacchio, M. Graziadei (a c. di), *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato*, Napoli 2016; per una ricognizione storica del tema v. B. Sordi, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna 2020.

²³ B. Pozzo, *La tutela dell'ambiente tra strumenti di diritto privato e strumenti di diritto pubblico: le Grandi Epoche del diritto dell'ambiente*, in Benacchio, Graziadei (a c. di), *Il declino della distinzione* cit. 291-333.

²⁴ M. Belov, *The IT Revolution and its Impact on State, Constitutionalism and Public Law*, Oxford 2021.

²⁵ D. Amirante, *Costituzionalismo ambientale. Atlante giuridico per l'antropocene*, Bologna 2022.

²⁶ Husa, *A New Introduction to Comparative Law* cit. 148.

la nostra individuale, carismatica e razionale capacità decisionale»²⁷. Con attenzione, e realismo sull'utilità reale della comparazione fra esperienze molto diverse, è possibile, anzi consigliabile, che l'attività del comparatista riguardi ordinamenti e vicende storicamente e geograficamente lontane dal proprio punto di osservazione (il proprio ordinamento), senza per forza indicare soluzioni o, peggio, improbabili trapianti giuridici.

III. *Le varie facce del diritto comparato*

Se il diritto comparato può essere disciplina, ontologicamente unica, ciò non esclude, ma anzi implica una sua suddivisione (privato, pubblico, penale, del lavoro, e più recentemente dell'ambiente, delle minoranze, dell'intelligenza artificiale), che giustificerebbe una sua dimensione trasversale. A mio avviso le due cose non si escludono: il diritto comparato è sia disciplina che dimensione che taglia altri saperi e pratiche del diritto. L'aver un oggetto così ampio necessita il ricorso a competenze, anche non giuridiche, ma che possono e devono essere giuridicizzate: è questo il lavoro del giuscomparatista, simile ma diverso da quello dello scienziato politico o sociologo comparatista. Come dice Pierre Legrand, bisogna effettuare un utilizzo di altri saperi «pertinenti all'interpretazione del diritto»²⁸.

Sempre Gorla ci ricorda che «il termine 'diritto comparato' si presta ad una certa ambiguità, come ambigue, perché intrecciate e intrecciantisi, sono le varie attività e i vari problemi che si presentano sotto questo termine». Qui sta l'essenza del metodo del diritto comparato, vale a dire la sua interdisciplinarietà, figlia della sua varietà ('le varie attività e i vari problemi') che svela forse la sua essenza 'impura', forse talvolta poco giuridica, se si vuole seguire il dettato di Kelsen, ma anche della dottrina positivista. La sfida da raccogliere è quella di agire comunque all'interno di una dottrina, se non pura, rigorosa, che tiene fermi alcuni principi centrali del diritto (*in primis* la sua natura cogente, che traduce il dover essere) ma che necessita del ricorso di altri saperi: storia, economia, filosofia, antropologia, storia dell'arte, linguistica, scienze pure, ecc.

L'interdisciplinarietà agisce anche all'interno del diritto. In questo senso va la citata crisi della distinzione fra diritto privato e pubblico, il sorgere di nuo-

²⁷ H.P. Glenn, *Tradizioni giuridiche nel mondo. La sostenibilità della differenza*, Bologna 2011, 93 s. (originale: *Legal Traditions of the World. Sustainable Diversity in Law, Fourth Edition*, Oxford-New York, 2010).

²⁸ P. Legrand, *Au lieu de soi*, in Id. (sous la dir. de), *Comparer les droits, résolution*, Paris 2009, 18.

ve sottodiscipline legate a nuove o rinnovate questioni (ambiente, minoranze, intelligenza artificiale) ed anche la ‘contaminazione’, di discipline esterne al diritto, che hanno costituito un esempio per il diritto comparato e che assumono veste giuridica, più o meno marcata, a seconda della necessità di ricorrere agli strumenti del diritto per meglio espletare le loro funzioni. Un caso classico è quello dell’antropologia, la cui metodologia implica una curiosità verso l’altro (certamente anche per motivi non altruistici, come quelli della colonizzazione) condivisa dal diritto comparato, che dunque guarda ai risultati di essa, prendendone spunto (come già fatto con la linguistica²⁹) e poi crea una nuova disciplina giuridica, appunto l’antropologia giuridica³⁰. Un ambito più recente in cui si apprezza il metodo interdisciplinare, con un ruolo di cerniera del diritto comparato, è quello, legato alla problematica più generale della tutela ambientale, delle *smart cities*: fra la vasta letteratura sull’argomento sono da segnalare tre ricchi volumi, con contributi di esperti di vari campi, anche non giuridici, a cura (non a caso) di un illustre comparatista quale è Giuseppe Franco Ferrari³¹.

IV. Comparazione e storia

Vorrei a questo punto affrontare un tema che reputo centrale per la teoria del diritto comparato: quello del rapporto fra storia e comparazione. Scrive Paolo Ridola, nella sua doppia veste di costituzionalista e di comparatista, che deve esserci «la consapevolezza che lo studio della storia costituisce, per l’uno e per l’altro, un bagaglio di metodo (grassetto dell’autore), di conoscenza e di valutazione critica, imprescindibile». Pur con le differenze di formazione e di approccio, che rivelano una distinzione fra storia e comparazione, essi possono, ed in molti casi devono, procedere insieme.

Marie-Claire Ponthreau ci ricorda che è difficile distinguere lo studio comparativo da quello storico: «la modifica degli ordini giuridici è strettamente legata alle influenze ideologiche ed alla circolazione dei modelli istituzionali nella misura in cui queste non lasciano sufficiente tempo per l’istituzionalizzazione

²⁹ Sulla comparazione fra linguistica e teoria del diritto v. G. Poggeschi, *Il rapporto fra lingua e diritto nel prisma della comparazione fra linguistica e teoria del diritto*, in M. Brutti, A. Somma (a c. di), *Diritto, storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico*, Frankfurt am Main 2018, 419-451.

³⁰ N. Rouland, *L’anthropologie juridique*, Paris 1995; J. Vanderlinden, *Anthropologie Juridique*, Paris 1996; R. Sacco, *Antropologia giuridica*, Bologna 2007.

³¹ G.F. Ferrari (a c. di), *La prossima città*, Milano-Udine 2017; Id., *Smart City. L’evoluzione di un’idea*, Milano-Udine 2020; Id., *Le smart cities al tempo della resilienza*, Milano-Udine 2021; Id., *Innovazione e sostenibilità per il futuro delle smart cities*, Milano-Udine 2023.

autonoma delle idee giuridiche»³². La giurista dell'Università di Bordeaux riconosce la centralità del metodo storico per il comparatista di diritto pubblico, ma non ne rileva alcune specificità, diversamente dal contesto istituzionale in sé che è la cifra della differenza fra i sistemi costituzionali. Più che il diritto privato, è il diritto pubblico l'espressione dell'identità nazionale, e questo è molto importante nella teorizzazione del diritto comparato.

Per Giovanni Bognetti «Il costituzionalista comparatista, da storico, deve cogliere le analogie (e le differenze) esistenti tra le masse in continuo movimento (per vie formali e informali) delle normative costituzionali in diversi ordinamenti. E suo compito imprescindibile è, alla fine, elaborare modelli di istituti, strutture normative, forme di governo, forme di stato, non tanto per riportare sotto di esse, a scopo classificatorio, le fattispecie degli ordinamenti esaminati che appaiono per le loro qualità inseribili in quei quadri concettuali, ma per costruire attorno a un sistema ordinato e coerente di valori, estratti da talune tendenze comuni a certi ordinamenti, un parametro ideale che permetta di valutare fino a che punto ciascun ordinamento ha di fatto realizzato la logica di quei valori, e quale sia la diversa misura di quella realizzazione nell'esame comparato degli ordinamenti. I modelli non trovano mai una vera, concreta attuazione nelle reali esperienze degli ordinamenti, ma offrono il metro per la comprensione approfondita e quantitativamente precisa dei valori a cui essi si ispirano (o non si ispirano), e della realizzazione d'essi di cui sono stati capaci»³³.

Fra gli studiosi comparatisti attenti al dato storico non può non essere ricordato Sergio Ortino, la cui grande sensibilità per i temi economici gli permise di assumere una veste quasi profetica in alcuni dei suoi ultimi scritti³⁴, nei quali affronta con maestria e fantasia il tema della globalizzazione, o meglio, delle conseguenze giuridiche di essa, come aveva a specificare con i suoi collaboratori ed allievi durante le fruttuose discussioni all'interno dell'attività dell'Accademia europea di Bolzano/Bozen, alle quali ho avuto la fortuna di partecipare ormai un quarto di secolo fa³⁵.

La storia, come è necessaria per lo studio del diritto senza aggettivi, lo è anche per il diritto comparato, e l'evoluzione dei suoi metodi si riverbera anche su di esso, mettendo lo studioso, storico e giurista, o entrambe le cose (si pensi agli amici e colleghi romanisti, le cui opere possono essere talvolta qualificate

³² M.-C. Ponthoreau, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Paris 2021₂, 54.

³³ G. Bognetti, *Diritto costituzionale comparato. A proposito dell'ultima edizione del manuale di Giuseppe de Vergottini*, in *Rivista AIC* 4, 2011.

³⁴ S. Ortino, *Il nuovo nomos della terra*, Bologna 1999; *La struttura delle rivoluzioni economiche*, Bari 2010.

³⁵ Insieme ad altri cari amici e colleghi, fra i quali ricordo Francesco Palermo, Eva Pföstl e Jens Woelk.

come ‘diritto comparato storico’³⁶) di fronte a nuove sfide, con «nuovi propositi per un binomio antico»³⁷, utile, anzi necessario, per capire le dinamiche della globalizzazione e dell’impatto di essa sul diritto.

V. *Classifiche, graduatorie, vincenti e perdenti, è tutta una comparazione?!*

Vi sono dunque varie ‘questioni di metodo’, con il primo termine al plurale, e parimenti vi sono, perlomeno per il diritto comparato, vari ‘metodi’, come già indicava Gorla. Utilizzare il singolare forse rivela la *hybris* di noi comparatisti nel voler considerarla una scienza, per essere presi sul serio, stretti fra la morsa di altri pubblicisti ed altri privatisti. Le considerazioni da me svolte nelle pagine precedenti vanno però nella direzione non di ‘prendersi sul serio’ come esponente dei comparatisti, ma di ‘prendere sul serio’ il proprio lavoro, e questo può essere fatto anche se questo lavoro non corrisponde ad una scienza.

Vorrei a questo punto proporre una nota non tanto polemica, ma piuttosto maliziosa: se il diritto va verso una sempre più spiccata interdisciplinarietà, come ho sottolineato per il diritto comparato, ma direi, in maniera più o meno intensa, per tutti i suoi settori, come si concilia questo con la rigida divisione in settori concorsuali? Prima di cercare di risolvere questo dubbio, è bene ricordare, come lucidamente fa Giorgio Resta, la centralità dell’«attitudine classificatoria (che fa parte del metodo comparato, n.d.a.), la quale connota inequivocabilmente il mondo in cui viviamo, dal settore pubblico (si pensi soltanto alla valutazione quantitativa della ricerca universitaria, o al governo tramite ‘indicatori’) al settore privato (l’intera *sharing economy* si basa sulla logica reputazionale e comparativa)»³⁸.

Esercizio di comparazione, dunque, e conseguentemente vittoria del diritto comparato? In un certo senso sì, ma vittoria monca, forse solo di una bella partita ma non dell’intero torneo, che è in questo caso quello della valorizzazione del lavoro dei giuristi attraverso la loro valutazione, il che si riverbera su tutta la formazione dei giovani e delle giovani nelle nostre aule universitarie. Il lavoro classificatorio, con le conseguenti etichettature, non tiene conto delle necessità attuali della comparazione, la quale è, come già ribadito, interdisciplinare e trasversale, sia all’interno del diritto che del sapere generale.

³⁶ Così è senz’altro F. Lamberti, P. Gröscher, F. Milazzo (a c. di), *Il diritto romano e le culture straniere. Influenze e dipendenza interculturali nell’antichità*, Lecce 2015.

³⁷ M. Brutti, Somma (a c. di), *Diritto, storia e comparazione per un binomio antico* cit.

³⁸ Resta, *L’albero e l’onda: il discorso della comparazione al crocevia delle discipline* cit. 11. Sull’economia circolare, che non corrisponde interamente alla *sharing economy*, ma ne sfrutta le potenzialità, v. M. Cocconi, *La regolazione dell’economia circolare. Sostenibilità e nuovi paradigmi di sviluppo*, Milano 2020.

I criteri di classificazione sono certamente utili e probabilmente necessari ad una regolamentazione organizzativa che riguarda la didattica, ma sono agli antipodi della realtà odierna del diritto globale, la cui complessità mal sopporta gli incasellamenti. Questo vale innanzitutto per la già ampiamente citata distinzione fra diritto pubblico e privato, ma in realtà per tutte le materie. Questo ragionamento aiuta la collocazione del diritto comparato a cavallo di tutte le principali aree del diritto, e la sua essenza è quella di un ausilio per la comprensione della complessità del mondo. Il sorgere di nuove (più o meno) discipline giuridiche, quali il diritto ambientale ed il diritto dell'intelligenza artificiale, confermano quanto affermato in precedenza: esse sono tutte quante assolutamente interdisciplinari, e necessitano dell'apporto del diritto comparato. Si tratta di non punire le ricerche interdisciplinari, ma incoraggiarle, rendendole ovviamente funzionali alle varie necessità di ricerca, di didattica e di pratica che si presentano a chi le deve svolgere.

Il rischio del diritto comparato è certamente quello di una trattazione superficiale di troppi e complessi temi: ma la sfida è da raccogliere, è un lusso potersi permettere di chiudersi nel proprio diritto nazionale, non fosse altro che per la partecipazione dell'Italia alla formazione del diritto dell'Unione europea ed alla sua applicazione³⁹. Questo è già un fattore intrinseco di comparazione, che rende più agevole la comparazione con gli ordinamenti degli altri Stati membri. Anche la condivisione dello spazio giuridico CEDU è un formidabile vettore per la comparazione.

VI. Nuovi ambiti di applicazione del diritto comparato. Conclusioni

La grande varietà di sottodiscipline del diritto comparato (o, detta con chi ne contesta l'essere materia di per sé, la grande varietà di materie che esso incrocia), permette di offrire altrettanto numerose strategie di ricerca, di didattica e di applicazioni pratiche. Quello che dovrebbe accomunare tutti i comparatisti è il tentativo di porre varie esperienze come base per la comparazione, partendo da un minimo di presupposto coerente (commensurabile) e giungendo a risultati definiti, perlomeno di teoria, ma talvolta (si pensi al lavoro del giudice) anche di pratica. La dottrina, applicata nella didattica delle aule universitarie, deve in questo senso essere di ausilio per la formazione di studenti sempre più consapevoli dell'impossibilità di chiudersi nella propria tradizione giuridica nazionale: ragazzi e ragazze meno provinciali in altre parole.

La consapevolezza dell'utilità del lavoro del comparatista deve andare di pari passo con la sua modestia, e, se non umiltà, del necessario realismo nel porsi

³⁹ P. Ridola, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino 2010.

in rapporto con tante discipline sempre più complesse. Una dottrina pessimista sostiene la crisi del diritto comparato in quanto esso si impernia sui tre capisaldi non più fermi a causa della disgregazione del paradigma Vestfaliano, «che ha accompagnato la genesi del modello ortodosso della comparazione giuridica: statualismo, positivismo e scientismo»⁴⁰. Ma il termine crisi non significa per forza declino, può comportare anzi una ridiscussione dell'oggetto in questione: il diritto comparato, essendo al crocevia di tanti saperi, risente del cambiamento, ma questo, lungi dal relegarlo a disciplina (o metodo ...) di seconda categoria, lo eleva a strumento di (tentativo di) comprensione di una realtà globale sempre più complessa, intrecciata, ed in continua evoluzione.

Qualche esempio può servire a dimostrare quanto detto: i due grandi temi 'di moda' (per usare un'espressione un po' spregiativa) o 'di attualità' (espressione appena più decente ...), vale a dire il diritto ambientale ed il diritto dell'intelligenza artificiale, si basano entrambi su saperi non giuridici molto complessi, come la geologia, la meteorologia, la biologia, la climatologia, l'ingegneria elettrica o elettronica, la fisica, la matematica, ecc. È ovvio che il giurista non potrà essere un esperto di tutte queste discipline, ma dovrà, puntando anche a precise scelte di linguaggio giuridico rinnovato⁴¹, assumere almeno le nozioni di base a partire dalle quali sviluppare il ragionamento giuridico, che consiste essenzialmente nel porre regole, di limitazione e/o di libertà (i due ambiti non sono per forza antitetici, un limite a qualcuno corrisponde di solito ad una altrui libertà, e viceversa). Nel fare questo, sarà necessaria l'oculata scelta del materiale cui fare riferimento: anche in questo caso la comparazione assume un ruolo centrale, anche di critica⁴², in quanto dovranno essere scelti i più affidabili fra gli esperti, sulla base di una valutazione, un giudizio⁴³, che implica, appunto, una comparazione, effettuata sia da coloro che 'vedono gli alberi', ossia gli esperti di fenomeni locali, che da 'coloro i quali vedono le onde'⁴⁴. Oltre all'oculatezza della scelta delle fonti di conoscenza, non sempre semplice in epoca di *fake*

⁴⁰ R. Michaels *Transnationalizing Comparative Law*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 23, 2016, 352 ss. (tratto da Resta, *L'albero e l'onda: il discorso della comparazione al crocevia delle discipline* cit. 30).

⁴¹ P. Phoa, *Narratives in Flux. Language, Digital Technologies, and the Climate Crisis*, in *Comparative Law and Language* 2.2, 2023, 1-9, online in <https://teseo.unitn.it/cll/article/view/2828/2772>.

⁴² G. Frankenberg, *Comparative Law as Critique*, Cheltenham-Northampton 2013.

⁴³ A. Somma, *Comparare è giudicare*, in Resta, Somma, Zeno-Zencovich (a c. di), *Comparare. Una riflessione tra le discipline* cit. 241-263

⁴⁴ G. Resta, *L'albero e l'onda: il discorso della comparazione al crocevia delle discipline* cit. 36 s. il quale cita la metafora del professore di letterature comparate Franco Moretti.

news e di facile riproducibilità di esse⁴⁵, altre accortezze dovranno essere usate dal giurista/comparatista: fra queste assume un'importanza capitale la capacità di lavorare in squadra. Lo indicava Gino Gorla sessant'anni fa⁴⁶, ed è fondamentale farlo adesso che l'oggetto della ricerca si è moltiplicato, anche se la mole di impegni dei docenti, anche di carattere amministrativo, non rendono facile il compito (oltre che, è onesto ammetterlo, uno spiccato individualismo, giustificato da capisaldi quali la libertà di insegnamento e la libertà di espressione, ma che spesso si traduce in un vizio di autoreferenzialità).

L'attività intellettuale di comparazione è accompagnata, a causa della natura trasversale di questo, dall'evoluzione della scienza e della tecnologia. Il cambiamento del metodo non è solo dunque causato dall'ampliamento dell'oggetto della comparazione, che abbiamo visto esistere, ma non così decisivo da mutarne i connotati e la sua essenza. Come sempre, la scienza e la tecnologia possono al tempo stesso essere di grande *ausilio* per il giurista, come anche costituire, se mal utilizzate, un pericolo: l'intelligenza artificiale assume in questo frangente storico uno straordinario esempio di questa funzione, che però non deve cancellare l'irrinunciabile impronta umana.

Il giurista (e dunque il comparatista) deve avere l'ultima parola nella definizione di limiti e libertà o deve porsi alla pari degli esperti di altre discipline? Io credo che il primato spetti alla politica, declinata nelle sue varie forme e ai diversi livelli territoriali, una politica realmente democratica, espressione della volontà popolare, mediata dalle istituzioni, nelle quali la voce degli esperti dovrà avere ampio spazio, come dovrebbe averlo anche nel dibattito generale, nel *marketplace of ideas* auspicato dal Giudice della Corte suprema Wendell Oliver Holmes più di un secolo fa⁴⁷, dalla cui competizione (che include la comparazione!) può scaturire la verità⁴⁸, o perlomeno l'interpretazione maggioritaria (in quel dato momento) da scegliere. Certamente, anche se questo può non piacere, nella definizione delle regole i giuristi sono necessari, e se sono almeno un po' comparatisti tanto meglio!

Giovanni Poggeschi
Università del Salento
giovanni.poggeschi@unisalento.it

⁴⁵ Ricordando il fondamentale W. Benjamin, *L'opera d'arte nell'epoca della sua riproducibilità tecnica*, Torino 2000 (originale del 1936: *Das Kunstwerk im Zeitalter seiner technischen Reproduzierbarkeit*, in Id., *Schriften*, Frankfurt am Main 1955).

⁴⁶ Gorla, *Diritto comparato* cit. 946.

⁴⁷ D. O'Brien, *The Public's Right to Know. The Supreme Court and the First Amendment*, New York 1981, 75.

⁴⁸ G. Poggeschi, *Ridere e deridere. La satira in USA ed in Francia fra libertà individuale ed esigenze collettive*, in *Consulta Online* 1, 2018, online in <https://giurcost.org/contents/giurcost/studi/poggeschi.pdf>.

Tavola rotonda in occasione della presentazione del volume
***Franca de Marini Avonzo Signora delle fonti*, Torino 2023**
(Università di Genova, Scuola di Scienze sociali,
Genova 19 aprile 2024)

Introduzione alla Tavola rotonda

Cari Colleghi e care Colleghe, cari Dottorandi e Allievi, cari amici e care amiche, vi do il benvenuto alla Tavola rotonda per la presentazione del volume dal titolo *Franca de Marini Avonzo Signora delle fonti*, Torino 2023. Il libro, da me curato, raccoglie gli *Atti del Convegno* svoltosi a Genova il 9 settembre 2022 per onorare la memoria dell'insigne studiosa ed è stato realizzato per iniziativa del figlio, Giacomo de Marini, nel decimo anno dopo la morte della madre. Ringrazio calorosamente Giacomo de Marini per la sua presenza qui oggi, per il contributo finanziario al Convegno del 2022 e per la pubblicazione di questo volume. Ringrazio le autorità accademiche per la loro partecipazione e per il prezioso ruolo avuto rispetto all'iniziativa: il Magnifico Rettore dell'Università di Genova, Federico Delfino (presente *in pectore* e con delega a Marco Pavese, Prorettore agli Affari generali e legali), che ha sostenuto con determinazione l'evento, bloccato da alcuni impedimenti burocratici, il Preside della Scuola di Scienze Sociali, Luca Beltrametti e il direttore del Dipartimento di Giurisprudenza, Gisella De Simone.

Il titolo del convegno e del libro, *Franca de Marini Avonzo Signora delle fonti*, riprende l'appellativo con cui la studiosa genovese ha definito i massimi esperti della letteratura giuridica antica a partire dal Medioevo che studiavano le fonti «fino ad averne una totale padronanza»¹. Io e Marco Pavese abbiamo pensato concordemente che si attagliava anche a lei: tutte le fonti letterarie antiche sul diritto erano al centro del suo lavoro filologico, erano studiate con l'uso dei più aggiornati strumenti di lettura storiografici e di critica del testo e, poi, interpretate.

Il volume, come il Convegno, è suddiviso in due sessioni distinte: una concernente *La scuola e il metodo* e l'altra *L'eredità scientifica*. La prima sessione tocca i temi che riguardano sia la 'scuola genovese' di Riccardo Orestano, sia la formazione da parte di de Marini di un suo metodo personale a partire da quello del suo maestro. Franca de Marini è stata la prima allieva di Orestano; a lei si erano aggiunti in un secondo momento Luigi Raggi e alcuni intellettuali di spicco della Facoltà, come Giovanni Tarello e Carlo Maria de Marini, marito

* A nome mio e degli interessati un sentito ringraziamento a Stefania Roncati che si è presa cura della trascrizione delle registrazioni di alcune relazioni: senza il suo lavoro i tempi di pubblicazione non sarebbero stati rispettati.

¹ *I signori delle fonti. Note sullo stile della romanistica italiana*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica* 9.1, 1979, 234.

di Franca de Marini Avonzo. L'influenza di Orestano sugli allievi nel periodo genovese (1950-1960), i percorsi comuni e le scelte autonome sono analizzati nelle relazioni di Massimo Brutti e di Antonello Calore, legati anch'essi alla medesima scuola. Riguardo alla parte relativa alla formazione di de Marini posteriore agli insegnamenti del suo maestro mi sono assunta il compito di tentare di descrivere 'il metodo de Marini' usato sia nel lavoro scientifico, sia nell'insegnamento, mentre Carlo Lanza si è soffermato in particolare sul superamento del dogmatismo nella critica dei testi tardo antichi.

La seconda sezione è dedicata ai temi studiati da Franca de Marini che hanno aperto nuovi percorsi di ricerca e sono stati poi seguiti da altri studiosi: gli studi sugli interventi del potere politico nei momenti di crisi della Repubblica sono riesaminati da Francesca Lamberti; la funzione giurisdizionale del Senato nel Principato è riletta da Francesco Arcaria alla luce anche degli sviluppi successivi; il ruolo e il contributo di de Marini nell'Accademia Romanistica Costantiniana è descritto da Maria Campolunghi; gli orizzonti aperti nelle numerose ricerche sul tardo antico sono analizzati da Andrea Lovato; il lavoro sul Codice Teodosiano è trattato da Lucio De Giovanni.

Il titolo dato alla Tavola rotonda *Questioni di metodo* rievoca l'aspetto più interessante che emerge dall'analisi delle pubblicazioni di de Marini a partire dai lavori più risalenti fino ai più recenti (1954-2011): la sua capacità di proporre letture diverse delle fonti rispetto a quelle consolidate, la forte originalità del suo pensiero, l'apertura verso nuovi percorsi di ricerca e nuove metodologie, in particolare lo studio storico del diritto che si è posto in alternativa rispetto al dogmatismo e all'interpolazionismo imperante fino alla prima parte del '900. Accanto allo studio storico negli interessi di de Marini si sono affiancate ben presto le correnti storiografiche di matrice marxista che hanno introdotto nuovi strumenti di indagine sul diritto come la lettura politica e ideologica del contesto in cui si forma il diritto e l'attenzione alla società e all'economia.

Anche nell'insegnamento de Marini aveva portato le sue originali convinzioni: una presa di distanza totale dall'insegnamento tradizionale imperniato sulle *Istituzioni del diritto privato* che riteneva, giustamente, una costruzione dogmatica ottocentesca, privilegiando la storia del diritto e lo studio diretto delle fonti e degli autori che aprivano percorsi nuovi nella ricerca storica. Accanto alle *Istituzioni* di Gaio e all'autobiografia di Augusto faceva leggere agli studenti *L'origine della famiglia, della proprietà privata e dello stato* di Friedrich Engels e *La società antica* di Morgan, e, per l'età augustea, *La rivoluzione romana* di Syme; accanto allo studio dell'*Enchiridion* di Pomponio e alle *Logiche dei giuristi romani* di Aldo Schiavone, uscito nel 1971 (lettura affascinante, ma molto complessa per studenti del primo anno con cui alcuni decenni fa mi sono dovuta misurare di persona), *Marxismo e società antica* a cura di Mario Vegetti, che

raccoglieva saggi di studiosi di eterogenea provenienza che riflettevano sulla capacità del marxismo di svelare nuove categorie di ricerca e di proporre nuove chiavi di lettura sul mondo antico²; e parallelamente *Analisi marxista e società antiche* a cura di Luigi Capogrossi, Andrea Giardina e Aldo Schiavone, con l'introduzione di Massimo Brutti³, legati a de Marini da orientamenti e progetti comuni: «una pubblicazione che raccoglieva il lavoro svolto per anni presso l'Istituto Gramsci di un gruppo interdisciplinare di studio sul mondo antico»⁴.

Franca de Marini era un'intellettuale di sinistra, senza appartenere ad un partito specifico, le sue interpretazioni politiche della storia del diritto si fondano su questa appartenenza. La sua personalità di studiosa non è, però, definibile in base ad un singolo aspetto: era molto colta e vivace, anticonformista e antiformalista, eclettica e aperta al nuovo, decisa nel portare avanti le proprie convinzioni in tempi in cui le donne che emergevano nell'Accademia erano poche.

Chiudo con le parole di de Marini «la ricerca sulle fonti è una ricerca sugli uomini che le hanno prodotte», un'opinione che è ricca di implicazioni potenzialmente 'rivoluzionarie' per gli studi sul mondo antico e sulla storia del diritto, condivisa anche da studiosi della statura di Arnaldo Momigliano, di Dieter Nörr e di altri studiosi qui presenti⁵.

Gloria Viarengo
Università di Genova
gloria.viarengo@unige.it

² Pubblicato nel 1977 raccoglie scritti di Michel Austin, Moses I. Finley, Diego Lanza, Charles Parain, Karl Polanyi, Geoffrey E. M. De Ste Croix, George Thomson, Sergej L. Utchenko, Mario Vegetti, Jean-Pierre Vernant e Pierre Vidal Naquet.

³ Roma 1978.

⁴ Cito dall'introduzione al volume di Massimo Brutti, 9 ss. Il folto elenco di storici che hanno partecipato al dibattito si legge ivi, 9, nt. 1. Per un ritratto più ampio dei metodi di insegnamento di de Marini ricordo il mio lavoro *Franca de Marini Avonzo Maestra di diritto romano*, in *Cultura giuridica e scienza del diritto nell'opera di Franca de Marini Avonzo, Atti del Convegno* (Genova 17 maggio 2013), in *Materiali per una storia della cultura giuridica* 44.2, 2014, 565-572.

⁵ F. de Marini Avonzo, *Conclusioni*, in *Accademia romanistica costantiniana. Atti del XIV Convegno internazionale*, Perugia-Spello 1999, Napoli 2003, 711. Per Nörr Ead., *Dieter Nörr: il metodo e lo stile*, in E. Stolfi (a c. di), *Dieter Nörr e la romanistica europea tra XX e XXI secolo, Atti del Convegno Torino 26-27 maggio 2005*, Torino 2006, 29 s. Per Momigliano vedi in particolare D. Nörr, *Wissenschaftsgeschichte als Methodologie*, in *RJ*. 14, 1995, 174 ss. [= *Historiae iuris antiqui: gesammelte Schriften*, 3, Berlin 2003, 2095 ss.].

Franca de Marini Avonzo. Un ricordo

Il libro che presentiamo è bello e importante, cosa non comunissima in questo genere letterario. È un libro denso, compatto, che si legge con grande piacere e coinvolgimento sia nella prima parte, dedicata alla ricostruzione della romanistica (e più in generale della cultura giuridica) degli anni '60 e '70 del Novecento, sia nella seconda, dove si trovano saggi significativi che riprendono alcuni temi della ricerca di Franca. Tutto questo ci riporta a un mondo che abbiamo perduto, e in particolare al piccolo gruppo – qualcuno in uno di questi scritti li chiama i tre moschettieri – formato da Giovanni Tarello, Franca de Marini, Luigi Raggi, che di quegli anni fu sicuramente uno dei principali protagonisti.

Quella scena era allora segnata dal tentativo compiuto da alcuni studiosi di cambiare l'asse culturale della romanistica italiana, spostandolo dal tradizionale impianto dogmatico verso una prospettiva esclusivamente storiografica. Diciamo subito che si trattò di un'impresa completamente fallita. E la cosa significativa di questo insuccesso fu che si verificò nel momento in cui sforzi volti a modernizzare i quadri culturali di alcuni altri importanti campi disciplinari all'interno delle scienze giuridiche furono invece portati avanti con ben diversi risultati. Pensiamo, per esempio, a come sono cambiati tra gli ultimi anni 50 e gli anni 70 gli studi di diritto privato o di diritto costituzionale: alle nuove prospettive con cui è stata analizzata la nostra Carta fondamentale, o a come, nel diritto privato, in quegli anni fu stata condotta la critica al formalismo delle categorie giuridiche di tradizione pandettistica. Nella romanistica invece finì con il prevalere il riassorbimento delle novità nell'alveo di una tradizione che non è stata mai davvero superata, e nemmeno seriamente messa in discussione.

Devo anche dire a onor del vero che questo è accaduto senza che venisse esercitata nei confronti di chi si impegnava nel rinnovamento nessuna pressione di tipo, diciamo così, accademico baronale. Ci fu invece qualcosa di più sottile: una reazione fondata da un lato sulla passività e sull'inerzia, dall'altro sull'integrazione silenziosa del nuovo nel vecchio; una specie di movimento a tenaglia che finì con il prevalere. Così in quegli anni la romanistica segnava un'ulteriore distanza rispetto al mondo del diritto, senza avvicinarsi di un millimetro a quello della storia. Sarebbe importante chiedersi perché questo accadde. Certamente c'erano ragioni legate alle personalità in gioco. C'era un elemento di aristocratica ma alla fine perdente sprezzatura nel delizioso snobismo del gruppo genovese, soprattutto in Tarello e nella Franca, meno in Raggi. E c'erano certamente fragilità e disastrosi contrasti intorno al gruppo napoletano che in quegli anni cercava di sviluppare un discorso innovativo: mi riferisco a Franco

Casavola, Mario Bretone, Francesco Grelle, Federico d'Ippolito. Però, al di là di questi elementi di oggettiva debolezza, pesò soprattutto il fatto che la stragrande maggioranza dei romanisti italiani non aveva assolutamente intenzione – né mai l'avrebbe avuta in seguito – di cambiare, di imboccare nuove strade, di mettere in discussione le proprie certezze: nemmeno i più giovani.

Ero allora l'ultimo arrivato nel gruppo dei napoletani, e ricordo perfettamente il momento in cui ebbi la fortuna di avvicinarmi agli studiosi genovesi, in qualche modo sollecitato sia da Tarello sia da Franca de Marini. Rimasi incantato da tutti e due, dal modo in cui davano per scontate posizioni e scelte che a me sembravano conquiste ancora precarie, da difendere a tutti i costi: e prima fra tutte la collocazione degli studi romanistici saldamente nel campo degli studi storici. La Franca in particolare era davvero eccezionale in questa specie di rasserenante disinvoltura.

Devo dire che fu per me una breve stagione molto bella; poi quella magia si spezzò per una mia piccola scelta, quasi insignificante vista a decenni di distanza, ma che in quel momento ebbe un qualche significato. Stavo scrivendo allora il mio primo lavoro dopo il libro sulle *Logiche dei giuristi romani*, dedicato alla teologia di Quinto Mucio Scevola – un tema del tutto eterodosso per la romanistica tradizionale – e Giovanni Tarello si offrì di pubblicarlo sui *Materiali per una storia della cultura giuridica*, la giovane e già prestigiosa rivista che egli aveva fondato e dirigeva con grande successo. Gli avevo già consegnato il lavoro, quando mi fu consigliato molto autorevolmente di affidarlo piuttosto a una rivista romanistica: l'argomento era già abbastanza non convenzionale perché io rendessi ancor più difficile la mia posizione scegliendo di farlo apparire su una rivista estranea alla disciplina romanistica. Così ritirai il saggio; Giovanni ci rimase malissimo, e questo bastò a incrinare definitivamente il nostro rapporto.

L'ostinata resistenza a trasformarsi in una vera storiografia spinse gli studi romanistici verso una china che ha portato a tutte le difficoltà dei decenni successivi, e l'ha costretta a scegliere tra due opzioni, entrambe assai deboli: quella cosiddetta del comparativismo, fondata sul confronto fra diritto romano e diritti moderni, in una prospettiva del tutto decontestualizzata; e quella che definirei invece neoattualizzante, tesa a riscoprire la presenza e l'utilità del diritto romano nei dispositivi normativi dei diritti contemporanei europei. Il risultato è che il diritto romano è quasi scomparso dai libri che contano nella cultura storica e giuridica dell'Europa occidentale. Per trovare l'ultimo libro francese, tedesco o italiano di diritto romano che abbia lasciato un segno nel mondo degli studi di storia o di diritto bisogna andare ormai sempre più indietro nel tempo.

Qui però il discorso si fa complesso. Perché questa caduta non dobbiamo considerarla un fenomeno isolato, come spesso tendiamo a fare. Il declino si sta consumando all'interno di un quadro molto più ampio, che è quello di una

crisi generale delle scienze umane in Europa e forse nell'intero Occidente, che riguarda la storia, la filosofia, la teoria politica, la sociologia, le scienze giuridiche, la teoria economica. Crisi che ci appare ancora più evidente se la confrontiamo con quanto accade nelle scienze della natura, quelle cosiddette dure come la fisica, la chimica, la biologia, l'informatica, dove invece assistiamo a uno spettacolare e ininterrotto balzo in avanti.

Come spieghiamo questo scarto? Se pensiamo a cosa erano le scienze umane in Europa ancora alla metà del Novecento, e confrontiamo quelle condizioni con la situazione attuale ci rendiamo subito conto di quale sia la differenza. Consideriamo, per restare in campi più vicini a noi, gli studi di storia antica, medievale e moderna in Francia e in Italia tra gli anni 50 e gli anni 80 del Novecento. Ricordiamo cosa era la filosofia europea alla metà del '900, e a cosa si è ridotta ora. In realtà, è tutto il sapere umanistico europeo che attraversa un momento di difficoltà senza precedenti. Le ragioni della crisi sono profonde, e coinvolgono aspetti cruciali dell'intera civiltà occidentale, e del suo futuro. Non credo che l'impoverimento di cui sto parlando sia definitivo e irreversibile; credo però che si tratti di una rottura seria su cui bisogna riflettere molto per saperla contrastare, a cominciare dalla disciplina alla quale ciascuno di noi ha dedicato una parte importante della propria vita.

Ma torniamo a Franca de Marini e, intorno a lei, alla scuola di Riccardo Orestano. Quel tentativo fallito cui prima accennavo di portare gli studi di diritto romano sul terreno di una autentica storiografia aveva avuto due punti di riferimento: il primo era costituito senza dubbio dallo stesso Orestano – un nome quasi mitico per noi giovani napoletani fra gli anni sessanta e settanta: un'ancora di salvezza e di speranza. L'altro era Giangualberto Archi. In Orestano, quello che ci colpiva di più era la capacità di dare respiro teorico alla rifondazione in senso storiografico della nostra disciplina, con uno spessore del tutto sconosciuto al resto della romanistica europea. In Archi c'era qualcosa di diverso, che aveva anche a che fare con la sua formazione cattolica, e prescindeva da quel tipo di approfondimento teorico che invece era tanta parte della vita intellettuale di Orestano: compensato da un senso della storia vivissimo e molto sofisticato. Anche Franca, a differenza del suo maestro e di Raggi (e più tardi di Massimo Brutti), ha sempre avuto un rapporto complicato con la teoria, e questo si rifletteva non poco sul suo mondo di studi. Aveva però anche lei un entusiasmante senso della storia, il senso acutissimo del racconto della storia. Si tratta di un dono straordinario, che certo si può educare, ma che è anche, come dire, una dote naturale. Franca lo possedeva in un modo del tutto fuori del comune. E questo la portava a una certa indifferenza (persino con una punta di snobismo) per ogni questione di teoria. Nella discussione che ebbe a Spello nel '98 con Mario Bretone, Franca arrivò persino a farsi affettuosamente gioco del

suo interlocutore, fino a dire «le teorie le lascio tutte a te, mi fido di quello che tu dici, io sono più alla buona, e procedo in modo del tutto empirico». In realtà non era davvero così, una visione teorica l'aveva anche lei, e aveva la sua forza. Spesso sosteneva, per esempio, che «nel marxismo dei napoletani, c'è troppo idealismo, mentre invece il marxismo autentico è piuttosto ragione e materia». Una sintesi molto bella ed efficace.

Il senso della storia di Franca offre anche la chiave della sua forte vicinanza al lavoro di Arnaldo Momigliano. Non saprei se ci fu mai un rapporto diretto fra i due (propenderei per il no), ma quando, un po' di anni dopo, ebbi modo di conoscere da vicino Momigliano in occasione dei lavori per la *Storia di Roma* Einaudi, ritrovai in lui gli stessi atteggiamenti che avevo osservato in Franca anni prima, e confesso che questo mi colpì moltissimo.

Concludo con un'ultima considerazione. Franca dichiarava spesso che l'accostarsi direttamente alle fonti fosse di per sé decisivo, e bastasse questo solo a mettere in contatto con la vera storia. L'importante era liberare i testi antichi di tutta la polvere e le incrostazioni delle letture e delle interpretazioni fuorvianti che si erano accumulate nel corso dei secoli, per restituire l'originale nella sua nuda evidenza, e lasciarlo, per dir così, parlare da solo. A questo io non ho mai creduto, e in proposito scrissi su *Iura* una piccola recensione al suo libro su *Critica testuale e studio storico del diritto*. Franca la prese molto male. Posso dire che, riletta adesso, la sostanza della tesi sostenuta in quelle pagine mi sembra ancora del tutto condivisibile, ma non faccio fatica a riconoscere che il tono della mia scrittura in quell'occasione fu davvero insopportabile. Altezzoso e saccente: per un giovane studioso non ancora trentenne che parlava di un lavoro importante di una studiosa di primo piano era inammissibile. Franca aveva assolutamente ragione a sentirsi offesa. Tutto questo non ha impedito in seguito momenti belli di incontro e di affetto, come quelli a Genova per la presentazione del primo volume della *Storia di Roma*, in cui ritrovammo tutto il calore della nostra amicizia. Certo, le fonti non «parlano da sole»: bisogna saper far loro le domande giuste, e per porle ci vuole quel lavoro teorico che Franca in realtà (ne sono sempre più convinto) fingeva soltanto di non avere, perché era più elegante e leggero far apparire di non averne bisogno.

Aldo Schiavone
Università di Firenze
aldo.schiavone2000@gmail.com

***Spunti dal metodo di Franca de Marini Avonzo,
Signora delle fonti, fra Tardoantico ed età severiana (e oltre)***

1. Sono molto grato alla cara collega e amica Gloria Viarengo per l'opportunità che mi ha offerto di prender parte a questo seminario, con il quale si chiude un'articolata iniziativa, bella e meritoria, in ricordo di una Maestra. Personalmente, pur avendo molto letto e studiato Franca de Marini (soprattutto da quando ho iniziato ad interessarmi di età giustiniana e, poi, in occasione di qualche incursione nel Tardoantico), ho avuto modo di incontrarla e di avvicinarla solo in un lontano convegno a Spello nel 1993 e di ascoltarla, poi, un'altra volta, come relatrice ad un convegno a Copanello sugli ordinamenti giudiziari d'età imperiale (nel 1998). Tuttavia – piace dar subito atto di ciò –, il volume che oggi si presenta, grazie a tutti i contributi che compongono le due sezioni '*La scuola e il metodo*' e '*L'eredità scientifica*', (mi) ha restituito un ritratto nitido ed efficace non solo del profilo scientifico della Studiosa, ma anche della sua personalità.

2. Per il mio intervento prendo le mosse, e mi farò anche in seguito guidare, dalla locandina di questo seminario, che considero efficacemente evocativa in ragione dell'immagine sottostante al titolo per tre ragioni. Anzitutto, scontatamente, perché l'immagine consiste in antichi *testi*; inoltre, perché si tratta, più propriamente, di *frammenti* di testi; e, ancora, perché si tratta di *quei* frammenti testuali.

Il primo punto. Direi cosa assai ovvia ribadendo l'assoluta centralità del testo, sia come strumento sia come oggetto di ricerca, nella produzione della de Marini, talmente ciò ha pervaso e caratterizzato l'intero suo lavoro, costituendone, per così dire, la *substantia*. Non per nulla questo profilo è evocato già nell'elegante titolo (sul quale tornerò in chiusura) del volume oggetto dell'incontro odierno: '*Franca de Marini Avonzo Signora delle fonti*'; e viene rimarcato in modo apposito in molte pagine all'interno di esso. Semmai, vale la pena di sottolineare una volta di più l'autentico tratto peculiare e cioè il fatto che il testo è stato sempre oggetto di attenzione non da solo, bensì unitamente a tutto ciò che è dietro e attorno ad esso.

È il diritto come storia. Superfluo esplicitare le ascendenze orestiane, del resto già segnalate in più d'un contributo del volume. E peraltro va precisato che non si è trattato solo, sull'esempio del suo maestro, di rifiutare la fissità e l'astrattezza dei dogmi, la sovrapposizione di categorie attuali o di matrice pandettistica sull'esperienza antica e di valorizzare un'analisi diacronica di questo

o quell'istituto. Ancor più alla radice, si è trattato di ricostruire tutto ciò che sta sullo sfondo di un testo e di quanto in esso enunciato, regolamentato, documentato: le motivazioni concrete, gli avvenimenti, le persone, le situazioni fattuali, la cultura del tempo, le esigenze sociali, i contesti politici. In questo senso, le pagine della de Marini hanno dato piena concretezza ad una delle 'regole' enunciate da Momigliano, altro importante suo punto di riferimento storiografico, che, significativamente, la docente proponeva all'apprendimento degli studenti di primo anno: «Tutto il lavoro dello storico è su fonti [...]. E tuttavia lo storico non è un interprete di fonti, pur interpretandole. È un interprete di quella realtà di cui le fonti sono i segni indicativi o frammenti»¹. Una visione ben riassunta ulteriormente dalle parole che la stessa de Marini ha pronunciato in chiusura di un convegno dell'Accademia Costantiniana: «la ricerca sulle fonti è una ricerca sugli uomini che le hanno prodotte»².

Massimo Brutti nel suo contributo ha indicato un bell'esempio di questo approccio³, traendolo dal libro *I limiti alla disponibilità della res litigiosa nel diritto romano* (1968).

Com'è noto, un'ampia parte della produzione della de Marini ha ruotato intorno al fenomeno dell'amministrazione della giustizia: dal saggio d'esordio *Coesistenza e connessione tra iudicium publicum e iudicium privatum* (1954) all'ultimo lavoro *Leggere gli atti dei martiri come documenti processuali* (2011), passando per le monografie che si aggiungono a quella del 1968 ora citata – *La funzione giurisdizionale del senato* (1967) e *Il senato romano nella repressione penale* (1977) – nonché per una nutrita serie di articoli e per un testo didattico innovativo e stimolante quale *La politica legislativa di Valentiniano III e Teodosio II* (1975), che, in funzione dell'esame centrale dedicato alle disposizioni del 426, restituisce anch'esso uno spaccato vivido della concreta realtà e dei concreti problemi dell'esercizio della giustizia. Le ragioni di questo costante interesse per storia e modi dell'esercizio della giustizia credo che si connettano a quella prospettiva che aveva animato lo studio svolto da Orestano proprio negli anni genovesi, sfociato nell'opera *L'appello civile in diritto romano*, prospettiva che lo stesso Brutti ha ben segnalata scrivendo: «La ricerca (di Orestano) sul processo è concepita come una via utile per mettere a fuoco le dimensioni concrete che le forme giuridiche assumono nel vivo delle controversie, le posizioni dei giuristi e poi delle normazioni imperiali sul disciplinamento

¹ F. de Marini, *Lezioni di storia del diritto romano*, Padova 1999, 11.

² F. de Marini, *Conclusioni*, in *Atti del XIV Convegno internazionale dell'Accademia romanistica costantiniana (Perugia-Spello 1999)*, Napoli 2003, 711.

³ M. Brutti, *Esperienza giuridica e lettura dei testi. Alla scuola di Orestano*, in G. Viarengo (a c. di), *Franca de Marini. Signora delle fonti*, Torino 2023, 18 ss.

degli interessi, su loro manifestarsi nella vita sociale»⁴.

L'esempio tratto dal libro sulla *res litigiosa*, al quale accennavo poc' anzi, riguarda l'interpretazione di un editto, ricordato nel *fragmentum de iure fisci*, con cui Augusto stabilisce la nullità delle vendite di *res litigiosae*: de Marini collega questo intervento alle vicende storiche, ai disordini sociali scaturenti dai provvedimenti di proscrizione e confische da parte di Cesare e dei triumviri, alle frequenti contestazioni e ai processi instaurati intorno all'appartenenza delle terre.

Ma lo stesso metodo di osservazione ha consentito alla Studiosa di leggere e inquadrare compiutamente, oltre ad un singolo testo o provvedimento o istituto, anche fenomeni di più ampia portata, quale il movimento codificatorio tardoantico. Penso alle già menzionate pagine del Corso di lezioni *'La politica legislativa di Valentiniano III e Teodosio II'*: un libro che, come ben illustrato nei contributi di Andrea Lovato e Lucio De Giovanni, ha segnato un progresso storiografico già per lo stesso puntamento di attenzione e per la valorizzazione della vicenda teodosiana, fino ad allora spesso guardata con sufficienza o discredito a vantaggio della codificazione giustiniana e, per altro verso, per avere inquadrato quest'ultima in un più vasto orizzonte comprendente il tardoantico. In relazione al profilo che sto qui considerando può ricordarsi, ad esempio, il contenuto del capitolo I, emblematico per il suo stesso intitolarsi *'Ambiente storico e cultura giuridica'*: la Studiosa è al lavoro tra i concreti protagonisti, uomini e donne, obiettivi politici, manovre dinastiche; e ancora, situazioni in cui versano i tribunali, formazione di giudici e di avvocati, problemi concreti di circolazione dei testi giuridici. Ma soprattutto, è il caso di sottolineare come l'attenzione anche per gli orizzonti culturali e, direi, mentali che possono fungere da sfondo di un fenomeno giuridico l'ha portata a individuare un dato estremamente importante e cioè che lo stesso concepimento di un'opera codificatoria deve molto al diffondersi, nella cultura cristiana, dell'idea di autorità del testo, di riverenza per il testo quale fissazione della parola divina: anche sul presupposto di siffatta percezione, ha ben visto la de Marini, matura il progetto del codice quale testo che fissa le costituzioni dei 'sacratissimi' imperatori, il cui potere normativo veniva considerato come derivante da Dio o addirittura, almeno con Giustiniano, come 'imitazione di Dio'.

La bontà di un metodo, come di una specifica intuizione, si misura, naturalmente, anche dalla capacità di suggerire nuove analisi e di portare al reperimento di riscontri ulteriori. Ora, per parte mia, segnalo due dati che mi sembrano riportarsi alla suddetta enfaticizzazione del testo giuridico, alla riverenza nei suoi confronti (Mauro Barberis, nel volume di *Studi in onore di Franca de Marini*

⁴ Brutti, *Esperienza giuridica e lettura dei testi* cit. 8.

Avonzo del 1999, ha opportunamente parlato di ‘sacralizzazione’ del testo giuridico)⁵.

Il primo dato consiste in ciò, che nel lessico delle cancellerie tra la fine del IV e gli inizi del V secolo risulta attestato un impiego di ‘*auctoritas*’ nel senso di ‘testo giuridico’, ad indicare i concreti dettati imperiali e, in un caso almeno, anche i testi giurisprudenziali: incontriamo, ad es., *hac auctoritate sancimus* (CTh. 12.15.1); *praesenti auctoritate censemus* (CTh. 12.1.176); *evidenti auctoritate decernimus* (CTh. 6.6.1); *ex promulgatae auctoritatis die* (CTh. 5.16.32); *innumeris auctoritatibus constat* (CTh. 2.16.3)⁶; e, quanto agli scritti dei giuristi, *et iuris et legum auctoritatibus decantatur* (CTh. 2.30.2). E qui permettetemi – nello spirito di Franca de Marini, certo, ma anche di Lauro Chiazzese, il quale proprio a Genova, nel 1930, ha iniziato la sua attività di docente, destinando agli studenti genovesi l’innovativo testo *Introduzione allo studio del diritto romano*⁷ – di compiere un telegrafico ‘confronto testuale’. Le parole di Onorio appena riportate ‘*et iuris et legum auctoritatibus*’ (CTh. 2.30.2) diventano ‘*et iure et legum auctoritatibus*’ nel Codice di Giustiniano (8.15.8 = 11.48.17). Ove la trasformazione del genitivo ‘*iuris*’ nell’ablativo ‘*iure*’ non si debba ad un meccanico errore di copiatura, potremmo pensare che siamo di fronte ad una modifica compiuta in conseguenza dell’accentuazione, con Giustiniano, del motivo ideologico del monopolio nomopoietico imperiale⁸: onde, nella versione giustiniana della costituzione di Onorio, il termine ‘*auctoritates*’ nel senso di dettati autoritativi viene esclusivamente riferito alle costituzioni imperiali (‘*legum*’, e non più anche ‘*iuris*’, *auctoritates*).

Il secondo dato riguarda direttamente i contenuti del Digesto. Un’altra studiosa genovese, Giuliana Lanata, ha parlato di «enfasi devozionale» a proposito delle parole ‘*has leges adorate*’ di cost. *Tanta* 19, con le quali Giustiniano or-

⁵ M. Barberis, *Sacralizzazione di testi giuridici. Storia e teoria*, in M. Bianchini, G. Viarengo (a c. di), *Studi in onore di Franca de Marini*, Torino 1997, 17 ss.

⁶ Qui non può escludersi un impiego ad indicare anche gli scritti giurisprudenziali (pur se il testo di B. 10.4.58, corrispondente a C. 2.21.8 = CTh. 2.16.3, spiega ‘*αὐθεντίας, τούτέστι διατάξεσιν*’).

⁷ Cfr. G. Falcone, *Lauro Chiazzese a sessant’anni dalla scomparsa*, in *AUPA*. 60, 2017, 10.

⁸ C. *Deo auctore* § 6: ... *ut omnes qui relati fuerint in hunc codicem prudentissimi viri habeant auctoritatem tam, quasi et eorum studia ex principalibus constitutionibus profecta et a nostro divino fuerint ore profusa. Omnia enim merito nostra facimus, quia ex nobis omnis eis impertietur auctoritas ...*; c. *Tanta* § 10: ... *unaque omnibus auctoritate indulta, ut quidquid ibi scriptum est, hoc nostrum appareat et ex nostra voluntate compositum ...*; c. *Tanta* § 20a: *Cum enim constitutionum vicem et has leges obtinere censuimus quasi ex nobis promulgatas, quid amplius aut minus in quibusdam esse intellegatur, cum una dignitas, una potestas omnibus est indulta?*; c. *Tanta* § 23: ... *Leges autem nostras, quae in his codicibus, id est institutionum seu elementorum et digestorum vel pandectarum posuimus...*

dinava di osservare, per il futuro, i testi raccolti nel Digesto⁹. Ebbene, è possibile che a questo stesso orizzonte si riconduca anche il famoso passaggio di c. *Tanta-Δέδωκεν* 21 con cui Giustiniano permette quale attività interpretativa sul Digesto, oltre all'apposizione di *παράτιτλα*, il compimento di una traduzione *κατὰ πόδα* dei testi della raccolta. Si tratta di una traduzione che non solo va compiuta parola per parola, ma che deve altresì essere assolutamente rispettosa della posizione e della diretta correlazione che le parole hanno nel contesto originale: *in graecam vocem transformare sub eodem ordine eaque consequentia, sub qua voces Romanae positae sunt*. È quella che gli specialisti chiamano 'interpretazione ultra-letterale' o 'strettamente letterale'¹⁰. La risposta tradizionale alla domanda 'perché una previsione così rigida?' è che questo tipo di traduzione impedisce di organizzare un discorso avente un autonomo senso compiuto e in tal modo riduce i rischi di alterazione, volontaria o inconsapevole, del significato del testo originario. Ebbene, un'affermazione di Gerolamo, il Padre della Chiesa attivo tra IV e V secolo, apre alla possibilità di immettere la suddetta risposta in una prospettiva più profonda e pregnante. In un passaggio dell'epistola *De optimo genere interpretandi* (§ 5.2) egli afferma di avere, nella propria intensa attività di traduttore, normalmente reso il senso del discorso senza tradurre 'parola per parola' (*non verbum e verbo, sed sensum de sensu*), con l'eccezione delle Sacre Scritture, nelle quali «perfino l'*ordo verborum* è un *mysterium*» (*ubi et verborum ordo mysterium est*)¹¹. Non solo; in un luogo di un'altra opera (*in Is.* 8.25.69), concernente lo stesso tema della traduzione delle Sacre Scritture, Gerolamo contrappone a '*sensus*' proprio la coppia '*ordo et consequentia*' che troviamo in c. *Tanta* 21. Dunque, nel testo sacro per eccellenza, la stessa disposizione e diretta concatenazione delle parole, l'*ordo et consequentia verborum*, sono espressione di mistero, di significato divino, e per questa ragione non possono essere alterati nel tradurre. La suggestione che deriva da ciò è intuitiva: in c. *Tanta-Δέδωκεν* 21 Giustiniano potrebbe aver trasferito al sacralizzato testo del Digesto il criterio della traduzione strettamente letterale tipico della tradizione teologica, nella quale esso aveva attecchito in relazione allo scopo di proteggere le Sacre Scritture da traduzioni e interpretazioni eretiche. Al qual riguardo, del resto, non sarà male segnalare che nel seguito di c. *Tanta* 21 la connotazione come '*perversiones*' di ogni altra operazione interpretativa

⁹ G. Lanata, *Legislazione e natura nelle Novelle giustinianee*, Napoli 1984, 168.

¹⁰ C.-H. Lavigne, *Droit, traduction, langue et idéologie: Kata poda ou la traduction pas à pas selon Justinien 1er*, in *Traduction, Terminologie, Redaction* 18.1, 2005, § 13 e ivi nt. 19.

¹¹ '*Mysterium*' indica una 'verità spirituale e sacra'; riferito ad un testo scritto, il termine allude all'esistenza di un «significato prelinguistico divino, che è immutabile e non può essere corrotto da traduzione o esegesi»: Lavigne, *Droit, traduction, langue et idéologie* cit. § 16.

sul Digesto diversa dalle due consentite (... *alias interpretationes, immo magis perversiones iactare non concedimus...*) trova corrispondenza nel peggiorativo *πορερμενεύειν* usato da Giustiniano (o da chi per lui) nei propri scritti teologici in opposizione ad *ἐρμενεύειν* al fine di stigmatizzare le tecniche interpretative eretiche consistenti nell'isolare le parole delle Sacre Scritture dal loro contesto come nell'omettere una parola che avrebbe restituito l'autentico significato del testo¹².

La de Marini, a coronamento della segnalazione circa il rilievo assunto dall'idea, di matrice cristiana, dell'«accettazione dei testi in sé considerati, qualunque sia il loro contenuto», chiudeva il *Corso* su Valentiniano III e Teodosio II con queste parole: «Il Teodosiano è il primo codice fondato su questa ideologia, comune all'occidente ed all'oriente, che nella storia della nostra cultura giuridica ha fatto molti danni, in quanto ha portato a privilegiare il principio dell'autorità del testo legislativo nei confronti della classica e critica libertà di pensiero». È il messaggio 'civile' lasciato dalla docente ai suoi giovani studenti: l'appassionata indagatrice e interprete del 'testo' teneva ad instillare negli *auditores* ancora *rudēs* la preziosa supremazia del pensiero critico sul 'testo', dell'attività interpretativa sulla legge. Con grande anticipo rispetto a tante voci, anche di romanisti, che in questa direzione si sono levate in tempi recenti (penso, ad es., ai reiterati ed appassionati interventi dell'ultimo Filippo Gallo).

3. Su un altro marchio di metodo, ben riscontrabile (anche) nel *Corso* in questione, mi preme soffermarmi brevemente: la costante attenzione per le fonti letterarie, quali oggetti in sé di ricerca e quali strumenti per integrare e per meglio comprendere le fonti e i fenomeni giuridici. La cosa oggi appare assolutamente scontata, ma quando de Marini iniziava il proprio percorso scientifico non lo era affatto. È questo un punto importante del contributo di Antonello Calore, con riferimento alla complessiva produzione della *Studiosa*: fin dalle prime ricerche si assiste al superamento dell'anacronistica scissione tra fonti giuridiche e fonti letterarie, per riproporre parole della stessa de Marini. Era, anche questo, il frutto del magistero di Orestano, il quale, in una pagina introduttiva del volume *La struttura giuridica del matrimonio romano* (1951), indicava come tratto caratterizzante dell'impianto di questa ricerca «evadere dal chiuso delle fonti giuridiche». E così, ad es., quanto allo sfondo materiale della vicenda codificatoria teodosiana, troviamo messo a partito dalla *Studiosa* lo squarcio delle *Storie* di Ammiano Marcellino quale testimonianza dei 'mali della giustizia' (per ricorrere ad un'espressione che, più tardi, avrebbe utilizzato Lucio De Giovanni

¹² Ho proposto questa lettura dei passaggi di c. *Tanta* 21 in G. Falcone, *The 'mysterious' beauty of Laws*, in *AUPA*. 57, 2014, 349 ss.

in uno studio apposito), legati all'inadeguatezza dei giudici e all'ignoranza e all'impudenza degli avvocati; e quanto allo stato delle fonti, troviamo opportunamente segnalati sia il riferimento, sempre di Ammiano, al fatto che *iuris scientia* è stata distrutta dalla *discidia legum* sia il brano del trattato anonimo *De rebus bellicis*, anch'esso di fine IV secolo, nel quale è l'accorata richiesta alla *divina providentia* imperiale affinché getti luce sulle 'confuse e contraddittorie disposizioni delle leggi' (*ut confusas legum contrariasque sententias illumines*). Di più; riconoscendo una corrispondenza tra la rappresentazione dei *iurisperiti* contemporanei offerta nella costituzione con cui Teodosio ha pubblicato il *Codex* (Nov. Theod. 1) e la suddetta descrizione della situazione dei tribunali compiuta da Ammiano, la de Marini si spinge ad affermare che «l'estensore del testo imperiale doveva aver letto Ammiano Marcellino». Condivido la prospettazione di un siffatto prestito. E, sulla scia di tale direttiva di ricerca e valorizzazione di eventuali segnali nelle fonti letterarie che possano aprire uno spiraglio sul 'dietro le quinte' della codificazione teodosiana, richiamo per mio conto due testimonianze, una offerta, ancora, da Ammiano, l'altra proveniente dal *Panegirico di Costantino* di Nazarius¹³: queste fonti, grazie all'impiego del termine '*ambages*' con cui entrambe alludono alla 'tortuosità' di un dettato legislativo, contribuiscono a chiarire il significato dell'affermazione di Teodosio II (CTh. 1.1.5), secondo cui il coordinamento tra *leges* e brani giurisprudenziali con cui si sarebbe dovuto costruire il vagheggiato *codex magisterium vitae* avrebbe fatto sì che quest'ultimo *nullum errorem, nullas patietur ambages*: con questa affermazione l'imperatore allude, non già, come si ritiene generalmente, al risultato di una mancanza di 'contraddizioni' all'interno del materiale giuridico, bensì al fatto che gli operatori del diritto non saranno più costretti a compiere giri tortuosi fra difficoltà interpretative¹⁴.

4. Un'ultima riflessione sollecitata dal libro su Valentiniano e Teodosio fin qui considerato. Gloria Varengo ha osservato che, pur in assenza di apposite e teoriche prese di posizione sul metodo, i lavori della de Marini sono però «disseminati di tracce puntuali»¹⁵. Ebbene, ove si consideri che una lezione di metodo

¹³ Amm. Marc. 22.10.7 (riguardante l'imperatore Giuliano): *Post multa enim etiam iura quaedam correxit in melius, ambagibus circumcisis, indicantia liquide, quid iuberent fieri vel vetarent*; Nazar., *Paneg. Const.* 10.38.4: *Novae leges regendis moribus et frangendis vitiis constitutae. Veterum calumniosae ambages recisae captandae simplicitatis laqueos perdiderunt*.

¹⁴ Sul punto cfr. specificamente G. Falcone, *Teodosio II e la «conpendiosa divalium constitutionum scientia»*, in *SCDR*. 28, 2015, 358 ss.

¹⁵ G. Viarengo, *Lo studio storico del diritto e la lettura delle fonti: il 'metodo' di Franca de Marini*, in Ead., *Franca de Marini. Signora delle fonti* cit. 70.

si manifesta non solo attraverso l'impiego in sé di strumenti investigativi, ma anche attraverso lo spirito con il quale l'impiego è condotto, ritengo opportuno segnalare una di tali tracce, quale si riconosce in una pagina del paragrafo (del secondo capitolo) intitolato '*Le occasioni della legge*'. L'autrice vi commenta il dettato di Nov. Val. 8.2, con cui l'imperatore, dopo aver in precedenza accolto la *petitio* di un funzionario che lamentava aver subito da un altro funzionario l'occupazione illegittima della propria casa, disponendo l'applicazione di severe misure contro l'invasore, torna sulla questione a seguito dell'impugnazione da parte del destinatario della sanzione e, riesaminando la causa, dispone con un nuovo editto l'abrogazione di quello precedente. Leggiamo de Marini:

«A seconda della maggiore o minore simpatia che si prova per Valentiniano [spaziatura mia] questo episodio può essere letto come una prova della sua obiettività di giudice, che lo conduce ad ammettere di aver sbagliato ed a correggere il suo errore; oppure come una prova della sua superficialità, che lo conduce a dare sentenze ed a formulare regole giuridiche prima di essere sufficientemente informato; oppure ancora come una prova della sua incapacità di applicare il diritto quando fossero in causa persone potenti»¹⁶.

Sono parole che, senza espliciti intenti di natura programmatica, da un lato, confermano la pratica investigativa attenta al concreto agire dei protagonisti del diritto, dall'altro lato, invitano a coltivare la consapevolezza della pluralità di possibili chiavi di lettura di un testo come di un dato giuridico e, al contempo, rivelano una schietta e disincantata ammissione della insopprimibile quota di soggettività, talvolta finanche di 'sensibilità' e 'gusto', che, in maggiore o minor misura, orienta le interpretazioni delle fonti. Cioè, in definitiva, sono parole che, con grande equilibrio, invitano l'interprete a svolgere il lavoro con rigore e serietà, ma senza prendersi troppo sul serio (ritenendosi depositario della soluzione).

5. Torno all'immagine della locandina e alla sua *vis* evocativa.

I frammenti in essa riconoscibili sono, a sinistra, l'incipit delle Istituzioni di Ulpiano, con la presentazione del *ius*, dell'impegno professionale dei giuristi e degli ambiti nei quali esso si dispiega (D. 1.1.1pr.-2); a destra, in alto, una scheggia del *liber singularis enchiridii* di Pomponio, che menziona il rispetto per i genitori, per la patria e per gli dei, incastonato dai compilatori in modo da inquadrare queste condotte come espressione di *ius gentium* (D. 1.1.2), e lo squarcio delle Istituzioni di Fiorentino riguardante la riconduzione al *ius gentium* (o al *ius naturale*?) della legittimità dell'autodifesa (D. 1.1.3).

¹⁶ de Marini, *La politica legislativa* cit. 90 s.

Ora, a tal riguardo la complessiva immagine è suggestiva già per la circostanza in sé che si tratta di frammenti testuali. Essi lanciano per ciò stesso una sfida, che ha visto in campo una de Marini lucidamente consapevole del fatto che studiare i testi antichi è uno studio dell'incerto. Opportunamente, Gloria Viarengo ricorda le ragioni di ciò, sì come messe in risalto dalla de Marini lungo le pagine del libro *Critica testuale e studio storico del diritto*: «incertezza sui frammenti che si sono conservati e si sono persi e incertezza sugli interventi operati nel tempo; incertezza sulle edizioni delle opere, come delle leggi e di altre fonti del diritto e sulla loro trasmissione; incertezze già a partire dal momento della pubblicazione per le variante d'autore, per le riedizioni ampliate della stessa opera, per gli interventi dei lettori, apprendisti o specialisti che siano, che venivano integrate poi nel testo, per le epitomi o annotazioni delle opere stesse»¹⁷.

A quelli appena indicati aggiungerei, guardando ai frammenti in questione, un fattore ulteriore di incertezza. In D. 1.1.1 pr.¹⁸ Ulpiano cita le parole celsine *ius est ars boni et aequi* allo scopo di corroborare un'etimologia di *ius* da *iustitia* (che il giurista severiano propone, come dirò, in funzione di un complessivo messaggio). Ma chi potrebbe credere che anche Celso avesse utilizzato la coppia *bonum et aequum* come equipollente a *iustitia* e per di più nella medesima prospettiva concettualmente rarefatta e filo-filosofica che anima il discorso di Ulpiano? Il vero è che la tecnica della citazione, in quanto di per sé potenzialmente manipolativa di quel che viene citato, è anch'essa causa di incertezza e, dunque, stimolo per ulteriore circospezione e prudenza. Gadamer metteva in guardia senza mezzi termini: «con la tecnica della citazione si può provare qualsiasi cosa e il suo opposto».¹⁹ Il rischio, se non dell'opposto, quantomeno del differente, va sempre messo in conto. E ciò, non solo di fronte ad una citazione esplicita e presentata come tale, quale è il caso di Ulpiano-Celso. Invero, ogni frammento della raccolta giustiniana, in quanto estrapolato dal contesto originario e ricucito in una trama nuova, è una citazione. Ce lo rammenta con forza l'escerto di Pomponio presente, come detto, nella locandina: la chirurgica estrapolazione delle parole *veluti erga deum religio: ut parentibus et patriae pareamus* e il loro inserimento nella particolare sequenza di frammenti del Digesto fa apparire le stesse come riguardanti il *ius gentium*, secondo l'obiettivo dei compilatori, ma non possiamo escludere che, piuttosto, il giurista si fosse originariamente riferito al *ius naturale*²⁰.

¹⁷ Viarengo, *Lo studio storico* cit. 72.

¹⁸ *Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi.*

¹⁹ H.G. Gadamer, *L'inizio della filosofia occidentale*, tr. it. Milano 1993, 41.

²⁰ Rinvio a G. Falcone, *D. 1.1.2 e la sua portata nel contesto del liber singularis enchiridii*, in *TSDP*. 16, 2023, § 2.

Ancor più specificamente, poi, la locandina si presta a rammentare l'attenzione che la de Marini ha dedicato a quegli ambiti tematici e modi d'osservazione che Gloria Viarengo ha riassunto con le formule 'I giuristi come intellettuali' e 'L'individualità dei giuristi e il contesto politico'²¹. Basti pensare a tre recentissime pubblicazioni della collana '*Scriptores iuris Romani*', dedicate, appunto, alle Istituzioni di Ulpiano, all'*Enchiridion* di Pomponio e alle Istituzioni di Fiorentino - una iniziativa, quella degli '*Scriptores*', noto incidentalmente, che alla Studiosa credo sarebbe piaciuta molto, mirante com'è al recupero dell'individualità dei singoli giuristi (biografia, linee di pensiero, peculiarità metodologiche, specificità di scrittura) e alla restituzione, per quanto possibile, dei singoli loro frammenti all'originario contesto, scientifico e culturale, affrancandoli dall'ordito (dogmatico e normativo) nel quale essi sono stati ricomposti e irrigiditi dai compilatori giustiniani.

Qui, ricordando la Studiosa genovese, lettrice dei dati testuali nel composto sfondo di condizioni storico-politiche, eventi, uomini, cultura, mentalità, colgo l'occasione per riprendere brevemente una riflessione che ho compiuto una decina d'anni fa sul primo dei tre suddetti brani riportati nella locandina, l'esordio delle Istituzioni di Ulpiano²², e segnatamente sulla circostanza che l'intero discorso sul diritto e sui giuristi contenuto in D.1.1.1pr.-1 è, dall'inizio alla fine, imperniato sulla *iustitia*. Richiamo gli elementi del testo che rivelano questo dato: l'enfaticizzazione del nesso tra *ius* e *iustitia* tramite la mistificante inversione etimologica secondo cui il *ius* '*est a iustitia appellatum*'; l'invito a considerare i giuristi '*sacerdotes*' del *ius* in quanto '*coltivano la iustitia*'; la descrizione delle modalità con le quali i giuristi coltivano la *iustitia* e professano il *bonum et aequum*, che si chiude con la precisazione che i giuristi, nel loro assiduo impegno (*studium*), si muovono nella direzione e secondo i criteri della *vera philosophia* e non della *simulata philosophia*: conformemente al tradizionale e, soprattutto, univoco ed esclusivo impiego attestato nelle fonti, '*vera philosophia*' indica la riflessione concernente le *virtutes* e in primo luogo, appunto, la *iustitia*, in contrapposizione ad una riflessione dedicata a sofismi e a

²¹ Viarengo, *Lo studio storico* cit. 74 e 77.

²² D. 1.1.1 pr.-2 (Ulp. 1 inst.): *Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi. Cuius merito quis nos sacerdotes appellet: iustitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profitemur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram nisi fallor philosophiam, non simulatam, affectantes. Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim. publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit. privatum ius tripertitum est: collectum etenim est ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus.*

captiones e *cavillationes* dialettiche (la ‘*simulata philosophia*’ come degenerazione e sterilità della dialettica)²³.

Questo insistito collegamento tra giuristi e *iustitia* – che tanto più colpisce, e insospettisce, per il fatto che il segno ‘*iustitia*’, da lungo tempo assai diffuso nelle fonti letterarie (si pensi solo a Cicerone e a Seneca), stando a quanto per-

²³ Per la nozione di ‘vera filosofia’ e ‘vero filosofo’ in relazione alla riflessione sull’*honestum* e sulle *virtutes*, tra le quali, in primo luogo, la *iustitia*, cfr. le attestazioni esplicite di Plato *Epist.* X, 368c; *Rep.* 475e; 486b; 490a; 521c; Cic. *Tusc.* 4.5-6; *fam.* 15.4.16; Sen. *epist.* 111.1-5; *de brev. vitae* 10.1; Gell. *N.A.* 10.22.2 e 24; Ps.-Apul. *Ascl.* 14; Phil. *Vita Apoll.* 8.7.3; per il concetto di imitazione-falsificazione della (vera) filosofia in relazione all’avvenuta degenerazione della dialettica in sofismi e artifici verbali: Aristot. *Met.* 1004b; *Soph. elench.* I.165a e 183b; Plato *Rep.*, 491a; 498e-499a; 535-539b; Sen. *epist.* 108.23; Gell. *N.A.* 1.2.7; 10.22.24; Max. Tyr. 26 K.; Plut. *De profect. in virt.* 81C; Apul. *Plat.* II.8-9. Ho appositamente segnalato ed esaminato queste fonti in G. Falcone, *La ‘vera philosophia’ dei sacerdotes iuris. Sulla raffigurazione ulpiana dei giuristi (D.I.1.1.1)*, in *AUPA*, 49, 2004, 49 ss. e 62 ss. (cfr. anche Id., *Iuris praecepta, iustitia, vera philosophia. Metodi di ricerca*, in *SDHI*, 63, 2007, 355 s.). Qui mette conto solo ribadire che la suddetta accezione di ‘vera philosophia’, non solo è l’unica attestata nelle fonti (prescindendo, ovviamente, dagli impieghi presso gli autori cristiani, in relazione alla dottrina di Cristo) – ed è naturale pensare che quella evocata da Ulpiano in modo così ermetico, per poter essere compresa dai lettori, doveva consistere in una concettualizzazione tradizionale e univoca e perciò di immediata intellegibilità anche senza ulteriori precisazioni –, ma è altresì perfettamente coerente e in linea con le altre affermazioni di D. 1.1.1.1, tutte aventi a che fare con il ‘*colere iustitiam*’ (l’una e l’altra circostanza mancano alle altre interpretazioni della locuzione ‘vera philosophia’ avanzate in letteratura, per le quali rinvio alla rassegna critica in Falcone, *La ‘vera philosophia’* cit. 74 nt. 57). Di recente è intervenuta sul tema L. Maganzani, *Diritto e ‘simulata philosophia’ nelle Istituzioni di Ulpiano*, in *Erga-Logoi* 8, 2020, 55 ss., la quale, pur accogliendo l’idea che nella locuzione ‘vera philosophia’ è insito un riferimento alla *iustitia*, ritiene che esso vada precisato nel senso di un’*allusione* alla «corrispondenza fra teoria e prassi di vita» («i giuristi non vogliono *aliud simulare, aliud agere* [...]», cioè dire una cosa e farne un’altra, professare a parole la giustizia e poi praticare di fatto l’iniquità); la *vera philosophia* «è propria di chi professa la *iustitia* ma anche la mette in pratica»). Tuttavia, anche con riguardo a questa interpretazione deve osservarsi che nelle fonti all’uopo richiamate non ricorrono i segni ‘vera philosophia’ o ‘*verus philosophus*’: si tratta di Sen. *ep. ad Lucil.* 5.1-2; 108.36; Sen. *ben.* 2.17.2; Ps.-Quint. *decl. min.* 268. 5 e 283.5; Plin. *ep. ad Lucil.* 1.20.10; Apul. *Florid.* 7.2.6; 9.9 e 33; Galen. *Quod opt. med.* (Kühn I, 59-62: non vi si afferma, infatti, che «soltanto il medico poteva essere considerato ‘vero filosofo’», bensì viene descritto il ‘vero medico’, ἀληθής ἰατρός, come colui che conosce tutte le parti della filosofia, che deve essere anche filosofo); Phil. *Vita Apoll.* 1.2; Greg. Thaum. *In Orig. or. Pan.* 11.134-135 = PG 10, 1082 A (con riguardo, poi, al ‘*vere philosophare*’ di Papiniano in D. 50.5.8.4, cfr. quanto ho già osservato in *La ‘vera philosophia’* cit. 74 nt. 57). Parimenti, manca di specifici appigli nelle fonti l’ancor più recente interpretazione secondo cui Ulpiano distinguerebbe tra ‘etica dell’impegno e della responsabilità’ (autentica filosofia) e ‘disimpegno’ e ‘ritiro’ dal mondo (imitazione esteriore della filosofia): così A. Schiavone, in J.-L. Ferrary, V. Marotta, A. Schiavone, *Cnaeus Domitius Ulpianus. Institutiones. De censibus* (Scriptores iuris Romani, 8), Roma-Bristol 2021, 191 ss. (analogamente, F. Costabile, *Il tramonto della giurisprudenza nel III secolo: dai pregiudizi di Arancio-Ruiz all’analisi contemporanea*, in L. Franchini (a c. di), *Armata sapientia. Scritti in onore di Francesco Paolo Casavola in occasione dei suoi novant’anni*, Napoli 2020, 250).

venutoci è invece assai raro tra i giuristi e fa la sua apparizione proprio in età severiana – è a mio avviso funzionale alla costruzione di un preciso messaggio ideologico, con il quale Ulpiano mirava a rivendicare l'importanza del ruolo dei giuristi nel governo dell'Impero²⁴. Continua a sembrarmi notevole in questa direzione la compresenza, in un dettato congegnato dal giurista con particolare abilità di scrittura, dei due seguenti dati: da un lato, Ulpiano, affermando *merito quis nos sacerdotes appellet*, non riferisce (come spesso e ancora ultimamente si intende) un dato oggettivo e cioè che qualcuno chiama i giuristi 'sacerdotes', bensì è lui stesso a sollecitare una qualificazione dei giuristi come *sacerdotes*²⁵; dall'altro lato, nell'immediato seguito del discorso Ulpiano segnala che l'assiduo impegno dei giuristi si dispiega, oltre che nell'ambito del *ius privatum*, anche nell'ambito del *ius publicum*, avente di mira lo *status rei Romanae*, e cioè la solida organizzazione del potere e del governo dell'Impero²⁶, e afferma – si badi – che questa solida organizzazione ha tra gli elementi portanti anche, guarda caso, proprio i *sacerdotes*. Né può escludersi che Ulpiano, con la scelta di ricorrere anche al concetto di '*veram philosophiam affectare*' per descrivere il dirigersi dell'impegno dei giuristi verso l'applicazione della *iustitia*, intendesse

²⁴ Falcone, *La 'vera philosophia'* cit. 41 ss.; 74 ss.; Id., *Un'ipotesi sulla nozione ulpiana di ius publicum*, in M.P. Baccari, C. Cascione (a c. di), *Tradizione romanistica e Costituzione II*, Napoli 2006, 1167 ss.

²⁵ Falcone, *La 'vera philosophia'* cit. 57 s.; Id., *Un'ipotesi* cit. 1169 s. Per parte mia, in virtù del congiuntivo '*appellet*' ho tradotto la frase in questione come segue: 'qualcuno ci chiami pure *sacerdotes*'; ma nella medesima prospettiva può egualmente tradursi 'qualcuno potrebbe qualificarci *sacerdotes*' (così M. Brutti, *Il diritto privato nell'antica Roma*, Torino 2011², 62; P. Cerami in P. Cerami, M. Miceli, *Storicità del diritto. Strutture costituzionali, fonti, codici. Prospettive romane e moderne*, Torino 2018, 34).

²⁶ È difficile tradurre con una più sintetica e precisa formula la locuzione '*status rei Romanae*'. Ad ogni modo, quanto a '*status*', è verosimile che, anche su questo punto, come per la tripartizione *sacra-sacerdotes-magistratus*, Ulpiano avesse riproposto una concettualizzazione ciceroniana, esprimente l'idea di 'stabilità', 'solidità d'assetto': cfr. Cic. *leg.* 2.30; *har. resp.* 45; *Sull.* 33 e 63; *Flacc.* 3; *ad Att.* I.18.3; *fin.* 4.61; *Sest.* 1.1; *post red. in Sen.* 16 e 20; *Cael.* 70; *post red. ad Quir.* 21; *Cluent.* 196; *Mur.* 24 (Falcone, *Un'ipotesi* cit. 1173 ss. e nt. 22); quanto a '*res Romana*', è un fatto che i numerosissimi riscontri delle fonti (più da ottanta, in un arco temporale che va da Ennio ad Ammiano Marcellino) mostrano sempre un riferimento di questo sintagma al profilo della solidità e potenza (al punto che talvolta '*res Romana*' indica direttamente la potenza militare, l'esercito) ed è davvero difficile immaginare che Ulpiano avesse deviato da questo risalente, costante ed esclusivo impiego: citazione e commento di queste fonti in Falcone, *Un'ipotesi* cit. 1177 ss. È un peccato che di questa peculiare prospettiva concettuale di '*res Romana*' non abbiano tenuto conto nemmeno gli studiosi che, pure, hanno opportunamente escluso che la complessiva locuzione '*status rei Romanae*' alluda al concetto di 'Stato': cfr., ad es., Brutti, *Il diritto privato* cit. 63; Schiavone, *Cnaeus Domitius Ulpianus* cit. 65 ss.; Id., *Politica e diritto nelle Istituzioni di Ulpiano*, in *SCDR.* 36, 2023, 56 s.; R. Cardilli, *Fondamenti romani dei diritti odierni*, Torino 2023², 117 ss.

al contempo evocare l'immagine del filosofo-consigliere del principe, diffusa nella cultura e nell'ideologia dei secoli I-III, mirando ad accreditare anche per tal via il rilievo della partecipazione dei giuristi al governo l'Impero²⁷.

Sarei, invece, adesso più cauto rispetto alla possibilità, che avevo allora prospettato, di un collegamento delle singole affermazioni di Ulpiano con specifiche prese di posizione ciceroniane e segnatamente con la critica ai giuristi nell'orazione *pro Murena*, da un lato, e con le varie scansioni tematiche del *De legibus*, dall'altro²⁸. Piuttosto, ove si voglia ritenere che il *'nisi fallor'* che accompagna l'opposizione *'veram-simulatam philosophiam affectare'* sia indice di una puntualizzazione o presa di distanza²⁹, si potrebbe più facilmente pensare ad una intonazione sollecitata dalla consapevolezza, da parte di Ulpiano, dell'esistenza di una corrente valutazione critica che tacciava di non-perseguimento della *iustitia* un'altra *ars* avente anch'essa a che fare con l'applicazione del diritto e cioè la disciplina e l'esercizio della retorica forense³⁰.

Aggiungo, infine, un piccolo spunto sulla definizione del *ius publicum* quale uno dei due ambiti dell'impegno professionale dei giuristi, spunto suggerito dal drammatico contesto storico nel quale vivono ed operano i giuristi severiani (in relazione al quale Massimo Brutti ha ripreso la rappresentazione *'età dell'angoscia'* coniata dallo storico Dodds)³¹: l'ordine e la stabilità del governo sono con-

²⁷ Falcone, *La 'vera philosophia'* cit. 115 s. (58 ss. per le ascendenze platoniche). In una prospettiva non dissimile, adesso, anche Maganzani, *Diritto e 'simulata philosophia'* cit. 76 ss.

²⁸ Avevo prospettato, sulla scia di Dieter Nörr, il collegamento con l'orazione *pro Murena* (ove i giuristi vengono accusati di esercitare una *'verbosa simulatio prudentiae'*) in *La 'vera philosophia'* cit. 76 ss. e in *Un'ipotesi* cit., 1185 ss.; il collegamento con l'articolazione dei primi due libri del *De legibus* era stata sostenuta in *La 'vera philosophia'* cit. 87 ss.; 110 ss.

²⁹ Ma, per parte mia, non considero più questa opzione come scontata, dato che le parole *'nisi fallor'* si trovano intercalate anche in contesti prefatori di altre opere tecniche, ai quali sono estranei intenti di precisazione più o meno polemica: cfr., almeno, Colum. *r.r.* 5.1.1; Vel. Long. *de orthogr.* 14.2 (p. 83.7 Di Napoli); Agenn. Urb. *controv. agr.*, praef. (p. 59.24 Lach.); D. 1.2.1 (Gai. 1 *ad l. XII tab.*).

³⁰ Si pensi, con riguardo ad anni contigui o addirittura coincidenti con quelli della formazione di Ulpiano, a testimonianze come quella di un Apuleio (*Plat.* 2.8-9), che accosta vuoto esercizio di retorica, so f i s t i c a e *professio iuris* forense quali discipline e occupazioni che fanno credere di impegnarsi verso la *iustitia*, mentre in realtà favoriscono l'*iniquitas*; o di un Sesto Empirico (*adv. Mathem.* 2.93-99), il quale afferma che l'oratore giudiziario offusca la mente dei giudici cavillando sui contrari e che, posto che ogni arte ha un fine (2.60), la retorica giudiziaria non può considerarsi un'arte avente come fine il giusto (2.93-94): furono valutazioni di quest'ultimo tipo a sollecitare, in particolare, il reimpiego, da parte di Ulpiano, delle parole di Celso e cioè la fissazione di un'idea del *ius* come *'ars'* di un *'bonum et aequum'* assunto dal giurista severiano come equipollente a *iustitia*? Su queste due fonti cfr. Falcone, *La 'vera philosophia'* cit. rispettivamente 69 ss. e 110 nt. 137 (in fine).

³¹ M. Brutti, *Iulius Paulus. Decretorum libri tres. Imperialium sententiarum in cognitionibus*

tinuamente messi a rischio tanto da episodi di arbitrio e di violenta sopraffazione messi in atto dagli stessi imperatori quanto dalla crescente ingerenza dell'elemento militare nelle vicende connesse all'ascesa e al declino degli imperatori, con acclamazioni, destituzioni, congiure, assassini. Considerato tale sfondo, sembra legittimo ipotizzare che il ricorso alla locuzione '*status rei Romanae*', con la sua peculiare connotazione concettuale più su richiamata³², traduca, presentandoli come oggetto-obiettivo del *ius publicum*, un anelito e un'esigenza di stabilità e pace interna avvertite quali condizioni per la saldezza dell'Impero.

D'altra parte, mi chiedo se alla luce del tipo di approccio indicatoci dalla de Marini non possa valutarsi, oltre a singoli enunciati, anche il significato di un'opera nel suo complesso. Penso specificamente, in questa occasione, ai *libri decretorum* e ai *libri imperialium sententiarum* di Paolo, che il nostro Presidente di seduta ha finemente esaminati in un apposito volume degli '*Scriptores iuris Romani*'. Come, appunto, evidenziato da Brutti, nelle due raccolte di decisioni giudiziarie vi è un fitto intreccio tra richiesta, descrizione del fatto, dibattito nel *consilium* e decisione imperiale, con un richiamo alle varie prese di posizioni dei giuristi, anche contrastanti tra loro e anche difformi dal parere poi assunto dall'imperatore: addirittura, Paolo riferisce di casi nei quali l'imperatore si è discostato da una sua opinione e afferma che, in uno di questi casi, è stato deciso '*humanius*'! Forse, se le raccolte erano destinate agli avvocati e ai giudici, l'intento era quello di offrire un repertorio anche di possibili *rationes decidendi*, da utilizzare in casi non perfettamente identici, o che, comunque si prestavano ad attrezzare professionalmente avvocati e giudici. Ma, posto che le due opere riflettono, con contemporaneità di scrittura, l'esperienza di Paolo nel *consilium* di Settimio Severo³³, mi domando: non può riconoscersi in esse anche una concomitante portata ideologica, adiacente rispetto a quello che sembra aver animato, nello stesso torno di tempo, la richiamata rivendicazione ulpiana della centralità dei giuristi? e cioè: mostrare il ruolo attivo dei giuristi nel *consilium principis*, la rinnovata partecipazione in quanto tale (a prescindere, cioè, dai suoi singoli esiti) ai processi decisionali del *princeps*, dopo che l'attività del *consilium* era venuta meno con il predecessore Commodo?³⁴

proletarum libri sex (Scriptores iuris Romani, 6), Roma-Bristol 2020, 9 ss. (in un paragrafo intitolato 'I giuristi e l'età dell'angoscia'); il richiamo allo storico irlandese è a p. 10.

³² *Supra*, su nt. 24.

³³ Cfr. Brutti, *Julius Paulus. Decretorum libri tres* cit. spec. 6 s.; 45.

³⁴ Una lettura in chiave 'politica' dell'iniziativa editoriale di Paolo, pur se non coincidente con quella che ho qui suggerito, è stata di recente proposta anche da E. Daalder, *Aequum putavit imperator: imperial representation and juristic self-fashioning in the Decreta and Imperiales Sententiae of Julius Paulus*, in *ZSS*. 139, 2022, spec. 147 ss.

6. Concludo traendo spunto, questa volta, dal titolo del volume intorno al quale ci siamo, oggi, riuniti: ‘*Franca de Marini Avonzo Signora delle fonti*’.

Gloria Viarengo ha chiarito che ad ispirarlo sono state le prime parole del titolo di un articolo della stessa de Marini: ‘*I signori delle fonti. Note sullo stile della romanistica italiana*’, del 1979³⁵.

Non lo conoscevo. L’ho letto per questa occasione e vi ho facilmente riconosciuto, oltre all’abilità della Studiosa nello scolpire con brevi ma incisivi cenni vicende della cultura giuridica e pratiche storiografiche, un tratto della sua personalità evocato, nel nostro volume, da Maria Campolunghi e precisamente quella pungente ironia che accomunava la de Marini agli altri allievi orestaniani di Genova, Raggi e Tarello: «Ironici, sempre. Non perdonavano nulla a nessuno, pronti ad irridere tutto e tutti»; «Lingue affilate, pungenti più di fioretti»³⁶. Lo sferzante riferimento manzoniano con il quale il testo si conclude è, al riguardo, emblematico.

Ora, l’articolo, come precisava la de Marini, consiste in «un invito ad una maggiore oculatezza documentale», mira a mettere in guardia da una «eccessiva disinvoltura» nell’uso dei testi³⁷. Leggendolo, la mente è andata ad alcune pagine recentissime nelle quali mi è occorso di imbartermi proprio nei mesi in cui si avvicinava il seminario genovese: là dove in una ricerca sulle «tecniche di scrittura» delle Istituzioni gaiane il lettore viene invitato a riflettere appositamente sulla «perifrasi d’apertura» di Gai 1.32b (*Praeterea ex lege Visellia tam maiores quam minores XXX annorum manumissi et Latini facti ius Quiritium adipiscuntur*) e si costruisce intorno ad essa un articolato ragionamento, come se la stessa fosse stata scritta da Gaio, mentre si tratta, in realtà, di una proposta di riempimento di un tratto integralmente lacunoso del manoscritto veronese che Huschke aveva compiuta solo *ad sententiam* (e che come tale è segnalata da alcuni editori, mentre da altri è registrata con scetticismo o direttamente pretermessa o sostituita con diversa congettura); e là dove in un articolo che vuole offrire spunti sulla storia dei *praedes* si deplora esser sfuggito fin qui agli studiosi l’esistenza di «molte testimonianze» nelle quali ricorre il verbo *vador* ad esprimere, «non il vincolo del *vas*, bensì quello del soggetto che il *vas* ha dato o ha chiesto», e tuttavia, non solo non viene citata nessuna di tali numerose testimonianze, ma quando finalmente vengono indicati in nota due luoghi plautini (senza, però, i rispettivi contenuti) che dovrebbero attestare, nel senso su indica-

³⁵ F. de Marini Avonzo, *I signori delle fonti. Note sullo stile della romanistica italiana*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica* 9.1, 1979, 233 ss.

³⁶ M. Campolunghi, *Franca de Marini Avonzo e la Costantiniana*, in *Franca de Marini. Signora delle fonti* cit. 172.

³⁷ Le parole virgolettate si trovano in de Marini, *I signori delle fonti* cit. rispettivamente a p. 231 e 234.

to, «significativi accostamenti di *vador* al verbo *vincio*», si scopre, procedendo ad un'autonoma consultazione, che nel primo di questi due luoghi (Plaut. *Aul.* 319 ss.) il verbo *vincio* non figura nemmeno³⁸.

Come la produzione scientifica della de Marini nel suo complesso, anche quel suo esplicito invito all'oculatezza documentale ci ricorda, con persistente vitalità, che, con qualsiasi metodologia e da qualsiasi prospettiva e angolazione si svolga la ricerca, è sull'uso controllato delle fonti che si fonda anzitutto e sopra tutto la nostra disciplina e la sua credibilità.

Giuseppe Falcone
Università di Palermo
giuseppe.falcone@unipa.it

³⁸ Quanto all'altro luogo plautino indicato nell'articolo in questione, prima di trarre immediate conclusioni sul piano giuridico dal semplice dato della compresenza dei verbi *vador* e *vincio*, sarebbe stato necessario considerare i versi del commediografo più da vicino e con attenzione apposita. Si tratta di *Bacch.* 178-180: *Mirum me ut redeam te opere tanto quaesere, / qui abire hinc nullo pacto possim, si velim: / ita me vadatum amore vincitumque adtines*. Chi parla è il giovane *Pistocleros*, presentatosi ad un appuntamento organizzato (vv. 48-100) con l'avvenente *Bacchis* presso la casa di costei. Già nel corso della fissazione dell'appuntamento egli aveva riconosciuto di esserne invaghito (v. 100: *Prius hic adero quam te amare desinam*; cfr., più avanti, i vv. 115-145; nonché le parole del v. 93: *Mulier, tibi me emancupo, tuus sum* e la corrispondente affermazione di *Bacchis* al v. 103: *Meus ille quidemst*); per questo, adesso, esprime stupore che la ragazza gli raccomandi con insistenza di tornare da lei, quando egli non potrebbe andar via neanche se lo volesse ('*Mirum - si velim*'), giacché a fungere da *vas* rispetto all'osservanza dell'appuntamento era stato l'amore (*vadatum amore*; per il senso dell'ablativo cfr. Liv. 3.13.8: *tot vadibus accusator vadatus est reum*) e giacché egli era incatenato dall'amore ('*vincitumque*', dipendente anch'esso da '*amore*'). Ora, entrambi i motivi sono presenti, ciascuno però singolarmente, in altri due luoghi plautini: fissare un appuntamento amoroso avendo l'amore quale garanzia della futura presenza del convocato è in *Curc.* 662: *Convadatu's Veneriis vadimoniis*; mentre l'idea di 'esser avvinto' dall'amore è in *Truc.* 638: *vi Veneris vincitus*. Stando così le cose, bisognerebbe almeno chiedersi se le parole di *Pistocleros* siano da leggere come esprimenti un nesso immediato e diretto fra '*vadatum*' e '*vincitum*' o se, piuttosto, con quelle parole Plauto abbia semplicemente fuso insieme due motivi a sé stanti, altrove utilizzati in modo autonomo: nel qual caso, evidentemente, assumere *Bacch.* 180 come espressione del fatto che, sul piano giuridico, chi chiede o fornisce un *vas* era persona sottoposta a un vincolo sarebbe deduzione ingiustificata.

Gli esordi e la critica testuale: maturazione di un metodo

1. In primo luogo desidero ringraziare sinceramente gli amici organizzatori per avermi voluto invitare a prendere parte a questa ‘giornata di rivisitazione’ della personalità umana e scientifica di Franca De Marini Avonzo, sebbene, onestamente, abbia avuto poche occasioni di incontrare di persona la grande Studiosa.

Ricordo chiaramente, tuttavia – e lo abbiamo rammentato poco fa Gloria Viarengo ed io –, la prima volta che ciò avvenne, nel corso del Convegno internazionale di diritto romano tenuto, allora periodicamente, nella sede di Copanello (si trattava dell’edizione del 1994, dedicata alla *Res publica* e al *princeps*)¹. Ero stato ammesso da pochi mesi alla prima edizione del corso del Dottorato catanzarese, dedicato al ‘diritto romano delle obbligazioni’, e coordinato – come è peraltro altrettanto noto – da Mario Talamanca².

In un momento di pausa dei lavori, fui presentato dal mio primo maestro, Giorgio Luraschi, alla professoressa De Marini: ed era presente Gloria che la accompagnava. Ero un ‘ragazzino’, accademicamente parlando, e lei una ‘ragazza’ di appena qualche anno più grande, Insomma, all’epoca eravamo giovanissimi.

Già in quella circostanza notai immediatamente un dato che, successivamente, avrei rilevato ancora nelle occasioni di incontro con la Studiosa genovese³,

* Confesso che non era mia intenzione pubblicare le brevi considerazioni svolte all’interno del ‘seminario’ genovese, anche per la ragione che quelle erano state espresse sulla base di una semplice ‘scaletta’ di altrettanto scarni appunti. Tuttavia, l’affettuosa sollecitazione ma, soprattutto, l’amicizia di Gloria Viarengo mi hanno spinto a rivedere – senza soverchie modifiche, e con l’aggiunta di un apparato di note abbastanza contenuto – la trascrizione dalla registrazione delle mie parole, di cui si è presa cura la Dottoressa Stefania Roncati, che qui ringrazio per la pazienza e la dedizione.

¹ Cfr. F. Milazzo (a c. di), *Res publica e princeps. Vicende politiche, mutamenti istituzionali e ordinamento giuridico da Cesare ad Adriano. Atti del Convegno di diritto romano, Copanello 25-27 maggio 1994*, Napoli 1996.

² Erano stati ammessi, con me, in questo ordine di graduatoria: al primo posto, Olindo Di Popolo, attualmente Giudice del TAR Campania; al secondo, Mariateresa Carbone, ad oggi Professore associato presso l’Università degli Studi ‘Magna Græcia’ di Catanzaro. Io mi ero piazzato al terzo posto.

³ L’ultimo fu il 19 ottobre 2002, in occasione della presentazione, a Genova, della raccolta di *Scritti scelti di diritto romano* del (caro) Professor Carlo Castello. Notai la devozione con la quale diversi ex Dottorandi di quella sede consorziata accolsero e salutarono la Studiosa al suo ingresso nella sala della celebrazione, la quale ricambiò ciascuno con un sorriso, quasi sorpresa di tanto affetto, che parve davvero sincero. Vd. M. Melluso, *Notiziario*, in *Iura* 53, 2002, 425-427.

ossia lo ‘stile’ della persona, che ne faceva una «figura carismatica»⁴.

Pochi minuti di cordialissimo colloquio e mi chiese (ma non per curiosa consuetudine, bensì per sincero interesse) quale fosse l’argomento della mia tesi di dottorato, che apprezzò molto, e non fece neppure mancare l’occasione per complimentarsi anche per il mio primo lavoro sul processo a Gesù⁵. Mi apparve – e ripeto volutamente – la cifra di una persona di grande e naturalmente elegante stile – come è stato sottolineato pure dagli altri relatori –, impressione che si è fissata nella memoria affettiva ancora oggi a me presente.

2. Per queste ragioni, mi scuso in prevenzione se la mia breve conversazione sarà poco sistematica, per quanto abbia meditato a lungo il titolo, ossia *Gli esordi e la critica testuale*. E mi concentrerò intorno ad un profilo estremamente definito, quello che la scienza romanistica denomina di norma ‘interpolazionismo’ (o ‘stagione interpolazionistica’), ma che sarebbe opportuno evocare piuttosto quale ‘critica testuale’⁶. Aggiungendo, qui, in relazione alla *Studiosa*, il sottotitolo *Maturazione di un metodo*.

⁴ Così G. Viarengo, *Introduzione*, in Ead. (a c. di), *Franca De Marini Avonzo signora delle fonti. Atti del Convegno in memoria di Franca De Marini Avonzo (Genova, Aula Magna dell’Università, 9 settembre 2022)*, Torino 2023, XIV.

⁵ M. Miglietta, *Riflessioni intorno al processo a Gesù*, in *Jus* 41, 1994, 147-184, ora in Id., *I.N.R.J. Studi e riflessioni intorno al processo a Gesù*, Napoli 2011, 3-55 (stessa indicazione di pagine anche nella seconda edizione ‘accresciuta’, Napoli 2021).

⁶ Vd., per tutti, M. Miglietta, G. Santucci (a c. di), *Problemi e prospettive della critica testuale. Atti del ‘Seminario internazionale di diritto romano’ e della ‘Presentazione’ del terzo volume dei ‘Iustiniani Digesta seu Pandectae’, Digesti o Pandette dell’Imperatore Giustiniano. Testo e traduzione a cura di Sandro Schipani (Trento, 14 e 15 dicembre 2007)*, Trento 2011 (con l’addendum a firma di M. Talamanca, *La ricostruzione del testo dalla critica interpolazionistica alle attuali metodologie*, e contributi di R. Lambertini, P. Gröschler, Ch. Baldus, K.-H. Ziegler, G. Falcone, F. Gorla, D. Mantovani – con inusuale appendice critica all’intervento di G. Falcone, peraltro ribatuta dallo stesso Studioso panormitano (e cfr. anche il lavoro di Zuccotti, appena oltre ricordato) –, J.M. Rainer e S. Schipani. Una acutissima lettura del volume, e un’analisi lucidissima del tema, si deve, appunto, a F. Zuccotti, *Diabolus interpolator. Per un ritorno della romanistica ad una reale esegesi critica del testo*, in *Legal Roots* 2, 2013, 141-189. Il compianto amico dimostrava, ancora una volta, il suo acume, la sua immensa cultura e la sua conoscenza delle fonti, sia giuridiche sia letterarie, mettendo a nudo – con uno stile poco meno impetuoso della sua consueta prosa, ma non per questo meno incisivo – le fragilità di alcune posizioni espresse nel volume. Probabilmente i corsivi di Zuccotti (e i suoi famosi Vivagni) non lo hanno fatto amare, e ne hanno provocato anche un certo isolamento (non del tutto ingiustificato), ma è certa, e la posso testimoniare, la sua enorme passione per la disciplina romanistica (e per le sue sorti). La sua prematura scomparsa ci ha privati, in ogni caso, di una intelligenza superiore, anche (e forse proprio per questo) snob, e di uno strumento (se mi si consente il termine) di controllo circa la serietà dell’indagine romanistica (sebbene si debba riconoscerlo, anche per onestà verso l’amico, talora guidato da qualche insofferenza di carattere personale).

Del resto, *Questioni di metodo* è l'instestazione generale dell'odierno seminario. E ciò dà vita ad una significativa coincidenza: si tratta, infatti, di un'espressione che Luraschi amava molto, e che fu all'origine della raccolta, da lui curata insieme a Giovanni Negri, di quei contributi al calor bianco, che recavano la nota polemica tra Emilio Betti e Pietro de Francisci in rapporto alla dogmatica odierna e allo studio storico del diritto⁷.

Parlo di maturazione e non già di evoluzione. Evoluzione pare essere maggiormente neutrale: certo indica la progressione di un'idea. Per quanto ho cercato, invece, di cogliere dal pensiero della De Marini, mi sembra di aver notato piuttosto il maturarsi da un seme già molto consistente fin dagli esordi della sua carriera, per giungere alla pienezza scientifica.

Limiterò, pertanto, le mie osservazioni ad un periodo cronologicamente preciso, ovvero a quello compreso tra il primo, grande contributo della Studiosa, cioè quello dedicato a Coesistenza e connessione tra *iudicia publica* e *iudicia privati* (del 1954)⁸ e l'edizione originale della *Critica testuale e studio storico del diritto* (datata 1970)⁹, nel cui titolo si avverte agevolmente l'influsso del suo maestro Orestano¹⁰.

Ieri sera, tra l'altro, nel momento conviviale, parlando della illustre Celebrata, abbiamo avuto occasione di citare per varie ragioni Angelo Ormani. Quando si dice il caso! Io avevo già in precedenza acquistato un esemplare del cosiddetto Digestino milanese¹¹, che era appartenuto allo stesso Ormani, con la sua firma (in cui la vocale finale del nome si trasforma nella maiuscola iniziale

⁷ Vd. *Questioni di metodo I. Diritto romano e dogmatica odierna*, Como 1984, in seconda edizione come *Questioni di metodo. Diritto romano e dogmatica odierna. Saggi di Pietro de Francisci e di Emilio Betti. Appendici di Gabrio Lombardi, Giuliano Crifò e Giorgio Luraschi*, Como 1997. Sul tema vd. anche, e.g., il recente e interessante saggio di T. Beggio, *Funzione sociale e meritevolezza del diritto privato. Scienza giuridica, politica e ideologia tra la fine dell'Ottocento e il primo Novecento*, in *Storia Metodo Cultura* 1, 2022, 365 ss.

⁸ F. De Marini Avonzo, *Coesistenza e connessione tra 'iudicium publicum' e 'iudicium privatum'*, in *BIDR.* 59-60, 1954, 125-198.

⁹ F. De Marini Avonzo, *Critica testuale e studio storico del diritto. Appunti dalle lezioni introduttive al corso di Egesi delle fonti del diritto romano. Anno Accademico 1969-1970*, Torino 1970 (riedita nel 1975, e nel 2001 con C. Lanza).

¹⁰ Cfr. R. Orestano, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Torino 1963 (ried. Torino 2021) – peraltro preceduta da diverse opere che facevano riferimento al concetto di studio storico – ma come è noto, intitolata diversamente *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna 1987. Vd., ora, le riflessioni in merito raccolte in M.F. Cursi (a c. di), *La 'Introduzione allo studio storico del diritto romano'.* *Un capitolo della biografia intellettuale di Riccardo Orestano*, Bari 2024.

¹¹ *Digesta Iustiniani Augusti recognoverunt et ediderunt P. Bonfante - C. Fadda - C. Ferrini - S. Riccobono - V. Scialoia*, Milano 1931.

del cognome), e la data di possesso da parte sua del volume, il 1953. In séguito mi capitò di acquisire anche il monumentale lavoro sul dolo processuale di Massimo Brutti¹², ed era anch'esso appartenuto ad Ormanni.

Reperita, infine, sul mercato antiquario, la *Critica testuale* della De Marini, il volume reca la dedica dell'Autrice: «al caro collega Angelo da Franca». Che si tratti di Ormanni lo dimostra una lettera dell'editore del *Grillo parlante*, mensile indipendente, diretta «al Dottor Angelo Armani via Castelfranco 66 Roma», che si è salvata all'interno del volume.

Affiora, pertanto, e con sicurezza un *fil rouge* che lega e col-lega varie esperienze, l'amicizia e molto altro, la De Marini ed Ormanni.

3. Per concretizzare, ora, il fulcro di queste riflessioni, è opportuno concentrare l'attenzione su un'importante pagina ulpianea – ossia quella salvata in D. 47.10.7 pr.-1 – che rappresenta un tassello, ma non per ciò stesso meno importante, della parabola di maturazione del metodo adottato dalla Studiosa, ossia appunto quello che dagli inizi dell'esperienza scientifica approda alla redazione della *Critica testuale*. E mi ricollego, per quanto riguarda il volume degli 'atti' del Convegno in suo ricordo, all'importante contributo di Carlo Lanza¹³.

A riguardo del tema generale, Lanza osserva, tra altro, che «la *Critica testuale* è l'archetipo di una avventura scientifica e ideale. Si abbandona il canone del diritto classico per come costruito nell'Ottocento – ancora saldo, nonostante tutto, per le sue implicazioni pratiche e accademiche – conquistando un territorio pressoché inesplorato. Rispetto al quale il rapporto con le fonti può affrancarsi meglio dalle costrizioni tradizionali. Si obietterà che nel libro c'è di più. Di sicuro, tuttavia a me preme sottolineare che la *Critica testuale* è un modello di fiducia scientifica. Io la riguardo quale inizio di un percorso difficile ma condizionato soltanto da se stessi, dalla propria cultura, dalla propria sensibilità. Nell'ottica della libertà del romanista, in diretto e nuovo legame con le fonti, senza troppi a priori»¹⁴.

Agli esordi della sua «avventura scientifica e ideale», la Studiosa richiamava i temi, a partire, appunto, da un singolo frammento palinogenetico contenuto nel LVII libro *ad edictum* di Ulpiano che tratta della *iniuria* sotto il particolare profilo del concorso di azioni:

D. 47.10.7 pr.-1 (Ulp. 57 *ad ed.* L. 1339): pr. *Praetor edixit: 'qui agit iniuriarum, certum dicat, quid iniuriae factum sit': quia qui famosam actionem intendit, non debet*

¹² Cfr. M. Brutti, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana I-II*, Milano 1970.

¹³ Cfr. C. Lanza, *Critica del testo e tardoantico come superamento del dogmatismo*, in Viarengo (a c. di), *Franca De Marini Avonzo signora delle fonti cit.* 85 ss.

¹⁴ Lanza, *Critica del testo e tardoantico cit.* 89.

vagari cum discrimine alienae existimationis, sed designare et certum specialiter dicere, quam se iniuriam passum contendit. – 1. Si dicatur homo iniuria occisus, numquid non debeat permittere praetor privato iudicio legi Corneliae praeiudicari? Idemque et si ita quis agere velit ‘quod tu venenum dedisti hominis occidendi causa?’ rectius igitur fecerit, si huiusmodi actionem non dederit. Adquin solemus dicere, ex quibus causis publica sunt iudicia, ex his causis non esse nos prohibendos, quo minus et privato agamus. Est hoc verum, sed ubi non principaliter de ea re agitur, quae habet publicam executionem. Quid ergo de lege Aquilia dicimus? Nam et ea actio principaliter hoc continet, hominem occisum¹⁵ non principaliter: nam ibi principaliter de damno agitur, quod domino datum est, at in actione iniuriarum de ipsa caede vel veneno ut vindicetur, non ut damnum sarciatur. Quid ergo, si quis idcirco velit iniuriarum agere, quod gladio caput eius percussum est? Labeo ait non esse prohibendum: neque enim utique hoc, inquit, intenditur, quod publicam habet animadversionem. Quod verum non est: cui enim dubium est etiam hunc dici posse Cornelia conveniri?

Ai grandi studiosi – quelli che hanno lasciato un segno autentico e sensibile nella disciplina di appartenenza – deve essere riconosciuto il valore. E senz’altro deve essere reso tributo all’autorità e, soprattutto, all’autorevolezza della De Marini. Tuttavia, in alcuni casi, è possibile scorgere anche qualche elemento passibile di discussione all’interno della loro ingente produzione. Accade, per contro, di assistere talora a situazioni – fortunatamente rare – in cui, ricordando uno studioso, qualcuno si sforzi di mostrare che il celebrando aveva errato in qualche punto della sua interpretazione. Insomma, in queste ipotesi forse a prevalere è l’*esprit de géométrie*, un poco meno quello di *finesse*: ma è sempre preferibile il primo *esprit*, di cui non tutti sono evidentemente dotati dalla natura.

Per questo, la mia non intende affatto essere una critica (che apparirebbe *prima facie* quantomeno disdicevole), ma il tentativo di rintracciare le orme di quella maturazione di cui si tratta, e come questa avesse già un germe potente all’inizio della carriera della De Marini, per poi svilupparsi fino ad arrivare agli anni ’60-’70 del secolo scorso, per avanzare nella piena maturità, seguendo quel «percorso difficile ma condizionato soltanto da se stessi, dalla propria cultura, dalla propria sensibilità», di cui parlava Lanza nella citazione poco sopra riportata¹⁶.

Il lavoro a cui mi riferisco è stato pubblicato nel 1954 sul *Bullettino dell’Istituto di diritto romano*, presentato come classico contributo in rivista. Era, in realtà, ciò che normalmente è possibile definire quale ‘monografia sotto le

¹⁵ In M. Miglietta, ‘*Servus dolo occisus*’. Contributo allo studio del concorso tra ‘*actio legis Aquiliae*’ e ‘*iudicium ex lege Cornelia de sicariis*’, Napoli 2001, 282 e nt. 4, proponevo l’emendazione dell’edizione mommseniana con... *hoc continet hominem occisum. Non principaliter...*, e questo anche sulla scorta di una proposta avanzata da P. Voci, *Azioni penali in concorso tra loro*, in *SDHI*. 65, 1999, 22-23 ntt. 79-80.

¹⁶ Cfr. *supra*, nt. 14 (e testo a cui essa si riferisce).

mentite spoglie di un articolo – a differenza dei nostri giorni, in cui si vedono diverse monografie che, per contro, dissimulano poco più di un articolo (e talora neppure di grande qualità).

Franca De Marini aveva 27 anni quando – se non erro – è stato pubblicato quel saggio, il che vuol dire che ne aveva all'incirca (soltanto) 25 quando ha cominciato a studiare l'argomento. Era giovanissima. Ed è un testo ancora ineludibile, a distanza di ben settanta anni dalla sua uscita, da parte di chi decida di affrontare i problemi di pregiudizialità tra giurisdizione civile e giurisdizione criminale in diritto romano. La dimostrazione di questa affermazione sia data dal fatto che un giovane, anche promettente, studioso della scuola di Padova ha pubblicato, nei volumi in corso di edizione sul diritto penale romano, un interessante contributo espressamente dedicato al tema del concorso di azioni: buona parte di quelle pagine è debitrice degli studi del 1954 della Studiosa genovese¹⁷.

Tornando al punto, la De Marini affrontava – nello specifico – quel frammento importante (e, a tratti, anche tortuoso – al punto da essere stato ritenuto propriamente bizantino – e che ho avuto occasione di studiare)¹⁸, oggetto di rilievi testuali molto severi, soprattutto da parte delle frange estreme della critica interpolazionistica, la quale scorgeva in ogni passo del Digesto l'indebita e pesante (e sovente pedante) intrusione di Triboniano e dei Compilatori, i quali avrebbe sempre provveduto a modificare (anche sopprimendo), ora accrescendo, ora convertendo in altra forma e sostanza i testi originali, secondo loro esigenze ed intuizioni.

Per questo, a proposito dell'escerto del giurista di Tiro, gli interpolazionisti sono intervenuti per colpire interi periodi, come quello che va dalle parole *si dicatur* fino al predicato *praeiudicari*, nonostante si tratti – a ben considerare l'articolazione complessiva del frammento – di una rilevante domanda retorica, introdotta dal giureconsulto e destinata, per sua natura, ad aprire una parte essenziale della discussione e del suo sviluppo.

In particolare, Siber riteneva semplicemente che il passo si dovesse ridurre nel seguente periodo (peraltro di senso contrario al dettato di D. 47.10.7.1): *si dicatur homo iniuria occisus debet privato iudicio legis Corneliae praeiudicari*.

¹⁷ Alludo ad A. Zini, *Considerazioni circa alcune ipotesi di concorso tra repressione pubblica e privata in epoca classica*, in L. Garofalo (a c. di), *Diritto penale romano. Fondamenti e prospettive. I. Le discipline generali*, I.1, Napoli 2022, 1291 ss. (su cui vd. il giudizio positivo espresso in M. Miglietta, *Presentazione dell'opera 'Diritto penale romano. Fondamenti e prospettive. I. Le discipline generali: i contributi di diritto criminale'*, in L. d'Amati, L. Garofalo (a c. di), *Scritti per Francesco Maria Silla*, Napoli 2024, 24).

¹⁸ Vd. M. Miglietta, *Elaborazione di Ulpiano e di Paolo intorno al 'certum dicere' nell'edictum 'generale' de iniuriis*, Lecce 2002 (in versione parzialmente ridotta, dal titolo *Intorno al 'certum dicere' nell'edictum 'generale' de iniuriis*, in *Labeo* 48, 2002, 208 ss.).

Tanto è vero che la stessa De Marini, nel suo contributo, definiva tale proposta come «radicale ricostruzione».

Nella temperie dell'interpolazionismo estremo si dubitava, pertanto, della genuinità di ogni avverbio, di varie forme verbali, si dubitava di numerose espressioni ritenute chiaro sintomo di intrusione giustiniana, delle particelle di collegamento, anche di diversi sostantivi, nonché di intere frasi, quando – per contro – un sereno confronto testuale, per esempio, e nel caso di specie, con Gai 3.213, ma anche con le Istituzioni imperiali (I. 4.3.10), oppure meglio ancora con una costituzione del *princeps* Gordiano III (salvata in CI. 3.35.3), della prima metà del III secolo d.C., quindi dell'epoca dello stesso Ulpiano, avrebbe potuto confermare la sostanziale attendibilità del contenuto di D. 47.10.7 pr.-1.

A questo proposito, se si procedesse ad un esperimento, consistente nel sopprimere in questo passo (indicando tra parentesi uncinata e in tondo) quanto è stato sospettato, ne resterebbe una porzione assolutamente irrilevante, del tutto insignificante per poter accedere all'interpretazione del pensiero del nostro giurista (essendo 'saltata', per questa via, persino la stessa clausola editale): nel *principium* resterebbero in vita le sole parole *praetor edixit*, senza alcun séguito, e il § 1 sarebbe da considerare per lo più integralmente insitico (nonostante nella trascrizione del testo, che qui segue, sia mantenuta in corsivo, la prosecuzione 'Adquin – conveniri?')¹⁹:

[*Praetor edixit*: <'qui agit iniuriarum, certum dicat, quid iniuriae factum sit': quia qui famosam actionem intendit, non debet vagari cum discrimine alienae existimationis, sed designare et <certum specialiter> dicere, quam se iniuriam passum contendit.> – 1. <<Si dicatur homo iniuria occisus, numquid non debeat permittere praetor privato iudicio legi Corneliae praeiudicari? Idemque et si ita quis agere velit 'quod tu venenum dedisti hominis occidendi causa?' rectius igitur fecerit, si huiusmodi actionem non dederit.> *Adquin solemus dicere, ex quibus causis publica sunt iudicia, ex his causis non esse nos prohibendos, quo minus et privato agamus. Est hoc verum, sed ubi non principaliter de ea re agitur, quae habet publicam executionem. Quid ergo de lege Aquilia dicimus? Nam et ea actio principaliter hoc continet, hominem occisum non principaliter: nam ibi principaliter de damno agitur, quod domino datum est, at in actione iniuriarum de ipsa caede vel veneno ut vindicetur, non ut damnum sarciat. Quid ergo, si quis idcirco velit iniuriarum agere, quod gladio caput eius percussum est? Labeo ait non esse prohibendum: neque enim utique hoc, inquit, intenditur, quod publicam habet animadversionem. Quod verum non est: cui enim dubium est etiam hunc dici posse Cornelia conveniri?>].
([-]: intpl., in partic., von Beseler ~ De Marini).*

¹⁹ Cfr. E. Levy, E. Rabel, *Index interpolationum* III, Weimar 1935, c. 514 *ad h.l.*, e Miglietta, 'Servus dolo occisus' cit. 283 ss.

Da una simile opera di forte riduzione (*rectius*, di annientamento) del *fons* non potremmo trarre nulla di utile per la ricostruzione dell'istituto dell'*iniuria*. Il Siber, in particolare, lo bollava, infatti, nel complesso quale portatore di «vaghe chiacchiere», nonché frutto di una «sibillina teorizzazione»²⁰, peraltro «rimaneggiatissima» a dire di Arnò²¹. Dieter Nörr, dal canto suo, ancora in tempi relativamente recenti, giudicava il frammento semplicemente come «corrotto»²². Soltanto Kübler e Donatuti ritenevano fosse accorciato e manipolato, ma per lo più genuino²³. Wlassak ne salvava alcune parti²⁴.

Franca De Marini Avonzo, dal canto suo, presentava la fonte – adeguandosi di fatto al parere di von Beseler²⁵ – secondo questa forma: facendola, cioè, precedere e seguire da parentesi quadre («[*Praetor edixit – posse Cornelia conveniri?*]»)»²⁶, lasciando intendere di considerarla – sulla scorta della selva di critiche appena ricordate – per completamente alterata, tant'è vero che il Serrao giungeva a segnalare tale riprovazione come «eccessiva»²⁷.

4. In ogni caso, D. 47.10.7 pr-1 – pur caratterizzato da certa prolissità e dall'aver subito qualche alterazione (più per compressione che per modificazione del pensiero originario)²⁸ – risulta essere fondamentale per la trattazione del *praeiudicium* tra azioni in tema di *iniuria* e di *damnum*, in intersezione con l'argomento connesso della *occisio hominis*, e che sia da attribuire, pertanto, alla mano di Ulpiano.

La nostra Studiosa, tuttavia, pur prendendo avvio da una sorta di condanna formale del testo, ritenuto idoneo soltanto per l'analisi del diritto giustiniano (perché, da questo punto di vista, si tratta certamente di un testo di Giustiniano),

²⁰ Cfr. H. Siber, *Praeiudicia als Beweismittel*, in *Festschrift für L. Wenger zu seinem 70. Geburtstag*, 1, München 1944, 64-65.

²¹ Cfr. C. Arnò, *Le 'magnae varietates' in tema di 'lex Aquilia' e di 'concursum actionum'*, in *Studi in onore di S. Riccobono* 2, Palermo 1936, 183-184.

²² Vd. D. Nörr, *Causa mortis. Auf den Spuren einer Redewendung*, München 1986, 172 nt. 46.

²³ Vd. B. Kübler, *Atquin. Kritische Studien zur Interpolationenforschung*, in *ZSS.* 42, 1921, 537-538 e G. Donatuti, *Il soggetto passivo dell' 'iniuria'*, in *Studi in memoria di U. Ratti*, Milano 1934, 512 nt. 8.

²⁴ Cfr. M. Wlassak, *Die klassische Prozessformel: mit Beiträgen zur Kenntnis des Juristenberufes in der klassischen Zeit*, 1, Wien 1924, 65 nt. 19.

²⁵ Vd. G. von Beseler, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* 4, Tübingen 1920, 189-190.

²⁶ De Marini Avonzo, *Coesistenza e connessione* cit. 171 nt. 157 e, soprattutto, 172-173 (e vd. annotazione finale in coda all'appena precedente riproduzione di D. 47.10.7 pr.-1).

²⁷ Vd. F. Serrao, *Il frammento leidense di Paolo. Problemi di diritto criminale romano*, Milano 1956, 77 nt. 130.

²⁸ Vd. sopra, nt. 23 (e testo a cui essa si riferisce).

compone comunque una compiuta disamina, sorpassando – nella sostanza – il problema di critica testuale, senza negarlo in via di principio, ma procedendo comunque ad analizzare l'intera gamma di ipotesi che da quella fonte scaturiscono. E quindi – come ricordava giustamente Aldo Schiavone nel suo intervento – la De Marini interroga quel testo e lo fa parlare, con osservazioni che sono certamente plausibili²⁹.

Quel passo, infatti, risulta essere indispensabile per la piena comprensione del dibattito che Ulpiano ha offerto in materia di *iniuria*, in una sorta di vero e proprio trattato storico e giuridico insieme. Quel *fons* è, infatti, la porta di passaggio obbligato tra il libro LVI e il libro LVII del suo commentario all'editto, ed è – in altre parole – il punto di sutura tra la descrizione storica dell'istituto (meglio, degli istituti collegati all'*iniuria*), e l'analisi dei singoli editti particolari che ne (con)segue. Eliminare D. 47.10.7 pr.-1, con la sua ragionevole *laudatio* (*quia qui famosam actionem – se passum contendit*), legata alla clausola '*qui agit iniuriarum, certum dicat, quid iniuriae factum sit*', ossia estrapolato dalla palingenesi, significa far cadere l'intero impianto sistematico disegnato dal nostro giureconsulto. Ivi compresa la connessa questione relativa all'uccisione dolosa dello schiavo altrui, ragione per cui mi ero occupato della testimonianza.

Alla luce di tali considerazioni, si comprende anche la presenza della serie di serrate domande che riportano alla conclusione negativa già espressa da Labeone (*Labeo ait non esse prohibendum: neque enim utique hoc, inquit, intenditur, quod publicam habet animadversionem. Quod verum non est: cui enim dubium est etiam hunc dici posse Cornelia conveniri?*), per aprire all'esito invece positivo del concorso non più elettivo ma cumulativo di azioni che lo stesso Ulpiano suggeriva, in *sedes materiae* di *lex Aquilia*, in D. 9.2.5 pr. e in D. 9.2.23.9 (18 *ad ed.*)³⁰, e dunque con una coerenza complessiva – ripeto, al di là dei rilievi di natura testuale – che la De Marini aveva scorto con acutezza.

Vediamo allora procedere prepotentemente nell'opera della Studiosa il percorso di crescita scientifica, che diventa un autentico 'manifesto', e che si esprime compiutamente già nel lavoro *Critica testuale e studio storico del diritto* (come annota anche Carlo Lanza nel suo intervento che ho più sopra richiama-

²⁹ Del resto, sempre a sottolineare la parabola di maturazione del metodo, lo stesso autore sottolineava tra le qualità della *Critica testuale* (II edizione, Torino 1973) la lontananza della De Marini dal «pericolo distruttivo di filologie inattendibili (per esempio, certo interpolazionismo)»: vd. A. Schiavone, *Recensione*, in *Iura* 25.1, 1974, 187.

³⁰ Rispettivamente: *Sed et si quemcumque alium ferro se petentem quis occiderit, non videbitur iniuria occidisse: et si metu quis mortis furem occiderit, non dubitabitur, quin lege Aquilia non teneatur. Sin autem cum posset adprehendere, maluit occidere, magis est ut iniuria fecisse videatur: ergo et Cornelia tenebitur – Si dolo servus occisus sit, et lege Cornelia agere dominum posse constat: et si lege Aquilia egerit, praeiudicium fieri Corneliae non debet.*

to), dalle cui pagine traspare grande devozione per il suo maestro, e dove si afferma chiaramente e consapevolmente che è esistita una stagione caratterizzata da interpolazionismo esasperato, sorta di dubbio iperbolico delle fonti.

Basti scorrere i lunghi e puntigliosi elenchi proposti da Georg von Beseler, i quali costituiscono un autentico sterminio di espressioni interne alle fonti giustiniane. In una sola occasione mi è capitato di scorgere nei celebri *Beiträge*³¹ il giudizio «echt», a riguardo di un passo, e mi è parso fenomeno straordinario, avente quasi del miracoloso, poiché lo studioso tedesco dichiarava per autentico un termine: un *unicum*, un diamante sepolto in giardino. Ma von Beseler ha fatto ben diversa scuola, ad esempio, con Guarneri Citati³² e con molti altri³³, alla luce dei pregressi contributi di Henri Appleton³⁴.

Di qui la necessità del recupero – come afferma Franca De Marini Avonzo – della filologia, delle scienze umane, delle scienze sociali, l'attenzione al testo, l'attenzione alla problematica insomma, evidenziati con una pacatezza che Carlo Augusto Cannata definiva quale «serenità del libro»³⁵: espressione assai suggestiva, poiché sottolinea il fatto che la scrittura della Studiosa è privo di tensioni dialettiche anche nei rilievi alle tesi altrui, poiché si rinvengono critiche anche molto forti, sostanzialmente, ma espresse sempre con garbo, appunto con stile ed eleganza.

5. In conclusione, quindi, ne deduciamo grande considerazione per il testo, in sé considerato e per le sue interconnessioni culturali, accurata attenzione per l'analisi filologica e propensione a cogliere il senso della storia, di cui si diceva, nonché alle altre scienze umanistiche, al fenomeno evolutivo del diritto, inteso nel senso più ampio, e non soltanto nei costretti limiti del *ius romanum*.

³¹ Vd., in particolare, Beseler, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, 1-5 cit. Ma la produzione interpolazionistica dell'Autore tedesco è assai ampia.

³² Cfr., in particolare, A. Guarneri Citati, *Indice delle parole e delle frasi ritenute interpolate nel Corpus iuris*, in *BIDR*, 33, 1923, 79-144, ulteriormente ampliato e – per così dire – 'perfezionato' in Id., *Indice delle parole, frasi e costrutti ritenuti indizio di interpolazione nei testi giuridici romani*, Milano 1927.

³³ È forse appena l'occasione per ribadire che, con queste osservazioni, non si intende sostenere che i testi della *scientia iuris* romana non abbiano subito alterazioni: del resto – come è noto – lo afferma a chiare lettere lo stesso Giustiniano all'interno delle costituzioni programmatiche del *Corpus iuris* (vd., in particolare, constt. *Deo auctore* § 7; *Tanta* § 10; *Haec quae necessario* § 2; *Cordi* § 3; e cfr. J.F. Andrés Santos, *Brevissima storia della critica interpolazionistica nelle fonti giuridiche romane*, in *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 33, 2011).

³⁴ H. Appleton, *Des interpolations dans les Pandectes et des méthodes propres a les découvrir*, Paris 1895.

³⁵ Cfr. C.A. Cannata, *Franca De Marini ovvero della storia del diritto*, in *Studi in onore di Franca De Marini Avonzo*, Torino 1999, 8 (le precise parole dello Studioso sono: «È un libro sereno»). Il concetto è ripreso ancora da Lanza, *Critica del testo e tardoantico* cit. 86.

In *Critica testuale* segue, tuttavia, quasi a sorpresa, l'offerta delle *Res gestae divi Augusti*, con agevole – e non solo per gli studenti – traduzione a fronte³⁶.

Perché questo particolare documento del *princeps*, e non già invece testi tratti dal Digesto?

Detto in altri termini, dopo le premesse di metodo e di critica testuale (che abbiamo cercato di ricostruire), ci si attenderebbe dalla De Marini la proposta di una selezione di fonti giurisprudenziali accolte nelle *Pandette*. La Studio-sa, nella premessa alla relativa parte del corso, propone una riflessione molto importante, poiché mostra d'essere consapevole che questo documento rappresenta una scelta eterodossa rispetto ad un classico lavoro esegetico condotto su frammenti del *Corpus iuris*.

«La scelta delle *Res gestae divi Augusti* come testo da esaminare nella parte speciale del corso di Egesi può essere considerata come solo parzialmente rispondente alle premesse esposte nelle lezioni introduttivo»: sono, infatti, le parole della stessa De Marini a dichiararlo con estrema chiarezza³⁷.

Nello studio di questa testimonianza, unica nel suo genere, tuttavia, è possibile esercitare l'analisi filologica in relazione ad un linguaggio politico – poiché del testamento politico di Augusto si tratta –, e, seppure non necessariamente scritto di pugno dal *princeps*³⁸, è stato da questi – autentico autore – fortemente voluto in quei precisi termini, con quella precisa retorica autocelebrativa; un testo che – ovviamente – non ha subito interpolazioni, dal momento che il *monumentum Ancyranum* – «la regina delle iscrizioni»³⁹, secondo l'affermazione di Theodor Mommsen – consente di affrontare e di comprendere quale fosse la teoria dello Stato di Augusto, attraverso l'individuazione dell'ideologia degli antichi, ma anche attraverso il confronto con le ideologie dei moderni su quegli stessi temi.

Ancora la De Marini così prosegue: «Esse sono, in realtà, il testo fondamentale ed 'ufficiale' per la conoscenza della storia di Augusto, e quindi costituiscono la base delle infinite ricerche sul principato e sulla 'costituzione' augustea. Tutti i problemi di questo testo si trovano da qualche parte già enunciati se non risolti nella storiografia giuridica o politica, sicché chiunque incominci oggi un discorso

³⁶ Cfr. De Marini Avonzo, *Critica testuale e studio storico del diritto* cit. 103-131 (con rapida ma acuta 'Prefazione' 103-108).

³⁷ De Marini Avonzo, *Critica testuale e studio storico del diritto* cit. 103 (*incipit*). La parte della citazione, qui in corsivo, nell'originale è in tondo sottolineato.

³⁸ Vd. De Marini Avonzo, *Critica testuale e studio storico del diritto* cit. 109, che indicava l'opera come redatta «personalmente da Augusto». Sul punto, un poco più possibilista – ma sempre secondo la soluzione dell'autografia augustea – F. Guizzi, *Augusto. La politica della memoria*, Roma 1999, 35 ss., nel capitolo intitolato 'Augusto o un Ghost Writer?'.
³⁹ Cfr. De Marini Avonzo, *Critica testuale e studio storico del diritto* cit. 103.

sul tema difficilmente può augurarsi di giungere a dire qualcosa di nuovo»⁴⁰.

La *Critica testuale* conoscerà, quindi, altre due edizioni, l'ultima delle quali – firmata insieme a Carlo Lanza – giungerà fino al 2001, ulteriore prova di quella crescita continua di cui si diceva e di cui qui ho inteso parlare.

Se la cifra dello stile personale mi aveva colpito fin dal primo incontro, ancora mi impressiona l'elemento della vera grandezza degli (autentici) studiosi, la quale alberga nel loro sentimento di non avvertire, di non scorgere mai l'approdo conclusivo, la soluzione definitiva del problema studiato (e la sua presunta inconfutabilità), nel solco di una costante maturazione, di una ricerca che continua – senza dogmatiche conclusioni –, grandezza legata anche alla disponibilità a modificare il proprio assetto valoriale, e di convinzioni, con cui magari si è cominciato a studiare, e con cui si è cominciato a scrivere.

Massimo Miglietta
Università di Trento
massimo.miglietta@unitn.it

⁴⁰ *Ibid.*

Franca de Marini Avonzo e il ‘metodo’, fra esegesi (e storia dell’esegesi), filologia classica, interpolazionismo

Sono felice e onorata di condividere con colleghi autorevoli e illustri l’opportunità di onorare Franca de Marini Avonzo, scomparsa nel 2012, ma il cui ricordo è indelebile (per citare Ungaretti) «nella malinconia dei vivi»: dei familiari, degli allievi e di chi ha avuto la fortuna di conoscerla (non solo come maestra).

Come ha scritto Gloria in un suo bel ricordo del 2013, «La storia della Facoltà di Giurisprudenza e dell’Ateneo genovese si è intrecciata per cinquant’anni con lei»¹. de Marini è «stata tra le prime donne intellettuali che hanno contato non solo nell’ambiente universitario genovese, ma anche, e soprattutto, in quello romanistico, particolarmente ostile, allora, alle ‘studiose’. È stata la prima donna professore ordinario chiamata nella Facoltà di Giurisprudenza di Genova»: stando a Mario Amelotti, che sostenne la sua candidatura «la decisione non era stata presa con facilità, proprio in quanto donna»². Le sue qualità scientifiche, la sua decisa personalità e la forte originalità delle sue ricerche furono a fondamento della chiamata – ovviamente il dato umano è scomparso con lei, non così invece il suo lascito letterario.

Molto è stato detto sulla sua figura, molti ricordi affettuosi e densi sono stati pronunciati anche in questa occasione, al punto che temo mi resti ben poco da dire. Mi sembra in ogni caso di poter formulare qualche osservazione non del tutto peregrina sul volume, una vera e propria *summa*, a mio modo di vedere, del suo lavoro scientifico (apparso dapprima come ‘Corso’, nel 1968/69, poi in tre fortunatissime edizioni nel 1970, nel 1973, e nell’ultima, del 2001, pubblicata ‘a quattro mani’ con Carlo Lanza) *Critica testuale e studio storico del diritto*³.

¹ G. Viarengo, *Ricordo di Franca de Marini Avonzo*, in *Diritto@Storia* 11, 2013, 1 ss., 2.

² Viarengo, *Ricordo* cit. 2.

³ F. de Marini Avonzo, C. Lanza, *Critica testuale e studio storico del diritto*, Torino 2001³, XI: «La seconda edizione (*scil.* della *Critica testuale*) del 1973 si arresta – tolte le conclusioni – alle soglie del Seicento. Non a caso. Il problema di uno ‘statuto’ della filologia non solo è posto ma nella sostanza è risolto già con l’Umanesimo... Nel corso del XVII secolo si gettano le basi del diritto moderno. E i giuristi impegnati in tale impresa citano sì le fonti romane, ma le forzano... La presente edizione oltrepassa il limite naturale della precedente». E infatti per scelta degli autori la ‘parte terza’ del volume (pp. 175-290), a firma di Carlo Lanza, è dedicata a *Le fonti romane e la formazione del diritto moderno*: prende le mosse dalla riflessione bodiniana in tema di sovranità, per affrontare i percorsi di evoluzione del diritto moderno sino all’età delle ‘codificazioni nazionali’. Le riflessioni che seguono sono relative alla parte di cui è autrice de Marini, anche in raffronto con le precedenti edizioni del ‘Corso’.

Gloria Viarengo, nel suo scritto accolto nel volume che oggi presentiamo, ne ha posto in risalto una serie di profili di grande interesse⁴.

Gloria ha ad esempio ben messo in luce come, nonostante Franca de Marini non abbia scritto in materia di ‘metodo’ – ad esempio sul ‘come’ condurre una esegesi romanistica o sulle tecniche di interpretazione delle fonti – sia nondimeno possibile rinvenire qualche osservazione sparsa sul punto, nei suoi lavori. La nostra ‘signora delle fonti’ si atteneva a quel ‘buon metodo storico’ consistente in una «accurata selezione del materiale documentale e in una esposizione dei risultati dove prevalgono le esigenze di un solido giudizio critico e di una efficace tecnica narrativa»⁵, metodo appreso alla scuola di Orestano e portato avanti con coerenza dai suoi allievi romanisti genovesi. Intendo ovviamente, oltre che Franca de Marini, anche Luigi Raggi: entrambi gli studiosi, in un clima che per molti versi precorreva quello poi diffusosi stabilmente in Italia a partire dagli anni Ottanta del secolo scorso, erano condotti «ad occuparsi dei fenomeni giuridici trattati... con forte spirito storico, tentando sempre di collocare il singolo dato nel contesto d’insieme della problematica trattata e nel relativo ambiente culturale che l’aveva determinato»⁶ (quello, per intenderci, che Giovanni Tarello definiva ‘approccio sociologico-culturale’).

Nel proprio corso sulla ‘critica testuale’, de Marini intendeva, fra i numerosi obiettivi, «esporre qualche idea sul modo in cui l’interpretazione delle fonti romane è stata condotta dai tempi in cui esse venivano prodotte fino al XIX secolo...; ... esaminare quali operazioni culturali sono state compiute nel corso dei secoli, per poter continuare ad utilizzare le fonti romane»; indagare «l’uso di tecniche interpretative che includevano necessariamente una revisione dei testi»⁷. Nello svolgimento del compito prefissatosi l’autrice si fermava, a partire fondamentalmente dalla prima età repubblicana e fino all’età dell’umanesimo⁸, su percorsi e meccanismi di trasmissione dei testi di natura giuridica, e sulla progressiva trasformazione, nel tempo, delle relative tecniche di interpretazione. Tracciava cioè essenzialmente, oltre a una storia della scrittura giuridica, anche una storia della filologia esercitata nel tempo sui testi giuridici.

Fra i diversi aspetti degni di nota, un punto mi ha colpito più degli altri nella lettura.

⁴ G. Viarengo, *Lo studio storico del diritto e la lettura delle fonti: il ‘metodo’ di Franca de Marini*, in G. Viarengo (a c. di), *Franca de Marini Avonzo, signora delle fonti. Atti del Convegno in memoria di Franca de Marini Avonzo, Genova, Aula Magna dell’Università, 9 settembre 2022*, Torino 2023, 69 ss.

⁵ Viarengo, *Lo studio storico* cit. 70.

⁶ F. Silla, sv. *Luigi Raggi*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)* 2, Bologna 2013, 1647 ss.

⁷ de Marini Avonzo, [C. Lanza], *Critica testuale* cit. 4.

⁸ V. *retro*, nt. 3.

Se la prospettiva privilegiata era – si è detto – quella di una ‘storia dell’*e-segesi*’ (e già questo mostra l’originalità dell’impostazione, per come tradizionalmente siamo abituati a concepire un insegnamento di *Esegesi delle fonti del diritto romano*), non stupisce che nel ‘corso’ in esame l’autrice evidenziasse come – sia pure in modo sporadico e non sistematico – la presenza di interpolazioni nei *Digesta* fosse stata rilevata sin dall’età dei Glossatori⁹; né stupisce che de Marini seguisse le tracce della critica testuale e della ‘caccia ai tribonianismi’ in seno alla scuola culta, soffermandosi in ispecie sul fulgido esempio dell’*Antitribonianus* di François Hotman¹⁰.

Quello che tuttavia ha in me destato una qualche sorpresa è il rimprovero che Franca de Marini muove alla romanistica del Novecento «della prima metà del secolo» (e in alcuni casi anche a romanisti a lei contemporanei): gli studiosi di settore avrebbero appreso solo con grande ritardo dai filologi «le novità teoriche e tecniche della critica testuale, per applicarle (anche) ai testi giuridici»¹¹. Valorizzando i progressi della filologia (per così dire ‘generale’) di un Lachmann (che pure aveva lavorato anche al palinsesto veronese), di un Wilamowitz, di un Pasquali, de Marini si mostrava fortemente critica verso la giusromanistica specie dei primi decenni del Novecento, che a suo dire avrebbe rivolto «solo un distratto interesse all’aggiornamento delle indagini testuali». Un rimprovero mosso dunque dal punto di vista del ‘metodo’. Mentre infatti la ‘nuova’ scienza storico-filologica di Lachmann, Hertz, Wilamowitz, Pasquali aveva, fra fine Ottocento e inizi Novecento, messo a valore anche i risultati provenienti dalle indagini archeologiche, linguistiche, antropologiche, oltre che giuridiche, la romanistica non sarebbe stata al passo.

de Marini dipingeva insomma una scienza romanistica frenata, impantanata, per via del metodo interpolazionista. Quest’ultimo infatti, a partire dall’ultima decade dell’Ottocento (e segnatamente dalle *Interpolationen in den Pandekten* di

⁹ de Marini Avonzo, [C. Lanza], *Critica testuale* cit. 140: «Una ricerca delle interpolazioni compiuta con netta coscienza della sua importanza per lo studio storico delle fonti e con un corretto metodo filologico non poteva, ovviamente, essere neppure tentata dai Glossatori: la loro ideologia giuridica e la loro necessità di applicare unitariamente il diritto giustiniano dovevano per forza portarli ad escludere uno studio approfondito delle ‘stratificazioni’ testuali nell’ambito della compilazione. Tuttavia qualche interpolazione appare rilevata dai Glossatori: si legga la gl. *per omnia exaequata* a Dig. 30.1. Nel passo attribuito ad Ulpiano è esposta la regola per cui i legati vengono in tutto equiparati ai fedecommissi: la fusione dei due in un unico istituto era stata imposta solo da Giustiniano; ed il giurista medievale (anonimo: la glossa non è siglata), dopo aver annotato diversi casi in cui nel Digesto era contraddittoriamente rimasta traccia della differente regolamentazione che i due istituti avevano nella prima età imperiale, aggiunge: *dic quod aliquid est hic detractum a verbis Ulpiani a compileribus novi iuris et illud detractum inducit novitatem*».

¹⁰ F. Hotman, *Antitribonianus sive dissertatio de studio legum*, 1567 (pubbl. postuma, Paris 1604).

¹¹ de Marini Avonzo, [C. Lanza], *Critica testuale* cit. 168 (ma si v. già de Marini Avonzo, *Critica testuale e studio storico del diritto*, Torino 1973², 192, con identica formulazione).

Gradenwitz) e fino al secondo dopoguerra, si era focalizzato quasi unicamente sulla eliminazione, dalle fonti giuridiche, di tutti quegli elementi che non rispondessero a un diritto ‘classico’ (scriveva De Marini) «ricostruito come un’astrazione mistica e perfetta»¹²: l’opera di Giustiniano (e prima di lui di lettori postclassici) «avrebbe alterato quel sistema perfetto per introdurre nuove dottrine ... elaborate dalle scuole bizantine». Solo a partire da un momento non molto anteriore alla pubblicazione delle prime edizioni del Corso (‘oggi’ è usato da De Marini, senza più precise indicazioni temporali) la storiografia giuridica avrebbe iniziato a recepire metodi e percorsi e a dialogare con le altre scienze dell’antichità.

Ho trovato per la verità queste affermazioni alquanto sorprendenti. Non può negarsi, certo, che l’interpolazionismo sia stata per noi una corrente di pensiero dominante, fra la fine dell’Ottocento e la prima metà del Novecento. E infatti negli ultimi decenni si parla con crescente insofferenza e fastidio di tale indirizzo, nel quadro di una temperie culturale in cui si tende a difendere a oltranza la ‘genuinità’ dei testi, e spesso a non porsi affatto (ahimé) in chiave critica nei loro confronti. Si trattò per l’epoca, certo, di una corrente dominante¹³: ma non fu l’unico indirizzo seguito nei nostri saperi. In quell’arco temporale furono numerosi i giuristi-filologi che, sia pure a conoscenza del metodo interpolazionista, condividevano e applicavano i nuovi risultati della filologia del loro tempo. Si pensi a Philipp Eduard Huschke, che fra il 1860 e il 1886 curò cinque edizioni della *Iurisprudentia anteiustiniana*¹⁴, e sulla cui edizione critica delle *Institutiones* gaiane si sarebbe fondato il lavoro di edizione delle *Institutiones*, degli anni ‘30, di Emil Seckel e Bernhard Kübler¹⁵. Si

¹² De Marini Avonzo, [C. Lanza], *Critica testuale* cit. 170 (si v. già de Marini Avonzo, *Critica testuale* [1973], cit. 195, con identica formulazione).

¹³ Una rinnovata riflessione storiografica sulla c.d. critica interpolazionistica si deve a M. Miglietta, G. Santucci (a c. di), *Problemi e prospettive della critica testuale. Atti del ‘Seminario internazionale di diritto romano’ e della ‘Presentazione’ del terzo volume dei ‘Iustiniani Digesta seu Pandectae’, Digesti o Pandette dell’Imperatore Giustiniano. Testo e traduzione a cura di Sandro Schipani (Trento, 14 e 15 dicembre 2007)*, Trento 2011 (con addendum di M. Talamanca, *La ricostruzione del testo dalla critica interpolazionistica alle attuali metodologie*, p. 217 ss.). *Inter multos* si v. altresì F.J. Andrés Santos, *Brevissima storia della critica interpolazionistica nelle fonti giuridiche romane*, in *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 33, 2011, 65 ss.; F. Zuccotti, *Vivagni XII. Il problema delle interpolazioni: per una nuova prospettiva critica*, in *Rivista di diritto romano online* 12, 2012, 1 ss. (estr.); Id., *Diabolus interpolator. Per un ritorno della romanistica ad una reale esegesi critica del testo*, in *Legal Roots* 2, 2013, 141 ss.; M. Avenarius, C. Baldus, F. Lamberti, M. Varvaro (a c. di), *Gradenwitz, Riccobono und die Entwicklung der Interpolationenkritik*, *Ius Romanum* 5, Tübingen 2018; C. Baldus, C. Hattenhauer, K.-P. Schroeder (Hrsg.), *Geschichtliche Rechtswissenschaft. 100 Jahre Heidelberger Institut (1918-2018)*, Heidelberg 2018.

¹⁴ Si cita solo l’ultima: P. E. Huschke, *Iurisprudentiae anteiustinianae quae supersunt. In usum maxime academicum ... Editio quinta denuo aucta et emendata*, Lipsiae 1886.

¹⁵ E. Seckel, O. Kübler, *Gaius: Institutiones, Septimam editionem curavit* B. Kübler, Lipsiae 1935.

pensi a Bremer, e ai suoi *Iurisprudentiae antehadrianae quae supersunt*, pubblicati fra il 1896 e il 1901¹⁶, ai *Fontes Iuris Romani antiqui* di Bruns, come rivisti da Mommsen e dallo stesso Gradenwitz nel 1909¹⁷ e ai nostrani *Fontes Iuris Romani Antejustiniani*, la cui prima edizione, a cura di Riccobono e Baviera, è datata, come notissimo, al 1908¹⁸. Si pensi al lavoro preziosissimo di Contardo Ferrini quanto alla Parafrasi di Teofilo, ma soprattutto al suo contributo del 1901 *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano*, nel quale all'uso del 'metodo' interpolazionista si affiancavano significativamente svariati altri strumenti della 'cassetta degli attrezzi' del filologo¹⁹. Si pensi, per guardare un poco più avanti, alla figura di Arangio-Ruiz, e al suo spiccato interesse verso la papirologia e l'epigrafia giuridica (la pubblicazione ad opera sua del Gaio antinoina risale, ricordiamolo, al 1934, la silloge dei *Negotia*, all'interno dei *FIRA*, al 1943)²⁰. L'elenco potrebbe continuare. Da dove derivava dunque l'affermazione 'tranchant' di de Marini quanto all'effetto nocivo dell'interpolazionismo sulla romanistica nostrana, tale da rallentare sensibilmente il progresso della nostra scienza in confronto alla rapida evoluzione della filologia e delle altre scienze dell'antichità?

Mette appena conto di ricordare che, trovandoci dinanzi a un Corso, destinato agli studenti di *Esegesi*, una certa quota di genericità sia certo da imputare al 'genere' letterario.

Di sicuro giocava però qui, come altrove, un ruolo l'insegnamento del Maestro, Riccardo Orestano. Mi fermo in modo assai cursorio su alcuni passaggi della seconda edizione dell'*Introduzione*, del 1961, meritoriamente ripubblicata, un paio d'anni orsono, dall'editore Giappichelli, con una nota introduttiva di Massimo Brutti. Un'edizione, la seconda, arricchita (rispetto alla prima del 1953) proprio grazie alle ricerche e all'insegnamento di Orestano presso la Facoltà giuridica di Genova²¹. Orestano, nel 3° capitolo (*Il problema storico del diritto romano e del suo studio*), mostrava come l'interpolazionismo fosse mosso dall'intento «di arrivare, attraverso un approfondimento storico, alla chiarificazione dei problemi che la dommatica veniva ponendo, e di sgombrarle la via da-

¹⁶ F. P. Bremer, *Iurisprudentiae antehadrianae quae supersunt*, Lipsiae 1896-1901

¹⁷ C. G. Bruns, *Fontes Iuris Romani Antiqui. Leges et Negotia. Post curas Theodori Mommseni editionibus quinta et sexta adhibitas septimum edidit* O. Gradenwitz, Tubingae 1909.

¹⁸ Sull'opera di Salvatore Riccobono, per tutti, M. Varvaro, sv. *Riccobono, Salvatore sr.*, in *Dizionario biografico* cit. 1685 ss.

¹⁹ C. Ferrini, *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano*, in *BIDR.* 13, 1901, 101 ss.

²⁰ Sulla figura e l'opera di Arangio-Ruiz, per tutti, M. Talamanca, sv. *Arangio-Ruiz, Vincenzo*, in *Dizionario biografico degli italiani. Suppl. (A-C)* 34, 1988, 158 ss.; L. Labruna, *Rileggere i Maestri: Vincenzo Arangio-Ruiz*, in *TSDP* 3, 2010, 1 ss. (estr.), ove bibl. precedente.

²¹ R. Orestano, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Torino 1961² (rist. Torino 2021, con *Note introduttive* di M. Brutti, *ibid.* XVII ss.).

gli ostacoli e dagli intoppi che i contrastanti dati delle fonti di continuo erigevano al suo cammino» - era assente dunque, in tale processo, «un'avvertita e precisa distinzione fra elaborazione moderna e studio del pensiero antico»²². L'*humus* nel quale era sorto e fiorito l'interpolazionismo partiva, secondo Orestano, come ricorda anche Antonello Calore nel contributo presente nel volume che oggi discutiamo, dalla 'anacronistica scissione' fra fonti giuridiche ed extragiuridiche. Presupporre una dicotomia fra le diverse fonti di conoscenza del diritto antico (distinte ovviamente epoca per epoca) conduceva ad attribuire un ruolo di primaria importanza alle fonti 'normative' e altresì agli scritti della giurisprudenza romana, anche a quelli trãditi al di fuori della Compilazione. La connessa svalutazione delle fonti non giuridiche, unitamente ad altri meccanismi di pensiero coevi, faceva sì «che fonti della più varia natura ed epoca – purché ed in quanto 'giuridiche' – venissero utilizzate *pêle mêle*, ponendo sullo stesso piano leggi, editti, senatoconsulti, costituzioni, responsi, elaborazioni dottrinarie ed esposizioni didattiche, tutte assunte, nel loro insieme ... come espressioni normative fra loro equipollenti e fungibili» - tutte parti, insomma, «di un unico ordinamento ideale da 'costruire' come un immenso mosaico»²³. L'intento fondamentale di quella edizione della *Introduzione*, (non l'unico, per vero) era (come posto in risalto anche da Massimo Brutti) «mettere in discussione il carattere adiaforo e tendenzialmente sovratemporale delle entità concettuali prodotte dalla pandettistica» e le 'istanze sistematiche' delle età precedenti, svincolate da una consapevolezza della 'integrale storicità' del diritto²⁴. Onde una rivalutazione 'a tutto campo' di fonti di ogni genere utili a ricostruire l'esperienza giuridica, sia quella dell'antica Roma, che quella della tradizione romanistica.

Come mette appena conto di dire, e come era posto in risalto in quelle pagine della *Introduzione*, la prima 'opposizione' ai risultati più radicali dell'interpolazionismo, in Italia, era stata messa in campo dal maestro di Orestano, Salvatore Riccobono, a partire da un suo famosissimo lavoro monografico del 1917²⁵. Da quel momento Riccobono (già allievo di Gradenwitz e adepto del metodo 'bizantinista'. Una opposizione svoltasi lungo quasi un quarantennio di attività scientifica (dal 1917 al 1958, anno della sua morte). Un percorso che (come lo stesso Riccobono ebbe a ribadire ad esempio nel 1947) lo aveva condotto ad «arginare

²² Orestano, *Introduzione* cit. 322.

²³ Orestano, *Introduzione* cit. 322.

²⁴ M. Brutti, *Esperienza giuridica e lettura dei testi. Alla scuola di Orestano*, in Franca de Marini Avonzo signora delle fonti cit. 3 ss., 5.

²⁵ S. Riccobono, *Dal diritto romano classico al diritto moderno*, in *Annali del Seminario Giuridico della R. Università di Palermo*, voll. 3-4, Palermo 1917.

quell'impetuosa valanga distruggitrice della tradizione e delle dottrine romane, che nel corso degli ultimi decenni si era abbattuta sulla scienza romanistica»²⁶.

Direi che nell'enfasi usata da Riccobono contro la teoria interpolazionista (che fra gli anni '20 e '40 del Novecento era metodologia comunque salda e diffusa fra i romanisti), poi filtrata attraverso Orestano, siano da rinvenirsi i 'semi' delle affermazioni che troviamo nel 'corso' di de Marini sulla *Critica testuale*, anche per quel che attiene alla necessità di una attenta rivalutazione delle fonti non giuridiche. Occorrerebbe ovviamente una rilettura della intera produzione di Riccobono degli anni successivi alla 'svolta', per valorizzarne ragionamenti e torsioni. Un lavoro di scavo che negli ultimi anni, a quanto mi consta, è stato avviato, ma che richiederebbe, credo, ulteriori indagini²⁷. Uno dei 'germi' delle affermazioni presenti in Orestano e poi in De Marini mi sembra possa fondatamente rintracciarsi nella recensione che Riccobono pubblicò, nel 1929, al lavoro di Johannes Stroux, *Summum ius summa iniuria*²⁸. L'indagine di Stroux ebbe una risonanza incredibile nella scienza giuridica dell'epoca. La massima retorica, riprodotta da Cicerone, *summum ius summa iniuria* era espressiva della necessità, per i giuristi, di interpretare il diritto vigente e adattarlo alle esigenze del loro tempo, un'attività fortemente influenzata dalla retorica: essendo la prospettiva retorica quella della controversialità, essa era in grado di ispirare interpretazioni 'evolutive' improntate a una ricerca di giustizia sostanziale.

Riccobono considerava il saggio di Stroux «un capolavoro... lo studio più notevole che sia apparso in questo principio del secolo nel campo delle indagini storico-giuridiche». Per lo studioso palermitano «soltanto un filologo poteva dare una dimostrazione così compiuta dell'argomento, ... rintracciando e coordinando dalle fonti non giuridiche in primo luogo, i più intimi legami tra la cultura greca e la romana, tra dottrine retoriche e filosofiche dei Greci e la giurisprudenza romana... Giuristi e storici sulla fine del sec. XIX avevano potuto constatare gli effetti di un nuovo metodo dell'*interpretatio iuris* che, in opposizione a quello letterale usato dalla giurisprudenza antica, s'era introdotto sulla

²⁶ Si v., per la 'svolta' riccoboniana, per tutti M. Varvaro, *Circolazione e sviluppo di un modello metodologico. La critica testuale delle fonti giuridiche romane fra Otto Gradenwitz e Salvatore Riccobono*, in M. Avenarius, C. Baldus, F. Lamberti, M. Varvaro (a c. di), *Gradenwitz, Riccobono* cit. 55 ss.

²⁷ V. *retro*, ntt. 13 e 26, cui *adde* le ricerche contenute nel volume M. Varvaro (a c. di), *L'eredità di Salvatore Riccobono. Atti dell'incontro internazionale di studi (Palermo, 29-30 marzo 2019)*, Palermo 2020.

²⁸ J. Stroux, *Summum ius summa iniuria. Ein Kapitel aus der Geschichte der 'interpretatio iuris'*, Leipzig 1926; riapparso in traduzione italiana (di G. Funaioli) G. Stroux, *Summum ius summa iniuria. Un capitolo concernente la storia della interpretatio juris*, in *AUPA* 12, 1929, 639 ss., con prefazione appunto di Salvatore Riccobono. La recensione al lavoro di Stroux a firma di Riccobono è in *Gnomon* 5, 1929, 65 ss.

fine della Repubblica; ed essi avevano pur notato l'impulso che ne venne allo sviluppo ed alla trasformazione del diritto... Una dimostrazione particolareggiata mancava. Lo Stroux, ora, ci ha rivelato i nessi più intimi tra gl'insegnamenti della retorica e la pratica giudiziaria, il rapido processo di formazione di nuove dottrine giuridiche basate sui nuovi metodi dell'interpretazione, la prevalenza dell'equità sullo stretto diritto, della *voluntas* sui *verba*, [etc. etc.]... La dissertazione dello Stroux è venuta in un momento opportuno, che ne aumenta il valore. Infatti gli spunti e gli accertamenti contenuti nelle opere degli scrittori del sec. XIX restarono sterili; non solo essi non furono proseguiti e svolti, piuttosto furono travolti dalle fervorose indagini interpolazionistiche. Le quali condotte, sin dal primo momento, in base soltanto agli elementi formali ed ai contrasti che essi suscitavano nel sistema del diritto, s'indirizzarono sempre più verso la ricostruzione d'un diritto che si credette tutto nuovo, rivelato da quelle interpolazioni bizantine... Nel raggio di questa visione storica non potevano... entrare gli elementi contenuti nell'opera di Cicerone»²⁹. In queste parole si trovano, mi sembra, tutti gli elementi portanti delle affermazioni presenti in Orestano (valorizzazione delle fonti non giuridiche, importanza della storicizzazione quale principio-guida per la valutazione dei testi) e di quelle presenti in de Marini (effetto 'paralizzante' del metodo interpolazionista quanto a un'evoluzione della scienza storico-giuridica nei primi decenni del Novecento). Se però le parole di Riccobono riguardavano solo l'importanza dell'opera di Cicerone, e 'solo' per quanto attinente al ruolo degli insegnamenti e dell'attività dei retori nello sviluppo del diritto privato romano, in Orestano prima e in Franca de Marini poi le riflessioni in esame vennero estese all'intero bagaglio della cultura letteraria latina. La loro 'presa di posizione' si giustificava forse anzi tutto per la necessità di liberare la romanistica da un percepito isolamento (da un lato verso gli studiosi del diritto positivo, dall'altro verso i cultori di altre scienze dell'antichità) del quale diversi dei nostri maestri apparivano aver sentito il peso. Ma la generalizzazione mi pare potesse essere funzionale anche a favorire la maturazione di metodi che per l'epoca apparivano ancora abbastanza nuovi, in una fase (gli anni '60) in cui la romanistica ancora faticava a emanciparsi *in toto* dall'interpolazionismo e in un luogo (la Genova di quegli anni) in cui gli insegnamenti di Orestano, e per suo tramite di Riccobono, avevano portato nuova linfa nel sapere giuridico e romanistico e semi fecondi nelle giovani menti che lo circondavano.

Francesca Lamberti
Università del Salento
francesca.lamberti@unisalento.it

²⁹ Riccobono, rec. a Stroux, *Summum ius* cit. 5 ss.

De Bacanalibus quei foideratei esent.

Franca de Marini e il Senatus consultum de Bacchanalibus

La presentazione di un volume concepito per ricordare una studiosa di alto livello scientifico e di grande spessore umano, quale fu Franca de Marini, rappresenta un'occasione di dialogo non certo comune. Ci si trova infatti a discutere di contributi che hanno affrontato, attraverso percorsi differenti, i momenti più significativi della sua produzione, riconducendo così l'attenzione su temi centrali della nostra disciplina e fornendone altresì stimolanti chiavi interpretative.

Nello specifico, il mio intervento prende spunto dalla lettura del contributo di Francesca Lamberti *Gli interventi di urgenza del senato in età repubblicana*.

A sollecitare il mio interesse è stata soprattutto l'attenzione rivolta alle «riflessioni di de Marini sul *SC. de Bacchanalibus*»¹, esposte in un agevole volumetto contenente, come indica il sottotitolo, gli *Appunti dalla parte speciale del corso di Storia del diritto romano*, tenuto dalla studiosa genovese nell'anno accademico 1976-1977², un testo, intitolato *Il senato romano nella repressione penale* cui, non a torto, Francesca Lamberti ha negato il carattere prettamente isagogico³ che talvolta opere simili possono pur presentare.

Sin dalla lettura delle pagine iniziali, in forma di *avvertenza*, rilevano la volontà e la consapevolezza da parte di Franca de Marini di promuovere, anche a livello 'manualistico', lo studio di taluni «aspetti della repressione penale nel mondo antico in una prospettiva alternativa a quella tradizionale»⁴, attraverso – o meglio partendo, come sottolinea Francesca Lamberti – dall'analisi di alcuni testi chiave, quale appunto il *senatus consultum de Bacchanalibus*, che

* Questo contributo rielabora, con l'aggiunta di bibliografia essenziale e note, l'intervento svolto nell'ambito della tavola rotonda *Questioni di metodo* tenutasi il 19 aprile nell'Aula Magna storica dell'Università di Genova in occasione della presentazione del volume curato da Gloria Viarengo *Franca de Marini Avonzo Signora delle fonti. Atti del Convegno (Genova, 9 settembre 2022)*, Torino 2023. Benché non abbia mai avuto la possibilità di incontrare Franca de Marini, ho, tuttavia, avuto modo di apprezzarne la profondità degli studi e di ricostruire nel mio immaginario la sua affascinante personalità attraverso le descrizioni offertemi dai colleghi in questi miei anni genovesi.

¹ F. Lamberti, *Gli interventi di urgenza del senato in età repubblicana*, in G. Viarengo (a c. di), *Franca de Marini Avonzo signora delle fonti. Atti del Convegno in memoria di Franca de Marini Avonzo (Genova, Aula Magna dell'Università, 9 settembre 2022)*, Torino 2023, 97.

² F. de Marini Avonzo, *Il senato romano nella repressione penale. Appunti dalla parte speciale del corso di Storia del diritto romano. Genova-Anno accademico 1976-77*, Torino 1977, 47 ss.

³ Lamberti, *Gli interventi di urgenza* cit. 96.

⁴ de Marini Avonzo, *Il senato romano* cit. 1.

ben conosciamo, com'è noto, grazie al resoconto liviano⁵ e soprattutto in forma diretta per il tramite della *tabula* bronzea di Tiriolo⁶, rinvenuta in Calabria nelle montagne presso Catanzaro, sulla quale fu incisa una copia della delibera senatoria del 186 a.C., corredata da istruzioni esecutive per i magistrati; fonti storico-letterarie e fonti epigrafiche, dunque, che concorrono allo studio e all'interpretazione dell'attività senatoria in ambito criminale. La scelta richiama evidentemente l'approccio metodologico proprio di una parte della scienza romanistica, che vide tra i suoi massimi esponenti Vincenzo Arangio-Ruiz, il cui manuale di *Storia del diritto romano*, non a caso, era dalla de Marini richiesto per la preparazione della parte generale del corso⁷.

Franca de Marini fornisce ai suoi discenti la trascrizione del testo con la traduzione da lei stessa datane, ne rileva la grafia arcaizzante, che «sembra in qualche modo riflettere l'arcaismo del linguaggio formulare in uso nel senato dell'epoca»⁸, sottolinea come talune irregolarità stilistiche inducono a ritenere che «l'iscrizione non contiene il testo originale del senatoconsulto, ma un suo adattamento, e cioè la lettera che i consoli inviarono alle comunità italiche per comunicare loro le decisioni prese dal senato romano in ordine alle repressione dei Bacchanali»⁹, procede per singoli paragrafi ad esaminare il contesto storico

⁵ Liv. 39.8-19. Riferimenti anche in Cic. leg. 15. 37: *Quo in genere severitatem maiorum senatus vetus auctoritas de Bacchanalibus et consulum exercitu adhibito quaestio animadversioque declarat*; Val. Max. 6.3.7: *Consimili severitate senatus postea usus Sp. Postumio Albino Q. Marcio Philippo consulibus mandavit ut de his, quae sacris Bacchanalium inceste usae fuerant, inquirerent*. Tertull. apol. 6.7: *Etiam circa ipsos deos vestros quae prospecte decreverant patres vestri, idem vos obsequentissimi rescidistis. Liberum Patrem cum mysteriis suis consules senatus auctoritate non modo urbe, sed universa Italia eliminaverunt*; Firm. err. 6.9: *Imitatur te, Lycurge, et sobrium tuum institutum sequitur, nec a salutaribus tuis legibus exorbitat etiam consul noster Posthumius. Nam sicut in libris Annalibus invenimus, Bacchanaliorum scelera Ebutio quodam adolescente deferente detecta sunt. Erant adhuc in urbe Roma integri mores, nec quisquam peregrinas superstitiones dissolutis moribus appetebat: tunc nec senatus consuli nec leges Reipublicae nec consul legibus defuit. Sed investigatis omnibus, qui huius sacri scelerata commenta tradebant, contra omnes servos, immo Romanos quaestionis examine capitalis poena de senatus sententia decreta est*; Aug. civ. 6. 9: *Sic Bacchanalia summa celebrabantur insaniam; ubi Varro ipse confitetur a Bacchantibus talia fieri non potuisse nisi mente commota. Haec tamen postea displicuerunt senatui saniori, et ea iussit auferri*; 18.13: *et tamen eius velut dei nomine per immundos daemones Bacchanalia sacra vel potius sacrilegia sunt instituta, de quorum rabiosa turpitudine post tam multos annos sic senatus erubuit, ut in urbe Roma esse prohibere*.

⁶ FIRA.²I n. 30

⁷ de Marini Avonzo, *Il senato romano* cit. 1: «Queste lezioni completano il programma del corso di Storia del diritto romano, la cui parte generale deve essere studiata sul manuale di Arangio-Ruiz, *Storia del diritto romano*, Jovene, Napoli».

⁸ de Marini Avonzo, *Il senato romano* cit. 47.

⁹ de Marini Avonzo, *Il senato romano* cit. 48.

nel quale si inquadra la diffusione dei Baccanali, gli aspetti sociali e religiosi del fenomeno, e naturalmente l'inchiesta e la condanna alla pena capitale.

L'iscrizione di Tiriolo, e conseguentemente i paragrafi dedicati da Livio ai Baccanali, hanno da tempo impegnato la dottrina e a non pochi interrogativi si continua ancora a cercare di fornire risposte almeno plausibili¹⁰. Franca de Marini si inserisce in questa corrente; si pone domande e fornisce risposte attraverso interpretazioni e letture dei testi, che – per usare le parole di Francesca Lamberti – sono lucide, laiche¹¹, talvolta alternative altre volte adesive rispetto a posizioni consolidate.

Per quanto i riferimenti bibliografici siano scarni, è possibile tuttavia intuire, avendo naturalmente contezza della letteratura scientifica, le scelte di de Marini ed è proprio in relazione a due specifiche questioni che vorrei spendere alcune brevissime riflessioni.

Nella trattazione come anche nella traduzione proposta, de Marini sposa la tesi secondo la quale l'*incipit* del testo epigrafico *De Bacanalibus quei foederatei esent* allude agli alleati di Roma, che sarebbero definiti *foederatei*, cioè i popoli dell'Italia legati da un *foedus* ai Romani; questa infatti la traduzione proposta: «intorno ai baccanali, per quanto riguarda gli alleati, decisero di proclamare quanto segue»¹².

Bisogna, tuttavia, rilevare come questa interpretazione del testo sia alternativa ad un'altra tesi proposta da Theodor Mommsen¹³ e seguita e approfondita da Lucia Fronza nel 1947¹⁴ e successivamente nel 1976 da Hartmut Galste-

¹⁰ Riferimenti bibliografici in Lamberti, *Gli interventi di urgenza del senato* cit. 96 nt. 9 e 99 nt. 19.

¹¹ Lamberti, *Gli interventi di urgenza* cit. 99.

¹² de Marini Avonzo, *Il senato romano* cit. 5.

¹³ Th. Mommsen, *Le droit public romain* I, Paris 1893¹⁰, 284 nt. 1; Id. *Le droit pénal romain* III, Paris 1907, 207 (dove si cita): «La dissolution de sociétés qui violent ou semblent violer cette prescription a dû être assez souvent ordonnée; une mesure de ce genre prise en 568/186 contre toutes les associations formées pour le culte de Bacchus (*foederatei*), non seulement pour le peuple romain, mais pour toute l'Italie, nous prouve que des catégories entières de sociétés ont aussi été interdites».

¹⁴ L. Fronza, *De Bacanalibus* in *Annali Triestini* 17, 1946-1947, 214-15: «Mi pare pertanto che al termine *foederatei* della linea 3 debba darsi un significato specifico e precisamente, a mio avviso, quello di associati clandestini con scopi contrari agli interessi dello stato. Purtroppo, il termine non si trova usato altrove con questo significato, ma attestano tuttavia a favore di questa mia interpretazione vari elementi: anzitutto il fatto che *foedus* è detta da Cicerone la *coniuratio* di Catilina, e *coniuratio* da Livio sono detti i *Bacchanalia*; poi, l'uso del verbo *foedero* presso gli scrittori cristiani, con il significato ormai costante di associarsi con scopi illeciti. Ritengo pertanto di poter verosimilmente identificare nei *foederati* della riga 3 della tavola i cultori clandestini di Bacco, indipendentemente dalla loro condizione politica. Che i *De Bacanalibus foederatei* possano intendersi come compagni di culto mi appare poi ancora confermato dal passo di Livio: *ne quis qui Bacchis initiatus esset, coisse aut convenisse sacrorum causa velit*».

rer¹⁵ e nel 1984 da Felice Costabile¹⁶, secondo cui i *foederatei* sarebbero i *coniurati*, cioè gli adepti ai culti bacchici legati fra loro da un *foedus*, inteso come un patto consociativo consacrato da giuramento. Tale esegesi, molto spesso trascurata dalla dottrina o comunque poco discussa anche da quanti sembravano, o sembrano, conoscerla, è stata confutata nel 1988 da Jean-Marie Pailler¹⁷, per il quale *foedus* e *foederati* sono termini sempre riferiti al diritto pubblico, ciò che invece Mommsen, a mio parere convincentemente, aveva contestato con una vera filogenesi della parola *foedus*¹⁸. Del resto, non può essere sottovalutato un dato testuale alquanto evidente e assolutamente significativo: «alla linea 7 dove i consoli enumerano tutte le categorie delle persone soggette alle norme da essi fissate, dicono espressamente *civis Romanus neve nominus Latini neve socium quisquam* usando per gli alleati il termine più comprensivo di *soci*; né è verosimile che nell'intestazione e nel testo i consoli abbiano usato due termini diversi per indicare un medesimo concetto»¹⁹. A ciò mi permetto di aggiungere che, se i *foederatei* fossero i popoli alleati di Roma, l'intitolazione stessa del senatoconsulto, *De Bacanalibus quei foederatei esent*, verrebbe ad essere contraddetta dal suo contenuto testuale, dove oltre ai *socii*

¹⁵ H. Galsterer, *Herrschaft und Verwaltung im republikanischen Italien. Die Beziehungen Roms zu den italischen Gemeinden vom Latinerfrieden 338 v. Chr. bis zum Bundesgenossenkrieg 91 v. Chr.*, München 1976, 169.

¹⁶ F. Costabile, *Istituzioni e forme costituzionali nelle città del Bruzio in età romana*, Napoli 1984, 93.

¹⁷ J.-M. Pailler, *La répression de 186 a. J.-C. à Rome et en Italie: vestiges, images, tradition*, [BEFAR 270] Roma 1988, 289-290.

¹⁸ Mommsen, *Le droit public* cit. 284 nt.1 «Cette idée ressort de la manière la plus énergique dans le témoignage le plus ancien que nous ayons de l'emploi de ce mot, dans les *foederatei* du sénatus-consulte des Bacchanales de 568, avec la défense additionnelle de *conjurasse, comvovise, conspondise, conpromesise, fidem inter se dedise*. Le serment unilatéral n'est jamais appelé de ce nom. *Foedus* est ordinairement entendu dans le sens de "liaison" (Curtius, Etym, p. 261; Corsen, Vocal. 1,145. 379); peut-être est-il plus exact de le rapprocher de *fundere* en sa qualité de 'libation' (Rom. Forsch. 1, 336). En tout cas c'est une idée de droit religieux. Par suite, tout traité d'alliance conclu dans les formes légales les plus parfaites est bien un *foedus*; mais la même qualité appartient également à d'autres traités publics quelconques; le *foedus* sabin de Romulus et le *foedus* albain de Tullus auxquels les anciens rattachent le développement de cette notion juridique, ne sont pas des traités d'alliance, mais des conventions de dédition conditionnelles ou pures et simples. La perpétuité elle-même n'est pas impliquée par l'idée de *foedus*; l'alliance aetolienne de 540, qui fut probablement conclue dans cette forme (Tite-Live, 26, 24), est, au moins principalement, conclue exclusivement pour la guerre alors en cours. On ne peut étendre au *foedus* lui-même ce qui est vrai des *foederati* dans la langue assise du droit. Sans doute la notion formelle du serment s'effaça plus tard, pour les Romains eux-mêmes, devant la notion matérielle de l'alliance dans le *foedus*; en suite de quoi le mot est plus d'une fois employé dans un sens atténué, pour une alliance non-jurée, mais c'est en discordance avec l'acception ancienne et technique».

¹⁹ Fronza, *De Bacanalibus* cit. 214.

e al *nomen Latinum*, che possono considerarsi due categorie di *foederati*, sono tuttavia previsti i *cives Romani*, che certo non potrebbero mai essere ricompresi fra gli alleati di sé stessi!

Quanto al secondo tema, è stato ben evidenziata da Francesca Lamberti²⁰ l'adesione della de Marini alla tesi secondo cui la repressione dei Baccanali fu un fatto sostanzialmente politico e non religioso²¹, il che mi sembra in effetti avvalorato dalla circostanza che il culto non fu vietato, come forse troppo sommarariamente si trova detto, ma più propriamente, almeno sotto il profilo giuridico, ristretto nel numero degli adepti e soggetto ad autorizzazione pretoria.

Si sa che delle pratiche dei culti bacchici le fonti letterarie, Livio in particolare²², sottolineano l'immoralità dei comportamenti sessuali e della bestialità indotta dal vino, dalla possessione e dall'orgia; tuttavia di tali pratiche non vi è traccia nel deliberato senatorio e non solo né tanto perché «la legislazione (*sic*) del *senatusconsultum* [è] preoccupata prevalentemente di colpire a fondo l'essenza giuridica e organizzativa delle associazioni bacchiche»²³, quanto perché tali accuse erano volte a giustificare la repressione di un fenomeno temuto socialmente e politicamente, ma i comportamenti, giudicati immorali se sottratti al controllo politico, non venivano tacciati come tali una volta autorizzati dal magistrato. La persistenza e l'accettazione dei Baccanali nel mondo romano trovano di fatto negli affreschi della Villa dei Misteri di Pompei, ascrivibili al II stile del I secolo a.C., la più certa testimonianza che le caratteristiche orgiastiche del culto non destavano né scandalo né riprovazione nella società romana, essendo percepite come un *medium* di comunicazione con la divinità che invasava i suoi fedeli.

Merito della Studiosa che oggi ricordiamo è quello di avere richiamato l'attenzione degli studenti su un tema, che si iscriveva nella cultura marxista in voga negli anni Settanta e Ottanta del Novecento attraverso le categorie, considerate validamente interpretative della storia antica, del 'conflitto di classe' e della 'economia capitalista' o dell' 'accumulo del capitale', senza tuttavia cadere in quegli anacronismi cui spesso indulgeva, più o meno consapevolmente, la dottrina dell'epoca.

Rossella Laurendi
Università di Genova
rossella.laurendi@giuri.unige.it

²⁰ Lamberti, *Gli interventi di urgenza* cit. 99-103.

²¹ de Marini Avonzo, *Il senato romano* cit. 69 «Se per molti anni le associazioni bacchiche erano state tollerate, nella decisione di abolirle si deve vedere l'espressione di una differente scelta politica».

²² Cfr. Lamberti, *Gli interventi di urgenza* cit. 99.

²³ C. Gallini, *Protesta e integrazione nella Roma antica*, Bari 1970, 58.

Docenti e scuole di diritto romano a Genova dal primo Novecento al magistero di Franca de Marini Avonzo

Il presente intervento è inteso a richiamare brevemente la successione dei docenti che nella prima metà del secolo scorso hanno preceduto a Genova la formazione accademica e il magistero di Franca de Marini, rapidamente tratteggiando inoltre l'ambiente nel quale la Studiosa ha elaborato le sue innovative proposte didattiche e scientifiche¹.

Con riferimento agli inizi del periodo qui considerato si può ricordare che, dopo il trasferimento a Roma nel 1895 di Carlo Fadda cui succedette Pietro Cogliolo, proprio nell'anno 1900 furono chiamati a Genova Carlo Manenti per l'insegnamento di *Istituzioni di diritto romano* e Adolfo Rossello per quello di *Storia del diritto romano*. Quest'ultimo, Magnifico Rettore fra il 1905 e il 1907, merita di essere ricordato anche per essere stato iniziatore *in loco* di una felice tradizione di studi quale docente di *Epigrafia e papirologia giuridica latina*, corso tenuto fino all'a.a. 1927-1928.

Negli stessi anni ha insegnato discipline romanistiche nell'Ateneo genovese un noto studioso quale Ferruccio Calonghi, il cui nome è legato all'edizione italiana di un diffuso vocabolario della lingua latina. Professore ordinario di lettere classiche al Liceo D'Oria e libero docente di *Letteratura latina*, «insegnò in questa Università, per circa otto anni, dal 1913, anche *Esegesi delle fonti del diritto romano* e, per un anno [1923-24], *Storia del diritto romano*, svolgendo apprezzati corsi sulle *Institutiones* di Gaio»².

Ad attestare la rilevanza dell'impegno profuso a Genova nell'insegnamento del diritto romano nei decenni successivi sarà sufficiente l'elenco dei docenti in servizio: il corso di *Istituzioni di diritto romano* fu tenuto fra il 1928 e il 1930 da Filippo Vassalli, titolare di *Diritto civile*, poi da Lauro Chiazzese (1930-1933), Mario Allara (1933-1934), Giuseppe Grosso (1934-1935) e Gaetano Scherillo (1935-1939); quello di *Diritto romano*, dopo Pietro Cogliolo, dallo stesso Scherillo, poi

¹ La redazione di questo contributo si avvale significativamente del contributo di C. Castello, *Gli ultimi settant'anni del diritto romano in Liguria*, in *Atti dell'Accademia Ligure di Scienze e Lettere* 34, 1977, 1-14 [= *Scritti scelti di diritto romano. 'Servi filii nuptiae'*, Genova 2002, 562-572]. A tale pubblicazione si riferiscono le notizie fornite nel testo senza citazione bibliografica. Sullo studioso v. infra, nt. 8.

² Così G. Bianco, *Calonghi, Ferruccio*, in *DBI*. 16, 1973, 797-799, in part. 797 da cui la citazione. Di seguito cfr. K.E. Georges, *Dizionario della lingua latina* [...] traduzione, con aggiunte, condotta dal dott. Ferruccio Calonghi, I ed. (fascicoli 1-30), Torino 1889.

da Giannetto Longo (1939-1946) e quindi da Giovanni Pugliese (1947-1949).

Sempre negli anni Trenta si deve ricordare una figura di docente particolarmente significativa sotto diversi profili: Agostino Poggi. Nato nel 1905 da nobile famiglia genovese, si laureò a Genova in Giurisprudenza nel 1926 per proseguire «affinando e perfezionando la sua cultura e la sua specializzazione presso l'Università di Berlino, ove frequentò le lezioni di diritto romano del Rabel, quelle di storia del diritto romano del Kipp e il corso di papirologia giuridica del Mayer»³. Tornato a Genova iniziò il suo percorso didattico nel 1930 con l'incarico di *Storia del diritto romano*, per ottenere l'anno successivo la libera docenza e proseguire nell'insegnamento fino alla prematura scomparsa avvenuta nel 1935.

Egli è rimasto e rimane nella memoria dell'Ateneo – che gli ha dedicato un'aula posta sul loggiato del primo piano nella sede di via Balbi, già Collegio dei Gesuiti – sia per la breve ma significativa attività scientifica⁴, sia per due realizzazioni dovute alla liberalità della famiglia e in particolare della madre Romilda Mela. In primo luogo si deve ricordare la donazione della biblioteca all'Università di Genova: se il Dipartimento di Giurisprudenza può ora vantare una dotazione libraria in materia di diritti dell'antichità tale da includere gran parte dei testi pubblicati fra gli ultimi decenni dell'Ottocento e i primi del Novecento, comprese alcune opere fondamentali, lo si deve al lascito Poggi (seguito a distanza di tempo dal lascito De Marini⁵). La madre di Agostino Poggi ebbe inoltre a promuovere l'istituzione di una fondazione intitolata al figlio, volta a pubblicare monografie di argomento storico-giuridico ed a facilitare con borse di studio la formazione di giovani studiosi. Una prima serie di tali opere ha preso avvio nel 1940 e si è conclusa nel 1989 annoverando sedici titoli. Il progetto editoriale è stato recentemente ripreso per iniziativa di Rossella Laurendi e di chi scrive, d'intesa con l'Editore Giappichelli, con una 'Nuova serie' inaugurata dagli *Scritti in onore di Mariagrazia Bianchini* e proseguita con il volume che ora si presenta, contenente gli *Atti del*

³ Così M. Chiaudano, *Agostino Poggi*, in *Annuario della R. Università di Genova. Anno accademico 1935-36*, Genova 1936, 411.

⁴ Rimangono di Agostino Poggi una monografia in due volumi: *Il contratto di società in diritto romano classico*, I, Torino 1930, II *ibid.* 1934 [rist. an. in unico volume, Roma 1972 e Napoli 2012 con una nota di lettura di G. Santucci] e due contributi più brevi: la recensione a V. Arangio-Ruiz, *Persone e famiglia nel diritto dei papiri*, in *Rivista di storia del diritto italiano*, 4.2, 1931, 485-492 e la *Nota sui 'recuperatores'*, in *Rivista italiana di diritto internazionale privato e processuale*, 2.6, 1932, 3-10. Risulta inoltre collaboratore di Filippo Vassalli all'*Index verborum Iustiniani Institutio-num* e di Ernst Rabel all'*Index Interpolationum*: cfr. Chiaudano, *Agostino Poggi* cit. 412.

⁵ Gran parte della biblioteca di Franca de Marini – ed è questa un'ulteriore occasione per rinnovare la gratitudine alla sua memoria e alla famiglia – è stata donata all'Università di Genova con destinazione alla biblioteca del Polo universitario di Imperia delle opere di frequente consultazione e al Dipartimento di Giurisprudenza delle opere restanti, fra le quali non poche di notevole pregio.

convegno in memoria di Franca de Marini⁶ a cura dell'allieva Gloria Viarengo.

Tornando al periodo precedente il tempo degli studi universitari della stessa de Marini si può ricordare che tra la fine degli anni Trenta e l'inizio degli anni Quaranta hanno iniziato la loro attività di docenti in questa Università Maria Emilia Peterlongo Lucifredi, allieva di Emilio Albertario e incaricata delle *Istituzioni* dal 1939 al 1977⁷, nonché Carlo Castello il quale, con l'intervallo del tempo di guerra, tenne il corso di *Storia del diritto romano* dal 1940 al 1982⁸.

Fra il 1950 e il 1959 ebbe a svolgere il suo insegnamento genovese il docente che più avrebbe influito con le sue posizioni innovative sulla formazione di Franca de Marini: Riccardo Orestano. Iniziava a quel tempo un periodo di mutamenti e benché l'impostazione allora in atto delle ricerche di diritto romano abbia trovato ancora per lungo tempo un seguito consolidato, un nuovo atteggiamento nell'impiego delle tradizionali categorie di pensiero, nell'attenzione per la personalità dei singoli giuristi e nell'affermazione del ruolo della diacronia in rapporto al 'sistema' hanno concorso all'aprirsi di nuovi orizzonti⁹.

In questa visuale si sono riconosciuti tutti gli studiosi attivi a Genova con Franca de Marini nello studio e nell'insegnamento del diritto romano, ciascuno con metodo proprio e attenzione specifica per fonti di diverso genere. In tal senso è doveroso ricordare la figura e l'opera di Mario Amelotti¹⁰, allievo di Gian Gualberto Archi, chiamato a Genova nel 1964 sulla cattedra di *Diritto romano*. Oltre al rilievo dedicato anche in prospettiva storica all'età giustiniana e bizantina, grande è stata l'attenzione da lui rivolta alle fonti della prassi – in

⁶ Sul convegno cfr. le seguenti cronache: A. Barbano, *Franca De Marini Avonzo. Signora delle Fonti*, in *Iura* 71, 2023, 504-513; D. Curir, *Franca de Marini Avonzo. Signora delle fonti*, in *QLSD*, 13, 2023, 385-394. Per una recensione al volume degli *Atti* v. S. Roncati, in *Nuova giurisprudenza ligure*, 26.1, gennaio-aprile 2024, 33-35.

⁷ Cfr. la pubblicazione del corso di lezioni dell'a.a. 1967-1968: M.E. Lucifredi Peterlongo, *Istituzioni di diritto romano. Dispense a cura di G. Cofrancesco e V. Roppo* (Presentazione di P.G. Lucifredi, Prefazione di M. Amelotti), Genova 1996.

⁸ Su Carlo Castello e la sua opera cfr., fra altri, M. Amelotti, *Il contributo di Carlo Castello agli studi di diritto familiare romano*, in C. Castello, *Scritti scelti* cit. VI-XI; R. Martini, *A proposito degli 'Scritti scelti di diritto romano' di C. Castello*, in *Annali Genova* 21, 2002-2003, 143-151; M. Bianchini, *Carlo Castello*, in *Iura* 56, 2006-2007, 361-363.

⁹ Con riguardo all'ultimo degli aspetti ora indicati va aggiunto che il recupero della dimensione storica comportava l'approfondimento del rapporto fra il diritto romano e la storia antica in generale. Sotto questo profilo, accanto al riconoscimento della comune prospettiva diacronica, è dato osservare che le ricerche sui diritti antichi, in ragione dei contenuti e dell'impostazione argomentativa ed inoltre del registro tecnico-linguistico utilizzato, trovano nell'ambito degli studi storici una loro collocazione specifica, teleologicamente correlata alla formazione del giurista.

¹⁰ Su Mario Amelotti cfr. la bibliografia riportata in M.P. Pavese, *Le ragioni di un convegno*, in *MEP*, 23, 2020, 75 nt.1.

particolare quelle epigrafiche e papirologiche – tradizionalmente utilizzate in funzione ancillare rispetto a quelle di genere normativo e giurisprudenziale. Egli ha insegnato, seguendo l'esempio di Vincenzo Arangio-Ruiz, che i documenti della prassi contribuiscono a definire il profilo normativo degli istituti laddove le altre fonti non siano sufficientemente rivelatrici, costituendo soprattutto, di per se stessi, un aspetto essenziale dell'esperienza giuridica di un'epoca, nozione felicemente elaborata da Giuseppe Capograssi e ripresa dallo stesso Orestano¹¹. L'attività di Mario Amelotti è proseguita con gli allievi Livia Migliardi Zingale, James Caimi, Anna Maria Demicheli, prematuramente scomparsa¹², e Andreina Magioncalda, oltre all'autore di queste note.

Sempre nell'ambito di una felice coesistenza di prospettive e metodi scientifici, si possono ricordare gli anni dell'insegnamento genovese di Arnaldo Biscardi (1960-1964), maestro di Mariagrazia Bianchini la quale all'Università di Genova ha dedicato la propria attività di docente per un cinquantennio: dalla nomina ad assistente ordinario nel 1969 al ritorno nel 1982 – dopo una breve parentesi parmense per chiamata quale straordinario nel 1980 – fino al collocamento a riposo nel 2009. Al suo insegnamento si richiama ora Paolo Costa. I suoi principali interessi – nel tempo segnatamente rivolti alla normazione di età imperiale con particolare riguardo al processo e al diritto di famiglia nella legislazione dei Codici di Teodosio II e Giustiniano – ben si inseriscono nella rinnovata temperie culturale che, con componenti diverse, ha trovato convergenti espressioni nell'ambiente genovese.

Esemplare al riguardo è stato il magistero di Franca de Marini Avonzo.

Marco Pavese
Università di Genova
marco.pavese@unige.it

¹¹ Cfr. R. Orestano, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna 1987, 353 ss.

¹² Cfr. M. Bianchini, *Ricordo di Anna Maria Demicheli*, in *Iura* 61, 2013, 440-441.

Nota conclusiva sui processi del principato e sulla lettura umanistica delle fonti

I. Due questioni

Nella discussione finora svolta e nel libro dedicato a Franca De Marini sono emersi temi di storiografia giuridica, in vario modo legati alla scuola genovese e già precisamente messi a fuoco negli studi di Riccardo Orestano. Tornerò adesso su questo autore e mi soffermerò su due specifiche questioni, che sono state centrali nel suo insegnamento, per me vivo ancora oggi, come un discorso non interrotto.

La prima questione riguarda le procedure plurali e mobili delle *cognitiones extra ordinem* nell'esperienza romana del principato. Questa materia si presenta ai nostri occhi con evidenti caratteristiche di asistematicità, dovute alla dimensione casistica entro cui si forma la disciplina processuale ed al suo legame con la normazione dei *principes*, che incide sul merito dei giudizi ed insieme sulle modalità del loro svolgimento. Le scarse regole procedurali che si vengono consolidando dipendono, secondo il racconto dei giuristi, da una formazione consuetudinaria¹. Vi rientrano tra l'altro, come vedremo, le procedure che connettono attività cognitive, funzionalmente diverse tra loro, relative a *crimina* e a rapporti privati².

La seconda questione riguarda la svolta nella tradizione romanistica rappre-

¹ Vedi R. Orestano, *L'appello civile in diritto romano*, Torino 1953, rist. 1966, 193 ss., spec. 194 e nt. 2: «... la nuova procedura si svolge per lungo tempo senza una precisa regolamentazione e quando questa comincia a rivelarsi, sarà in parte essa stessa frutto della prassi e in parte frutto di costituzioni imperiali, che vengono a regolare ... ora questo ora quel punto della procedura, fissando norme di lenta formazione consuetudinaria...».

² Vedi in proposito F. de Marini Avonzo, *Coesistenza e connessione tra 'iudicium publicum' e 'iudicium privatum'*, in *BIDR.* 59-60, N.S., 18-19, 1954, 125 ss., spec. 127: «... nella risalente dottrina non si tengono sufficientemente presenti le varie fasi che attraversa l'ordinamento processuale romano nel suo sviluppo storico ... e inoltre non si distingue tra *concorrenza* dei mezzi di repressione pubblici e privati, che si verifica quando uno stesso fatto viene preso in considerazione nei due sistemi penali, e *connessione* tra gli stessi mezzi, quando due processi siano collegati per una ragione di logica giuridica, pur essendo tra loro diversi e indipendenti». Intorno a questa seconda categoria concettuale si struttura un'indagine autonoma. L'autrice non ravvisa l'esistenza di un comando giuridico inteso a stabilire una pregiudizialità, un ordine cronologico fisso nei procedimenti connessi. Resta così l'esame casistico come via alla comprensione delle diverse soluzioni, che non seguono una linea uniforme e più volte discendono direttamente da decisioni imperiali.

sentata dall'Umanesimo giuridico. Questo movimento di pensiero, che investe l'Europa continentale nel XVI secolo, crea immagini nuove fondate su una lettura più libera del passato, sull'interesse per la storia, e sulla ricerca di norme adatte al presente. Sono linee diverse, che tuttavia convergono nel mettere in discussione l'immediata vigenza della compilazione giustiniana³.

Ricordo che su queste novità introdotte nella cultura europea vi sono state varie indagini novecentesche, volte a scoprire i denominatori comuni e le differenze. Intendo richiamare la vostra attenzione su alcuni aspetti, meritevoli di ulteriori approfondimenti: dall'uso vasto e plurale delle fonti antiche, con il quale la scienza giuridica allarga i propri confini, alla tensione tra norme generali e prassi, alla visione storica del diritto.

II. Giudizi penali e civili nelle procedure cognitorie

Con riferimento alle *cognitiones extra ordinem*, vi propongo l'esegesi di alcuni testi, nei quali si delineano non solo forme di connessione tra *iudicium publicum* e *iudicium privatum*, ma anche un modello insolito di procedura, tale da realizzare per determinati casi, sulla base di direttive imperiali relative alla prassi cognitoria, l'unificazione dei due tipi.

Prendo le mosse da un frammento di Callistrato, nel quale è citata una costituzione adrianea.

D. 42.1.33 (Callistr. 5 *cogn.*): *Divus Hadrianus aditus per libellum a Iulio Tarentino et indicante eo falsis testimoniis, conspiratione adversariorum testibus pecunia corruptis, religionem iudicis circumventam esse, in integrum causam restituendam in haec verba rescripsit: 'Exemplum libelli dati mihi a Iulio Tarentino mitti tibi iussi: tu, si tibi probaverit conspiratione adversariorum et testibus pecunia corruptis oppressum se, et rem severe vindica et, si qua a iudice tam malo exemplo circumscripto iudicata sunt, in integrum restitue'*.

Il divo Adriano, al quale Giulio Tarentino si era rivolto sostenendo che l'esercizio del dovere del giudice era stato distorto con false testimonianze, in seguito ad un raggio ordito dagli avversari, con la corruzione dei testi mediante danaro, stabilì con rescritto e con la seguente formulazione che il processo dovesse essere nuovamente instaurato dall'inizio: 'Ho ordinato di mandarti una copia del libello inviati da

³ Punto di riferimento della mia lettura sono le pagine di R. Orestano, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Torino 1961, rist. 1963, con qualche lieve modifica, 51 ss., 138 ss., nuova ediz., con una *Premessa* di E. Gabrielli e *Note introduttive* di M. Brutti, Torino 2021, 25 ss., 69 ss. Vedi più tardi, con una nuova trattazione e con riflessioni ulteriori, Id., *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna 1987, 193 ss., 579 ss., 606 ss.

Giulio Tarentino. Se egli sarà in grado di provarti che è stato trattato ingiustamente a causa del raggio degli avversari e della corruzione dei testi attuata con il danaro, tu da un lato devi punire severamente questa condotta e dall'altro devi riportare il processo nella sua fase iniziale, se il giudice ha pronunciato la propria sentenza ingannato da un comportamento così malvagio'.

Il giudice è stato sviato da false attestazioni, procurate dagli avversari di Giulio Tarentino, che hanno corrotto i testimoni con una dazione di danaro. In seguito alla denuncia che la parte danneggiata ha indirizzato direttamente all'imperatore, questi ordina di trasmettere la documentazione ricevuta ad un magistrato-funzionario diverso e probabilmente di rango superiore rispetto a quello della causa civile alterata dalla *conspiratio adversariorum*. Contestualmente Adriano impartisce al giudicante l'ordine di instaurare un nuovo procedimento. Se saranno provati il raggio ed il falso nei comportamenti processuali degli avversari di Tarentino, questi dovranno essere sanzionati con un giudizio di natura penale; di conseguenza, svolgendo la procedura messa in moto dall'invio del libello, dovrà essere concessa la *restitutio in integrum* ed il processo civile dovrà ricominciare⁴. A lui spetta una duplice pronuncia: sul crimine contestato e sulla *restitutio litis*.

In base all'istanza avanzata dall'interessato, il *princeps* assegna la *cognitio* ed il rescritto non è indirizzato al richiedente, ma ad una figura dell'apparato imperiale alla quale si recapita una copia dell'atto introduttivo⁵.

Da chi è guidato il nuovo processo civile che si apre in base alle prove addotte da Tarentino? Anche se il testo non lo dice esplicitamente, lo stesso magistrato a cui è stato trasmesso il libello è in grado – in base all'ordine imperiale – di dare seguito al processo civile. Cancellando la sentenza, dopo l'accertamento della corruzione, egli ha assunto due decisioni: su un crimine e su una vicenda processuale tra privati. Di questa conosce già i termini, poiché ha esaminato le ragioni fatte valere dalle parti, nel momento in cui ha accertato il falso e la sua incidenza sulla pronuncia. Potrebbe perciò proseguire e portare a compimento la lite che ha riaperto.

Stando al testo, va tuttavia considerata anche un'altra ipotesi: che vi sia cioè una distinzione fra la trattazione relativa al *crimen* e la lite che si riapre davanti

⁴ Vedi R. Bonini, *I 'libri de cognitionibus' di Callistrato. Ricerche sull'elaborazione giurisprudenziale della 'cognitio extra ordinem'*, Milano 1963, 111 ss. e 120 ed ora S. Puliatti, *Callistratus. Opera*, Roma 2020, 138 s. e 270 s.

⁵ La stessa triangolazione (con il libello inviato dal *princeps* al magistrato che dovrà giudicare) figura in altri due casi decisi da rescritti di Antonino Pio. Nel primo caso è un processo civile, nel secondo penale. Vedi D. 34.1.3 (Ulp. 2 *de off. cons.*) e D. 48.6.6 (Ulp. 7 *de off. proc.*).

ad un altro giudicante. Si deve osservare comunque che la connessione coinvolge giudizi *extra ordinem*, per i quali non vale più la differenza penale-civile. Ed è indubbio che il rescritto ora citato già contempra, al di là delle ipotesi su chi dovrà guidare il nuovo giudizio civile, una cognizione con due diverse decisioni: quella sul comportamento criminoso (*rem severe vindica*) e quella che incide sul rapporto di diritto privato, in quanto cancella la sentenza (*in integrum restitue*). Come mostrerà l'esame di ulteriori enunciati prescrittivi (provenienti dai *principes* o dai *prudentes*), l'impianto comune dei giudizi penali e civili rende possibile la loro confluenza in un'unica procedura.

* * *

Esamino ora altri dati testuali, che più chiaramente convergono nella definizione di un meccanismo giudiziario unico, comprendente modalità di accertamento riconducibili ai modelli tradizionali del giudizio pubblico e di quello privato. Essi sono perfettamente omogenei in quanto assorbiti nelle procedure cognitive: ciò agevola la trattazione congiunta.

Un esempio dell'intreccio tra giudizio penale e controversia civile si trova in un'annotazione di Marcello ad un passo dei Digesta di Giuliano. Vi è anche, alla fine, una postilla di Paolo. Trascrivo l'intero frammento per comprendere meglio quale sia il filo che lega le diverse opinioni. Tutte ruotano intorno all'esecuzione di una sentenza civile e alla possibilità di riesaminare, durante il procedimento di esecuzione, il merito di una lite già decisa.

D. 5.1.75 (Iul. 36 dig.): *Si praetor iusserit eum a quo debitum petebatur adesse et ordine edictorum peracto pronuntiaverit absentem debere, non utique iudex, qui de iudicato cognoscit, debet de praetoris sententia cognoscere: alioquin lusoria erunt huiusmodi edicta et decreta praetorum. MARCELLUS notat: si per dolum sciens falso aliquid allegavit et hoc modo consecutum eum sententiam praetoris liquido fuerit adprobatum, existimo debere iudicem querellam rei admittere. PAULUS notat: si autem morbo impeditus aut rei publicae causa advocatus adesse non potuit reus, puto vel actionem iudicati eo casu in eum denegandam vel exsequi praetorem ita iudicatum non debere.*

Se il pretore abbia ordinato la comparizione di un convenuto al quale veniva richiesto un debito e se, completata la serie delle citazioni in giudizio, egli abbia deciso che l'assente era tenuto al debito, allora il giudice che tratta il processo di esecuzione certamente non deve svolgere un accertamento sulla sentenza del pretore, altrimenti le citazioni in giudizio e i decreti di questo genere diverrebbero vani. MARCELLO annota: se l'attore scientemente e con dolo allegò nel giudizio elementi falsi e se sia stato chiaramente provato che in questo modo egli abbia conseguito la sentenza favorevole del pretore, credo che il giudice debba ammettere l'accusa di falsità promossa dal convenuto. PAOLO annota: se d'altro canto il convenuto chiamato in giudi-

zio non potè comparire perché impedito da una malattia o da un impegno pubblico, credo o che debba essere negata l'azione nei suoi confronti in base al giudicato, oppure che il pretore non debba procedere all'esecuzione.

Il pretore che pronunzia la sentenza, menzionato dai giuristi, è con ogni probabilità un *praetor fideicommissarius*. Il debito di cui si discute è derivato da un fedecompresso. Giuliano descrive un caso di mancata comparizione del convenuto in giudizio, a cui è seguita una sentenza di condanna. Questa – a suo avviso – non può essere oggetto di revisione nella fase esecutiva; altrimenti salterebbe ogni principio di osservanza delle sentenze.

Marcello, nella sua nota, suppone una fattispecie diversa, per la quale il principio appena enunciato viene capovolto. Vi è stato un contraddittorio sul fedecompresso, il convenuto era presente, ma l'attore si è valso, per vincere la lite, di falsi elementi di prova. Il giudice dell'esecuzione procede, in base alla denuncia del condannato, a verificare se vi sia stato un falso⁶. Intendo il termine *querella*, usato dal giurista, come sinonimo di accusa⁷. Se il *crimen falsi* è accertato, la sentenza non si esegue. Tale è la soluzione delineata dal giurista. Al di là di essa, possiamo ritenere probabile, dopo che l'esecuzione si è fermata, una riapertura della lite per ottenere una decisione di merito che rimedi all'inganno. Questo esito corrisponde alla disciplina disposta dal rescritto di Adriano sopra citato. La medesima linea normativa sarà ripresa da Alessandro Severo⁸.

La nota di Marcello è la parte del frammento che ci interessa di più, poiché colloca il giudizio sul falso entro il procedimento di esecuzione conseguente ad una sentenza civile. Si tratta di un unico meccanismo giudiziario che unisce profili penali e civili.

Infine, secondo la nota di Paolo, l'esecuzione di una sentenza può essere

⁶ Mi sembra indubbio il riferimento allo stesso giudice dell'esecuzione di cui parlava Giuliano.

⁷ Vedi D. 48.5.12 (11).6 (Papin. *l. s. de adult.*); D. 37.14.1 (Ulp. 9 *de off. proc.*); D. 48.6.6 (Ulp. 7 *de off. proc.*); D. 1.12.1.10 (Ulp. *l. s. de off. praef. urb.*); e sulla *querella falsi*, C. 9.22.12 (Imp. Diocl. et Maxim. AA. et CC. *Primo* - a. 293).

⁸ C. 7.58.2 (Imp. Alexander A. Optato): *Et qui non provocaverunt, si instrumentis falsis se victos esse probari possunt, cum de crimine docuerint, ex integro de causa audiuntur* [a. 224]. I soccombenti in una controversia civile, non avendo proposto appello nei termini previsti, possono provare il falso ed in base a ciò chiedere la *restitutio in integrum*. Questa operazione presuppone il giudizio su un *crimen* a cui segue il provvedimento restitutorio: unico rimedio dopo che sono decorsi i termini per l'appello civile. A proposito della incidenza del falso nel processo, per la quale sembra che si tolga valore alla sentenza (l'espressione usata è *in inritum devocare*), vedi C. 7.58.3 (Alexander A. Clementi). Siamo di fronte ad una connessione tra procedimenti che restano – a quanto pare – distinti, ma entrambi, quello per falso e quello che riapre la lite civile, con una struttura cognitoria che li assimila.

bloccata se l'assenza che ha impedito la difesa del convenuto, durante lo svolgimento della lite civile, sia stata causata da una malattia o da un impegno pubblico. È da sottolineare la duplice previsione del giurista: il rimedio è ricondotto alla *denegatio* dell'*actio iudicati*, richiamando i canoni formulari⁹, o si identifica con una decisione *extra ordinem* del *praetor fideicommissarius*: la stessa figura evocata da Giuliano. Anche la soluzione di Paolo è conciliabile con l'uso della *restitutio in integrum* al fine di ripetere il processo civile.

Torniamo al libro quinto dell'opera di Callistrato sulle *cognitiones* e ad un frammento che illustra la connessione tra misure repressive e regolamento di relazioni private, entro una stessa procedura.

D. 5.1.37 (Callistr. 5 *cogn.*): *Si de vi et possessione quaeratur, prius cognoscendum de vi quam de proprietate rei divus Hadrianus τῷ κοινῷ τῶν Θεσσαλῶν Graece rescripsit.*

Se si discute in sede giudiziaria di un'avvenuta violenza e di una controversia riguardante il possesso, Adriano ha disposto con rescritto indirizzato alla comunità dei Tessali che l'accertamento sulla violenza si svolga prima di quello sulla proprietà.

L'istanza rivolta all'imperatore dalla comunità dei Tessali è descritta in termini quanto mai generali. Con essa si chiede di stabilire l'ordine di precedenza tra un accertamento penale ed uno civile inerenti alla medesima fattispecie. In risposta, Adriano prescrive che la cognizione penale venga prima dell'altra. Il testo isola la decisione (tradotta in una massima), senza riferimenti al merito della trattazione giudiziaria. Il fatto che in rapporto alla contestazione penale di una *vis* sia prima menzionata una controversia possessoria e che subito dopo si nomini la *proprietas* come oggetto specifico di *cognitio* fa pensare ad una modificazione formale del testo, forse in origine più chiaro. Mi sembra comunque attendibile l'ipotesi che l'oggetto civilistico consista nel determinare a chi spetti il dominio sulla cosa, riconoscendo contestualmente la legittimità o illegittimità della situazione possessoria¹⁰. Questa in concreto è legata al giudizio su un *crimen* nel quale la cosa è coinvolta.

Lo stesso rescritto, con i medesimi destinatari e in una forma appena un po' più articolata, è citato da Marciano in un frammento dei *libri institutionum*. Ma

⁹ È un segno del rilievo che hanno gli schemi formulari nelle concettualizzazioni paoliane, tanto da essere impiegati anche in relazione a procedimenti cognitivi. Ciò riflette l'orientamento tendenzialmente conservatore del giurista, che ho cercato di mettere in luce nel mio lavoro: M. Brutti, *Pauli decretorum libri tres. Imperialium sententiarum libri sex*, Roma 2020, spec. 3 ss.; 32 ss.

¹⁰ Ciò non esclude che la vicenda giudiziaria sia nata da un *interdictum de vi* con il quale il possessore difendeva la propria condizione giuridica (vedi sul punto D. Dursi, *Aelius Marcianus. Institutionum libri I-V*, Roma 2019, 40).

la decisione imperiale che fissa la sequenza tra le *cognitiones* è qui attribuita ad Antonino Pio e non ad Adriano.

D. 48.6.5.1 (Marcian. 14 *inst.*): *Si de vi et possessione vel dominio quaeratur, ante cognoscendum de vi quam de proprietate rei divus Pius τῷ κοινῷ τῶν Θεσσαλῶν Graece rescripsit: sed et decrevit, ut prius de vi quaeratur quam de iure domini sive possessionis.*

Se si discute in un giudizio di un'avvenuta violenza e del possesso o del dominio, Antonino Pio ha disposto con rescritto indirizzato alla comunità dei Tessali che l'accertamento sulla violenza si svolga prima di quello sulla proprietà; ma egli ha anche decretato che prima si discuta della violenza e poi della proprietà della cosa.

Si può immaginare che sullo stesso tema vi siano stati due rescritti identici, di Adriano e di Antonino, e che il secondo nasca da una nuova istanza in base ad elementi prima non considerati¹¹; ma nella stesura del frammento di Marciano, come ci è pervenuta, non vi è alcun cenno che giustifichi una simile congettura. Piuttosto, vi è una descrizione della vicenda che introduce un elemento nuovo e successivo rispetto a quanto è detto da Callistrato. Infatti, subito dopo la citazione del rescritto, si attribuisce ad Antonino Pio una conseguente decisione: un *decretum* di identico contenuto.

È possibile che il testo di Marciano, prima di arrivare ai compilatori giustiniani, sia stato sbrigativamente manipolato da un copista con l'attribuzione ad Antonino del rescritto che era invece di Adriano. Ma anche questa è una spiegazione congetturale priva di un sostegno oggettivo.

L'unico dato intorno al quale non vi è ragione di dubbio è proprio il *decretum*, attribuito ad Antonino, che si accorda con l'esistenza di un intervento normativo anteriore (un *rescriptum*). Questo potrebbe essere stato di Adriano o dello stesso Antonino, o forse di entrambi. Callistrato e Marciano potrebbero avere utilizzato dati archivistici relativi a rescritti di contenuto pressoché identico, formulati dai due imperatori. L'indicazione dei destinatari, che ricorre identica per le due *constitutiones*, sarebbe comunque in uno dei due brani il risultato di un errore del giurista o di un rimaneggiamento più tardo.

Nessuna di queste considerazioni inficia l'attendibilità della parte sostanzialmente comune ai due testi, ove si definisce il meccanismo giudiziario che antepone la trattazione della *vis* alla controversia privata. È un congegno processuale molto simile a quello attribuito da Callistrato ad Adriano per il caso che aveva riguardato Giulio Tarentino, ove l'accertamento del falso aveva dato luogo alla *restitutio in integrum* e alla riapertura della lite civile.

¹¹ Dursi, *Aelius Marcianus* cit. 41.

Dobbiamo ora domandarci quale possa essere la vicenda nella quale coesistono e si sovrappongono il giudizio sulla *vis* e quello su *dominium* e possesso.

Ancora nel libro quinto *de cognitionibus* Callistrato racconta in modo particolareggiato un caso giudiziario trattato e risolto da Marco Aurelio, con una serie di elementi che possono riferirsi anche alla vicenda da cui era nato il rescritto ai Tessali. L'esposizione del giurista si trova in due testi gemelli collocati in parti diverse del Digesto, con qualche differenza nella forma e con due citazioni del provvedimento imperiale pressoché coincidenti. Il contesto è il medesimo e il decreto di Marco Aurelio riguarda la connessione tra la violenza e il rapporto di *ius civile* che intercorre tra le parti. Si tratta di un rapporto debitorio, nell'ambito del quale il creditore ha preso possesso della cosa dovuta, contro la volontà del debitore e senza l'esercizio di un'azione giudiziaria. Vi è quindi una *cognitio* che dispone in ordine al rapporto privato e in ordine alla *vis*. La procedura in questo caso sembra essere unica. Cito per primo il frammento dalla stesura più ampia:

D. 48.7.7 (Callistr. 5 *de cogn.*): *Creditores si adversos debitores suos agant, per iudicem id, quod deberi sibi putant, reposcere debent: alioquin si in rem debitoris sui intraverint id nullo concedente, divus Marcus decrevit ius crediti eos non habere. verba decreti haec sunt. 'Optimum est, ut, si quas putas te habere petitiones, actionibus experiaris: interim ille in possessione debet morari, tu petitor es', et cum Marcianus diceret: 'vim nullam feci': Caesar dixit: 'tu vim putas esse solum, si homines vulnerentur? vis est tunc, quotiens quis id, quod deberi sibi putat, non per iudicem reposcit. non puto autem nec verecundiae nec dignitati nec pietati tuae convenire quicquam non iure facere. quisquis igitur probatur mihi fuerit rem ullam debitoris non ab ipso sibi traditam sine ullo iudice temere possidere, eumque sibi ius in eam rem dixisse, ius crediti non habebit'.*

I creditori, se fanno valere una pretesa nei confronti dei propri debitori, devono chiedere attraverso un giudice ciò che ritengono essere loro dovuto; altrimenti, il divino Marco ha decretato che, se si impossessano di una cosa del debitore senza che ciò sia stato consentito da alcuno, essi non hanno più il diritto di credito. Queste sono le parole del decreto: 'È cosa ottima che, se ritieni di avere pretese da far valere, tu eserciti le relative azioni giudiziarie. Nel frattempo la controparte deve conservare il possesso e tu sei l'attore'. Poiché Marciano diceva: 'Non ho commesso alcuna violenza', l'imperatore disse: 'Credi che vi sia violenza solo se siano feriti degli uomini? Vi è una violenza anche in tutti i casi nei quali uno non richieda per mezzo del giudice ciò che ritiene gli sia dovuto. Non credo del resto che compiere azioni in contrasto con il diritto si addica alla verecondia, alla dignità ed al rispetto cui tu sei tenuto. Se quindi risulterà a me provato che uno possieda temerariamente, senza la decisione di alcun giudice, una cosa del debitore mai a lui consegnata e che egli stesso ha dichiarato essere sua, allora non avrà più il proprio diritto di credito'.

Il secondo frammento riassume in forma più breve il medesimo atto normativo.

D. 4.2.13 (Callistr. 5 *de cogn.*): *Extat enim decretum divi Marci in haec verba: 'Optimum est, ut, si quas putas te habere petitiones, actionibus experiaris. cum Marcianus diceret 'vim nullam feci', Caesar dixit: 'tu vim putas esse solum, si homines vulnerentur? vis est et tunc, quotiens quis id, quod deberi sibi putat, non per iudicem reposcit. quisquis igitur probatus mihi fuerit rem ullam debitoris vel pecuniam debitam non ab ipso sibi sponte datam sine ullo iudice temere possidere vel accepisse, isque sibi ius in eam rem dixisse: ius crediti non habebit'.*

La perdita del credito è la conseguenza di un'appropriazione non avvenuta secondo il diritto. La *proprietas* del debitore è violata nel momento in cui la controparte si impossessa del bene, senza passare attraverso un processo che riconosca la sua pretesa. Quindi la *cognitio* di Marco Aurelio da un lato riguarda la *vis* commessa dal creditore attraverso l'esercizio arbitrario delle proprie ragioni; dall'altro stabilisce se vi sia stata una trasmissione legittima della cosa oggetto del credito. La identificazione del *quicumque non iure facere* dà luogo ad una decisione duplice. Per quanto riguarda il rapporto di diritto privato, il fatto che davanti all'imperatore sia stata provata la *vis* implica l'illegittimità dell'aprensione e del possesso da parte del creditore.

Marco Aurelio dispone conseguentemente una misura sanzionatoria che non ha precedenti: è ancora una conferma della duttilità dei meccanismi cognitori, del peso e del potere risolutivo che ha su di essi la volontà del *princeps*. Il creditore infatti, per effetto della pronunzia imperiale, perderà il proprio credito. L'accertamento del *crimen*, che porta all'estinzione del rapporto obbligatorio, e il giudizio sulla cosa che ne era oggetto, ci appaiono strettamente collegati¹².

Questa specifica connessione è prescritta anche in una *constitutio* di Settimio Severo. Se nei fatti che formano oggetto di una controversia possessoria si profila un *crimen*, è necessario condurre a termine il procedimento civile avviato e subito dopo trattare il *crimen*. La sequenza è opposta a quella indicata nel rescritto ai Tessali.

C. 7.62.1 (Sententia divi Severi data in persona Marci Prisci idibus Ian. Pompeiano et Avito cons., *Severus dixit*): *Prius de possessione pronuntiare et ita crimen violentiae excutere praeses provinciae debuit. quod cum non fecerit iuste provocatum est* [a. 209].

¹² Vedi B. Periñan, *Pomponio y la clasificación de los modos de extinción de las obligaciones*, in *Iura* 53, 2001, 180 ss.; M. Rizzi, *'Imperator cognoscens decrevit'*. *Profili e contenuti dell'attività giudiziaria imperiale in età classica*, Milano 2012, 205 ss.; Puliatti, *Callistratus* cit. 275 ss.

Il preside della provincia doveva prima decidere intorno al possesso e poi svolgere l'accertamento relativo al crimine consistente nella violenza. Se non ha operato così, è giusto l'appello promosso contro la sentenza.

La pronunzia sul possesso deve procedere il giudizio penale sulla *vis*, in quanto può chiarire la portata e i fini dell'illecito¹³. La violenza che riguarda una cosa propria e che è una forma illecita di autotutela (simile a quella di cui parlava Marco Aurelio), è diversa dalla violenza su un bene altrui. Entrambi gli accertamenti si svolgono davanti al *praeses provinciae*. Se non si è attuata la connessione nei termini indicati dall'imperatore, la sentenza potrà essere impugnata.

Questa impostazione, in contrasto con altre anteriori (già esaminate) dà l'idea di una relatività dell'ordine in cui si dispongono gli accertamenti, condotti dal medesimo giudice.

Vent'anni dopo, Alessandro Severo stabilisce con un rescritto che il giudizio criminale si aggiunga ad una controversia civile, ove si sostiene che il testatore sia stato *compulsus*.

C. 6.34.1 (Imp. Alexander A. Severae): *Civili disceptationi crimen adiungitur, si testator non sua sponte testamentum fecit, sed compulsus ab eo qui heres est institutus, vel quoslibet alios quos noluerit scripserit* [a. 229].

L'accertamento relativo ad un *crimen* si aggiunge alla controversia civile se il testatore non abbia redatto liberamente il testamento, ma sia stato costretto da colui che risulta istituito erede, oppure se abbia scritto i nomi di altri che non voleva come suoi eredi.

L'aggiunta anche in questo caso presuppone una precedenza della lite privata; ma ciò che conta è la complementarità dei due accertamenti entro una sola trattazione¹⁴.

¹³ Secondo Bonini, *I 'libri de cognitionibus'* cit. 124, il collegamento è favorito dalla «riunione di competenze civili e penali nello stesso magistrato».

¹⁴ Questo punto essenziale della *constitutio* era già stato segnalato molti anni fa, in un libro strettamente legato all'insegnamento di Orestano in tema di *cognitiones*: vedi L. Raggi, *Studi sulle impugnazioni civili nel processo romano* 1, Milano 1961, 195: «... l'impiego di un'espressione generica come *disceptatio*, anziché di espressioni più tecniche o comunque più usuali – come *quaestio* o *causa* – fa piuttosto pensare che, proprio per la latitudine del suo significato, fosse idoneo ad esprimere il confluire delle due questioni in un giudizio unico». Vedi inoltre, 199, l'elenco di casi nei quali «il giudicante, conoscendo del *crimen* e applicando la relativa sanzione criminale, poteva al contempo ordinare il pagamento di determinate somme di denaro, con cui si realizzava il risarcimento del danno senza più bisogno di un'autonoma azione privata riparatoria». È chiarissima l'unificazione dei giudizi in D. 3.6.8 (Ulp. 4 *opin.*): *Si ab eo, qui innocens fuit, sub specie criminis alicuius, quod in eo probatum non est, pecuniam acceptam is cuius de ea re notio est edoctus fuerit: id quod illicite extortum est secundum edicti formam quod de his*

* * *

Vediamo da ultimi due testi giurisprudenziali che confermano la prassi relativa allo svolgimento di un'unica procedura *extra ordinem* comprendente un giudizio penale ed uno civile. Risulta chiaro da questi frammenti che lo stesso giudice dal quale dev'essere decisa una causa penale può giudicare di una causa civile connessa e viceversa¹⁵.

D. 10.1.4.4 (Paul. 23 *ad ed.*): *Si dicantur termini deiecti vel exarati, iudex, qui de crimine cognoscit, etiam de finibus cognoscere potest.*

Nel caso in cui si accerti che i termini di confine siano stati demoliti o per mezzo di un aratro divelti, il giudice che svolge la cognizione sul crimine può anche svolgerla sulla controversia relativa ai confini.

D. 48.1.6 (Marcian. 14 *inst.*): *Defuncto eo, qui reus fuit criminis, et poena extincta in quacumque causa criminis extincti debet is cognoscere, cuius de pecuniaria re cognitio est.*

Sebbene la persona sottoposta ad un procedimento criminale sia morta e la pena estinta, in qualunque trattazione giudiziaria civile relativa al crimine estinto, la cognizione dev'essere condotta dallo stesso giudice che accerta il debito pecuniario.

Nel primo brano, al procedimento penale *extra ordinem* previsto in caso di rimozione di cippi o di altri segni che indicano i confini, si accompagna la *cognitio* riguardante la delimitazione della proprietà¹⁶. Non vi è solo la punizione, ma viene deciso anche il ristabilimento dei confini: un equivalente funzionale dell'antica *actio finium regundorum*, in tutto rimesso all'iniziativa del magistrato, secondo il dettato imperiale,

Il frammento di Marciano si colloca entro lo stesso contesto (il quattordicesimo libro delle sue *Institutiones*), ove sono richiamati il rescritto che egli attribuisce ad Antonino e il *decretum* dello stesso imperatore, sulla connessione tra *crimen* consistente nella *vis* e situazione possessoria (D. 48.6.5.1). In entrambi i casi il principio fissato è l'unione in sede processuale della *cognitio criminis* e di

est, qui pecuniam ut negotium facerent aut non facerent accepisse dicerentur, restitui iubeat et ei, qui id commisit, pro modo delicti poenam irroget. Il magistrato-funzionario che svolge la *cognitio* accerta la dazione di danaro proveniente da un *crimen*, ordina la restituzione della somma illecitamente versata ed infligge la pena per il comportamento criminoso. Il tutto è da lui deciso attraverso la stessa *cognitio*. Risulta qui esplicitamente la possibilità di più decisioni contestuali, nell'ambito di un processo condotto dallo stesso giudicante, che già abbiamo visto in relazione al rescritto adrianeo sulla connessione tra falso e dolo processuale (D. 42.1.33).

¹⁵ Vedi Orestano, *L'appello civile* cit. 63 nt. 1.

¹⁶ Vedi B. Santalucia, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Milano 1998², 268.

quella riguardante una materia privata, valutabile in termini pecuniari.

Nel testo di Marciano (D. 48.1.6), l'accertamento relativo al crimine riguarda circostanze per le quali non può esservi punizione (essendo defunto il reo). Si giunge nell'ambito di una lite civile a quell'accertamento ed il giurista lo raffigura come parte di un'unica procedura. Il fatto è considerato sotto il profilo civilistico ed al tempo stesso è qualificato e preso in esame come *crimen* che ha inciso sui rapporti privati.

A ben guardare lo stesso concetto di 'connessione' è inadeguato a descrivere una situazione come questa, nella quale non vi sono due giudizi (poiché sul *crimen* non è più possibile un giudizio compiuto), ma profili penali e civili si intrecciano in una sola *cognitio*. Ciò è possibile, senza che al riguardo si dettino regole generali e cogenti, per effetto della discrezionalità e della fluidità di forme che contrassegnano i processi *extra ordinem*. Ne abbiamo visto gli esempi, a partire dall'età adrianea.

Non vedo motivi per negare la genuinità dei due testi di Paolo e Marciano (in D. 10.1.4.4 e in D. 48.1.6). Anzi, credo che i sospetti avanzati al riguardo nascano dalla tendenza, propria della critica interpolazionistica, a proiettare verso il così detto periodo postclassico le soluzioni e le forme processuali che, durante l'età della giurisprudenza o nei decenni successivi al suo epilogo, si distaccano dalla dicotomia *iudicia publica - iudicia privata*¹⁷. I due campi erano rigorosamente fissati nella legislazione augustea, ancora su questi temi dipendente dai modelli repubblicani. Ma nel corso del principato quei modelli sono stati sottoposti ad una progressiva erosione¹⁸.

Pochi decenni dopo che la giurisprudenza si è esaurita (mentre molte delle sue categorie concettuali sopravvivono), vediamo riflesso, in una costituzione imperiale del 262, il punto di arrivo dell'erosione: la pacifica confluenza dei due tipi di processo (ciascuno dei quali di volta in volta può essere principale o incidentale) in una *cognitio* unitaria.

¹⁷ Orestano, *L'appello civile* cit. 58 ss. Il contesto storico entro cui l'autore scorge i segni e le ragioni del superamento di questa dicotomia è il principato; ma ancora egli guarda con cautela i testi che mostrano tra secondo e terzo secolo esempi di piena osmosi tra accertamento penale e civile. Richiama al riguardo la tesi di M. Lemosse, 'Cognitio'. *Étude sur le rôle du juge dans l'instruction du procès civil antique*, Paris 1944, 143, che considera interpolati i passi di Paolo e Marciano (D. 10.1.4.4 e D. 48.1.6). Ipotesi di questo genere derivano da una sottovalutazione delle novità giudiziarie che si fanno strada nel principato e che vediamo con chiarezza nell'età severiana. Novità che Orestano ha messo in luce più volte.

¹⁸ In particolare sul rapporto tra *cognitiones* e giudizi formulari e sul progressivo affermarsi di un'impronta autoritaria nei processi, dall'età augustea in avanti, rinvio a M. Brutti, *Il dualismo giudiziario nel principato*, in F. Botta, F. Cordopatri (a c. di), *Il processo e le sue alternative. Storia, teoria, prassi*, Napoli 2017, 45 ss.

C. 3.8.3 (Imppp. Valerian. et Gallien. AA. Demetrio): *Cum civili disceptationi principaliter motae quaestio criminis inciderit vel crimini prius instituto civilis causa adiungitur, potest iudex eodem tempore utramque quaestionem sua sententia dirimere* [a. 262].

Quando il procedimento relativo ad un crimine si sia innestato in una controversia civile messa precedentemente in moto o quando la causa civile si aggiunge all'instaurazione di un giudizio penale, il giudice può nello stesso tempo dirimere entrambe le questioni giudiziarie con la propria sentenza.

Si può notare una continuità terminologica rispetto alla costituzione di Alessandro Severo del 229 (in C. 6.34.1): da un lato il termine *disceptatio*, riferito alla controversia civile; dall'altro l'uso del verbo *adiungere*, per indicare l'innesto procedurale. Nulla fa pensare ad una frattura normativa, ad un salto rispetto all'età severiana. La limpida determinazione espressa nel 262 illumina i testi precedentemente esaminati. Al pari di essi si colloca – io credo – su uno sfondo caratterizzato dalla varietà delle forme cognitive.

In molte pagine di Orestano, fin dal corso del 1953 sull'appello civile, e poi in particolare in uno scritto del 1980, è messa in luce questa varietà e se ne spiega il senso¹⁹. Sono state le dottrine ottocentesche a creare lo schema generale della *cognitio extra ordinem*, introducendo l'uso comune di questa espressione al singolare e cercando di individuare nel materiale normativo che essa comprende, il ricorrere di regole e distinzioni stabili. Ciò è avvenuto per effetto di una propensione ai dogmi, che è stata forte nel pensiero giuridico degli ultimi tre secoli, dominando anche lo studio storico.

Le esegesi che ho proposto mostrano invece il prevalere, negli *extraordinaria iudicia*, di scelte singolari, non uniformi, legate alla discrezionalità dei poteri giudiziari, quale si manifesta nelle concrete esperienze del principato: nelle *constitutiones* e negli schemi teorici dei giuristi.

III. *Lettura delle fonti, storia, ordine giuridico*

La consapevolezza della distanza storica tra il diritto romano della *iurisprudencia* e quello della compilazione giustiniana è un filo conduttore dell'Uma-

¹⁹ Vedi R. Orestano, *La 'cognitio extra ordinem': una chimera*, in *SDHI*. 46, 1980, 236 ss. poi in Id., *'Diritto'. Incontri e scontri*, Bologna 1981, 469 ss. e in Id., *Scritti 3. Saggistica*, Napoli 1998, 1829 ss.

nesimo giuridico²⁰. Gli studiosi di diritto tengono nel massimo conto il rispetto dei testi antichi e l'esame di questi in rapporto al tempo in cui sono nati. Ciò significa contestare l'assolutezza del *Corpus iuris* ed il principio di autorità che era stato interiorizzato dai medievali. Nella prospettiva di erudizione e di scoperta dominante nel Cinquecento, i giuristi – come i letterati – allegano spesso antiche *sententiae* a sostegno dei propri enunciati; ma lo fanno con un'autonomia nuova rispetto ai testi che leggono²¹.

Ora viene colta l'alterità del passato. Mentre il pensiero giuridico si libera dal primato della compilazione, mentre utilizza in modo selettivo e critica apertamente l'*interpretatio* di glossatori e commentatori, emerge in primo piano una visione del diritto che privilegia i momenti di formazione di superamento degli schemi che comprimono il presente. Insomma, un modo di pensare storico.

Cercherò di illustrare, attraverso qualche esempio testuale, la particolarità di questi studi, che problematizzano il proprio oggetto e guardano all'esterno, fino a scartare lo specialismo giuridico. Mettendo insieme ragionamenti che appartengono ad autori diversi e spezzoni teorici estratti da opere assai vaste, accomunati dal linguaggio e dalla somiglianza delle argomentazioni, so di correre un rischio: quello di appiattare in un disegno univoco esperienze e riferimenti culturali degli autori che mi accingo a citare. Ogni testo ha una propria logica (da indagare più specificamente) e tuttavia mi preme fare leva su alcuni punti di contatto, utili a rappresentare i termini, gli strumenti, attraverso i quali si afferma la cesura cinquecentesca, agli albori della modernità.

Aggiungo una considerazione sul pensare storico degli umanisti. Ritrovo questa pista di ricerca nei lavori di Orestano, tra gli anni 50 e 60 del Novecento e poi nei punti d'arrivo fissati dall'*Introduzione* del 1987²². Quelle pagine, rilette alla luce dei molti ulteriori contributi venuti nei decenni successivi, sono ancora utili a comprendere la storicizzazione delineata dal *mos gallicus*. Ne colgono le

²⁰ Vedi A. Mazzacane, *Profilo breve dell'umanesimo giuridico*, in *Fides Humanitas Ius. Studii in on. di L. Labruna* 5, Napoli 2007, 3441 ss. L'espressione periodizzante indica «quelle correnti di studio del diritto romano, innovatrici e polemiche nei confronti della giurisprudenza medievale, che ebbero le loro radici negli studi letterari, storici e filologici dell'Italia del Quattrocento», per svilupparsi su scala europea nel Cinquecento, con la scuola che si chiamerà 'cultura' e con metodi sommariamente ricondotti alla nozione di *mos gallicus*. Come osserva Mazzacane, si stagliano in questo quadro «personalità e orientamenti differenti tra loro, difficilmente riconducibili a posizioni unitarie. Tuttavia – egli aggiunge – alcune linee di fondo sono riconoscibili nella varie esperienze». Le mie considerazioni si aggirano intorno a queste linee comuni.

²¹ Sullo sfondo di quello che sarà definito 'un marriage' tra studio del diritto e *humanae litterae*. Vedi E. Pasquier, *Les recherches de la France*, Paris 1665 (cit. da Orestano, *Introduzione* cit. 580 nt. 11 e a proposito della 'critica filologica', 606 ss.).

²² Vedi sopra, nt. 3.

peculiarità, che la letteratura successiva ha svolto ed approfondito²³. Ma ancora di più i caratteri originali risaltano, se non si proiettano sull'Umanesimo altre immagini del rapporto passato-presente, ed in particolare quelle ottocentesche, che sono state alla base della pandettistica. L'affinità, che Orestano segnala tra i due momenti, non può intendersi come se la scuola savigniana avesse invero i programmi del *mos gallicus*. Dobbiamo ricordare, al riguardo, che lo storicismo giuridico sorto nell'Ottocento è prevalentemente orientato in senso quietistico. Perciò respinge non solo la sfida rivoluzionaria, ma anche le proposte di una nuova codificazione civile. Al contrario, il movimento umanistico, con gli schemi teorici di cui darò qualche esempio, punta ad una messa in discussione dei dogmi e ad una riforma intellettuale rispetto alla tradizione che essi cristallizzano. E talvolta anticipa una prospettiva codificatoria.

* * *

Comincio col richiamare le *Annotationes in Pandectas* di Guillaume Budé, opera edita per la prima volta nel 1508. La critica verso gli autori medievali, a cominciare da Accursio, si mescola con un uso ampio e libero di fonti esterne alla giurisprudenza. La base è il Digesto, ma le annotazioni ai frammenti hanno in sé uno sviluppo che aggiunge molto a quel punto di partenza²⁴.

Possiamo citare l'esordio (che mi sembra esemplare) e le prime pagine di questa raccolta, ponendo in luce l'intreccio tra il metodo di esame delle fonti

²³ Vedi tra gli altri, con una serie di riferimenti bibliografici, H.-E. Troje, *Die Literatur des gemeinen Rechts unter dem Einfluss des Humanismus*, in H. Coing (a c. di), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, II, *Neuere Zeit I. Wissenschaft*, München 1977, 615 ss.; V. Piano Mortari, *Gli inizi del diritto moderno in Europa*, Napoli 1988; Id., *'Itinera iuris'*. *Studi di storia giuridica dell'età moderna*, Napoli 1991; J.-L. Thireau, *L'alliance des lois romaines avec le droit français*, in J. Krinen (a c. di), *Droit romain, ius civile et droit français*, Toulouse 1999, 347 ss.; I. Birocchi, *Ala ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Torino 2002, 1 ss.; G. Rossi, *Il Rinascimento giuridico in Francia. Diritto, politica e storia*, Roma 2008; P. Gilli, *Humanisme juridique et science du droit au XVI^e siècle. Tension compétitives au sein des élites lettrées et réorganisation du champ politique*, in *Revue de synthèse* 6, 2009, 571 ss.

²⁴ G. Budaei, *Annotationes priore set posteriores in Pandectas* 1a ed. 1508, ed. Lugduni 1561. Nato nel 1467, morto nel 1540, coltiva studi filologici, specie sul mondo greco (vedremo tra un momento i richiami ad Aristotele). L'approccio ai passi del Digesto svela un pensiero giuridico originale. Nella considerazione di questo autore e degli spunti teorici che si traggono dalla sua lettura delle fonti, tengo conto di V. Piano Mortari, *'Studia humanitatis' e 'scientia iuris'*, in Id., *Diritto logico metodo*, Napoli 1978, 319 ss., e di Orestano, *Introduzione* cit. 621 ss. Vedi ora C. Bénévent, R. Menini, L.-A. Sanchi (a c. di), *Les Noces de Philologie et de Guillaume Budé. Un humaniste et son oeuvre à la Renaissance*, Paris 2021 (v. tra gli altri saggi, J. Ceard, *Un humaniste au travail: les Annotationes in Pandectas*, 307 ss.).

e la visione che esso sottende. Punto di partenza è la distinzione tra il concetto di *ius* e l'endiadi *bonum et aequum*²⁵. In questo schema, che i giuristi romani non definiscono, si riconosce secondo Budé la parte migliore dello *ius*. Il senso delle parole tratte dai discorsi antichi (assemblati dai funzionari giustiniani ed ai quali era stata attribuita per lungo tempo una immediata normatività) viene illuminato dalla puntuale applicazione del pensiero di Aristotele. Così l'umanista francese delinea un'immagine del diritto caratterizzata dall'apertura verso la molteplicità dei casi, dall'adattamento discrezionale operato dai giudici e dalle disposizioni particolari in deroga alle leggi generali.

Ius est ars boni et aequi.) Accursius hunc locum enarrans, aliud bonum esse censet, aliud aequum: nec satis hoc explicat. Nos vero rem animadversione dignam esse iudicantes, explicandam latius censuimus. Ius est (inquit Donatus Grammaticus) quod omnia recta et inflexibilia exigit: aequitas est, quae de iure multo remittit. Terent. in Adelph.

*Ille ut item contra me habeat, facio sedulo,
Do, praetermitto: non necesse habeo omnia
Pro meo iure agere.*

Non est (inquit Donatus) necesse, etiam si liceat, saevum esse patrem. hoc est, suo iure agere. Et mire, inquit idem, ostendit Terentius, ius suum non nisi necessitate esse servandum. Inde meo iure, tuo iure, suo iure: de quibus alibi dicendum. Iulianus de contractibus bonae fidei loquens, In his contractibus, inquit, alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet, id est, non de eo solo quod cautum est. Quod etiam ex bona fide dicitur alibi ab eodem. Paulus, Desiit enim bonum et aequum esse, iniuriarum condemnari eum, qui aestimationem praestitit. Papinianus, Quaesitum est, an ad heredem necessarium, cum se bonis non immiscuisset, sepulchri violati actio pertineret? Dixi, recte eum hac actione experiri, quae in bonum et aequum concepta est.

Il diritto è l'arte del buono e dell'equo.) Accursio, trattando questo enunciato, ritiene che il buono sia qualcosa di diverso dall'equo e non riesce a spiegare questa differenza. Noi, giudicando il tema degno di un'indagine, abbiamo ritenuto di spiegarlo più ampiamente. Il diritto (dice il grammatico Donato) è tale da esigere che ogni cosa sia regolata in modo inflessibile; l'equità è qualcosa che rinuncia in molta parte al diritto. Terenzio nell'*Adelphoe*: 'Faccio di tutto affinché egli mi ricambi allo stesso modo, concedo e lascio correre, non credo necessario agire in base al mio diritto'. Non è necessario (come dice Donato), anche se lecito, essere un padre severo, cioè agire in base al proprio diritto. E mirabilmente (come egli dice ancora) Terenzio mostra che il proprio diritto dev'essere tutelato soltanto ove ciò sia necessario. Quindi secondo il mio, il tuo o il suo diritto; ma di questo si può trattare in altro modo. Giuliano, parlando dei contratti di buona fede, dice che in questi contratti ciascuno

²⁵ Cfr. D. 1.1.1 pr.-1 (Ulp. 1 *inst.*).

è obbligato nei confronti dell'altro per una prestazione che si definisce in base al buono e all'equo e non soltanto in base a ciò che risulta promesso. E ciò egli stesso dice anche, con altre parole, in base alla buona fede. Paolo: Non è più buono ed equo condannare in un processo per ingiurie chi abbia versato una congrua riparazione pecuniaria. Papiniano: Si è chiesto se ad un erede necessario che non abbia acquisito i beni ereditari spetti un'azione per la violazione del sepolcro incluso tra quei beni, Ho detto che correttamente egli esercita questa azione, la quale è concepita secondo il buono ed equo.

Le citazioni della commedia *Adelphoe* di Terenzio e del suo commentatore Elio Donato introducono un punto di vista che ha ben poco a che fare con la valutazione giuridica dei comportamenti²⁶. L'*agere suo iure* è espressione di una condotta fondata sulla rigorosa osservanza delle regole, che con una certa fantasia viene accostata all'atteggiamento del padre severo; all'opposto vi è la figura del padre benevolo, che conforma i propri atti all'indulgenza, quindi a principi di rispetto ed altruismo (*pudor et liberalitas*), compresi nel sintagma *bonum et aequum*. L'incidenza dei principi così definiti entro la disciplina dei contratti determina una latitudine dell'obbligazione diversa da quanto si è letteralmente promesso²⁷. Budé richiama – come si è visto – due singole opinioni di Paolo e di Papiniano, estratte da luoghi diversi del Digesto, per avvalorare la operatività di una visione non rigoristica dello *ius*²⁸. Ma questa può essere spiegata compiutamente solo ricorrendo ad Aristotele:

... Aristoteles libro quinto Ethicorum de iustitia et iure copiose disputans, duo haec tanquam differentia ponit, non tanquam genere diversa, ius, & aequum bonumque id est (ut ipse appellat) τὸ κατὰ τὸν νόμον δίκαιον, καὶ τὸ ἐπεικέες. Bonum & aequum, inquit, cum sit cuiusdam iuris, ius est praestantius vel melius: non autem ut genus aliud aequum & bonum, iure praestantius est. Porro aequum et bonum ius est, non illud quidem lege comprehensum, id est legitimum: sed legitimi iuris emendatio, hoc est ἐπανόρθωμα τοῦ νομίμου. Si quidem cum lex posita sit in universum, sint autem quaedam de quibus universim cavere non potest: lex tamen nihilo secius in universum loquitur necessitate coacta, tametsi id recte fieri nequit. videlicet lex id quod plerumque accidit, amplectitur, errati ipsa sui conscia: quamquam id non legis aut legislatoris, sed rei ipsius peccatum est. Sic enim natura comparatum est, ut omnia quae aguntur, eodem legis praescripto constitui non possint.

²⁶ Terent. *Adelph.* 50-52. I versi successivi spiegano la funzione dell'indulgenza, con la quale il padre educa il proprio figlio, abituandolo a non mentire sulle mancanze che abbia commesso: ... *Pudore et liberalitate liberos / retinere satius esse credo quam metu*

²⁷ È attribuita a Giuliano la *lex secunda de obligationibus et actionibus*, su una materia che rientra nei *iudicia bonae fidei*. La citazione corretta è D. 44.7.2.3 (Gai. 3 *inst.*).

²⁸ D. 44.7.34 pr. (Paul. *l. s. de concurr. action.*); D. 47.12.10 (Papin. 8 *quaest.*).

Aristotele, discutendo ampiamente di giustizia e diritto nel libro quinto dell'*Etica*, definisce differenti, benché non appartenenti a generi diversi, il diritto e l'equo e buono, cioè (come egli dice) quel che è giusto davanti alla legge e quel che è equo. Il buono ed equo – aggiunge – è la parte migliore ed eminente del diritto, e lo è senza costituire un genere diverso. Inoltre l'equo e buono è diritto; non è quello fissato dalla legge, cioè legittimo; ma è una correzione del diritto legittimo, cioè una riforma di ciò che è nella legge. Se dunque, essendo la legge posta in termini universali, vi siano anche determinati aspetti per i quali non si può provvedere con la stessa generalità, tuttavia la legge è costretta necessariamente a disporre in questi termini, anche se ciò non può avvenire in modo corretto. È evidente che la legge abbraccia ciò che accade il più delle volte, ammettendo essa stessa l'errore; sebbene questo derivi da una mancanza non della legge o del legislatore, ma della situazione stessa. Così infatti la natura ha stabilito che tutte le azioni non possano essere regolate da una stessa prescrizione di legge.

L'equità (ἐπιχειρία) è una correzione del diritto: si colloca al suo interno ed è capace di modellarsi su singole, concrete situazioni, oltre la legge che *in universum loquitur*. I casi che sfuggono alla previsione astratta mettono in moto procedimenti di integrazione affidati ai magistrati e ai giudici. Questa non è un'eccezione, ma una necessità, nel momento in cui si stabilisce il rapporto tra ciò che è prescritto e la concretezza delle azioni umane. È ancora Aristotele ad indicare la via. Vi sono fatti – egli spiega – che sfuggono alla formulazione generale delle leggi; ad essi deve applicarsi una decisione di livello diverso, capace di interrompere e modificare la linearità delle regole, il loro rigore²⁹.

²⁹ G. Budaei, *Adnotationes priores et posteriores* cit.:... *Hac igitur ratione τὸ ἐπιχειρῆς, ut Aristoteles vocat, id est aequum et bonum, emendatio est iuris scripti, quod ipse τὸ δίκαιον appellat, quatenus scilicet aliter de nonnullis statuit, de quibus lex ferri non potuit in universum: quod ipsum ut fiat, decreto opus est vel plebis scito*. Il riferimento a prescrizioni particolari, espresso con i termini *decretum* e *plebis scitum* si collega alla parola ψήφισμα, impiegata da Aristotele, che indica, senza una valenza tecnica, una prescrizione particolare. Possiamo tradurre ψήφισμα con il vocabolo 'decreto' o più genericamente con 'decisione': comunque una determinazione normativa che si distacca dall'astrattezza della legge. *Quippe indefinitarum rerum indefinita et norma esse debet, ut quemadmodum in Lesbia structura, plumbea norma adhiberi solet, quae ad lapidis formam transformari possit et su binde immutati: sic ad huiusmodi species rerum, cum usus venerit, decreta accommodari oportet legi derogantia ... Aristoteles significat eos iudices, quibus ex bono et aequo rapporto iudicare aut legibus aut moribus licet (cui huiusmodi sunt suprema tribunalia, quae praescripto iuris usquequaque non adstricta sunt, id est quae interdum pro re nata liberam causarum disceptationem habent) aequo et bono ita uti debere, ut cementarii fabri soleant structuras suas ad normam exigere: Lesbii soli plumbeam normam habentes pro arbitrato suo flexibilem et subinde mutabilem, ita ad normam structuram suam exigunt, ut ... normam ad structuram inflectiant ...* Vedi Aristot. *Eth. Nic.* 5.14, 1137a-1138a: «... Per questo l'equo è giusto, ed è migliore di una qualche forma di giusto, e non del giusto in assoluto, bensì dell'errore dovuto

Vi è dunque un mutamento introdotto ogni volta che entra in gioco l'equità; non è solo l'istanza morale che si sovrappone al diritto, ma è una componente interna di questo. Nasce dalla novità dei casi e dall'insufficienza delle leggi, rispetto alle quali i giudici e soprattutto i tribunali di rango più elevato esercitano un potere di integrazione, secondo criteri flessibili. Così si aggiunge un elemento dinamico all'*interpretatio*, che i medievali avevano vincolato alla intangibilità dei testi normativi. Uno spunto teorico analogo si ritroverà più tardi nell'opera di Luis Vives, ove è tracciata un'analogia distinzione tra le forme giuridiche consolidate e l'equità³⁰. Il testo di questo umanista spagnolo³¹, che insegnerà a Bruges nelle Fiandre occidentali, echeggia i temi della scuola culta francese³².

Qual è il significato della opposizione al dominio dello *ius strictum*, in particolare nella forma più nitida tracciata da Budé? Rispetto all'idea di certezza delle norme e alle immagini di un mondo pratico sottomesso alle previsioni astratte, vi è qualcosa di scandaloso nella esaltazione della flessibilità. Si può dire che le leggi e i fatti – secondo la raffigurazione di Budé – non siano più al proprio posto, o meglio che le immagini tradizionali siano scosse dall'esigenza di una nuova normazione guidata dalla scienza e capace di fare i conti con le

al dire in universale. Ed è questa la natura dell'equo, in quanto correttivo della legge, là dove essa omette qualcosa a causa del suo dire in termini universali ... Infatti di ciò che è indeterminato è indeterminata anche la regola, come il regolo di piombo usato nelle costruzioni di Lesbo: il regolo si adatta infatti alla forma della pietra, non sta rigido ed anche il decreto (o la decisione) si adatta ai fatti». Nel discorso svolto da Budé, la dicotomia legge-decreto è pacificamente applicata al rapporto tra norma e sentenza giudiziaria e lo schema è ricavato da Aristotele. In questo senso si veda anche il riferimento iniziale ai *iudicia bonae fidei*, che nascono dai contratti e nei quali il giudice decide in base al buono e all'equo. Così era detto in D. 44.7.2.3 (Gai. 3 *inst.*).

³⁰ Vedi I. L. Vivis, *De disciplinis Libri XX*, Lugduni 1531 (VII libro, primo tomo), 198. Non viene utilizzato lo schema aristotelico, sebbene l'autore chiaramente colleghi il ruolo dell'equità alla insufficienza della legge che non è in grado di coprire tutti i casi. Prevale un'idea di equità diversa da quella di Budé, intesa come valore operante nel diritto e non come via per adattare la norma alla realtà. ... *Aequitas universalitas est quaedam, lex deductio et species. Sed iis rivis, et quasi incilibus, aquam continenter ex illo aequitatis fonte suppeditare oportet, sine qua inciles continuo areserent. Etenim aequitas legum anima, vis, vigor, qua sublata concidunt necesse est leges emortuae. Nihil est enim iniquius quam leges, quae per aequum & bonum non spirant, ac reguntur. Lex de omnibus cavere non potest. Aequitas omnibus praesto est. Idcirco statim initio iuris civilis, ius finitur ars boni et aequi ...*

³¹ Nato a Valencia nel 1492, morto a Bruges nel 1540.

³² La presenza di un punto di vista storico nella sua riflessione era stata già messa in luce da E. Garin, *Leggi, diritto e storia nelle discussioni dei secoli XV e XVI*, in AA. VV., *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche*, Firenze 1966, 417 ss. Sul tema dell'equità, Garin (420 s.) cita anche un passo di Cornelio Agrippa del 1518, dall'opera *De incertitudine et varietate scientiarum*, più vicino allo schema aristotelico adoperato da Budé.

particolarità della prassi. Secondo Aristotele «di ciò che è indeterminato è indeterminata anche la regola, come il regolo di piombo usato nelle costruzioni di Lesbo». E muovendo da questa premessa il filosofo greco indicava la via: «il regolo si adatta alla forma della pietra, non sta rigido; ed anche la decisione si adatta ai fatti».

L'uso umanistico di un pensiero filosofico esterno alla scienza giuridica non è solo il sintomo di un'apertura culturale, ma serve a raffigurare con una problematicità inedita l'applicazione delle norme, la prassi multiforme in funzione della quale si producono i cambiamenti. Il concetto di *bonum et aequum*, così ampiamente trattato all'inizio delle *Annotationes*, diviene una consistente alternativa rispetto alla visione statica del diritto e delle leggi *in universum*. Implica una critica alla fissità delle prescrizioni e a quelli che l'autore chiamerà *dogmata iurisconsultorum*³³.

La scoperta della particolarità dei casi, oltre le previsioni normative limitate all'*id quod plerumque accidit*, è propedeutica ad una visione realistica del divenire giuridico: la varietà, i mutamenti sono segnalati via via con maggiore nettezza. E quando Luis Vives critica le leggi per la loro parzialità, che consiste nel guardare soltanto ad interessi particolari o all'utilità dei tiranni, egli mira ad un allargamento nella intelligenza delle cose, da cui prende vita la normazione³⁴. Su questo modo di vedere si innesta l'interesse umanistico per la storia e lo studio di essa come elemento essenziale alla scienza giuridica. Da un lato l'incertezza e l'ingiustizia delle leggi si capiscono attraverso la rievocazione di

³³ Budaei, *Annotationes* cit. 27.

³⁴ Vives, *De disciplinis* cit. 198: *Prima ergo legum perturbatio in ipsis derivatoribus fuit, eae aquae in tubulis: quod qui leges sanxerunt, sive imperitia atque ignorantia tenerentur, sive pravus animi cupiditibus ac concitationibus versarentur & obedirent*. Ignoranza ed imperizia minacciano la legislazione ed inducono i difetti che da essa si sviluppano. Ancora la metafora dell'acqua che scorre, per indicare le norme in azione. Sulle leggi può prevalere la *perturbatio*, quando esse siano poco eque. *Ignorantia fuit, sub qua inconsiderantia clauditur, quod ingenio regionis, et suorum hominum haud satis animadverso leges ferunt, aut quieti noxias, aut graviores flagitiis quam par est, aut ad distributionem ac commutationem parum aequas* ... L'ignoranza dipende dal fatto che le leggi sono formulate in base ad una scarsa conoscenza delle tendenze ideali dominanti in una determinata regione e nei suoi abitanti; e ciò vale sia per le leggi che aderiscono allo stato delle cose (alla quiete), sia per quelle che determinano ingiustizie, poiché sono poco eque per quanto riguarda la distribuzione e lo scambio di beni. Ma l'ingiustizia non è solo un frutto dell'ignoranza. Vives tocca anche il tema degli impulsi (*affectus*), capaci di condizionare chi fa le leggi: ... *Affectibus qui urgentur, ut affectus ipsi perquam varii sunt. Alii adducti sunt amore quodam sui ipsorum, ut qui ad suas utilitates retulerunt leges: sicut Tyranni, qui statuerunt leges sibi utilissimas, inutiles aliis. Aut qui leges utiles suae civitati, noxias exteris; qui ita odio aliquorum vitiorum exarserunt ut illis iusto maiorem poenam imponerent* ... La legge può essere condizionata dagli interessi particolari e dall'ostilità verso l'una e l'altra condotta. Infiammarsi per la repressione dei vizi allontana dal giusto.

vicende lontane nel tempo e nello spazio; dall'altro le differenze, le contrapposizioni sono materia viva del lavoro intellettuale³⁵.

Vi è una convergenza tra questa puntuale rassegna di azioni umane commiste ad orientamenti normativi e l'apologia della storia esposta da Andrea Alciato in un testo del 1517. Si tratta della *Epistola nuncupatoria*, indirizzata a Galeazzo Visconti, che introduce un breve scritto dal titolo *In Cornelium Tacitum annotationes* e che ha avuto una circolazione autonoma a partire dal 1530³⁶.

Il tema che l'autore illustra è la funzione degli *scriptores rerum gestarum*³⁷.

³⁵ *Ibid.* 198 s.: ... *Quod Draconem Atheniensem fecisse tradunt: quem Solon dicit leges sanguine scripsisse: nam omnibus vitiis poenam capitalem adiecit: quas leges postea Solon mitigavit. Fredericus Tertius furtis suspendium addidit, qua pena nunc per Europam utimur. Est gens in qua furari habetur festivum factum, ut pueris olim lacedemone, & in Aegypto. Et in qua adulteria sunt impunita, ut ante potentiam Caesarum Romae. Postea poena est dicta lege Julia ...* La spiegazione dei mutamenti non è limitata alle scelte e agli *affectus* di chi fa le leggi; essa investe anche i popoli. *Ducuntur legislatores, aut populi studiis aut necessitatibus. Apud nos plaereque leges favent bello. In nova India adversantur bello. Lacedaemoniae leges eran omnino bellicae, quo nomine a philosophis merito repraehenduntur. Quae regiones sine mercatura tutori se vix possunt, ut Bellica, in iis leges immense favent negotiationi.* La esemplificazione comprende la guerra, i commerci, ed accanto a questi i conflitti sociali e politici: ... *Valuit in quibusdam odium hominum vel ordinum, ut quae Romae contra plebem sunt a patritiis decreta, vel quae a plebe contra patritios scita. Quae a L. Silla contra tribunos plebis ...* È il caso di sottolineare che ai brani finora citati se ne potrebbero aggiungere altri numerosi. Pagine e pagine nelle quali torna la ricognizione di accadimenti e leggi che si intrecciano e si contraddicono. Il fine dello studio è comprendere le circostanze evocate, prospettando al di là di esse un'idea di giusto, che tiene conto proprio dell'equità, quale alternativa allo *ius strictum*.

³⁶ A. Alciati, *In Cornelium Tacitum Annotationes*, preceduto dalla *Epistola Nuncupatoria*, in Id., *Operum Tomus IIII*, Basileae 1582, 4, col. 1079 ss. Vedi G. Rossi, *L'encomium historiae (1517) di Andrea Alciato: lo studio della storia antica e la nascita dell'umanesimo giuridico*, in L. Secchi Tarugi (a c. di), *Antico e moderno: sincretismi, incontri e scontri culturali nel Rinascimento*, Firenze 2020, 265 ss. (con riferimenti alla bibliografia anteriore su ricerca antiquaria e visione storica negli umanisti). Vedi inoltre A. Belloni, E. Cortese, *Alciato (Alciati) Andrea*, in *DBI*, Bologna 2013, 29 ss. Sugli aspetti che lo collegano agli autori della «scuola culta francese», Orestano *Introduzione* cit. 70 s.; 610 ss. Le convergenze che egli illustra sono alla base degli accostamenti che sto proponendo. Nello scritto di Rossi appena citato sull'*Encomium historiae* (272 nt. 13), sempre a proposito del giurista italiano si segnala l'importanza delle pagine di Orestano, «che non esitava ad indicare 'la storia come problema centrale dell'Umanesimo giuridico'. valorizzando il ruolo di 'capostipite' di Alciato». È un esempio del rilievo che la migliore e più recente letteratura riconosce a quegli studi.

³⁷ È il caso di precisare che in tutti i testi da me citati il termine *historia* indica la narrazione: quel che chiamiamo sapere storiografico. Nell'*epistola* di Alciato si coglie fin dall'inizio – come ha messo in luce Rossi, *L'encomium historiae* cit. 280 – uno spostamento dalla *historia*, intesa come forma di conoscenza e genere letterario, alla condizione e al ruolo degli *historici* nell'orizzonte umanistico.

Maxima semper apud veteres fuit historiae autoritas, eoque omnibus temporibus in honore habita, ut cum plurima variarum rerum studia et quidem nobilissima haberentur, rerum tamen gestarum scriptores semper primas partes sibi vindicarent. Prosit corporibus medicina, publice intersit plurimos esse Iurisconsultos, summos se in fastigio positos credant philosophi, de gradu deici non sinat se militari gloria, cedunt haec tamen cessereque omnia historiae autoribus: cumque nulla non artium aliquo tempore male audiverit, solam hanc professionem extra aleam esse, semper existimatum est...

Sempre presso gli antichi fu massima l'autorità della storia, e perciò fu onorata in ogni tempo, sicché, pur essendo considerati nobilissimi molti studi su varie materie, tuttavia gli scrittori di cose avvenute hanno sempre rivendicato a sé un ruolo di primo piano. Se la medicina giova ai corpi, se corrisponde ad un interesse pubblico che vi siano molti giureconsulti, se i filosofi credano di essere posti al vertice e se la gloria militare non tolleri di essere abbassata di grado, tuttavia queste professioni³⁸ sono inferiori tutte e lo sono state in passato rispetto agli autori di storia; e mentre qualcuna delle arti è stata in qualche epoca biasimata, si è sempre ritenuto che questa sola professione fosse fuori da ogni rischio...

L'illustrazione di questo primato supera l'ambito di una *laudatio* retorica per indicare due caratteri specifici degli *autores historiae*. Anzitutto, la memoria dell'antica Roma dimostra che essi non sono mai stati in contrasto con la *civitas*, a differenza dei filosofi, dei retori, dei matematici. È come se l'adesione ai fatti li mettesse al sicuro. In secondo luogo, la narrazione della storia è disinteressata, non volta ad un profitto, ed anche in ciò può vedersi una garanzia di verità.

... Eiecti urbe Roma pluries philosophi et rhetores fuere, senatusconsultis quoque diffamati mathematici, nec medici nisi post sexcentimum et eo amplius annum conditae urbis admissi, cum tamen interim Gn. Piso, Fab. Pictor, caeterique annalium scriptores summam dignitatem nanciscerentur. Si enim id genus professores cur tantopere suis studiis incumbant, diligenter animadverterimus, non aliud certe causae erit, quam pecuniae cupiditas ... at sola gloriae cupiditate scribitur historia, non mercenario obnoxia stipendio, sed quae sola sibi ipsi pulcherimum praemium sit ...

Molti filosofi e retori furono scacciati dalla città di Roma e vi furono anche senatoconsulti che gettarono infamia sui matematici; e i medici furono ammessi non prima di seicento anni ed anche di più, dalla fondazione dell'urbe, mentre nel frattempo raggiungevano un'altissima dignità Gneo Pisone, Fabio Pittore ed altri scrittori di annali. Se infatti diligentemente cercheremo la ragione comune per cui i professori si applicano così tanto ai propri studi, non altra sarà certamente la causa se non l'avidità di danaro ... invece la storia si scrive soltanto per il desiderio di gloria, non è soggetta ad uno stipendio mercenario, ma è tale da costituire un bellissimo premio a se stessa³⁹.

³⁸ I termini *professio* e *professores* sono usati più avanti nel testo.

³⁹ È implicito l'accostamento alla virtù: vedi Sil. Ital. 13.663; Sen., *De vita beata*, 9, 4 (*Interrogas quid petam ex virtute? Ipsam. Nihil enim habet melius, eni ipsa pretium sui*); *De clem.* 1.1.

Traspare dal testo l'aspirazione a fare della storia un sapere certo e comprensivo della realtà: «così – egli scrive – la storia utile a tutti si regge su un appoggio fermissimo (*firmissimo pedamento nititur*)». Quello che propone Alciato è quindi un racconto che non si distacca dal mondo empirico; perciò è solido. Il suo *encomium* contribuisce ad una tendenza espressa anche con altre voci di umanisti, che più esplicitamente mirano a convertire la narrazione storica in un dispositivo interno alla scienza del diritto. Sia ai fini di una nuova normazione, sia per intendere meglio l'oggetto dello *studium iuris*.

* * *

Passo ad esaminare, in questa prospettiva alcune altre formulazioni umanistiche intorno al tema della storia. Cito per primo un piccolo libro pubblicato nel 1567: l'*Antitribonian* o *Antitribonianus* di François Hotman⁴⁰. È un manifesto di riforma giuridica, pervaso da un'ispirazione che si emancipa dall'obbedienza ed è simile a quella che aveva portato l'autore, sul terreno religioso, alla scelta protestante, alla rottura con la famiglia ed alla devozione a Calvino⁴¹.

Il punto di partenza è una domanda teorica sul diritto, legata alla relativizzazione delle norme trasmesse dai compilatori: frammenti giurisprudenziali e *constitutiones* che la scienza medievale unificava entro il termine *leges*. È possibile che lo stesso diritto privato valga per epoche e modi di vita così differenti tra loro come quelli della giurisprudenza romana (dalla repubblica al principato) e quelli di Giustiniano?

«Gli eruditi di ogni epoca – osserva l'autore – hanno riconosciuto e tenuto ferma una regola: le leggi devono essere costituite ed adattate alle forme dell'organizzazione politica e non viceversa»⁴². In questo rapporto con la politica ed i suoi mutamenti si trova la principale ragione di diversità tra il diritto dei romani e quello dell'impero bizantino. Il salto tra le due epoche fonda il riconoscimento della relatività: lo studio del diritto privato, svolto secondo questa prospettiva, mostra da un lato l'eterogeneità interna che caratterizza i testi cristallizzati nelle immagini della scienza medievale, dall'altro le differenze che emergono dal diritto dei *prudentes* romani.

Le «*disputes scabreuses et espineuses*» sono, secondo Hotman, la forma in

⁴⁰ F. Hotman, *Antitribonian*, 1567, ediz. Paris 1603. Cfr. anche la traduzione latina in Christ. Godofr. Hoffmanni, *Historia iuris Romano-Justinianei*, Lipsia 1818, 24 s.

⁴¹ Vedi A. Leca, *Hotman François* (1524-1590), in P. Arabeyre, J.-L. Halpérin, J. Krynen (a c. di), *Dictionnaire historique des juristes français (XIIIe-XXe siècle)*, Paris 2007. Vedi ancora Orestano, *Introduzione* cit. 197 ss., 580 ss., 628 ss.

⁴² Hotman, *Antitribonian* cit. chap. 2, 6.

cui si esprime quel diritto, riscoperta dallo studio dell'antichità⁴³. Il riflesso politico è la discrasia tra i modelli romani e il presente: non possono valere da soli quelli giustinianeî né quelli dei giureconsulti, poiché gli uni e gli altri sono confinati nella loro particolarità, nelle antinomie che li attraversano.

Or posons maintenant le cas, que quelque bon & excellent esprit de nostre France ait peu par son grand & continuel travail acquerir la cognoissance de telles choses & entendre aussi parfaitement leur nature qualité & condicion, avec la forme & maniere d'en user, comme fait un Caton, un Scevola, ou un Manilius; & qu'avec cette science seule & sans la cognoissance de la pratique Françoisse, il se presente en un palais ou autre siege de ce Royaume: qui ne sait qu'il y sera presque aussi nouveau & aussi estrange, comme s'il estoit arrivé aux terres neuves entre les sauvages de l'Amérique?

... Ora poniamo il caso che qualche eccellente spirito della nostra Francia abbia acquisito, con grande e continuo impegno, la conoscenza di queste discipline ed abbia potuto intendere la loro natura, qualità e condizione, assieme al modo di farne uso, così perfettamente come un Catone, uno Scevola o un Manilio; e che con questo solo sapere e senza la conoscenza della pratica forense si presenti in un tribunale o in un'altra sede del regno: chi ignora che egli sarà altrettanto inesperto e straniero, come se fosse giunto in terre nuove tra i selvaggi dell'America? ...⁴⁴.

Dunque, non solo la pratica giuridica deve sottrarsi alla tentazione sempre più irrealistica di applicare regole di tempi trascorsi senza un ripensamento ed una ridefinizione; ma è anche necessario un passaggio ulteriore. Occorre una normazione nuova (qualcosa di simile ad un codice per il presente) che miri ad una maggiore certezza. Il fine è un complesso di regole di giustizia ispirate ad un discorso razionale.

Un nuovo testo unico ed ufficiale può includere materiali del diritto romano, ma deve sottoporli ad una cernita, mescolandoli con il meglio che si può trarre dalla filosofia e dall'esperienza: *et finalement de l'expérience*, scrive con enfasi, sottolineando come il progetto normativo debba misurarsi con la prassi. È il punto di arrivo, il culmine dell'ultimo capitolo, intitolato *Advis sur l'esperance de quelque reformation*⁴⁵.

⁴³ *Ibid.*, chap. 4, 27.

⁴⁴ *Ibid.*, chap. 5, 36.

⁴⁵ *Ibid.*, chap. 18, 152 s. «... Toutesfois pour ne lascher par trop la bride à une licence abandonnee de juger de toutes causes, il seroit fort aisé (ce me semble) & principalement en ce tems qu'il a pleu à Dieu nous prester un Solon en nostre France, qui est ce grand Mischel de l'Hospital, d'assembler un nombre de Jurisconsultes, ensemble quelques hommes d'Etat, & autant des plus notables Advocats & Praticiens de ce Royaume, & à iceux donner charge de rapporter ensemblément ce qu'ils auroient avisé & extrait tant des livres de Iustinian (dont ils pourroient choisir le plus beau & le meilleur, qui

Hotman usa l'esempio della raccolta e della concentrazione del materiale legislativo in pochi libri, che risale alla Roma repubblicana e coincide con l'idea posta a base del *De legibus* ciceroniano. Alla fine, immagina un complesso di norme ispirate ad un discorso razionale.

Così le regole provenienti dalla tradizione sono scelte e rilegittimate. Superata la correlazione con gli interessi e con la vita sociale di un tempo determinato, esse devono perseguire, come nelle antiche formulazioni della sapienza romana (Hotman cita in proposito Cicerone), fini di giustizia e di equità naturale. Mi sembra chiara la corrispondenza con il pensiero di Budé in ordine al valore giuridico (innovativo) dell'*aequum et bonum*. Ma vi è qualcosa di più: il fine delle nuove norme è stabilire, con un 'discorso di ragione', leggi che vadano bene per tutte le nazioni.

... je supplie les lecteurs de se souvenir qu'il a environ seze cens ans, que Ciceron dressa une toute pareille entreprise. Car voyant la multiplicité & confusion de tant de loix Romaines, & principalement considerant que ce droit civil (ainsi qu'il a esté dit auparavant) n'estoit qu'un droit particulier pour entretenir une prerogative de la bourgeoisie Romaine, sans avoir égard à une equité naturelle, composa plusieurs livres intitulez des Loix (lequels toutesfois sont pour la plus-part ou perdus ou égaréz) au premier desquels il remonstre tressagement, que pour bastir un cors de droit civil, il ne faut avoir égard ni au Grec, ni au Romain, au Preteur ni au Consul, mais sans exception de personne, se proposer la justice & equité naturelle pour but; & par bon discours de raison établir des loix propres & convenables à toutes les nations du monde ...

... prego i lettori di ricordare che Cicerone circa milleseicento anni fa si è indirizzato verso un'impresa del tutto simile. Vedendo infatti la molteplicità e la confusione di molte leggi romane e soprattutto considerando che questo diritto civile (come si è detto sopra) non è stato altro che un diritto particolare per tutelare ciò che è prerogativa della cittadinanza romana, senza avere riguardo per un'equità naturale, egli ha composto più libri intitolati *Intorno alle leggi* (che oggi in massima parte sono perduti o smarriti), nel primo dei quali mostra con accuratezza che per elaborare un corso di diritto civile non bisogna avere riguardo né per chi è greco o romano né per il pretore o per il console, ma senza eccezione alcuna proporsi come scopo la giustizia e l'equità naturale ed attraverso un corretto discorso di ragione stabilire leggi adatte e convenienti a tutte le nazioni del mondo ...⁴⁶.

seroit à vrai dire un thresor inestimable) que des livres de la Philosophie; & finalement de l'experience qu'ils auroient acquise au manieement des affaires. Et par ce moyen imiter l'exemple de ce grand Iule Cesar, duquel Suetone escrit en telle sorte: *Ius civile ad certum modum redigere atque ex immensa diffusaque legum copia optima quaeque & necessaria in paucissimos conferre libros...*. Va sottolineato il nesso che il testo stabilisce tra l'istanza codificatoria – ben chiara nella citazione di Svetonio – e l'idea di riforma. L'assemblaggio di norme, secondo la proposta, non si limita a riflettere l'esistente o la tradizione, ma porta anche con sé un disegno innovativo.

⁴⁶ *Ibid.*, chap. 18, 156 s.

Si tratta di una convenienza connessa con le diversità inerenti alle situazioni da regolare; sappiamo che Hotman non le ignora. Eppure, nel programma finale avvertiamo il germe di una nuova vocazione universalistica.

* * *

All'incirca negli stessi anni, il rapporto tra l'approccio relativizzante e lo studio storico è definito da François Baudouin, con una prospettiva in parte diversa, nella quale tuttavia si continua a pensare che il diritto romano, una volta messa in discussione l'autorità del *Corpus iuris*, abbia ancora molto da insegnare.

Baudouin pubblica nel 1561 uno scritto programmatico dal titolo *De institutione historiae universae et eius cum jurisprudentia coniunctione*. Pone l'accento sulla necessità di far entrare nella scienza del diritto la visione della storia, come realtà indivisibile; contemporaneamente afferma che la narrazione degli *historici* deve includere i documenti relativi alle vicende del diritto. L'organizzazione giuridica può essere il quadro entro cui quella narrazione si svolge ed ha un senso: così è ad esempio per l'antica *res publica*, la cui struttura diviene referente della memoria, unendo – per così dire – forme ed eventi⁴⁷.

L'autore non esclude che gli usi giuridici del presente possano tener conto di modelli romani. Ma deve trattarsi degli *archetipa*, vale a dire di schemi giurisprudenziali sottratti alla mediazione giustiniana. Essi gli appaiono come portatori di una verità che non coincide con la logica del Digesto e che va ritrovata individuando e mettendo da parte le interpolazioni. È un punto di vista diverso da quello di Hotman, che – come abbiamo visto – riscatta le norme antiche in una prospettiva di riforma per la quale serve la storicizzazione.

L'interesse principale per Baudouin è tutto verso la *historia*. Usa più volte il termine *interpolatio* per indicare testi o enunciati che sono a suo avviso inattendibili; ed è evidente che qui egli pensa all'attendibilità, alla genuinità come qualificazione delle fonti nell'ambito dello studio storico. I classici non possono essere posposti a chi dopo di essi ne ha utilizzato e modificato l'opera. È un enunciato che vale per ogni tradizione. Come nel campo giudiziario si presta fede a ciò che rispecchia la realtà, così la storia ricerca ciò che è genuino. Uso il concetto di 'classico' non arbitrariamente, poiché esso è già fissato con charez-

⁴⁷ F. Balduini, *De institutione historiae universae et eius cum jurisprudentia coniunctione* (1561), ediz. Argenterati 1608, 1, 33 ss. Osserva a proposito della rappresentazione storica di Polibio (35): ... *Sed cum principium ipsum non tenebat, tum vero iudicabat ante Reipublicae Romanae amplitudinem, quae totum prope orbem est complexa, res humanas tam fuisse & divulsas & dussolutas & disiectas ut earum historia in unum corpus coalescere non posset* ... Il riconoscimento della impossibilità di stabilire il principio, l'origine, induce a descrivere avvenimenti che si inquadrano entro una struttura politica definita.

za dall'autore, proprio in rapporto alle *interpolatae narrationes*. È un lascito di rilievo per gli studi futuri sul diritto romano.

Certe Iurisconsulti, cum de probationibus & fide instrumentorum agunt, non haerent in iis quae exempla vocantur; sed Authentica et veluti archetipa requirunt. An nos in antiquae alicuius historiae quaestione, antiquissimos illos atque (ut ita dicam) classicos testes postponemus recentioribus? An secundae atque interpolatae narrationis maior erit fides, quam primae et integrae? Mitto illud, quod Aristoteles libro primo Rhetoricae loquens de testibus, πσότατοι, inquit, οι παλαιοι ἀδιάφθοροι. Sed iterum dico, quo posterior et magis nova est rei antiquae narratio, tanto mendosiore eam esse solere.

Certamente i giuristi, quando trattano di prove e di fedeltà dei documenti non si attengono a quelle che vengono definite copie ma cercano i documenti autentici ed originali. Forse nel discutere su vicende storiche antiche, posporremo i testi più antichi e, per dir così, classici ai più recenti? Forse l'affidabilità di una narrazione successiva ed interpolata sarà maggiore di una originaria ed integra? Tralascio il fatto che Aristotele parlando dei testimoni nel primo libro della retorica definisce i più antichi maggiormente degni di fede. Ma ancora dico quanto più recente e nuova è la narrazione di fatti antichi, tanto più essa suole essere difettosa⁴⁸.

Eliminando le interpolazioni, si trovano testimonianze incorrotte: *Nam et incorrupta veterum testimonia sine ulla interpolatione potius legi debere existimo*. La fiducia nella storia che qui si manifesta presuppone una persuasione epistemologica: il passato, se correttamente riconosciuto, è fonte di verità. Da ciò consegue che per studiare il vero diritto romano bisogna rompere l'unità del *Corpus iuris* (e questo è un messaggio antiautoritario), ritrovare la *legum Romanarum varietas*: il che porta a sopprimere ogni periodizzazione.

Corpus illud juris (ut appellatur) quod Justinianus nobis reliquit, conflatum est ex ea legum Romanarum varietate, quae annis mille et trecentis iactata est abs Romulo usque ad Justinianum. Neque modo alia esse dicitur Jurisprudentia vetus, alia nova, alia media: sed et quotannis prope est mutata.

Quel *Corpus iuris* – come viene chiamato – che Giustiniano ci ha lasciato, è pieno della varietà delle leggi romane che è stata prodotta da Romolo fino a Giustiniano.

⁴⁸ Balduini, *De institutione historiae universae* cit. 1, 83. Vedi R. Orestano, *Diritto e storia nel pensiero giuridico del secolo XVI*, in AA. VV., *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche* cit. 389 ss.; Id., *Introduzione* cit. 200 ss; 632 ss.; Piano Mortari, *Diritto logica metodo* cit. 405 ss. A. Wiffels, *Baudouin François*, in Arabeyre, Halpérin, Krynen (a c. di), *Dictionnaire historique* cit. 53 s. Sulla biografia di Baudouin ed in particolare sulla posizione rispetto all'esperienza religiosa, che vede prima la sua adesione alla Riforma protestante, poi il ritorno al cattolicesimo, vedi M. Fiorentini, *Il giurista e l'eretico. Critica delle fonti e irenismo religioso nella prima età moderna*, Roma 2016, 225 ss. (con riferimenti alla bibliografia precedente).

Né si può dire che vi sia una giurisprudenza antica e poi un'altra nuova ed una media: ma essa muta continuamente⁴⁹.

Riemergono norme, immagini e pensieri dimenticati o alterati. La verità di questi, la stessa possibilità di assumerli come fonte d'ispirazione sono un frutto della conoscenza storica. Al tempo stesso, la ricerca della verità si collega all'idea di *historia integra*, che circola in tutta l'opera.

... Ac uno quidem verbo dicere possem, me agere de historia integra. Sed quam late pateat haec integritas, si tam brevis sim, vix intelligeretur. Possem adiicere, esse historiam universam, et temporum et regionum et rerum ratione...

... Potrei dire con una sola parola che io tratto la storia nella sua integrità. Ma quanto si estenda questa integrità, difficilmente potrà comprendersi, se la mia esposizione è così breve ... Potrei aggiungere che è la storia nella sua interezza, in relazione a tempi, luoghi ed avvenimenti...⁵⁰.

L'espressione *historia universa* non significa tutta la storia (né la storia di tutti gli eventi conoscibili). Indica una unità più profonda riferita all'oggetto di ogni trattazione. Nei tempi, nei territori, nei fatti che si sceglie di raccontare, va garantita l'integrità di quanto si espone: questa è l'interpretazione che a me pare più attendibile.

Per capire il senso dei concetti impiegati da Baudouin dobbiamo tenere presente che essi si riferiscono da un lato ad un modo di vedere i fatti e le regole nel loro reciproco collegamento; dall'altro ad una specifica attenzione alle strutture politico-costituzionali, come contesto e guida alla comprensione⁵¹. In questo duplice piano descrittivo è chiara la omogeneità tra passato e presente. Sia gli accadimenti attuali sia quelli trascorsi diventano contemporanei nel pensiero di chi li descrive:

Spectatores dico, non earum modo rerum qui in oculos nostros incurrunt, sed et earum, quas memoria nostra comprehendit et iam olim praeteritas nobis tanquam praesentes sistit.

spettatori, dico, non soltanto di quei fatti che capitano davanti ai nostri occhi, ma anche di quelli che la nostra memoria comprende e che, già trascorsi, mette davanti a noi come fossero presenti⁵².

La *historia integra* è per definizione non frammentata.

⁴⁹ *Ibid.* 2, 127.

⁵⁰ *Ibid.* 1, 33.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² *Ibid.* 42 ss.

Sed profecto, qui intelligunt quaenam sit rerum humanarum successio et veluti concatenata consecutio, illi naturalem quandam (ut jurisconsultorum verbo utar) individualitatem perpetuae historiae esse sentiunt ...

Senza dubbio coloro che comprendono quale sia la successione e quasi la concatenazione temporale delle cose umane avvertono ugualmente che vi è una certa naturale individualità, per usare un termine proprio dei giureconsulti, nella storia di ogni tempo...⁵³.

Nel linguaggio dei giuristi romani *individuus* significa indivisibile. Tutto ciò che separa ed isola parti costitutive della vita non corrisponde alla concatenazione delle vicende storiche.

Sed addo, universitatem integram non esse, nisi si historia interea et omnes obeat regiones, in quibus est aliquid, cur haereat et ubi consistat, ac quid ibi domi, forisque agatur, notet, cumque suis semper circumstantiis describat. Veteres appellarunt historiam πραγματικὴν, quae quod narrat, diligenter exponit, et sapienter utiliterque demonstrat, ut non solum eventa, sed et causas eorum, et cum consiliis facta describat.

Ma aggiungo che l'insieme delle vicende narrate non è integro, se non quando la storia esamini contemporaneamente tutte le regioni nelle quali vi è qualcosa a cui essa aderisca e su cui si possa fondare ed osservi ciò che si compie in patria e fuori e lo descriva sempre in rapporto alle situazioni circostanti. Gli antichi chiamarono 'pragmatica' la storia che espone con cura ciò che narra e lo mostra in una forma sapiente ed utile, in modo da illustrare non solo gli eventi, ma anche le loro cause e ciò che si compie intenzionalmente⁵⁴.

È questa correlazione degli avvenimenti a spiegare tutto: a dare un senso alle forme giuridiche e a ciò che vi è pragmaticamente collegato. Il punto d'arrivo per Baudouin è una scienza giuridica che comprenda in sé la narrazione storica e contemporaneamente è una *historia* dei fatti capace di includere i documenti giuridici, i comandi, le forme dell'organizzazione⁵⁵.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ *Ibid.* Vedi anche 93, ove sono enunciati i precetti relativi all'*officium historicorum*. È chiaro che la descrizione presuppone un procedimento selettivo: ... *Eius generis sunt haec praecepta: ut habeatur delectus rerum narrandarum; ut narrentur res magnae atque utiles; ut temporum et locorum notatione illustentur; ut orationis luce commendentur; ut causae, consilia eventus explicantur.*

⁵⁵ Balduini, *De institutione* 1 cit. 189: ... *Ego quidem nondum satis statuere potui, plusne lucis historia ex iurisprudentiae libris, an iurisprudentia ex historicis monumentis accipiat ... Ego dicere soleo, me et legum libris ad historiae memoriam consecrandam et historiae monumentis ad legum volumina evolvenda excitatum fuisse ...*

* * *

Possiamo dunque vedere alcuni tratti comuni negli esempi che ho esaminato. Così gli spezzoni teorici compongono una specie di mosaico. In alcune convergenti accezioni di *aequitas* ho cercato di individuare l'immagine di un salto dalle leggi generali alla prassi e di conseguenza le correzioni, i mutamenti che possono nascere nell'applicazione delle leggi, nelle decisioni, nella creazione di norme speciali (Budé descrive questo livello usando il termine *decretum*, sulle orme di un passo aristotelico). Perciò l'equità è portatrice di mutamento; ha a che fare con il divenire del diritto. Lo abbiamo visto nei brani di Vives che ho citato, nella metafora del fiume che inaridisce con il solo *ius strictum*.

Il discorso di Alciato sulla storia da un lato pone questa attività intellettuale in rapporto con la pratica e dall'altro le riconosce una preminenza che nasce dal sapere disinteressato e aderente alla realtà. D'altro canto, lo studio storico, puntando sulla particolarità, sul relativo, è funzionale, come si vede in Vives, ma poi più precisamente in Hotman, ad una nuova e più libera normazione, tale da incontrare sulla propria strada l'esperienza, le fonti del passato, ma anche l'idea di ragione, evocata limpidamente nell'epilogo dell'*Antitribonian*.

Infine, la *historia integra* a cui si accosta Baudouin, legata fortemente alla giurisprudenza, va al di là delle ricette politiche e ci appare come la rappresentazione di un ordine; un insieme di nessi spiegabili: *concatenata consecutio*. Prevale l'attitudine a contemplare. Le costruzioni giuridiche e i fatti correlativi sono momenti di un processo che accomuna passato e presente e che egli descrive a partire dalla contemporaneità.

Massimo Brutti

Università Sapienza di Roma
massimo.brutti@uniroma1.it

In memoriam

Mario Capasso
(7.5.1951 - 26.12.2023)

Literarische und dokumentarische Papyrologie auf höchstem Niveau zu betreiben und in beiden Sparten gleichermaßen forschend oder gar editorisch tätig zu sein, ist seit der Fortentwicklung der papyrologischen Studien im vergangenen Jahrhundert nahezu ein Ding der Unmöglichkeit. Das gilt selbst für Italien, wo es nicht in vergleichbarem Umfang zu den in anderen Ländern zu beobachtenden Kontinuitätsbrüchen kam. Letzteres mag auch die große wissenschaftsgeschichtliche Tradition erklären, die hier stärker als andernorts ausgeprägt ist und gerade auch in der Papyrologie stets gegenwärtig war. In all diesen Bereichen hat Mario Capasso bleibende Spuren hinterlassen, was um so bemerkenswerter ist, als seine Anfänge nicht unbedingt in diese Richtung wiesen.

Mario Capasso, am 7. Mai 1951 in Neapel geboren und nach dem frühen Verlust des Vaters mit drei Geschwistern in beengten Verhältnissen aufgewachsen, hatte auch dort studiert und sich bei Marcello Gigante und dem von ihm begründeten *Centro Internazionale per lo Studio dei Papiri Ercolanesi* CISPE, das nunmehr den Namen seines *spiritus rector* trägt, die Welt der herkulanensischen Papyri erschlossen. Diesem Bereich entsprangen auch seine ersten Veröffentlichungen, die er, erst 25jährig, in den ebenfalls von Gigante begründeten *Cronache Ercolanesi* vornahm, wo er auch in den Folgejahren nahezu regelmäßig zu publizieren pflegte. Auch wenn sich der Schwerpunkt von inhaltlichen Fragen im Laufe der Zeit auf solche der Konservierung verschob und zunehmend andere Publikationsorgane an die Seite der *Cronache* traten, bewegten sich die Studien doch noch bis weit in die 1980er Jahre hinein im Umfeld der Funde von Herculaneum und damit auf dem Feld der literarischen und näherhin philosophischen Papyrologie.

Ebenso waren die gelegentlichen Ausflüge in die Wissenschaftsgeschichte grundsätzlich noch diesem Gebiet verhaftet, ob ein Kommentar zum Neudruck von Scipione Maffei's Brief *Sopra le Antichità d'Ercolano* oder Beiträge zu Persönlichkeiten wie Carlo Maria Rosini, Hermann Usener oder Amedeo Maiuri, an deren Gedenkschriften Capasso teilweise federführend mitgewirkt

* Zu danken habe ich Jürgen Hammerstaedt und Natascia Pellé für den Austausch über manche biographischen Details, letzterer auch für die freundliche Übersendung der aktuellen Bibliographie sowie ihres eigenen Nachrufs, der, da für die *Cronache Ercolanesi* gedacht, den Schwerpunkt auf die diesbezüglichen Studien legt.

hatte. Wiederholt kam überdies die sog. *Charta Borgiana* zum Tragen, eine im Jahr 193 n. Chr. erstellte, heute im Neapolitaner Museo Archeologico Nazionale aufbewahrte Dammarbeiterliste aus dem ägyptischen Tebtynis, deren 1788 erfolgte Publikation durch den Dänen Niels I. Schow gemeinhin als Geburtsstunde der Papyrusforschung gilt. Daß Capasso bei den anlässlich der Zweihundertjahrfeier vorgelegten, zweibändigen *Miscellanea papirologica* gemeinsam mit zwei Florentiner Kollegen als Herausgeber fungierte, stellte wissenschaftlich einen ersten bedeutsamen Schritt aus dem bisherigen Umkreis seiner Studien dar.

Geographisch hatte er diesen Schritt bereits 1987 vollzogen, als er an die Università degli Studi di Lecce, die heutige Università del Salento, wechselte, wo er zunächst auf einer Assistenzprofessur wie schon zuvor in Neapel Paläographie und Diplomatik, dann auch Papyrologie lehrte und außerdem Restaurierungskurse gab. Selbst die im Jahr 2000 erfolgte Ernennung zum Ordinarius hinderte ihn nicht, Papyrologie und griechische Paläographie ebenso an der Università degli Studi di Foggia sowie an der Universität L'Orientale in Neapel zu unterrichten, wie überhaupt seine Energie über all die Jahre hinweg unerschöpflich schien, mit der er die mit den Papyri verbundenen Studien auf ganzer Linie förderte und unermüdlich vorantrieb. Bereits 1992 hatte er in Lecce das seither von ihm geleitete, 2007 nochmals um das *Museo Papirologico* erweiterte *Centro di Studi Papirologici* gegründet, für das er unter anderem eine Sammlung von mehr als 300 zumeist aus Mumienkartonnage gewonnenen, weit überwiegend griechischsprachigen Papyri erwarb; restauratorisch war er außerdem in Oxford, Kairo – hier am Ägyptischen Museum wie der Ain Shams Universität –, in Bologna, Lüttich und eben auch Neapel an der *Charta Borgiana* aktiv.

Parallel dazu hatte Capasso schon in den 1990er Jahren die Unternehmungen auf den Weg gebracht, die ihm außerhalb seiner engeren und weiteren Heimat allgemeine Bekanntheit verschafften, nämlich die Ausgrabungstätigkeit in Ägypten – einem Land, das ihm ebenso wie seine Bewohner seither ans Herz wachsen sollte. Dabei konzentrierte er sich auf zwei Ortschaften in der westlich des Nils gelegenen Flußoase des Faijum, beide aus den Papyri bestens geläufig, nämlich einerseits das auf halber Strecke zwischen Philadelpheia und Karanis bei Kom el-Atl befindliche Bakchias und andererseits Soknopaiou Nesos, das heutige Dime, im Norden des Moerissees. War Bakchias bis dahin vornehmlich durch das Archiv des Soknobrais-Tempels bekannt, gelang es bei den von 1993 bis 2003 von den Universitäten Lecce und Bologna gemeinsam durchgeführten Grabungen, bei denen Capasso zusammen mit Sergio Pernigotti die Leitungsfunktion wahrnahm, nicht nur verschiedene Bauphasen des Tempels, sondern auch ein orthogonales Straßennetz nachzuweisen.

Die dort gesammelten Erfahrungen sollte Capasso nochmals erfolgreicher

in dem westlicheren Soknopaiu Nesos einsetzen, wo ihm seine kurz zuvor von Bologna nach Lecce berufene Kollegin Paola Davoli, seit 2002 Professorin für Ägyptologie an der Università del Salento und als Field Director auch us-amerikanischer Grabungen vielgefragte Expertin in diesem Bereich, stets tatkräftig zur Seite stand. Hier förderten die seit 2004 durchgeführten Kampagnen, die sich bislang, vom Dromos abgesehen, weitgehend auf das Tempelgebiet beschränkten, nicht nur mehr Papyri als in Bakchias zutage, sondern darüber hinaus zahlreiche Ostraka, die sich, von den früheren Ausgräbern übersehen oder kurzerhand als unbeachtlich entsorgt, in den von ihnen hinterlassenen Abraumhalden fanden. Vor allem aber gewährten die freigelegten Tempelanlagen einen völlig neuen Einblick in das religiöse Leben dieses bedeutenden Kultorts in römischer Zeit, bis hin zu dem neuentdeckten Gegentempel, in dem sich wohl das einst berühmte Soknopaios-Orakel befand. Die Lecceser Grabungen vermochten damit das aus den Papyri bekannte Bild in willkommener Weise um eine Fülle aufschlußreicher Details zu bereichern, über deren Fortschritte die beeindruckende Homepage des *Centro di Studi Papirologici* <<https://www.museopapirologico.eu/index.htm>> stets auf dem laufenden hielt. Eine Vorreiterrolle wird man Lecce bei alledem in der Beziehung von Spezialisten im realienkundlichen Bereich und zumal der verschiedenen naturwissenschaftlichen Fächer zuschreiben dürfen.

Obwohl der Umfang der rein organisatorischen Belange, die hiermit verbunden waren, schwerlich zu überschätzen ist, begnügte sich Capasso keineswegs hiermit. Vielmehr veranstaltete er überdies regelmäßige Sommerkurse zur Papyrologie, die er seit dem Jahr 2000 in jährlichem Wechsel mit solchen zur Restaurierung anbot, sowie die im Jahr 2006 von ihm begründeten *Giovedì Egittologici e Papirologici*, zu denen er renommierte Fachvertreter aus aller Welt einlud, um seine Studenten über die dort gehaltenen Vorträge mit ihnen bekannt zu machen. Die Etablierung eines eigenen Studienganges mit dem Abschluß einer Laurea oder auch Laurea magistrale in Papyrologie war eine Selbstverständlichkeit.

Neben all diesen vielfältigen Aktivitäten kam freilich auch die Publikationstätigkeit nicht zu kurz. Hatte schon immer ein Schwerpunkt im Bereich der Buchgeschichte und eben der Konservierung gelegen, wurde dies nunmehr erweitert um Arbeiten zu den Errungenschaften, die die neuen Medien mit sich brachten. Die Ausgrabungstätigkeit sollte wiederum außer Fundberichten auch Beiträge zur Geschichte und zur literarischen Produktion der in Rede stehenden Orte generieren. Daneben verfolgte Capasso weiterhin auch traditionellere Bahnen, indem er etwa maßgeblich an der Initiative zu dem – inzwischen auf mehr als ein halbes Dutzend Bände angewachsenen – *Corpus dei Papiri Storici Greci e Latini* beteiligt war, Übersetzungen als wichtig

erkannter Werke von Fachkollegen wie Roger S. Bagnalls *Papiri e Storia Antica* fertigte, die üblichen Vorworte zu Publikationen von Freunden und Schülern schrieb, sich als Beiträger oder gar Herausgeber von Festschriften betätigte und im Jahr 2005 auch selbst eine Einführung in die Papyrologie – dem Untertitel zufolge *Dalla pianta di papiro all'informatica papirologica* – verfaßte.

Bei alledem blieb Capasso seinen philosophischen und bibliologischen Interessen unbeirrt treu. So hatte er noch in seinen Lecceser Anfangsjahren das bis heute grundlegende *Manuale di Papirologia Ercolanese* vorgelegt, wie denn auch Philodem in seinen Veröffentlichungen nach wie vor eine große Rolle spielte. Für das Gebiet der dokumentarischen Papyrologie vermochte er sich hingegen nur bedingt zu erwärmen. Zwar sollte er ab und an dazu ebenfalls publizieren, doch ohne daß Alltagstexte je in das Zentrum seiner Studien gelangten. Letztlich stand ihm dieser Bereich mehr oder weniger fern, bis dahin, daß er primär althistorisch orientierten Nachwuchskräften den Wechsel zu einschlägiger ausgewiesenen Kollegen empfahl. Selbst Editionen überließ er bevorzugt anderen, deren Arbeiten er in Sammelbänden vereinte wie den *Papiri documentari greci*, denen 1993 gleich der zweite Band der von ihm ins Leben gerufenen Reihe *Papyrologica Lupiensia* gewidmet war.

Capasso Herausgeber Tätigkeit beschränkte sich freilich nicht nur auf eher lokal ausgerichtete Zeitschriften bzw. Reihen wie eben die *Papyrologica Lupiensia* oder die *Album* del Centro di Studi Papirologici, vielmehr gab es unter den von ihm begründeten Publikationsorganen durchaus auch solche mit internationalem Einzugsbereich; verwiesen sei nur auf die gemeinsam mit Giancarlo Prato betreuten *Scripta. An International Journal of Codicology and Palaeography*, die, inzwischen bei Band 23 angelangt, auch online zugänglich sind, oder auf die schon seit 2004 bestehenden *Studi di Egittologia e di Papirologia*» mitsamt der zugehörigen *Biblioteca*, in der Capasso den monumentalen ersten, bislang leider einzigen Band des *Soknopaiou Nesos Project* zu den Entdeckungen der Jahre 2003 bis 2009 publizierte. Dort erschienen auch die drei letzten, von dem kürzlich ebenfalls verstorbenen Sergio Daris betreuten Supplementbände zu dem von Aristide Calderini angelegten, lange Zeit unentbehrlichen Nachschlagewerk *Dizionario dei nomi geografici e topografici dell'Egitto greco-romano* und vor allem die erneut von Capasso konzipierte Serie der *Hermae. Scholars and Scholarship in Papyrology*, in der er aufs neue seinen wissenschaftsgeschichtlichen Interessen frönte.

Die 2023 bei ihrem fünften, dem vorerst wohl letzten Band angelangten *Hermae* lassen zweifellos am deutlichsten erkennen, in welcher Tradition Capasso sich sah, wie weit er sich aber auch von seinen Anfängen in der herkulanensischen Papyrologie entfernt hatte. Neben zahlreichen Kollegen des In- und Auslands hatten darin er selbst – zu Niels I. Schow und Medea Norsa in ihren späteren

Jahren – wie auch immer wieder seine langjährige Mitarbeiterin Natascia Pellé Lebensbilder von Persönlichkeiten präsentiert, die in diesen mehr als 200 Jahren auf ihre jeweils eigene Weise zur Entwicklung des Faches beitrugen und damit Wegbereiter für künftige Generationen von Papyrologen waren. Freilich war die Zusammenstellung weitaus mehr als nur das, wie Capasso im Vorwort zum ersten Band bekannte, nämlich «innanzitutto un omaggio a queste figure: veri e propri pionieri che operarono in condizioni per diversi motivi difficili; studiosi che successivamente, nel solco della scia da questi tracciata, hanno più nitidamente delineato gli àmbiti della disciplina e più concretamente organizzato i metodi di ricerca; esperti, infine, che hanno ulteriormente contribuito alla disciplina, inserendola a pieno titolo tra i fondamenti della storia del mondo antico, delle letterature, del libro e delle scritture prevalentemente dell'area mediterranea in epoca antica: uomini e donne che, con la loro applicazione, le loro intuizioni, le loro ambizioni, i loro sacrifici ed anche i loro errori, hanno fatto della ricerca papirologica una ragione di vita». Zwar steuerte Capasso vom zweiten Band an nunmehr die Einleitungen bei, doch wird man kaum fehlgehen in der Annahme, daß er in diesen Persönlichkeiten eine Art Familie und intellektuelle Heimat sah. Das weit über die eigenen Forschungsfelder hinausgreifende, neben griechischen und lateinischen Papyrologen auch Demotisten und Ausgräber einschließende Konzept kann insoweit zugleich als Spiegel seines eigenen Fachverständnisses dienen.

Der hierin wie schon im Kontext der Grabungskampagnen bezeugte weite Blick, gepaart mit einer ungewöhnlichen Bereitschaft zu fruchtbarer Kooperation und gekennzeichnet von großer Entdeckerfreude und Neugier gegenüber noch Unbekanntem, ist in der Wissenschaft keineswegs so selbstverständlich, wie man meinen sollte. Von alldem und nicht zuletzt den im Zuge seiner vielfältigen Aktivitäten geknüpften Verbindungen kündigt denn auch die Capasso zu seinem 65. Geburtstag gewidmete Festschrift mit dem sprechenden Titel Πολυμάθεια, deren Vorabdruck ihm in feierlicher Runde schon 2016 auf dem Papyrologenkongreß in Barcelona überreicht werden konnte. Mit ihren insgesamt fünf Aspekten – *Papirologia. Nuove edizioni* (P.Capasso 1-11); *Papirologia. Saggi*; *Filologia*; *Archeologia*; *Storia degli Studi* – stellen die mehr als sechs Dutzend Beiträge in- und ausländischer Kollegen und Schüler, die Anfang 2018 auch gedruckt erschienen, ein getreues Abbild seiner allgemeinen Wertschätzung dar.

Fast unvermeidlich war mit der Zeit auch eine zunehmende Einbindung in die nationalen wie internationalen Fachverbände zu konstatieren, so daß sich zu Capassos ohnehin reicher Gutachtertätigkeit die Übernahme prestigeträchtiger Ehrenämter gesellte. Darunter dürfte die Funktion als Präsident der *Associazione Italiana di Cultura Classica*, die er seit 2007 und damit dem 110. Jahrestag ihrer

Gründung bis zu seinem Tod bekleidete, auf nationaler Ebene wohl die ihm wichtigste gewesen sein. Nicht nur trug Capasso maßgeblich zur Erneuerung des einst so ruhmreichen Verbandes bei, an dessen Gründung Girolamo Vitelli im Jahr 1897 federführend beteiligt war und der seither zahlreiche illustre Namen in seinen Reihen zählte. Mit der ihm eigenen Energie schritt Capasso vielmehr auch hier umgehend zur Tat, indem er nicht nur der altehrwürdigen Zeitschrift *Atene e Roma* mit dem Beginn einer neuen Serie frischen Geist einhauchte, sondern bereits für den Mai des folgenden Jahres eine erste landesweite Tagung der AICC zum Thema *Leggere greco e latino fuori dai confini nel Mondo Antico* einberief und überdies dem Publikationsorgan des Verbandes die neugeschaffenen *Quaderni di Atene e Roma* zur Seite stellte, als deren Auftakt er schon 2010 die hieraus hervorgegangenen Akten vorlegte.

Capassos Organisationstalent machte an den Grenzen Italiens jedoch keineswegs halt, sondern sollte ebenso auch jenseits davon zum Tragen kommen. So nahm er die 2003 in Sommerhausen bei Würzburg stattfindende Tagung zu Tebtynis und Soknopaiu Nesos zum Anlaß, für das Jahr 2005 zu einer weiteren Faijum-Konferenz nach Lecce einzuladen, womit er den Anstoß zu einer ganzen Folge länderübergreifender Treffen von Papyrologen, Demotisten und Archäologen zu dieser Region gab. Schon früh hatte er außerdem das Interesse von Lecce signalisiert, den im Jahr 2019 anstehenden XXIX. Internationalen Papyrologenkongreß auszurichten, was auf dem 2016 in Barcelona abgehaltenen Vorgängerkongreß auf große Zustimmung stieß. Die daran geknüpften, hohen Erwartungen wurden nicht enttäuscht. Mit dem reichen Programm, aber mehr noch der gelösten Atmosphäre wird dieser Kongreß allen Anwesenden für immer im Gedächtnis bleiben, wobei der glückliche Umstand, daß all dies noch vor der im Winter ausbrechenden Corona-Epidemie und damit der monatelangen Sistierung allen normalen Lebens geschah, die Erinnerung daran nochmals kostbarer macht. Wie viel dies Capasso selbst bedeutete, läßt schon der unbändige Stolz erkennen, mit dem er in Barcelona allen Gepflogenheiten zum Trotz, was die offizielle Bekanntgabe von Ort und Datum des nächsten Kongresses betraf, gleich mehrfach und überdies öffentlich die Einladung nach Lecce aussprach; ob bei der Entgegennahme seiner Festschrift oder bei dem feierlichen *farewell dinner* in der wunderbaren spätgotischen Llotja, nichts vermochte ihn davon abzuhalten. Daß es ihm damit gelang, den Internationalen Papyrologenkongreß mehr als 20 Jahre nach dem 1998 veranstalteten XXII. Kongreß in Florenz erstmals wieder nach Italien zurückkehren zu lassen, wird ihm fraglos eine besondere Genugtuung gewesen sein.

Zum Organisationstalent gesellte sich indes auch Begeisterungsfähigkeit, die sich ebenso auch auf den Schülerkreis übertrug, was nicht zum geringsten die allgemein gehobene Stimmung dieser Veranstaltung erklären dürfte. Dabei war

Capasso sichtlich stets daran gelegen, andere nicht nur einzubeziehen, sondern auch ihr Engagement zu würdigen, während er selbst, einmal an das Ziel seiner Wünsche gelangt, eher die Rolle einer Grauen Eminenz hinter den Kulissen einnahm. Dies ist auch insofern bemerkenswert, als er, wie schon die zahlreichen von ihm bekleideten Ämter und vielfältigen Projekte bezeugen, durchaus ehrgeizig war, aber ungeachtet dessen offenkundig fest entschlossen, die Ideale eines gedeihlichen Miteinanders nicht zu verraten. Beide Eigenschaften pflegen sich üblicherweise auszuschließen, weswegen man sie höchst selten in Kombination antrifft. Capasso stellte eine solche rare Ausnahme dar, wobei dies, wie sich stets aufs neue zeigte, für ihn sogar ein durchaus charakteristischer Wesenszug war.

Zeit lebens vor Energie sprühend, verstand Capasso zudem stets andere mit seinem Enthusiasmus und seiner Erzählfreude anzustecken. Beredtes Zeugnis hierfür legt namentlich das 2003 publizierte *Album* über die Wiederauffindung des lange verschollenen Gallus-Papyrus ab, das sich partienweise wie ein Krimi liest und dessen mikroskopische, im Verbund mit der Restaurierung gefertigte Aufnahmen endgültig jeden Zweifel an der Echtheit des Papyrus beseitigen sollten. Möglicherweise hatte ihn dies dazu angeregt, in seinen späteren Jahren auch regelrechte Romane zu schreiben, die um sein *alter ego*, den englischen Papyrusrestaurator Dr. Cavendish, und dessen Abenteuer bei seiner Berufsausübung in Ägypten und auch anderswo kreisten. Ebenso großzügig wie freundlich, war Capasso Neuem und Fremdem gegenüber stets aufgeschlossen und vor allem am Austausch und der Zusammenarbeit mit anderen interessiert, solange dies nur den von ihm als richtig erkannten Anliegen diene. Seine durch und durch irenische Natur ließ ihn endlich auch dort Zurückhaltung üben, wo er sich, wie im Fall des sog. Artemidor-Papyrus – den er wohlgerne persönlich in Augenschein nehmen konnte, nicht anders als seinerzeit den Gallus-Papyrus –, einer *res non integra* gegenüber sah. Denn so gern man von ihm und damit aus berufenem Munde Substantielles zu dieser lange umstrittenen Kontroverse vernommen hätte, ließ er, ob seiner Erfahrung und Kompetenzen ein Experte sondergleichen und insofern fraglos der Geeignetste dazu, sich doch bis zuletzt keine Aussage hierzu entlocken.

Mario Capasso ist es gelungen, Lecce fast aus dem Nichts zu einem weltweit anerkannten Zentrum papyrologischer Studien zu machen, was ihm, wiewohl er lange Zeit weiterhin in Neapel wohnhaft blieb, offenbar ein Herzensanliegen war. Obwohl gewiß auch er noch über Jahre hinweg die für Italien so typische Hoffnung auf eine Rückkehr an die heimatliche *Alma mater* hegte, sollte er – auch hierin eine rare Ausnahme – die Lecceser Stelle keineswegs nur als Übergangslösung und bloßes Sprungbrett begreifen. Vielmehr setzte er von Anfang an all seine Energie für seinen neuen Standort ein und suchte mit der Gründung

des *Centro di Studi Papirologici* und des zugehörigen Museums Dauerhaftigkeit zu schaffen. Den Höhepunkt all seines Einsatzes stellte zweifellos der im Jahr 2019 in Lecce ausgerichtete XXIX. Internationale Papyrologenkongreß dar, dessen Tagungsakten er, wie immer im Verbund mit seinen unermüdlichen Mitstreiterinnen Paola Davoli und Natascia Pellé, erneut nur wenige Jahre später, nämlich 2022 bei dem folgenden XXX. Kongreß in Paris vorlegte. Erneut erwies sich hierbei Capassos Großzügigkeit, und zwar gleich in doppelter Hinsicht; wurden die zweibändigen Akten doch nicht nur unter der Adresse <http://siba-ese.unisalento.it/index.php/29th_ICP/issue/view/1881> online zur Verfügung gestellt, vielmehr lagen auf den Büchertischen auch gedruckte Exemplare aus, die Interessierte gegen eine entsprechende Bücherspende an die Lecceser Bibliothek umgehend mit sich forttragen durften.

Capasso selbst war bei dieser Gelegenheit freilich nicht präsent, weswegen er auch seiner Wiederwahl in das *Comité* der *Association Internationale de Papyrologues* nicht persönlich beiwohnen konnte. Tatsächlich scheint ihm seine Gesundheit dies nicht mehr erlaubt zu haben, wenngleich er bis zuletzt weiterhin publizierte. Nur eineinhalb Jahre später, am 26. Dezember 2023, ist Mario Capasso mit 72 Jahren am Wohnort einer seiner beiden Töchter Antonella und Alessandra beim norditalienischen Treviso verstorben. Mit seiner Tatkraft, seinem Enthusiasmus, seinem Humor und seiner Menschlichkeit wird der Schöpfer des Lecceser *Centro di Studi Papirologici* und Ausgrabungsleiter in Soknopaiu Nesos allen, die ihn kennenlernen durften, auf immer im Gedächtnis bleiben.

Andrea Jördens

Discussioni

La crisi della certezza del diritto tra sfide e prospettive future

Il volume di Massimo Luciani *Ogni cosa al suo posto* è strutturalmente articolato in tre parti: nella prima (*La scienza giuridica, l'ordine, il limite*) l'a. evidenzia l'ordine che dovrebbe caratterizzare la scienza giuridica; nella seconda (*La rottura dell'ordine*) sottolinea la rottura dell'ordine, alla luce di fattori che mettono in crisi la stabilità del diritto; nell'ultima parte (*Esercizi di restauro e di restaurazione*) individua gli strumenti e le strategie che dovrebbero essere impiegati per ripristinare l'ordine su cui si fonda il sistema giuridico.

Nel primo capitolo (*Interrogativi sulla scienza giuridica*, pp. 3-17) l'a. evidenzia come l'ordine e la costituzione siano i pilastri fondamentali del concetto stesso di diritto, rappresentando il punto di partenza imprescindibile per qualsiasi discussione che riguardi l'ambito giuridico. È dalla seconda metà del diciannovesimo secolo che si è sviluppata una critica sempre più incisiva al positivismo giuridico (*pars destruens*), che ha portato alla piena sofferenza della *pars construens*, a causa del «diffuso scetticismo sulle capacità ordinanti della scienza giuridica» (p. 16)¹. Sul piano pratico, è facile notare come la conseguenza di tale atteggiamento critico siano le sempre più rare citazioni della dottrina negli atti giudiziari; questo avviene proprio perché la dottrina stessa viene ritenuta incapace di fornire certezza al diritto, determinando – come conseguenza – una visione del diritto sotto un profilo «soggettivo volontaristico incontrollabile» (p. 17).

Nel secondo capitolo (*Alla ricerca dell'ordine*, pp. 19-70) l'a. avvia un *excursus* storico che parte dal *chaos*, dove il diritto è visto come l'unico strumento capace di ristabilire l'ordine; perché quest'ultimo venga raggiunto, però, è necessario attraversare una fase intermedia, all'interno della quale si tenta di rendere ordinati i rapporti sociali. Per chiarire la sua analisi, Luciani rinvia al mito di Themis, seconda moglie di Zeus. Il re degli dèi aveva sposato in prime nozze una figlia del titano Oceano, Metis, simbolo di astuzia ed intelligenza. Rotto il legame con quest'ultima, Zeus sposa in seconde nozze Themis, personificazione della giustizia, dea dell'ordine e della legge naturale e divina. Le nozze rappresentano (nell'ottica del mito) il passaggio dall'ordine al disordine.

Nel corso del tempo – prosegue l'a. – è maturata l'idea di un ordine in grado, attraverso il diritto e le sue forme, di assicurare pace e stabilità; in tale prospettiva Luciani richiama la figura del Tiranno la cui autorità incontestabile gli permette di imporre l'or-

* A proposito di Massimo Luciani, *Ogni cosa al suo posto*, Giuffrè Editore, Milano 2023, pp. IX-269, ISBN 9788828853206.

¹J.H. von Kirchmann, *Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, Berlin 1843, 23 (trad. it. P. Frezza, *La mancanza di valore della giurisprudenza come scienza*, Milano 1964); R. von Jhering, *Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft?*, Göttingen 2009, 49. Sulla critica al positivismo giuridico: K. Olivecrona, *Jherings Rechtspositivismus im Lichte der heutigen Wissenschaft*, in *Jherings Erbe*, Göttingen 1970; F. Viola, *R. von Jhering e la conoscenza del diritto*, in *Interpretazione ed applicazione del diritto tra scienza e politica*, Palermo 1974; C. Faralli, *Il positivismo giuridico in discussione. Guido Fassò e le critiche al kelsenismo*, in *Ars interpretandi. Rivista di ermeneutica giuridica*, 1, 2024, 113-126.

dine giuridico e al contempo di violarlo: in quanto *primus inter pares* ed *extra pares*, il Tiranno si pone come figura suprema, al di sopra delle leggi che vincolano i sudditi. Fondamentale l'insegnamento aristotelico: «la legge è ordine e, di necessità, la buona legge è buon ordine»².

Nei diversi sistemi giuridici europei la nozione di 'certezza del diritto' viene espressa in vario modo: *Rechtssicherheit*, in tedesco, *seguridad*, in spagnolo, *security*, in inglese, *sécurité*, in francese. L'espressione sottolinea sempre l'importanza del legame tra sicurezza e certezza, elementi essenziali per garantire l'ordine giuridico. Il concetto di certezza racchiude in sé molteplici sfaccettature e risponde a svariate esigenze, fra cui la chiarezza delle norme giuridiche è imprescindibile. A tal proposito, l'a. delinea tre principi fondamentali per garantire la certezza: l'intero ordinamento deve operare come un sistema che genera certezza; la tutela delle singole istanze di giustizia non deve avvenire sacrificando la legalità e la certezza del diritto; l'attuazione e l'applicazione dei principi costituzionali non devono compromettere la 'sicurezza' giuridica. La certezza del diritto si configura, quindi, come una norma vincolante per tutti i consociati, tutti soggetti all'esigenza di un ordine certo, che operi nel rispetto delle leggi e dei principi giuridici stabiliti. L'a. ricorre alla metafora della mano 'invisibile' di Adam Smith³ per illustrare la dimensione normativa della socialità che regola i rapporti interpersonali, paragonando la mano invisibile, che guida le scelte individuali verso l'interesse collettivo nel mercato libero, alla locuzione *ubi societas ibi ius*, al fine di evidenziare come la socialità sia caratterizzata da una intrinseca dimensione normativa che autoregola i rapporti interni, frutto di complessi processi collettivi⁴. Nel prosieguo dell'analisi, Luciani affronta un'ulteriore questione fondamentale che coinvolge la certezza del diritto, relativa al confronto tra legge scritta e legge non scritta: mentre la prima si caratterizza per la sua intrinseca certezza, la seconda ha in sé la volatilità tipica della legge non scrit-

² Aristotele, *Politica*, VII (H), 4, 1326.

³ La 'mano invisibile' è secondo Adam Smith una forza che guida il mercato verso l'equilibrio: gli individui, pur perseguendo interessi personali, contribuiscono involontariamente al benessere collettivo. Il concetto viene introdotto per la prima volta dall'economista scozzese in *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, London 1776. Sulla teoria smithiana, *ex multis*, W.J. Samuels, *Erasing the Invisible Hand: Essays on an Elusive and Misused Concept in Economics*, Cambridge 2011; S. Fiori, *Machines, Bodies, and Invisible Hands. Metaphors of Order and Economic Theory in Adam Smith*, Cham 2021; R. P. Malloy, *Law and the Invisible Hand*, Cambridge 2022. Per una critica sull'attribuzione a Smith della metafora della mano invisibile del mercato, A. Roncaglia, *Il mito della mano invisibile*, Roma-Bari 2000, 45 ss.

⁴ Cic. *de rep.* 1.25.39: *Est igitur – inquit Africanus – res publica res populi, populus autem non omnis hominum coetus quoquo modo congregatus, sed coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus*. Sul passo, G. Aricò Anselmo, *Ius publicum - ius privatum in Ulpiano, Gaio e Cicerone*, in *AUPA*, 37, 1983, 445-787; G. Mancuso, *Rileggendo Cic. De re publ. 1.25.39 alla luce di Santi Romano*, in *Studi per Giovanni Nicosia V*, Milano 2007, 79-83; S. Romeo, *Populus e res publica. Riflessioni sulle categorie politiche del mondo antico*, in *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, 66/3, 2021, 3-80.

ta: «se la legge scritta è democratica, la tradizione non scritta è aristocratica»⁵.

Il capitolo si conclude evidenziando l'importanza di costruire e 'curare' uno stato costituzionale di diritto che miri a rinforzare le sue strutture, a preservare i suoi meccanismi e a sanare le sue patologie. Tuttavia, tali meccanismi di manutenzione e riparazione possono incontrare alcuni limiti; limiti che sono quindi analizzati nel terzo capitolo (*Alla ricerca del limite*, pp. 71-90) in cui Luciani, chiudendo la prima parte del volume, analizza i confini entro i quali i poteri devono operare per garantire la corretta funzionalità di uno stato costituzionale di diritto.

Il costituzionalismo appartiene alla modernità, tant'è che nasce in un contesto storico-economico differente rispetto al passato. I primi limiti esterni al potere vengono enucleati già a partire dal diritto comune, quando Baldo degli Ubaldi introdusse la distinzione tra *potestas absoluta* e *potestas ordinaria*, al fine di circoscrivere le manifestazioni più estreme del potere, relegandole all'ampia sfera dell'eccezionalità. Si sviluppò così col tempo l'idea che il costituzionalismo dovesse estendere il suo potere sia in senso orizzontale che verticale, territorialmente e funzionalmente, per evitare la concentrazione del potere nelle mani di un singolo individuo. Di conseguenza, la separazione dei poteri statuali – ed in particolare tra potere legislativo ed esecutivo – divenne essenziale, costituendo la *conditio sine qua non* del riconoscimento e dell'operatività dei diritti⁶: è necessario che *legis latio* e *legis executio* restino distinte, perché l'una non deve costituire esercizio dell'altra. La Costituzione stessa assegna la funzione legislativa alle Camere, indicando in maniera puntuale i tratti caratterizzanti della loro titolarità e delineando al contempo gli ulteriori poteri delle due assemblee: l'ordine dei poteri è, quindi, intrinsecamente costituzionale. Compito del giurista, precisa l'a., è quello di volgere lo sguardo alle eventuali alterazioni di tale ordine, individuando i rimedi per rimuoverne e correggerne le distorsioni.

Dopo aver illustrato i meccanismi con cui il diritto crea un sistema ordinato, l'a. avvia – nella seconda parte del volume intitolata *La rottura dell'ordine* – una riflessione volta a sottolineare la crisi dell'ordine stesso. Si tratta di una crisi che, alla luce dell'analisi precedentemente condotta, si manifesta soprattutto secondo Luciani nell'ordine costituzionale, strettamente legato alla separazione dei poteri.

Nel primo capitolo (*Venti di crisi*, pp. 93-111), si pone in rilievo come la crisi del rapporto tra ordine e diritto, sebbene abbia radici lontane, si sia acuita nel tardo Novecento. Il passaggio dallo Stato di diritto allo Stato costituzionale di diritto implicherebbe uno stravolgimento dei paradigmi classici. Solo i principi possono essere individuati giuridicamente, poiché sono gli unici in grado di esprimere un dover essere giuridico⁷. I valori,

⁵ J. De Romilly, *La loi dans la pensée grecque. Des origines à Aristote*, Paris 2001 (trad. it. E. Lana, *La legge nel pensiero greco*, Milano 2005, 44). Cfr., anche, R. Orestano, *Sulla problematica del segreto nel mondo romano*, in *Atti del Convegno Il segreto nella realtà giuridica italiana*, Roma 1983, 95-144; A. Schiavone, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino 2005, 65 ss.

⁶ La causa della separazione dei poteri, del resto, è proprio «la garanzia dei diritti individuali»: M. Mazziotti, *I conflitti di attribuzione tra i poteri dello stato*, Milano 1972, 149.

⁷ Che i valori, invece, non possiedono: A. D'Atena, *In tema di principi e valori costituzionali*, in *Giur. cost.*, 1997, 3068.

che non possono essere costituzionalizzati, sono utilizzati a posteriori come termine di paragone rispetto ai principi costituzionali. Lo Stato costituzionale, pur non rappresentando un'evoluzione diretta dello Stato di diritto, ne eredita gran parte degli istituti e delle istituzioni. La legalità formale viene superata dalla legalità sostanziale, incarnata dalla Costituzione; al vertice del sistema giuridico si pongono la Corte Costituzionale e la Corte di Cassazione, i cui rapporti necessitano di una precisa regolamentazione tramite strumenti dedicati. Da questa esigenza emerge il diritto dello Stato costituzionale, diritto prevalentemente giurisprudenziale.

Il secondo capitolo (*La produzione della legge*, pp.113-146) si apre con una critica al protagonismo del Governo nella c.d. 'monopoesi primaria'. L'avvento di norme costituzionali che hanno consentito al Governo l'esercizio della funzione legislativa non ha alterato la distinzione fondamentale tra atti normativi primari di provenienza governativa e fonti di provenienza parlamentare. Tuttavia, per l'a., il marcato protagonismo governativo potrebbe essere mitigato dai regolamenti parlamentari vigenti, all'interno dei quali sono previsti meccanismi istituzionali efficienti che permettono di bilanciare la pretesa di rapidità decisionale richiesta dai Governi con l'esigenza di correttezza e ponderatezza delle decisioni parlamentari.

La legge-provvedimento deve rispettare i paradigmi della 'non arbitrarietà' e della 'non irragionevolezza': si tratta però di parametri che presentano notevoli criticità. Sebbene alla Corte costituzionale sia affidato il compito di operare sulla base di criteri rigidi, tipizzati e controllabili, talvolta le sue decisioni appaiono caratterizzate da un ampio margine di discrezionalità. Per Luciani, infatti, la Corte non sempre si sofferma sulle 'motivazioni' che dovrebbero giustificare l'adozione di una legge-provvedimento (e la cui adozione il legislatore dovrebbe motivare), ma indaga sulla presenza o l'assenza di una 'ratio' «con evidente ampliamento dei margini del relativo apprezzamento» (p. 137).

È evidente come vi sia una stretta connessione tra separazione dei poteri e tutela dei diritti costituzionali. L'effettiva garanzia di questi ultimi risulta infatti compromessa qualora non venga rispettato il principio di separazione dei poteri. L'a. guarda alla legge-provvedimento con grande perplessità, perché, a suo avviso, essa tradisce la sua stessa natura normativa, la sua funzione essenziale; essa annulla, infatti, ogni forma di garanzia partecipativa e ostacola, di fatto, «la naturale elasticità dell'azione amministrativa, che trova nel potere di autotutela una fisiologica risposta alle necessità di riesame del provvedimento» (p.146).

Nel terzo capitolo (*L'applicazione della legge*, pp.147-179) si procede con una attenta analisi del ruolo predominante assunto dal potere giudiziario. Si tratta di un protagonismo che, a detta di Luciani, fonda le sue radici nella esigenza di diretta applicazione delle norme costituzionali: in caso di insanabile contrasto tra legge e Costituzione, prevale sempre la seconda sulla prima. Una legge incostituzionale, sebbene illegittima, rappresenta comunque un ostacolo all'applicazione diretta delle norme costituzionali fino a quando non viene dichiarata tale e rimossa dall'ordinamento giuridico⁸. Tuttavia,

⁸ Problema di diritto positivo, poiché l'ordinamento potrebbe esentare dall'osservanza della

questa apparente contraddizione si dissolve se si considera che, qualora ogni titolare di potere operasse entro i propri confini, non sorgerebbero conflitti.

Un'importante sfida consiste nell'interpretare la legge in conformità alla Costituzione, aderendo al suo carattere graduale e al suo costante progresso. Secondo l'a., per giungere ad un'interpretazione giuridica corretta, è opportuno procedere per fasi: si parte da una *decodifica*, cioè – nel senso genuino del termine – si procede all'individuazione di quale codice applicare. Successivamente si passa alla fase di *decifrazione* del testo, per poi giungere al momento dell'*identificazione dell'enunciato* (la cosiddetta attività di qualificazione). Il quarto passaggio è quello dell'*identificazione dell'enunciato giuridico*, mediante l'applicazione delle regole di diritto positivo. L'ultimo passaggio, che si apre solo nell'ipotesi in cui siano superati positivamente i passaggi precedenti, è quello dell'*interpretazione giuridica*, specifica attività di ascrizione di significato ad enunciati dotati di normatività giuridica.

Il capitolo che chiude la seconda parte del volume (*Il controllo della legge*, pp. 181-222) riconosce alla Corte Costituzionale un importante compito, quello, cioè, di giudicare dei conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato, come fosse giudice di ultima istanza delle controversie giuridiche. Il discorso sviluppato nel capitolo in esame si basa su due punti cardine: giurisdizionalità e potere annullatorio della legge. La Corte Costituzionale, come garante delle Costituzione, esercita secondo l'a., un'autorità pienamente giurisdizionale. L'art. 136 comma 1 della Costituzione⁹ permette di invocare la declaratoria di illegittimità costituzionale di una legge con effetti *erga omnes*; tratto, quest'ultimo, caratterizzante dello Stato Costituzionale di diritto.

Per analizzare dettagliatamente il caso, l'a. affronta la delicata questione del 'fine vita', un tema che la Corte Costituzionale ha avuto l'onere di esaminare. Nello specifico, la Corte è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'articolo 580 c.p.¹⁰ rubricato, *Istigazione o aiuto al suicidio*, articolo che è stato poi in parte dichiarato incostituzionale, in quanto in contrasto con una serie di principi fondamentali sanciti dalla Costituzione¹¹. Luciani conclude il capitolo muovendo una critica importante nei

legge illegittima anche prima che essa sia dichiarata tale (C.S. Nino, *A Philosophical Reconstruction of Judicial Review*, in *Cardozo L. Rev.*, 1993, 808).

⁹ Art. 136 co. 1 Cost.: «Quando la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione».

¹⁰ Art. 580 c.p.: «Chiunque determina altri al suicidio o rafforza l'altrui proposito di suicidio, ovvero ne agevola in qualsiasi modo l'esecuzione, è punito, se il suicidio avviene, con la reclusione da cinque a dodici anni. Se il suicidio non avviene, è punito con la reclusione da uno a cinque anni, sempre che dal tentativo di suicidio derivi una lesione personale grave o gravissima.

Le pene sono aumentate se la persona istigata o eccitata o aiutata si trova in una delle condizioni indicate nei numeri 1 e 2 dell'articolo precedente. Nondimeno, se la persona suddetta è minore degli anni quattordici o comunque è priva della capacità d'intendere o di volere, si applicano le disposizioni relative all'omicidio».

¹¹ La Corte ha dichiarato «l'illegittimità costituzionale dell'art. 580 del codice penale, nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge

confronti del legislatore: per l'a. il legislatore tende a scaricare sulla Corte Costituzionale la responsabilità di prendere decisioni su questioni divisive e oggetto di accesa discussione pubblica, evitando così di assumersi la propria responsabilità politica. Lo strumento del rinvio a data fissa porta il legislatore ad una preventiva assoluzione, perché è la Corte ad assumersi le conseguenze della decisione.

Dopo la riflessione sulla rottura del sistema, l'a., nella terza ed ultima parte della sua riflessione (*Esercizi di restauro e di restaurazione*), si avvia alla conclusione individuando gli strumenti essenziali per il ripristino dell'ordine perduto.

A tal fine, analizza, *in primis*, le condizioni politico-sociali necessarie per restaurare l'ordine costituzionale dei poteri. Il primo capitolo (*Il contesto*, pp. 225-232) si apre con un'esortazione all'impegno concreto, mediante il richiamo alle significative parole di Antonio Gramsci: «L'anima non si salva per solo dire. Ci vogliono le opere, e come!»¹². Per Luciani è necessario recuperare la logica originaria dello stare in-sede, con adattamenti ed aggiornamenti necessari in un contesto mutato.

Il volume si conclude (*Ragionare in campo vasto e nel tempo lungo*, pp. 233-261) con la fiduciosa convinzione dell'a. nella possibilità di risolvere il problema trattato. In una situazione come quella attuale, in cui il carattere misto della forma di governo e l'aspetto plebiscitario delle elezioni sono accentuati, i partiti cercano il consenso principalmente proponendo un *leader* alla pubblica opinione attraverso strategie manipolative. Per ottimizzare l'ordine costituzionale dei poteri, sarebbe invece necessario implementare un uso sapiente degli strumenti di organizzazione del lavoro parlamentare; inoltre, per evitare l'interferenza tra giurisdizione costituzionale e legislazione, basterebbe correggere alcune imprecisioni normative.

La strada intrapresa costituisce, secondo l'a., un passo significativo verso la direzione corretta.

La cultura giuridica, oltre ad essere degli studiosi, è anche degli avvocati, dei magistrati, dei notai, degli operatori giuridici¹³ e degli stessi consociati, grazie alla sua intrinseca capacità ordinante. Ed è proprio a livello della teoria del diritto che si costruiscono le premesse del rendimento effettivo dell'ordinamento. La cultura giuridica è quindi chiamata a trovare un equilibrio tra i mutamenti storico-politici e la consapevolezza

22 dicembre 2017, n. 219 (*Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*) – ovvero, quanto ai fatti anteriori alla pubblicazione della presente sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, con modalità equivalenti nei sensi di cui in motivazione –, agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente» (C. Cost. sent. n. 242 del 22 novembre 2019).

¹² A. Gramsci, *Quaderni dal carcere*, Quaderno 10 (XXXII), 1932-1935, 226.

¹³ L'indispensabile unitarietà della cultura giuridica è efficacemente rivendicata da M. Donini, *Cultura dei penalisti e condivisione dei saperi. La formazione comune e non separata di magistrati e avvocati è una premessa al tema delle carriere*, in *Sistema penale* (online).

dell'inerzia delle sovrastrutture giuridiche, rimanendo, però, saldamente ancorata all'idea che l'attenzione alla forma è fondamentale in uno stato di diritto.

Il volume di Massimo Luciani affronta il problema della crisi del principio della certezza del diritto e sottolinea la necessità del suo ripristino e della sua riaffermazione. La certezza del diritto rappresenta, infatti, uno strumento fondamentale per garantire la prevedibilità e la sicurezza giuridica, elementi essenziali per consentire a ciascun individuo di conoscere in anticipo le conseguenze giuridiche delle proprie azioni. L'a. muove una severa critica nei confronti di coloro che, invano, tentano di trovare strade alternative che non rispettano le regole in materia di forma e di mutamento delle dottrine giuridiche positive; strade, queste ultime, che conducono inevitabilmente a una profonda crisi dell'ordinamento e, in ultima analisi, della società nel suo complesso.

Ogni cosa al suo posto è un invito a riconsiderare criticamente fenomeni istituzionali dati per assodati, ma ben lontani dallo spirito della Costituzione e dallo statuto della scienza giuridica.

Senza certezza del diritto, intesa nel tradizionale senso di tendenziale prevedibilità delle conseguenze giuridiche del proprio agire, nessun sistema sociale è in grado di funzionare correttamente. È per questo che il principio di certezza deve costituire la prospettiva privilegiata di appianamento degli innumerevoli problemi che nella contemporaneità dell'esperienza giuridica continuamente scaturiscono e richiedono soluzione.

Lea Bolognese
Università del Salento
avv.lea@studiobolognese.it

Lex Dei: gli studi di Francesco Lucrezi

Oltre venticinque anni di ricerche dedicate alla *Lex Dei* di Francesco Lucrezi si trovano ora condensate nell'imponente trattazione, in due tomi, curata da Mariateresa Amabile, sotto il titolo *Quel che ha detto Mosè*, ispirato alla formula *Moses dicit* con cui la *Lex Dei* perlopiù apre i suoi titoli. L'opera raccoglie i dieci volumetti della *Serie* dedicata agli *Studi sulla 'Collatio'* a partire dal 2001, e quattro *Note* sulla *Collatio* estranei alla *Serie*, pubblicati tra il 2022 e il 2023. Queste ultime, in particolare, si compongono di due recensioni (alla monografia di U. Manthe, *Die 'Mosaicarum et Romanarum legum collatio' und der Ambrosiaster. Jüdisches Recht im spätantiken Rom*, München 2021 e al libro di S. Rocca, *In the Shadow of the Caesars. Jewish Life in Roman Italy*, Leiden 2022), e dei testi di due relazioni (*The Power of the Father in the Ancient Rome* pubblicata su *Iura & Legal System* 10/1, 2003, C, 80 ss.; e *Der Brief des Paulus an die Galater, Ambrosiaster und die 'Collatio'. Neue Hypothesen über den Autor und Zweck der 'Lex Dei'*, pubblicata su *Iura & Legal System* 10/2, 2003, C, 8 ss.).

Mi sono già espresso più volte, per questa Rivista, sugli *Studi sulla Collatio*. In particolare, nella sesta annata (2016) dei *Quaderni Lupiensi* (pp. 251-259), ebbi occasione di rileggere congiuntamente gli *Appunti di diritto ebraico* (estranei invero a questa *Serie*) pubblicati con il titolo *613* (quante sono le Mitzòt) e il settimo volume degli *Studi sulla Collatio*, concernente *Il furto di terra e di animali in diritto ebraico romano*. Non mi sembrava possibile fare un commento di questi volumetti in maniera indipendente dagli studi che li avevano preceduti; avvertivo già allora che lo spirito della *Serie* travalicasse i temi di volta in volta trattati nei volumi e meritasse uno sguardo d'insieme. L'opera qui commentata mi conforta nel convincimento perché permette di cogliere agevolmente tale tratto delle ricerche sulla *Lex Dei*. Nel 2022 per la dodicesima annata dei *Quaderni Lupiensi* (pp. 409-410) sono ritornato sulla *Serie* di Lucrezi, in occasione del lavoro dedicato al *La giurisprudenza in diritto ebraico e romano*. Riprendo qui parte delle considerazioni già espresse, per rivisitarle nel contesto offerto oggi dalla raccolta curata da Mariateresa Amabile.

Dopo le Note dell'autore e della curatrice e le presentazioni di F.P. Casavola e R. Segni, l'opera si apre con la ristampa del primo volumetto della *Serie*, dedicato al tema de *L'uccisione dello schiavo in diritto ebraico e romano*. Come osservavo nel 2016, Lucrezi ripercorre l'interesse alla comparazione diacronica tra i diritti antichi. Dopo qualche riflessione sull'interesse delle fonti romane agli ordinamenti delle *peregrinae gentes*, l'a. descrive in sintesi la *Collatio*, le vicende del suo ritrovamento da parte di Pierre Pithou, la sua struttura. Immediatamente appare che, al di là dei temi specificamente affrontati nei vari libri di cui si compone la *Serie*, vero oggetto di interesse dell'autore è la *Collatio* in sé

* A proposito di Francesco Lucrezi, *Quel che ha detto Mosè. Studi sulla Collatio I-X. Note sulla Collatio I-IV*, a cura di Mariateresa Amabile. Prefazione di Riccardo Segni. Prefazione di Francesco Paolo Casavola, I-II, Torino, Giappichelli, 2024, pp. XX+1239.

considerata: l'identità del Collezionatore, la datazione dell'opera, le sue funzioni, il luogo della sua redazione.

Il lavoro muove da una rapida, ma efficace analisi sulla storiografia novecentesca sui diritti antichi, il cui interesse non era alieno dal dibattito sulle razze. In questa prospettiva è venuto ad assumere un significato particolare lo studio del diritto ebraico dagli anni della costituzione di Israele. L'affermazione dell'identità nazionale del nuovo Stato ha infatti ridato nuova linfa alle sue antiche leggi conservatesi vive ed efficaci nelle comunità ebraiche nei secoli della diaspora.

Le riflessioni di carattere generale precludono alla trattazione di un argomento che, come un esempio, sembra dar conto della premessa. Il primo testo – s'è detto – è dedicato al tema dell'uccisione dello schiavo secondo la prospettiva della *Collatio*. Dal titolo del secondo capitolo, *La saevitia dominorum nella Collatio*, ci si attenderebbe che le trentasei pagine del capitolo di apertura, intitolato *Lex Dei e comparazione giuridica*, siano ancillari alla trattazione dell'argomento; ma è vero l'esatto contrario: è la questione della *saevitia dominorum* ad accedere alla trattazione generale. Lucrezi, infatti, approfondisce le tematiche dell'identità dell'autore, della datazione dell'opera e della sua destinazione. Riconosce nel Collezionatore un autore ebreo e data la redazione dell'opera tra il 390 e il 438 soprattutto in ragione della riproduzione di CTh. 9.7.6 in Coll. 5.3. Ipotesi, queste, soggette poi a rivisitazione; nel corso della *Serie*, Lucrezi – vedremo – finisce infatti per proporre una datazione molto più tarda e per avanzare ipotesi più dettagliate circa l'identità del Collezionatore: egli sarebbe stato probabilmente uno studioso (forse un rabbino, un precettore, o forse ancora – come ipotizza più in *Collatio* III, p. 379 – uno studente apprezzato nella cerchia familiare, sicuramente non un giurista, avverte Lucrezi nello stesso luogo) in grado di riprodurre i brani biblici a memoria (ciò che giustificherebbe alcune imprecisioni), ma che aveva a disposizione i testi giurisprudenziali e delle costituzioni che citava (quindi più accuratamente). In ogni modo, già nel primo studio della *Serie* a Lucrezi sembrerebbe manifesta l'intenzione del Collezionatore di mettere in evidenza una certa omogeneità tra l'ordinamento ebraico e quello romano. Lo dimostra la trattazione del tema della soppressione dello schiavo: un atto lecito, per il diritto di Roma, se operato dal padrone (anche se represso dalla legislazione imperiale, se ingiustificato); illecito, se compiuto da un estraneo, e punito dalla legislazione criminale e/o sanzionato da quella civile a fini risarcitori. La medesima condotta era senz'altro illecita per la *Legge mosaica* in Ex. 21.20-21; ne dà conto il Collezionatore, ma la versione latina del passo riprodotta in Coll. 3.1.1, ricorrendo al termine *servus*, trascura le differenze di status tra il servo gentile e quello ebreo, ai quali venivano riservati trattamenti giuridici assai diversi. Su tali differenze si sofferma invece Lucrezi che, quindi, ritorna all'interrogativo di fondo: la natura e le funzioni della *Collatio*. Con l'esame di Coll. 3.1.1 evidenzia che lo scopo dell'autore fosse di proporre, non senza qualche artificio, una certa somiglianza tra diritto ebraico e romano, a beneficio di lettori correligionari e in funzione apologetica della Legge di Mosè.

Continua l'indagine in questo stesso senso nel secondo studio: *La violenza sessuale in diritto ebraico e romano*. L'ordine della trattazione è invertito rispetto al titolo: l'analisi dell'esperienza romana precede quella condotta sui testi biblici; e, ancora una volta, viene anticipata da considerazioni di ampio respiro sul diritto ebraico antico che, qui,

Lucrezi riconduce nel quadro delle esperienze normative del Vicino Oriente.

I testi tratti della *Collatio*, non molti invero, nel secondo studio della *Serie* conducono di nuovo il lettore sulle questioni di fondo: data, luogo di redazione, identità dell'autore, funzione dell'opera. Lo studio dei titoli IV e V della *Lex Dei* portano Lucrezi a confermare il termine *post quem* proposto nel primo studio, e a collocare la redazione a Roma di V secolo: il pregio della traduzione in latino dei brani biblici, l'opportunità delle scelte linguistiche, talora, anche più accorte della *Vulgata* di San Girolamo, farebbero pensare a un testo più recente di questa, collocato nel medesimo filone letterario.

Sono le *halachah* ad aprire il terzo studio: *La successione intestata in diritto ebraico e romano*. Il tema è osservato attraverso l'analisi della *Scrittura* e della sua interpretazione. Qui Lucrezi restringe la datazione della *Lex Dei* tra il 438 e il 476. I brani della *Collatio* sono esaminati attraverso un percorso logico inverso, ma nella sostanza analogo a quello solitamente affrontato dall'a. Il rovesciamento di prospettiva è forse suggerito anche dall'importanza del titolo *de legitima successione* che non si limita come gli altri a riportare il precetto mosaico (la *halachah* introdotta dalla formula «*Moyses dicit*», «*Moyses dixit*»), ma si estende anche all'episodio che ne ha costituito l'occasione (la *haggadah*). Il confronto muove, in Coll. 16.1.1-8, da una traduzione, abbreviata e imprecisa, di un brano tratto da Num. 27.1-11 in cui si narra della richiesta delle figlie di Tselofchad, benignamente accolta dal Cielo interrogato da Mosè, di ereditare le sostanze del padre, morto nel deserto 'solo per il suo peccato', senza avere avuto figli maschi. Dal brano si ricava l'impressione che le figlie siano equiparate ai maschi e, in assenza di questi, che gli eredi siano compresi nella sola categoria del *proximus eorum de tribu eius*. Sennonché l'ordine della successione dettato dalla *Torah* è molto più complesso: di là dalle implicite e preminenti attese successorie del padre, contempla infatti: 1) figli maschi, 2) figlie, 3) fratelli, 4) fratello del padre, 5) parente carnale più stretto al defunto. L'approssimazione dell'autore della *Collatio* sarebbe mirata ad avvicinare il sistema successorio mosaico a quello romano, giungendo a suggerire un'affinità delle aspettative successorie dell'*agnatus proximus* con quella del *proximus de tribu eius*, attraverso l'erronea traduzione del termine *mishpahah* con *tribus*, anziché *familia*. Ciò induce Lucrezi a interrogarsi sul senso di tale operazione: analizza il contesto sociale e culturale in cui l'opera fu prodotta, in ragione di come il 'popolo eletto' si collocava nel mondo romano, tra le garanzie di una giurisdizione separata (*privilegium fori*) e l'influenza o l'imposizione di schemi normativi dalla giurisdizione imperiale; tra l'attaccamento dei figli di Israele alla propria Legge e la politica di favore alle conversioni alla fede cristiana. In queste tensioni Lucrezi spiega l'intenzione 'assimilante' dell'autore della *Collatio* in grado di manipolare con una certa domestichezza la *Scrittura* quasi per riappacificare i due mondi, ebraico e romano. Ciò offre a Lucrezi un nuovo indizio per la datazione dell'opera e il luogo della sua redazione: questo, negli ambienti della diaspora occidentale; quella dopo il 426 (anno in cui furono emanate due importanti costituzioni in materia successoria: CTh. 16.7.7 = C.I. 1.7.4 e CTh. 16.8.28 = C.I. 1.5.13 volte a proteggere gli ebrei convertiti al cristianesimo dal rischio di diseredazione), se non anche dopo il 438.

È analogo lo schema espositivo adottato da Lucrezi per il quarto studio della *Serie*: *Magia, stregoneria e divinazione in diritto ebraico e romano*. Alcune brevi note sul rapporto tra religione (ovviamente osservata soprattutto dalla prospettiva privilegiata del-

la Rivelazione mosaica) e soprannaturale introducono il lettore al tema. L'a. si occupa, quindi, del divieto di coltivare pratiche magiche o divinatorie, nella *Scrittura* e nell'esperienza di Roma pagana e cristiana. Solo al VII capitolo Lucrezi passa a trattare della *Collatio*. E ancora una volta ne ripercorre, in estrema sintesi, la struttura. Anche stavolta la trattazione del tema conferma l'obiettivo del 'trattatello' di svolgere una comparazione 'assimilante'. Un tentativo, quello del suo autore, sicuramente maldestro e approssimativo, compiuto sulla base di Deut. 18.9-14 e un estratto del *de officio proconsulis* di Ulpiano, in cui il giurista severiano accenna alla storia della repressione delle pratiche divinatorie di *mathematici, Chaldaei, Arioli*, ecc., nel corso del Principato. La comparazione viene chiusa con la costituzione diocleziana contro i *malefici* e i *Manichaei*, della quale apprendiamo notizia attraverso Coll. 15.3. Manca nell'opera qualsiasi rinvio alla legislazione cristiana in materia. E questo punto giustifica la ripresa da parte di Lucrezi dell'interrogativo che costituisce un vero Leitmotiv della *Serie*: la quasi assoluta mancanza di cenni alla legislazione cristiana porterebbe a negare «una redazione della *Collatio* in età cristiana (inducendo, pertanto, ad ammettere il carattere insitico della legge del 390 riportata nel quinto titolo)» (p. 460). Ma Lucrezi difende la sua datazione e dedica a questo scopo l'VIII e ultimo capitolo. Osserva infatti che la traduzione del brano del Deuteronomio, lungi dall'essere fedele all'originale, più che libera è decisamente manipolata. Una libertà molto più marcata di quella con cui l'autore della *Collatio* si è mosso negli altri quindici *tituli*, apparentemente orientata a estenderne il senso nel modo più ampio possibile per coprire qualsiasi pratica esoterica. La versione sembra riecheggiare, con buona approssimazione, non solo quella dei *Septuaginta* ma anche la *Vulgata*. Lucrezi lo ricava soprattutto dall'espressione «*qui lustret filium tuum aut filiam tuam*», che ricorda l'analoga espressione chiosata nella *Vulgata* con la specificazione «*ducens per ingem*» in cui si raccoglie il senso della frase. Ciò farebbe pensare che l'autore della *Collatio* non abbia consultato una traduzione più antica di quella di San Girolamo (come la *Vetus Latina*) e che, nel confrontarsi con la *Vulgata*, lo abbia fatto frettolosamente.

Lucrezi evidenzia, poi, come in Coll. 15.1.4 ricorra un riferimento ai Caldei assolutamente sconosciuto al brano biblico sia secondo la versione dei *Settanta* sia nella *Vulgata*, ma riscontrabile nel brano ulpiano riportato dal Collezionatore per il confronto. Ciò deriverebbe da un'ispirazione esegetica estensiva, conforme allo spirito ebraico, portata però all'estremo, fino a tradursi in una vera e propria 'interpolazione' del testo biblico, finalizzata a realizzare, ancora una volta, una «illusionistica assimilazione tra *mitzvòt* bibliche e diritto romano» (p. 473). Di qui Lucrezi conferma il profilo dell'autore della *Collatio* e l'ipotesi di una sua composizione successiva alla redazione del *Codex Theodosianus*, non solo espressamente menzionato in Coll. 5.1, ma al quale sembra ispirata anche la denominazione del titolo XV, *de maleficis et mathematicis et Manichaeis*, assimilabile alla rubrica di CTh. 9.16.

Il quinto studio, intitolato *L'asservimento abusivo in diritto ebraico e romano*, riproduce uno schema pressoché analogo: dopo aver sinteticamente ripercorso la vicenda di Giuseppe e i suoi fratelli nel primo capitolo, introduce al secondo il tema della *Collatio*, del suo rinvenimento, della struttura dell'opera per soffermarsi sul XIV titolo. Stavolta, però, Lucrezi muove dall'esame delle testimonianze riprodotte dalla *Collatio* per l'esperienza romana: una tratta dal titolo V delle *Pauli Sententiae*, l'altra dal libro IX del

de officio proconsulis di Ulpiano. Il tema è la repressione del *plagium*, la competenza, la sua disciplina secondo la *lex Fabia* con la descrizione di quattro distinte fattispecie criminose (*celare, vincere, vendere, emere*) consumate in danno di un uomo libero, o di un servo alieno. Coll. 14.3.6 correda il riferimento alla *lex Fabia* con l'avvertimento che *ex novellis constitutionibus* era comminata la *capitalis sententia* e che «*Paulus relatis supra speciebus crucis et metalli huiusmodi reis inrogaverit poenam*». L'a. si sofferma su questa precisazione, sul senso di *poena capitalis*, sull'autore di questo avvertimento apparentemente riferibile a Ulpiano al quale viene attribuito dalla *Collatio*, ma probabilmente proveniente dal Collezionatore. Lucrezi ritiene verosimile che tali *novellae constitutiones* siano una di Diocleziano, risalente al 287 (CI. 9.20.7), e una di Costantino del 315 (CTh. 9.18.1 = CI. 9.20.16; Brev. 9.14.1).

Quindi Lucrezi passa ad affrontare la trattazione della legge mosaica riferita dalla *Collatio*, come di consueto, prima dell'esperienza romana. Si tratta di un brano verosimilmente tratto dal Deuteronomio e dall'Esodo «in una versione abbreviata e sunteggiata (senza il riferimento al trattamento da schiavo del rapito, né l'invito, catartico e purificatore, a 'estirpare il male' dalla comunità attraverso l'eliminazione del colpevole) tanto da dare l'idea di una sorta di sintesi di entrambi i brani» (p. 517 s.). Nella versione latina spicca immediatamente l'uso del verbo '*plagio*' che dimostra fin da subito l'intenzione di accostare il comando biblico alla disciplina romana, trascurando sia che il *plagium* avrebbe riguardato tanto un libero quanto uno schiavo altrui mentre il precetto ebraico contemplava solo l'abuso consumato in danno di un libero, sia che l'illecito represso dall'ordinamento romano prescindeva dalla combinazione tra rapimento e vendita della vittima che avrebbe integrato la fattispecie condannata dalla *Torah*.

Il quinto capitolo, ispirato al '*modello Lasswell*', ritorna sugli interrogativi di fondo: l'identità dell'autore, il carattere dell'opera, il luogo e la datazione della sua redazione. Alla sua funzione e al suo pubblico è dedicato il sesto e ultimo capitolo. Lucrezi conferma le ipotesi già espresse, invitando però (qui forse, anche più che altrove), alla prudenza. L'elasticità e la libertà con cui l'autore della *Collatio* riporta in latino i brani biblici, certamente eterodosse per un ebreo osservante, inducono Lucrezi ad affrontare l'ipotesi che il Collezionatore si sia avvalso di una traduzione latina già esistente: essa viene però esclusa proprio in ragione del carattere manipolativo della versione latina, funzionale alla 'comparazione assimilante' tra la Legge mosaica e il diritto romano. Un'ipotesi, invece, che in questo studio Lucrezi ritiene meritevole di favorevole considerazione è che il Collezionatore fosse un ebreo convertito al cristianesimo «che abbia voluto portare 'in dote' ai nuovi confratelli un'inedita versione 'romanizzata' della *Torah*, per favorire la propria accoglienza nella nuova famiglia» (p. 539 s.). Un'illazione, questa, suggestiva, ma che deve continuare a confrontarsi con la scarsa menzione di provvedimenti di imperatori cristiani, e soprattutto con l'assoluta carenza di citazioni del *Nuovo Testamento*.

Il sesto studio della *Serie* riguarda *Il procurato incendio in diritto ebraico e romano*. Muove da un brano dell'*Esodo* (22.5) che prescrive l'obbligo del risarcimento a carico di chi avesse procurato un incendio in danno di messi altrui. Il brano viene ripreso dalla *Collatio* della quale, in estrema sintesi, Lucrezi ripercorre la struttura e traccia la storia del ritrovamento. Segue una catena di brani tratti dal quinto libro delle *Pauli Sententiae*, da Paolo e da Ulpiano che, occupandosi della sanzione per il procurato incendio,

oscillano «tra due distinti tipi di riparazione: uno di valenza criminale, applicabile in ragione dell'attitudine del gesto a provocare la morte di una o più persone, e quindi rientrare nella vasta e articolata tipologia della repressione delle varie forme di omicidio; un altro di natura chiaramente privatistica, volto non già a reprimere sul piano fisico il responsabile, ma ad assicurare un giusto ristoro al danneggiato che dovrà essere risarcito del danno patito» (p. 567). L'argomento offre l'occasione a Lucrezi per ripercorrere in modo schematico, le conclusioni cui era giunto nei precedenti volumi della *Serie* intorno ai soliti interrogativi sull'identità dell'autore, la datazione, ecc.

Segue una digressione sul valore dei Dieci Comandamenti e delle cd. Leggi 'noachidi' nella tradizione giuridica ebraica interrogandosi sull'ipotesi che il Collezionatore si sia ispirato all'ordine della cd. II Tavola per i primi nove *tituli* forse nel tentativo (poi abbandonato) di proporre una comparazione tra diritto romano e Dieci Comandamenti nell'ordine della tradizione ebraica.

Il settimo studio della *Serie* è una raccolta di saggi dedicata al tema del *Furto di terra e di animali in diritto ebraico e mosaico*; dopo una breve riflessione sulla nozione di furto, nella sua accezione più vasta (che viene accostata all'adulterio), e una breve analisi della struttura della *Collatio*, muove dal tema degli *abactores* cui viene dedicato l'undicesimo titolo della *Collatio*. Oltre all'analisi dei brani tratti dalle *Pauli Sententiae* e dal *de officio proconsulis* di Ulpiano che vi sono raccolti, Lucrezi si sofferma sulla sequenza indicata dal Collezionatore (che fa precedere l'illustrazione dell'ipotesi aggravata relativa agli *atroces abactores* in Coll. 11.2 rispetto a quella dei meri *abactores* in Coll. 11.3.1); e ciò, contro la scelta degli editori di invertire i paragrafi 2 e 3 dell'undicesimo titolo della *Collatio*, per la palingenesi del diciottesimo titolo del quinto libro delle *Pauli Sententiae*. La consueta fedeltà del Collezionatore ai testi giuridici dell'esperienza romana, forse spiegabile in ragione del fatto che potesse consultarli nel momento in cui stesse redigendo l'opera, renderebbe infatti inverosimile l'inversione.

Ritorna quindi al brano mosaico evidenziando che esso costituisce una sintesi di due brani dell'Esodo: Ex. 21.37 ed Ex. 22.2, fondendo «con un disinvolto 'collage' del testo mosaico, due differenti disposizioni, una relativa al furto di animali, l'altra al furto in generale» (p. 662). Lucrezi analizza gli elementi delle fattispecie incriminate e nel IV capitolo passa ad affrontare il tema della rimozione abusiva dei *termini*, che occupa il XIII titolo della *Collatio*, in cui sono raccolti un brano del Deut. 19.14, uno delle *Pauli Sententiae* e uno del *de officio proconsulis* ulpiano. Opportunamente Lucrezi (p. 678) osserva che il confronto della «traduzione della *Collatio* col testo biblico... il suo carattere libero e sintetico, che riduce sensibilmente il significato del precetto biblico» confermano l'impressione che, in una traduzione il Collezionatore si sia adoperato in «una libera riscrittura del testo, probabilmente fatta a memoria, almeno in alcuni punti». Manca nel testo riprodotto dalla *Collatio* ogni riferimento all'eredità che ricorre con insistenza nell'originale biblico, sostituito, come nella versione della *Vulgata*, con il riferimento alla *possessio*.

Un'analisi a parte viene riservata alla denominazione del *titulus de termino amoto* che non sembra trovare precedenti, ma che sarebbe stata adottata solo dai *Digesta* giustinianeî (D. 47.21): prima di essi, si rintraccia qualcosa di simile solo nella rubrica della *Lex Romana Wisigothorum: de terminis transgressis et evulsis*. Ciò integra un importan-

te indizio – già suffragato da ‘molteplici altri elementi’ (dice Lucrezi, p. 681) – per la datazione della *Collatio* che andrebbe posticipata rispetto alla compilazione giustiniana. In questo volume Lucrezi ipotizza così «che l’opera sia stata realizzata dopo Giustiniano (... forse due secoli e mezzo dopo)», collocando la sua redazione non più alla metà del V sec., ma addirittura alla fine dell’VIII sec.

I capitoli seguenti sono tutti dedicati all’analisi della struttura della *Collatio*, al suo legame con lo schema delle Tavole di Mosè e al tentativo comparativistico compiuto dal Collezionatore nei due *tituli* presi in esame da Lucrezi, che ritorna sulle questioni di fondo: l’identità dell’autore (forse un ebreo convertito), il luogo della redazione (assolutamente incerto, abbandonando, qui l’a., l’ipotesi di una stesura in Occidente), la datazione (forse poco prima dell’anno 800).

Lucrezi si sofferma poi sulle vicende del testo nel corso dei secoli, collocandone l’interesse nella più ampia prospettiva di studi sui diritti dell’antichità.

L’ottavo studio della *Serie* è dedicato a *Il deposito in diritto ebraico e romano*. I primi due capitoli svolgono una funzione introduttiva attraverso rapide considerazioni su proprietà, disponibilità e responsabilità per custodia di beni altrui seguite da una altrettanto sintetica ripresentazione della *Collatio*, con un breve focus sui Comandamenti nella *Lex Dei*. Nel terzo e nel quarto capitolo l’A. sviluppa l’analisi sul X libro della *Collatio* dedicato al deposito, l’unico insieme al XVI *de legitima successione* concernente un tema privatistico. Dopo l’esame della tradizione giurisprudenziale e normativa romana raccolta dalla *Lex Dei*, si sofferma sui precetti biblici riproposti dal trattatello, in particolare sul capitolo 22 dell’*Esodo* che Lucrezi convincentemente interpreta nella prospettiva della *Collatio* alla luce dell’ottavo Comandamento. Interessante è l’interpretazione assegnata al verbo *liberabitur* di Coll. 10.2 come un elemento che per l’affinità alla formula liturgica «*libera nos a malo*» suggerisce l’impressione che la *Collatio* sia «una raccolta di ispirazione essenzialmente religiosa» da ricollegarsi «con i *libri poenitentiales* dell’altro Medio Evo» (p. 763). Il Collezionatore, diversamente dal solito – specifica l’a. nel quinto capitolo – ha operato «un’aggiunta arbitraria, una chiosa estranea all’originale testo biblico, che in nessuna traduzione, per quanto libera, potrebbe figurare, se non per una deliberata volontà di far dire al testo qualcosa che esso, invece, non intendeva dire». Lucrezi mette a confronto i pochi luoghi dell’opera in cui l’anonimo si sarebbe lasciato andare a interventi personali. Essi non bastano per ricostruire né l’identità né il contesto di provenienza (giudaico o cristiano) dell’autore della *Collatio*, ma confortano l’idea che l’opera che ci è pervenuta non fosse stata portata a termine, nella sua versione definitiva, ma piuttosto «uno scritto provvisorio, una raccolta mista di materiale vario e di appunti personali, in attesa di verifiche, controlli e correzioni» (p. 777). La questione dell’identità del Collezionatore, degli scopi e dei destinatari dell’opera è ripresa nelle pagine successive da Samuele Rocca che difende la paternità ebraica dell’opera la quale gli sembra redatta con finalità apologetiche in età diocleziana.

Segue quindi, nell’opera qui commentata, la ristampa del IX volumetto degli *Studi sulla Collatio*, dedicato al tema dell’*adulterio in diritto ebraico e romano*. L’analisi muove dalla celebre pericope dell’*adultera* narrata in Gv. 8, nel quale Lucrezi riconosce un esempio di un processo di mitigazione, almeno in punto di concreta esecuzione, della legge mosaica: secondo l’a. non sarebbe però il primo e/o unico esempio nella tradi-

zione ebraica. L'a. si sofferma sull'espressione evangelica κάτω κύψας τῷ δακτύλῳ κατέγραφεν εἰς τὴν γῆν (Gv. 8.6) (ribadita poco dopo, Gv. 8.8., nella forma πάλιν κατακύψας ἔγραφεν εἰς τὴν γῆν) che Lucrezi interpreta, in via di ipotesi, come un richiamo di Gesù alle numerose *mitzòt* suscettibili di pena capitale. Un monito, questo, che esprime una nuova sensibilità a lasciare prive di concreta esecuzione le condanne di quanti si fossero macchiati di tali colpe.

L'analisi del passo evangelico è interrotta, poi, al quarto capitolo da una sintetica descrizione della *Lex Dei*, che segna di fatto una ripetizione di quanto già sostenuto più volte dall'a. nel corso della *Serie di Studi sulla Collatio*, mentre il capitolo successivo osserva il quarto titolo della *Lex Dei* dedicato alla repressione dell'adulterio nel Levitico e della seduzione di una vergine non promessa in moglie mettendo a confronto la testimonianza della *Collatio* e la tradizione dell'*Esodo* e del *Deteuronio*: interessante la comparazione tra la nozione (romana) di *dos* adottata nella *Collatio* e quella (ebraica) di *mohar*, resa impropriamente con *dos* nella traduzione geronimiana da cui sarebbe stato influenzato il Collezionatore. Seguono poi (capitolo sesto) l'osservazione delle leggi giulie matrimoniali riprese nella *Collatio* e *Tre domande* sul *titulus* IV della *Lex Dei* (capitolo settimo): 1) se tra gli argomenti trattati nel *titulus* si possa registrare qualche affinità tematica; 2) se si possa registrare un'affinità tra sanzioni di diritto ebraico e romano; 3) se tali affinità siano reali o artificiali. Lucrezi riconosce la sussistenza di affinità tematiche; le esclude, però in punto di regime sanzionatorio; ritiene che, in questo caso, la comparazione tra disciplina ebraica e quella romana non abbia subito forzature da parte del Collezionatore.

Lucrezi estende poi le medesime domande agli altri *tituli* della *Collatio*. Nel complesso – osserva l'a. all'ottavo capitolo – la *Lex Dei* individua correttamente alcune affinità tematiche tra diritto ebraico e diritto romano (ad eccezione del XIV titolo e in parte del XII): «forse – precisa Lucrezi (p. 923) – si tratta più di apparenza che di sostanza, ma l'immagine appare comunque piuttosto chiara». Perlopiù, invece, nei *tituli* non si coglie affinità tra diritto ebraico e diritto romano in punto di regime sanzionatorio. Nel complesso, però, il piano della comparazione risulta spesso forzato. Concludono il capitolo osservazioni sulla natura incompiuta della *Lex Dei* e le domande del cd. 'modello Lasswell'. Corredano, infine, l'ottavo volumetto confluito nei volumi qui commentati, due appendici: una a firma di Lucia di Cintio (*Lex Dei e Leggi romano barbariche*); l'altra a firma di Mariateresa Amabile (*Un caso peculiare di adulterio nel diritto ebraico. La vicenda di Giuda e Tamar*).

Il decimo lavoro, dedicato a *La giurisprudenza in diritto ebraico e romano*, raccoglie una silloge di sei studi: *Vetus juris consultus; De juris prudentia; Il diritto senza tempo; La 'havalà' delle lingue; Ius controversum e Machloket*. Concludono questo studio e la *Serie* due appendici: la prima di Andrea Lovato intitolata *La giurisprudenza romana come scienza 'aperta'*; la seconda, di Ariel Finzi, *La Mochlòket*.

Nei primi due saggi viene osservato il pensiero di Gian Vincenzo Gravina: è analizzata l'orazione *De juris prudentia* pronunciata a Roma sul finire del XVII secolo e, in particolare, il suo punto di vista sul ruolo provvidenziale per il progresso civile e spirituale dell'umanità esercitato, da un lato, dalla storia dei Romani, dal loro dominio e dal loro diritto; dall'altro, dalla cultura giudaica diffusasi nel mondo antico in conseguenza

della distruzione del secondo Tempio. Il terzo saggio è in buona parte dedicato ai giuristi ripresi dalla *Lex Dei*. Sviluppa, quindi, una rapida analisi dei provvedimenti imperiali raccolti nella *Collatio* e termina con un'osservazione d'insieme dei *verba Moysis*. Lucrezi mette bene in evidenza lo spirito che verosimilmente anima la *Lex Dei*: la rappresentazione di un diritto, quello divino, 'fuori dal tempo' e dallo spazio; un obiettivo, questo, «di tipo chiaramente religioso», mirato ad «astrarre il diritto umano dalla sua contingenza storica, collegandolo all'eternità del volere divino» (p. 1033).

Il quarto saggio si occupa del ruolo della lingua alle origini della diaspora, in particolare della trascrizione e della traduzione della Legge all'interno delle comunità di Gerusalemme, Alessandria, Efeso. L'a. si concentra sulla funzione della lingua ebraica nella tradizione della Scrittura: «più di sette secoli dopo la caduta del Tempio, l'ignoto autore della *lex Dei* avrebbe dato una piccola, ma eloquente testimonianza di dove potesse portare la libertà di comunicare i contenuti della Torah in altre lingue... Col suo completo stravolgimento dell'eterna e immutabile parola del Signore, la *Collatio* pare proprio dimostrare quali potessero essere gli estremi approdi di quell'*ars vertendi* ... che, dopo la distruzione del 70, si sarebbe deciso che si sarebbe dovuto, a ogni costo, e per sempre evitare» (p. 1057 s.).

L'ultimo saggio non formula conclusioni né traccia note di sintesi della lunga ricerca di Lucrezi. Insieme con le appendici di Andrea Lovato e Ariel Finzi, accenna a un confronto tra la riflessione giurisprudenziale romana (sul quale si sviluppa quindi l'analisi di Lovato) e il metodo, altrettanto controversiale, dello studio del Talmud (lasciato, invece, all'osservazione di Finzi): radicate differenze di premesse e di metodo – evidenzia convincentemente l'a. – segnano i limiti della comparazione; un tratto questo, tra gli altri meriti di questa *Serie* di studi, che non potrà essere trascurato da chiunque affronterà nuove ricerche sulla *Collatio*.

Impossibile a questo punto per un recensore esprimere osservazioni conclusive su un'opera così complessa, densa e interessante, a tratti contraddittoria e per questo preziosa e arricchente come può esserlo un percorso scientifico durato un quarto di secolo: un discorso ancora aperto sulla *Collatio*, che è soprattutto un insegnamento di metodo della ricerca concernente una fonte antica tanto enigmatica quanto la *Lex Dei*.

Raffaele D'Alessio
Università del Salento
raffaele.dalessio@unisalento.it

Die diplomata militaria: eine neue Abhandlung

Der Untertitel dieses Buches über die *diplomata militaria* verspricht «una ricognizione giuridica». Auch in der Introduzione S. X wird nochmals betont: «Questa scelta si sofferma principalmente sui loro profili giuridici. Tale scelta deriva dal fatto che non esiste ancora, a tal riguardo uno studio complessivo», während vorher (S. IX) schon allgemeiner darauf hingewiesen wird, dass dieser Dokumententyp «non ha suscitato un particolare interesse fra gli studiosi italiani», was für den Autor offensichtlich ein Motiv gewesen ist, dies nachzuholen – ein etwas kurioses Argument innerhalb der Disziplinen, die sich mit dem griechisch-römischen Altertum befassen. Beschäftigt man sich aber mit den folgenden Kapiteln, fragt man sich erstaunt, weshalb der Autor den juristischen Aspekt so sehr betont. Denn tatsächlich behandelt er die Diplome, wenn man von den spezifisch militärischen Inhalten absieht, in vielfacher Hinsicht nicht anders, als sie weithin schon bisher in der Literatur diskutiert wurden, in der alle wichtigen Aspekte, auf die der Autor eingeht, erkannt und ausführlich beschrieben wurden, eingeschlossen die Rechtsfragen. Präsentiert werden in dem Buch somit viele zentrale, schon häufig diskutierte Fragen, die sich aus den *Diplomata* ergeben, von denen die meisten jedoch keine spezifischen Rechtsfragen sind. Das gilt z.B. für die Fragen, welche äußere Gestalt die *Diplomata* hatten (S. 19 ff.), wie sie konkret hergestellt wurden (S. 32 ff.), wer die Produktion finanziert hat (S. 49 ff.), an welche Einheiten des römischen Heeres solche Dokumente ausgegeben wurden (S. 56-159 für die einzelnen Kategorien). Umgekehrt sind natürlich die rechtlichen Aspekte auch bisher schon breit diskutiert worden, etwa die Frage der Zeugen, der Rechtssicherheit der Diplome, wenn Missbrauch eingetreten ist wie in dem Jahrzehnt von 143-153 n.Chr., der Entwicklung der Rechte, die den Soldaten verliehen wurden, deren Inhalt sich aber im Laufe der rund zwei Jahrhunderte, aus denen die Masse der Diplome erhalten ist, verändert hat. Diesen speziellen rechtlichen sind in dem Buch nur die S. 179-192 gewidmet, wo die bisherigen Kenntnisse zusammengefasst werden. Es sind also die schon lange diskutierten Fragen, die in dem Buch präsentiert behandelt werden. Das geschieht auf der Grundlage der bisherigen umfangreichen Literatur zu den Diplomen, die der Autor umfassend herangezogen und in der langen Bibliographie S. 223-245 aufgeführt hat.

Die Arbeit besteht aus zwei Teilen. Teil I (S. 3-159) ist überschrieben: «La missio e il trattamento giuridico dei milites» und entwickelt sich in drei Kapiteln. Es beginnt mit dem «congedo», der vom Status des Veteranen ausgeht und anschließend das Verfahren der Entlassung beschreibt, ein weithin behandeltes Thema (S. 2-18).¹ Kapitel

* Besprechung von Francesco Castagnino, *I diplomata militaria: una ricognizione giuridica*, Pubblicazioni del Dipartimento di diritto privato e storia del diritto, Sezione di diritto romano e diritti dell'antichità, Facoltà di giurisprudenza Università degli studi di Milano-Bicocca vol. 62, Giuffrè Editore, Milano 2022, XII-254.

¹ Da in den Jahrzehnten zwischen Claudius und Traian zahlreiche Diplome für Soldaten vor

zwei erörtert die Diplome und ihre generellen Charakteristika wie die äußere Form, die verschiedenen Textvariationen, die Zeugen usw. bis zur Finanzierung der Produktion der Bronzeurkunden (S. 19-54). Das dritte Kapitel, das längste im Buch (S. 55-159), bespricht die verschiedenen Typen von Einheiten, für die Diplome ausgegeben wurden, angefangen von den *auxilia*, über die Flotten in Italien und in den Provinzen, die hauptstädtischen Truppen der *equites singulares* sowie der *praetoriani* und *urbaniciani*. Es folgt ein eigenes Unterkapitel zu «Casi straordinari di rilascio di *diplomata*», worauf im Folgenden noch zurückzukommen ist. Zum Abschluss dieses ersten Teil wird schließlich «La fine di una prassi» erörtert, mit besonders vielen problematischen Ausführungen, die, da meist die konkrete Quellenbasis fehlt, im Wesentlichen auf Annahmen beruhen müssen.

Der zweite Teil des Buches mit zwei Kapiteln, die aber nur die Seiten 161-192 umfassen, steht unter der Überschrift: «Ulteriori profili giuridici». Das 4. Kapitel erörtert «La titolatura imperiale nei diplomi e il loro contributo alle indagini di storia del diritto pubblico nell'età del principato», in dem es um die kaiserliche Titulatur geht, sowie um die Beobachtung, dass unter bestimmten Bedingungen auch *proconsul* in der Titulatur erscheint;² schließlich wird die Nennung der «co-reggenti» thematisiert (S. 163-178). Am Ende befasst sich Kapitel 5 mit «*Diplomata e constitutiones principum*», das mit einem Abschnitt über das *officium* abgeschlossen wird, das mit der Ausarbeitung der Konstitutionen sowie der Diplome und deren Versendung befasst war (179-192).

Zwei Appendices folgen: eine über die unioni paramatrimoniali (S.193-198), ein Phänomen, das sich vor allem bei den Flottensoldaten findet, in der anderen Appendix sind die Texte von 37 Diplomen zusammengestellt (S. 199-211), die in den vorausgegangenen Kapiteln Teil der Diskussion waren.³ Ein Index der behandelten Quellenstellen sowie eine Bibliographie, die die weit verzweigte Literatur umfassend aufführt, folgen. Dass ein Sachindex fehlt, ist zu bedauern, da so der Inhalt unter sachlichen Details leichter zugänglich wäre.

Wie schon ausgeführt, will der Autor sein Buch als eine Untersuchung zu den juristischen Aspekten der *Diplomata* verstanden wissen. Und gewisse juristische Fragen werden auch behandelt, freilich stehen diese nicht im Vordergrund und es ist

dem *congedo* ausgegeben wurden, hätte dieses Kapitel anders überschrieben werden müssen (siehe auch weiter unten).

² Unverständlich ist, dass S. 170 kurz über das sogenannte *imperium proconsulare* gehandelt wird. Der Kaiser handelt auf Grund seines allgemeinen konsularen *imperium*, das er, wenn er in den Provinzen ist, als *proconsul* ausübt. Das ergibt sich schon aus der rechtlichen Logik, da auch der *Princeps* zwei gleichartige *imperia* gleichzeitig innehaben kann, ist aber seit dem Edikt vom 14. und 15. Februar 15 v. Chr. bereits für die augusteische Zeit bezeugt (G. Alföldy, *Das neue Edikt des Augustus aus El Bierzo in Hispanien*, in *ZPE*. 131, 2000, 177-205 = *AE* 1999, 915 = *EDCS*14700045).

³ Es wäre freilich für den Benutzer einfacher gewesen, wenn C. die üblichen Satzzeichen nachgetragen hätte, die in der *EDCS.*, aus der die Diplomtexte übernommen wurden, fehlen. In Papyri, in denen Satzzeichen in den Publikationen angeführt sind und die ebenfalls in seinem Werk im Wortlaut zitiert werden, stehen sie auch bei ihm.

auch keine durchlaufende juristische Diskussion zu erkennen; vielmehr finden sich rechtliche Aspekte immer wieder in dieser Arbeit, so wie es eben ein mehr oder weniger sachlicher Durchgang durch die gesamte Quellengruppe erfordert, die weitgehend auf der Grundlage der internationalen Forschung beruht. Dabei überrascht, dass Probleme eminent rechtlicher Natur auch ganz übergangen werden. So ist zum Beispiel dem Autor zwar bewusst, dass Diplome längere Zeit auch an Soldaten ausgegeben wurden, die noch im Dienst waren, weshalb es in den Diplome heißt: *qui militant*. Später, ab dem 2. Jahrhundert, wie es S. 148 heißt, seien es nur noch Veteranen gewesen; allerdings finden sich im ersten Jahrzehnt des 2. Jahrhundert noch zahlreiche Dokumente, die eben die Formel *qui militant* enthalten; das bisher späteste Diplom mit dieser Formulierung stammt aus dem Jahr 110; es ist ein Erlass für das Heer in Pannonia superior (*CIL* XVI 164). Es sind immerhin rund 150 Dokumente mit der Kennzeichnung *qui militant*, die zeigen, dass Soldaten nach 25 Dienstjahren die *civitas* erhalten, obwohl sie noch weiterhin beim Heer blieben. Das ist unter dem Gesichtspunkt des rechtlichen Status der Soldaten kein Problem, da auch römische Bürger in den Auxilien Dienst taten. Doch sie erhalten gleichzeitig das *conubium*, also das Recht eine gültige Ehe mit einer peregrinen Frau zu schließen. Kinder, die aus dieser Verbindung hervorgehen, müssten dann legitim und römische Bürger sein. Wirkte sich aber dieses *conubium* unmittelbar aus, wenn etwa, wie es *CIL* XVI 38 zeigt, *pediti Veneto Diti f(ilio) Davers(o)*, der also noch im Dienst war, das Bürgerrecht und das Eheverbot verliehen wurde? Der Name seiner Frau folgt unmittelbar auf den seinen: *Madenae Plarentis filiae uxori eius Deramist(ae)* (siehe auch *CIL* XVI 49). Doch Venetus war weiter aktiver Teil seiner Einheit, für ihn galt also das allgemeine Heiratsverbot für die Soldaten. War damit das *conubium* für ihn ein Recht, das erst nach der *honesta missio* wirksam wurde? Oder galt etwa nach der obligatorischen Dienstzeit von 25 Jahren, die in den vielen *qui militant*-Diplomen genannt ist, das Eheverbot für Soldaten nicht mehr? Das wäre ein spezifisches und interessantes rechtliches Problem gewesen, das es wert gewesen wäre, erörtert zu werden.

Das eben beschriebene Problem stellt sich noch in einigen wenigen anderen kaiserlichen Konstitutionen, die für noch dienende Soldaten ausgestellt wurden; im Unterschied zu den vorher genannten fehlt allerdings der Hinweis auf die *quina et vicena stipendia* als Voraussetzung für das Bürgerrecht. Diejenigen, denen die *civitas Romana* verliehen wurde, hatten allesamt weniger als 25 Jahre beim Heer gedient; denn der Anlass für die Verleihung ergab sich während ihrer Dienstzeit. Deshalb heißt es in diesen Dokumenten: *ante emerita stipendia*. Es sind zum einen zwei Erlasse Traians im Zusammenhang des 1. und 2. Dakerkriegs (*AE* 2008, 1736; *CIL* XVI 160 und *RMD* V 343). Grund für ihre Privilegierung war ihre besondere Leistung während des Dakerkriegs. Die Soldaten, denen diese Diplome galten, wurden römische Bürger, aber sie erhielten, im Gegensatz zu den vielen Beispielen von noch dienenden Soldaten, die aber schon die normale Dienstzeit hinter sich gebracht hatten (siehe oben), nicht das *conubium*.

Eine solche Verleihung der *civitas* ohne die Voraussetzung der abgeleisteten 25 Dienstjahre liegt sodann auch in fünf Diplomen vor, die das Datum 5. April 121 tragen (*RMD* V 357; *AE* 2008, 1749, 1750; *RMD* I 19 = *AE* 2008, 1752; *AE* 2010, 1858); der

Grund für die Privilegierung war allerdings mindestens schon im Jahr vorher gegeben, da die *tribunicia potestas* in der Titulatur Hadrians auf die Zeit vor dem 10. Dezember 120 verweist. Die Konstitution war bestimmt für die Soldaten, *qui militant in ala Ulpia contariorum mil(iaria), quae est in Dacia superiore sub Iulio Severo legato, praefecto Albucio Candido, quorum nomina subscripta sunt, ante emerita stipendia civitatem Romanam dedit cum parentibus et fratribus et sororibus*.⁴ Sie wurden römische Bürger während sie noch Soldaten waren; gleichzeitig wurde aber – und das ist bisher einmalig in den Bürgerrechtserlassen – auch die gesamte Familie eingeschlossen, aus der sie stammten; alle Angehörigen der Auxiliare waren natürlich wie diese selbst ihrem Rechtsstatus nach Peregrine gewesen. Warum diese außergewöhnliche Privilegierung hier erfolgte, wird in dem Diplomtext nicht gesagt. Es muss jedenfalls etwas Besonderes vorgelegen haben, dass eine so außerordentliche Konzession in die Bürgerrechtsverleihung eingeschlossen wurde. Den Grund sieht Castagnino in einer Erklärung, die von B. Pferdehirt entwickelt worden ist, als nur zwei der heute fünf bekannten Diplome publiziert waren.⁵ Hadrian habe damals Auxiliaren das römische Bürgerrecht verliehen, um mit ihnen starke Lücken in einer oder einigen Legionen zu schließen. Diese „neuen Legionäre“ sollten keinen anderen Rechtsstatus haben als die anderen Legionssoldaten, die aus einer Familie römischen Rechts stammten. Die bisherigen Auxiliare aber wären durch die Verleihung der *civitas Romana* rechtlich aus ihrer peregrinen Familie ausgeschieden, mit allen Folgen, die sich daraus ergaben. Durch die Verleihung des römischen Bürgerrechts an alle engen Familienangehörigen wurde dies vermieden. Dieses rechtliche Motiv, das an den Diplomen entwickelt worden war, übernahm Pferdehirt; sie sah aber den Grund für Hadrians Entscheidung in plötzlich in plötzlich aufgetretenen Lücken im Mannschaftsverband von Legionen. Diese These trifft nachweislich nicht zu. Denn wenn von dieser Konstitution bis heute fünf Exemplare überlebt haben, ist das nur erklärbar, wenn alle Soldaten dieser *ala milliaria* in dieser Weise ausgezeichnet wurden und damit auch entsprechend viele Diplome ausgegeben wurden. Das entspricht der allgemeinen Überlebensrate, die sich bei den Diplomen erschließen lässt. Das aber heißt, dass alle damals der *ala* angehörenden Auxiliare in eine oder mehrere Legionen überführt worden wären. Dann wäre die *ala* sozusagen aufgelöst worden; doch sie ist auch in zahlreichen späteren Diplomen bezeugt. Vor allem aber: Warum heißt es von den Soldaten, *qui militant in ala Ulpia contariorum mil(iaria)*? Die Einheit steht weiter unter dem Kommando des Statthalters von Dacia superior und unter dem im Diplom genannten Präfekten. D.h. die Soldaten erhalten die

⁴ Castagnino hat wie die bisherige Forschung nicht erkannt, dass in zweien dieser Diplome (AE 2008, 1749 und RMD I 19 = AE 2008, 1752) die Ergänzung *exgregale* nicht zutrifft; dort muss [*gregali*] gestanden haben, da die Soldaten noch im Dienst waren.

⁵ B. Pferdehirt, *Die Rekrutierung von Legionssoldaten unter Hadrian. Eine andere Deutung einer außergewöhnlichen Bürgerrechtskonstitution aus dem Jahr 121*, in G. Seitz (Hg.), *Im Dienste Roms. Festschrift für Hans Ulrich Nuber*, Remshalden 2006, 267-278, entwickelt gegen W. Eck, A. Pangerl, *Vater, Mutter, Schwestern, Brüder Zu einer außergewöhnlichen Bürgerrechtsverleihung in einer Konstitution des Jahres 121 n.Chr.*, in *Chiron* 33, 2003, 347-364.

Privilegien, obwohl sie weiterhin Mitglieder dieser *ala* blieben. All das zeigt, dass C. bei methodischer Interpretation der Diplome der These von Pferdehirt nicht hätte folgen dürfen. Grund für die außergewöhnliche Maßnahme muss in einem außergewöhnlichen Verhalten der Einheit gelegen haben, das aber im Text der Konstitution nicht ausgeführt wird.⁶

Dass nicht das Auffüllen von Lücken in der Mannschaft der Grund der Bürgerrechtsverleihung und der Ausgabe dieser speziellen Diplome gewesen sein kann, wie Pferdehirt meinte, zeigt deutlich der Papyrus aus dem Jahr 150 (*PSI IX 1026*), den C. selbst auch bespricht (S. 139 ff.). Danach wurden Flottensoldaten der *classis Misenensis* 132/133 n.Chr. in die *legio X Fretensis* versetzt, um dortige Lücken im Mannschaftsverband zu schließen, die deshalb vor der Eingliederung in die *X Fretensis* zu römischen Bürgern gemacht wurden. Allerdings waren das nicht nur die 22 aus Ägypten stammenden Männer, die in dem Papyrus genannt werden, sondern mehrere Tausende, wie sich aus zahlreichen Diplomen des Jahres 160 rückblickend ergibt. Denn wenn in der Notsituation zu Beginn des Bar Kochba Krieges die bisherigen Nicht Römer, die in der Flotte gedient hatten, ein Diplom zum Beweis ihres Bürgerrechts erhalten hätten wie angeblich die Soldaten der *ala Ulpia contariorum* im Jahr 121, wie es Pferdehirt behauptet hatte und worin ihr C. folgt, dann müssten von den Dokumenten für mehrere tausend Flottensoldaten aus dem Jahr 132/133 entsprechende Zeugnisse erhalten geblieben sein, was aber nicht der Fall ist. Dann aber kann man nicht mit diesem Dokument aus dem Jahr 150 beweisen, dass der Zweck der besonderen Bürgerrechtsverleihung des Jahres 121 an alle Soldaten der *ala Ulpia contariorum* eben der gewesen ist, Lücken in Legionen zu füllen.⁷ Die Inkonsequenz dieser Argumentation hat C. nicht bedacht, weil ihm offensichtlich methodische Notwendigkeiten, die bei der Auswertung von Diplomen beachtet werden sollten, fremd geblieben sind; in der früheren Literatur, die er in seiner Bibliographie auch aufführt, wurden diese methodischen Konsequenzen deutlich herausgestellt.

Das Buch als Ganzes ist trotz dieser kritischen Bemerkungen nützlich, da es eine Zusammenfassung der breiten Literatur der vergangenen Jahrzehnte zu dieser Dokumentgruppe liefert und damit für jeden, der sich nicht stets mit diesen Texten befasst, einen, wenn auch nicht vollständigen Überblick zu den Problemen, die mit den *diplomata militaria* verbunden sind, gibt, und zwar nicht nur für Forschende in Italien, sondern allgemein für die internationale Wissenschaft. Eine spezielle Untersuchung zu den mit den Dokumenten verbundenen rechtlichen Probleme liegt allerdings mit diesem Buch nicht vor.

Werner Eck
 Universität zu Köln
 werner.eck@uni-koeln.de

⁶ W. Eck, A. Pangerl, *Vater, Mutter, Schwestern, Brüder ...: 3. Akt*, in *ZPE*. 166, 2008, 276-284.

⁷ Die militärische Logik, dass *equites* einer Spezialtruppe Lücken in einer Truppe schließen sollten, die zum größten Teil aus *pedites* bestand, ist auch nicht erkennbar.

Possessio e servitù: eredità concettuali

Eredità concettuali e influssi disciplinari. Spunti in tema di possesso e servitù è il titolo della recente, breve monografia di Raffaele Basile. Una ricerca agile, ben condotta, sulla storia della *possessio* in comparazione diacronica con l'ordinamento civile italiano. Il titolo del primo capitolo, *Il possesso. Una storia di 'oscillazioni'* (pp. 1-49), esplicita bene la scarsa linearità della evoluzione storica della 'categoria'. Un profilo, questo, che comprensibilmente pervade anche l'intera trattazione di Basile.

È noto che la prima organica ricostruzione storica della *possessio* risale a Savigny. La sua opera, *Das Recht des Besitzes*, costituisce un punto fermo nella ricerca sul tema, sebbene non sia passata indenne dalle critiche della storiografia successiva: mi riferisco in particolare agli studi di Alibrandi e Jhering¹. Se infatti per Savigny il *discrimen* tra possesso e detenzione era l'*animus*, l'elemento psichico (non a caso si parla di teoria soggettivistica), il maestro di Berlino considerava in ogni caso il possesso per la sua natura un fatto, per i suoi effetti un diritto. La sua visione, pertanto, non si opporrebbe completamente alla ricostruzione di Jhering, assata, quest'ultima, sull'idea di un possesso-diritto (teoria oggettivistica), dove è irrilevante l'*animus* come cardine costitutivo del possesso e la distinzione tra possesso e detenzione si fonda sulla legittimità o illegittimità del titolo: la soluzione al problema della distinzione tra possesso e detenzione si trova, pertanto, nell'ordinamento giuridico e nelle tutele possessorie da quest'ultimo accordate (approccio seguito dal BGB).

Come giustamente osserva Basile (p. 40 nt. 76), tuttavia, a un'analisi più attenta la distanza tra le posizioni di Savigny e di Jhering è «meno radicale rispetto a quanto è dato rilevare in tema di *ratio* della tutela possessoria»: in particolare, stando all'a., Savigny si inserisce tra i seguaci della 'teoria mista'.

Nella prima pagina l'a. sostiene che il possesso, nella plurisecolare esperienza romana, incontra «due tappe di precipua rilevanza sul piano concettuale»: la prima è il momento di affermazione in termini di 'situazione subiettiva' «interagente con lo schema proprietario delineatosi sulla scia del declino delle primigenie connotazioni potestative». L'a. si è già occupato della formazione del concetto di *possessio* in una monografia del 2012: *Usus servitutis e tutela interdittale*, pubblicata per i tipi di CEDAM. Di qui, segnatamente dal paragrafo 2 del capitolo quarto della monografia testé citata (pp. 252 ss.), l'a. riprende l'analisi esegetico-comparatistica di due testimonianze del II sec. a.C., momento tipico della formazione del concetto di *possessio*.

La prima ad essere analizzata è la *lex agraria epigraphica* del 111 a.C. (pp. 2-3 e nt.3): in particolare, l'a. asserisce che il «frequente impiego del verbo *possidere* e dei sostantivi derivati *possessor* e *possessio* non sembra sollecitare dubbi in ordine all'ormai

* A proposito di Raffaele Basile, *Eredità concettuali e influssi disciplinari. Spunti in tema di possesso e servitù*, Cacucci Editore, Bari 2023, X-178, ISBN 979125962683; ISSN 27244784.

¹ I. Alibrandi, *Teoria del possesso secondo il diritto romano*, Roma 1871; R. Jhering, *Der Besitzwille. Zugleich eine Kritik der herrschenden juristischen Methode*, Jena 1889.

acquisita valenza tecnica della fattispecie». A sostegno di quest'ultima asserzione egli punta la lente d'ingrandimento anche su alcuni aspetti terminologici della legge che farebbero riferimento a una tutela interdittale restitutoria accordata in casi di *eiectio* violenta², menzionata quattro volte, oltre che alla classica formula *neque vi neque clam neque precario*, presente nel testo riportato della *lex*, che riprende chiaramente il classico schema interdittale pretorio³. L'a. mette a confronto il testo della legge agraria epigrafica⁴ con quello dell'unica, anteriore attestazione giuridica recante l'uso del verbo *possidere*, un decreto proconsolare emanato nel 189 a. C. nell'Hispania Ulterior dal proconsole Lucio Emilio Paolo (p. 4 nt. 9)⁵.

Secondo Basile, il verbo *possidere*, ricorrente una sola volta nel decreto, non assume la valenza tecnica attribuibile alle occorrenze delle espressioni *possidere* e *possessio* nella *lex agraria epigraphica*: ciò apre «il varco all'impressione di un percorso formativo compiutosi 'medio tempore'», grazie all'intreccio di «tre essenziali svolte, rappresentate, in presumibile ordine storico, dal superamento dell'ancestrale schema proprietario e dalla consequenziale emersione del nuovo, più ampio orizzonte dominicale; dalla escogitazione dell'interdetto *uti possidetis*; dal processo di privatizzazione dell'*ager publicus* avviato e per gran parte realizzato sul suolo italico lungo lo stesso secolo» (p. 7).

L'impostazione appare condivisibile e lineare, soprattutto se integrata con i risultati della monografia del 2012, che più marcatamente traccia il percorso argomentativo seguito dall'a. nel confronto tra le due testimonianze di età repubblicana e i quattro frammenti di età imperiale (pp. 9-11)⁶. In particolare, il passo di Gaio permette all'a.

² Per approfondire il tema della tutela interdittale, in particolare quella riguardante lo spossamento violento, si rinvia a L. Labruna, *Vim fieri veto*, Camerino 1971.

³ *Lex agraria [Baebia?]* (a. 643) (FIRA. I, n.8, 102 ss., spec. 106 s.). L. 18: *Sei quis eorum, quorum age[r] s(upra) s(criptus) est, ex possessione vi eiectus est, quod eius is quei eiectus est possederit, quod neque vi neque clam neque precario possederit ab eo, quei eum ea possessione vi eiect[erit]: quem ex h. l. de ea re ious deicere oportebit, sei is quei ita eiectus est, ad eum de ea re in ious adierit ante eidus Mar]tias, quae post h.l. rog. primae erunt, facito, utei is, quei ita vi eiectus e[st, in eam possessionem unde vi eiectus est, restituatur.*

⁴ Per un approfondimento sulla *lex agraria* epigrafica si rinvia a S. Sisani, *L'ager publicus in età graccana (133-111 a.C.)*, Roma 2015.

⁵ *Decretum procons. Hisp. Ulter.* (a. 565) (FIRA. I, n. 51, 305): L. Aimilius L. f. inpeirator decrevit, | utei quei Hastensium servei | in turri Lascutana habitarent, | leiberei essent; agrum oppidumqu(e), | quod ea tempestate posedisent, | item possidere habereque | iousit, dum poplus senatusque | Romanus vellet. Act(um) in castris | a. d. XII k. Febr.,

⁶ D. 41.2.3 pr. (Paul. 54 ad. ed.): *Possideri autem possunt, quae sunt corporalia*; D. 41.3.4.26 (27) (Paul. 54 ad. ed.): *Si viam habeam per tuum fundum et tu me ab ea vi expuleris, per longum tempus non utendo amittam viam, quia nec possideri intellegitur ius incorporale nec de via quis, id est mero iure, detruditur*; D. 8.1.20 (Iav. 5 ed post. Lab.): *Quotiens via aut [aliquid] <aliud> ius fundi emeretur, cavendum putat esse Labeo per te non fieri, quo minus eo iure uti possit, quia nulla eiusmodi iuris vacua traditio esset. Ego puto usum eius iuris pro traditione possessionis accipiendum esse ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt*; Gai 4.139: *Certis igitur ex causis praetor aut proconsul principaliter auctoritatem suam finiendis controversiis interponit, quod tum maxime facit, cum de possessione aut quasi possessione inter aliquos contenditur.*

di soffermarsi sul concetto della *quasi possessio iuris* (p. 11 nt. 18). Una nozione della quale l'a. afferma la genuinità: «le improbabili alterazioni, giacché ricondotte comunque a interventi compiuti entro l'epoca giustiniana, non scalfirebbero la pacifica convenzione di una matrice squisitamente 'romana' della cd. (*quasi possessio iuris*)». L'analisi condotta nel primo capitolo, in definitiva, sembra riproporre la ricostruzione dei due primi paragrafi del primo capitolo della *Teoria del possesso* di Alibrandi, cioè che la nozione arcaica di *possessio* si sarebbe confusa con la disponibilità fattuale, che grazie al decorso del tempo poteva condurre all'acquisizione della proprietà; in prosieguo di tempo si sarebbe affermata anche la distinzione tra i profili della titolarità di un diritto (*dominium*) e materiale esercizio di un potere sulla cosa.

Apprezzabile, nell'ultimo paragrafo del primo capitolo (pp. 29-49), la trattazione comparatistica del tema, attraverso sia un'analisi testuale degli articoli 685 del Codice Pisanelli e 1140 del Codice Grandi, messi in relazione con l'articolo 2228 del Code Napoléon che disciplina il possesso⁷, sia attraverso una ricostruzione storica degli indirizzi giurisprudenziali sul tema, oscillanti come il titolo del capitolo, tra le due prospettive del possesso, quella giuridica e quella fattuale, legata alla *res*. Avrebbe forse potuto dare maggior incisività alla trattazione anche un cenno alla tradizione tedesca. Il BGB, infatti, è fortemente influenzato in tema di possesso dalla teoria oggettivistica di Jhering, la quale ignora l'*animus* del possessore rispetto a quello del detentore mentre si concentra unicamente nella diversa relazione con il bene, che deve essere sempre sostenuta dalla presenza di un titolo di natura negoziale o legale nel caso della detenzione. Un cenno a tale impostazione dogmatica, apparentemente in aperta contrapposizione con la tradizione civilistica francese ed italiana (leggasi l'art. 533 della relazione al codice civile e l'art. 522 del progetto della Commissione reale)⁸, avrebbe certamente fornito

⁷ Art. 2228 Code Napoléon: «La possession est la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous-mêmes, ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nome.»; art. 685 Codice Pisanelli: «Il possesso è la detenzione di una cosa o il godimento di un diritto, che uno ha o per se stesso, o per mezzo di un altro il quale detenga la cosa od eserciti il diritto in nome di lui.»; art. 1140 c.c.: «Il possesso è il potere sulla cosa che si manifesta in un'attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale. Si può possedere direttamente o per mezzo di altra persona, che ha la detenzione della cosa».

⁸ Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al codice civile del 1942, art. 533: «Il codice del 1865, pur regolando il possesso sotto un titolo autonomo (a differenza del codice napoleonico, che del possesso trattava incidentalmente in tema di prescrizione), non conteneva un sistema organico di norme, ma dettava soltanto poche disposizioni frammentarie. L'istituto riceve nel nuovo codice una disciplina unitaria armonica, la quale si avvantaggia della ricca elaborazione scientifica della materia, per tanti aspetti ardua e delicata. L'impostazione fondamentale della nuova disciplina è data dalla determinazione legale del concetto di possesso e dall'abbandono di vecchie partizioni, come quella connessa con la categoria, tanto discussa e discutibile, del possesso così detto legittimo. Ponendo nettamente la distinzione tra possesso e detenzione, riceve il dovuto rilievo nella nozione del possesso (art. 1140) l'elemento psicologico, che il codice del 1865 accentuava particolarmente in tema di possesso legittimo. La detenzione si eleva al grado di possesso quando al potere di fatto si accompagna l'intenzione di esercitare sulla cosa il diritto di proprietà o un diritto reale minore. Per vero, allo stesso sistema così detto soggettivo o della volontà era ispirato il

degli spunti interessanti, anche riguardo al non corroborante riferimento all'elemento volitivo presente nell'art. 1140 c.c., meno incisivo e chiaro rispetto agli articoli testé citati.

Il secondo capitolo tratta dell'incompatibilità «strutturale» tra possesso e servitù negative (pp. 51-111). Si apre con il divieto ex art. 1061 c.c. di acquisto per usucapione e per destinazione del padre di famiglia delle servitù non apparenti, ossia di quelle figure per le quali «non si hanno opere visibili e permanenti destinate al loro esercizio». Secondo l'a., l'attuale art. 1061 rende più chiaro il *discrimen* tra fattispecie apparenti e non apparenti rispetto alla lettera dell'art. 618 del Codice Pisanelli, «che individuava come parametro funzionale alla scansione segni visibili dell'esistenza del vincolo» (p. 54): un lodevole approccio comparatistico al tema sulla cui chiarezza è difficile muovere alcuna critica. Avrebbe tuttavia reso ancora più completa l'analisi un richiamo al divieto di usucapione delle servitù attribuito alla *lex Scribonia*⁹ nella misura in cui si possa riconoscere o congetturare, attraverso di esso, una dinamica delle forme di possesso delle servitù, intese come *res corporales*¹⁰.

Il terzo capitolo (pp. 113-146) è dedicato all'impossibilità dell'uso e alla mancanza di *utilitas* delle servitù. L'a. segue l'approccio casistico, in particolare nel terzo

progetto della Commissione reale, che definiva il possesso (art. 522): 'il potere di fatto che alcuno ha sopra una cosa, con la volontà di avere per sé tale potere in modo corrispondente alla proprietà o altro diritto reale'. Questa formulazione però non poneva forse sufficientemente in evidenza che l'elemento volitivo in tanto diviene rilevante per l'ordinamento giuridico in quanto si concreta e si manifesta in un comportamento esterno del possessore, il quale appunto vale a differenziare le varie specie di possesso (il possesso come proprietario dal possesso come usufruttuario, enfiteuta ecc.). La nuova formula 'il potere sulla cosa che si manifesta in un'attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale' pone invece nel necessario rilievo l'elemento subiettivo e l'elemento obiettivo del possesso. Il primo è costituito dall'intenzione di esercitare un diritto reale sulla cosa; il secondo dalla forma con cui, attuandosi il potere sulla cosa, l'intenzione si rende esternamente palese. Aggiunge il secondo comma dell'art. 1140 che si può possedere direttamente o per mezzo di altra persona; ed è chiaro che quest'ultima, in quanto riconosce in altri il possesso della cosa su cui esercita il potere, è semplice detentore, se anche tale potere si atteggi esteriormente come esercizio di facoltà che costituiscono il contenuto di un diritto reale».

⁹D. 41.3.4.28(29) (Paul. 54 ad ed.): *Libertatem servitutium usucapi posse verius est, quia eam usucapionem sustulit Lex Scribonia, quae servitutum constituebat, non etiam eam, quae libertatem praestat sublata servitute* rell.

¹⁰G. D'Angelo, *Sulla lex Scribonia de usucapione servitutium*, Torino 2013, 5. Ancora D'Angelo a p. 15 scrive: «secondo un'opinione largamente diffusa, le più antiche servitù rustiche (*iter, actus, via, aquae ductus*) si immedesimavano in origine con la stessa porzione di terreno su cui si esercitavano; porzione a cui il titolare si ritiene estendesse il suo dominio – a titolo esclusivo o in concorso con il proprietario del fondo servente – come a una sorta di propaggine del proprio fondo. Ebbene, ove si acceda a tale ricostruzione, che reputiamo fondata nel suo nucleo essenziale, sarebbe difficile negare che le servitù in questione dovevano costituirsi con gli stessi modi con cui si acquistava la proprietà di beni corporali, in particolare dei *fundi*; e dunque, per quanto ci interessa, anche mediante l'usucapione». Da tale ricostruzione prende, pertanto, le mosse la tesi secondo cui le più antiche servitù fossero *res corporales* e, di conseguenza, inizialmente usucapibili.

paragrafo (pp. 128 ss.), là dove analizza diversi casi relativi al problema degli effetti prodotti sul diritto reale dall'*altius extollere* del terzo estraneo. Basile si sofferma, in particolare, sugli esiti oscillanti tra i due estremi dell'estinzione della servitù e della sua quiescenza *intra tempus statutum (biennium)*, con nel mezzo diverse soluzioni di compromesso decisamente intriganti, per un totale di quattro diversi approcci: 1) estensione irreversibile del *ius in re*; 2) estinzione reversibile, in quanto superabile in caso di abbattimento del fabbricato prima della scadenza del termine di prescrizione; 3) irrilevanza dell'alternativa fra prescrizione e quiescenza; 4) quiescenza *sic et simpliciter*, «una paralisi degli effetti del rapporto che annulla la possibilità giuridica di esercitare il diritto» (p.129).

Il quarto capitolo (pp. 147-169) costituisce una sorta di appendice critica del libro/articolo di C. J. Bannon *Gardens and Neighbors. Private Water Rights in Roman Italy* del 2009, a proposito di servitù idriche e 'Commons Theory'.

Il lavoro di Basile è un testo che fornisce al lettore ciò che è annunciato nel titolo: una serie di profondi e proficui spunti in materia di possesso e servitù, destinati a fornire da trampolino per future indagini, vivificate dalle riflessioni, sempre perspicue, dell'autore.

Eduardo Murrieri
Università del Salento
eduardo.murrieri99@gmail.com

Libri pervenuti alla redazione

(a cura di Annarosa Gallo)

- Francesco Arcaria, *Inter fiscum et privatos ius dicere. Contributo allo studio del diritto fiscale romano e dei suoi rapporti con il diritto pretorio*, Satura Editrice, Napoli 2024, pp. 202, ISBN 9788876072505.
- Raffaele Basile, *Eredità concettuali e influssi disciplinari. Spunti in tema di possesso e servitù*, Syntéleia. Collana del Dipartimento di Giurisprudenza degli Studi di Napoli 'Parthenope' 8, Cacucci Editore, Bari 2023, pp. X-178, ISBN 9791259652683.
- Alessandra Beccarisi, Manuela De Giorgi, Valter Leonardo Puccetti, Francesco Somaini (a cura di), *La mente di Dante. Visioni, percezioni, rappresentazioni*, Edizioni di storia e letteratura, Roma 2024, pp. 454, ISBN 9788893598743.
- Tommaso Beggio, Filippo Bonin, Massimo Miglietta (a cura di), *Crimini e pene nell'evoluzione politico-istituzionale dell'antica Roma*, Atti del Convegno Internazionale Trento, 5-6 giugno 2019, 'Cattedra Giorgio Luraschi'. Centro di ricerca per lo studio e la diffusione del Diritto romano pubblico, Quaderno III, Cacucci Editore, Bari 2023, pp. 305, ISBN 9791259653222.
- Gregor Berghammer, *Caracalla. Die Militärautokratie des Kaisers Severus Antoninus*, Comptus Druck Satz & Verlag, Gutenberg 2022, pp. 851.
- Fabio Botta, Tommaso dalla Massara, Lucio De Giovanni, Giovanni Luchetti, Valerio Marotta, Fara Nasti, Aldo Schiavone, Emanuele Stolfi, *Storia giuridica di Roma. Diritto privato, Diritto pubblico, Produzione normativa, Repressione criminale* (a cura di A. Schiavone), 2a ed., Giappichelli Editore, Torino 2024, pp. 637, ISBN 9791221110623.
- Giovanni Brizzi, *Imperium. Il potere a Roma*, Cultura storica, Laterza, Bari – Roma 2024, pp. 321, ISBN 9788858153512.
- Pierangelo Buongiorno, Mario Varvaro, *Percorsi di storia del diritto romano*, Editoriale Scientifica, Napoli 2024, pp. 440, ISBN 9791223500286.
- Luigi Capogrossi Colognesi, *Le vie del diritto romano*, Ritrovare l'Europa, Il Mulino, Bologna 2024, pp. 260, ISBN 9788815382948.
- Luigi Capogrossi Colognesi, Luigi Garofalo (a cura di), *Pietro de Francisci, Scritti scelti*. Tomo terzo, L'Arte del diritto 47, Jovene Editore, Napoli 2024, pp. X-838, ISBN 9788824328364.
- Pietro Cerami, Maria Miceli, *Strutture costituzionali, fonti e codici nell'esperienza giuridica romana. Storicità del diritto. Prospettive antiche e moderne*, Giappichelli Editore, Torino 2023, pp. 449, ISBN 9791221102888.
- Tommaso Dalla Massara, Mauro Orlandi, *Studi sull'accordo di non chiedere*, Roma Tre Press, Roma 2024, pp. 112, ISBN 9791259773036.
- Laura D'Amati, Luigi Garofalo (a cura di), *Scritti per Francesco Maria Silla, L'Arte del diritto* 53, Jovene Editore, Napoli 2024, pp. X-838, ISBN 9788824328753.

- Maria Vittoria Dell'Anna (a cura di), *La lingua e la scrittura forense: storia, temi, prospettive*, Giappichelli Editore, Torino 2023, pp. 273, ISBN 9791221105131.
- Oliviero Diliberto, Orazio Licandro (a cura di), *Vincenzo Arangio-Ruiz, Lineamenti del sistema contrattuale nel diritto dei papiri*, Fra Oriente e Occidente, L'Erma di Bretschneider, Roma – Bristol 2022, pp. 90, ISBN 9788891326188.
- Oliviero Diliberto, Orazio Licandro (a cura di), *Vincenzo Arangio-Ruiz, Persone e famiglia nel diritto dei papiri*, Fra Oriente e Occidente, L'Erma di Bretschneider, Roma – Bristol 2022, pp. 84.
- Sabrina Di Maria, Gianni Santucci (a cura di), *Ignorantia vel facti vel iuris est. L'errore fra passato e presente*, Quaderni dei Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato 10, Jovene Editore, Napoli 2024, pp. X-230, ISBN 9788824328319.
- Domenico Dursi, *Ricerche sulla donazione in diritto romano*, Pubblicazioni del Corso di Alta Formazione in Diritto Romano – Facoltà di Giurisprudenza – Sapienza – Università di Roma 2, Jovene Editore, Napoli 2024, pp. XII-364, ISBN 9788824328517.
- Iole Fargnoli, *Diritto, Religione, Politica. Temi di legislazione imperiale tra Decio e Teodosio I*, Collana della Rivista di Diritto romano. Saggi, LED. Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto, Milano 2023, ISBN 9788855131247.
- Iole Fargnoli (a cura di), *Un secolo di sapere storico-giuridico all'Università Statale. I Maestri del Diritto romano e della Storia del diritto*, Università degli Studi di Milano, Facoltà di Giurisprudenza, Dipartimento di Diritto Privato e Storia del Diritto, Diritto Romano e Diritti dell'Antichità 66, Giappichelli Editore, Torino 2024, pp. 309, ISBN 9791221106169.
- Francesco Fasolino, Federico Fernandez De Buján (a cura di), *Diritto romano e diritto attuale. Casi e regole*, G. Giappichelli Editore, Torino 2023, pp. 256, ISBN 9791221105117.
- Tomasz Giaro, *Opera selecta*, I-II, con una introduzione di Carla Masi Doria, una prefazione di Aleksander Grebieniow e Jakob Fortunat Stagl e una nota di lettura di Jan Dirk Harke, Antiqua 112, Jovene Editore, Napoli 2024, pp. 1544, ISBN 9788824328326.
- Alessio Guasco, «Ἀντίχρησις est species pignoris ...». *Itinerari dell'anticresi dai diritti dell'antichità alle codificazioni moderne*, Satura Editrice, Napoli 2024, pp. 229, ISBN 9788876072512.
- Otto Gradenwitz, *Sulla presupposizione. Una critica alla teoria di Windscheid*, traduzione e testi di Elena Pezzato Heck. Saggi introduttivi di Christian Baldus e Francesca Lamberti, Bebelplatz 7, Pacini Giuridica, Pisa 2024, pp. 147, ISBN 9788833796901.
- Heinrich Honsell, Dorothea Mayer-Maly (Hrsg.), *Recht – Gerechtigkeit Rechtswissenschaft. Gesammelte Schriften von Theo Mayer-Maly*, Verlag Österreich, Wien 2019, pp. XXXIX-1850, ISBN 9783704679826.
- Bradley Jordan, *Imperial Power, Provincial Government, and the Emergence of Roman Asia, 133 BCE – 14 CE*, Oxford Classical Monographs, Oxford University Press, Oxford 2023, pp. XI-276, ISBN 9780198887065.
- Rolf Knütel (†), Berthold Kupisch (†), Sebastian Lohsse, Thomas Rüfner (Hrsgg.), mit Beiträgen von Thomas Finkenauer, Klaus Luig (†), Johannes Michael Rainer, Cor-

pus Iuris Civilis. Text und Übersetzung 6, Digesten 35-39, C.F. Müller, Heidelberg 2024, pp. 640, ISBN 9783811466647.

Silvio La Paglia, *Memorabilia Pompeiana. Antichità da Pompei nelle collezioni europee (1748-1830)*, Studi e Ricerche del Parco Archeologico di Pompei 49, L'Erma di Bretschneider, Roma 2023, pp. XVIII-324, ISBN 9788891331960.

Già il titolo sintetizza in modo efficace l'argomento e l'orizzonte cronologico entro il quale si è mossa la ricerca volta a ricostruire l'apporto offerto dalle scoperte pompeiane alla formazione delle collezioni di antichità nell'Europa tra Ancient Regime e restaurazione.

Il volume si articola nella presentazione, nella prefazione, in tre capitoli, nella postfazione, nell'appendice documentaria, nel regesto dei reperti pompeiani schedati in un apposito *database*, negli indici dei nomi, dei luoghi, dei toponimi, nelle abbreviazioni degli archivi e nei riferimenti bibliografici.

Il nucleo centrale è costituito dai tre capitoli in cui si dipana la vicenda collezionistica dei reperti pompeiani. Il primo (*Dall'impresa di re Carlo alla Repubblica Napoletana 1748-1799*, pp. 3-33) tratta della scoperta di Pompei nell'Europa della seconda metà del Settecento. Il secondo (*L'interludio francese 1799-1815*, pp. 37-70) si occupa invece della mobilità e dell'alienazione dei reperti pompeiani durante i regni di Giuseppe Bonaparte e di Gioacchino Murat, tra il 1799 (Repubblica Napoletana) e il 1815 (Congresso di Vienna). Il terzo (*Dalla restaurazione alla morte di Francesco I 1815-1830*, pp. 73-122) indaga infine il periodo della restaurazione borbonica, assumendo come discrimine cronologico il 1830, anno della morte di Francesco I re delle Due Sicilie.

Nella primavera del 1748, gli scavi di Pompei presero avvio su impulso e autorizzazione del sovrano Carlo di Borbone, (poi Carlo III di Spagna), il quale comprese fin subito l'importanza di un'operazione di tal genere sotto il profilo scientifico e di concerto quello 'politico'. D'altra parte di lì a qualche anno, nel 1755, egli si premurò di promulgare le *Prammatiche LVII e LVIII*, poste a fondamento della tutela degli oggetti antichi e di quelli storico-artistici presenti nel regno napoletano. Tuttavia, al sito 'reale' pompeiano e agli altri vesuviani fu attribuito una *status* del tutto particolare, in quanto essi divennero possedimenti allodiali, vale a dire proprietà privata dei Borbone, e quindi estranei al patrimonio della corona. In questo modo i re napoletani poterono vantare la loro piena titolarità su rovine e reperti, così da poterne disporre secondo i loro progetti e *desiderata*. Ciò avvenne per certi versi anche durante il decennio francese e in particolare per opera di Carolina Bonaparte, peraltro collezionista di antichità. L'unica forma riconosciuta di alienazione non poté quindi che essere il dono attraverso il quale i Borboni (ma del resto anche i re francesi di Napoli) omaggiarono principalmente regnanti e nobili europei, interessati a visitare Pompei divenuta oramai una tappa fondamentale del *grand tour*: solo nel sito vesuviano i visitatori, ricevuto preliminarmente l'assenso reale, avrebbero potuto osservare una città antica pressoché intatta; come pure partecipare agli sterri (talvolta artatamente messi in scena), ricevendo in dono, a ricordo della giornata, i reperti venuti alla luce in quella circostanza. Si trattava in ogni caso di oggetti di piccole e medie dimensioni (essenzialmente in bronzo, vetro, terracotta) e di materiali organici carbonizzati (legumi, frutta, semi) (a riguardo si veda il *Regesto*, pp. 261-267), l'esportazione dei quali al di fuori del regno non avrebbe depauperato né tantomeno deturpato il patrimonio reale. Ciò nonostante non mancarono furti e sottrazioni che alimentarono il mercato 'nero' dei reperti pompeiani e il loro connesso espatio. Contro questa pratica, intervenne Ferdinando I con

il decreto del 13 maggio 1822 (Cfr. *Collezione delle leggi e de' decreti reali nel regno delle Due Sicilie*, Napoli 1822, nr. 223, pp. 260-262). Le disposizioni lì contenute vietarono da un lato la demolizione o la degradazione di costruzioni antiche al fine di impedire il recupero dei materiali decorativi, basti pensare alla rimozione degli affreschi molto ricercati dai collezionisti, secondo una logica non troppo dissimile per certi versi a quella che già durante il principato di Claudio aveva portato all'approvazione del senatoconsulto cosiddetto Osidiano nel settembre del 47 d.C. che aveva vietato la demolizione degli edifici al fine di rivenderne i materiali edilizi e ornamentali; dall'altro impedirono l'esportazione degli oggetti di antichità e d'arte anche di proprietà privata, ad eccezione di quelli privi «di un merito tale che possano interessare il decoro della nazione». Attraverso un'accurata ricerca archivistica e museale è stato possibile individuare buona parte dei *memorabilia pompeiani* nell'attuale luogo di conservazione, tracciandone il lungo percorso collezionistico. Tuttavia un'indagine pur così specialistica ha anche il merito di offrire uno spaccato della società europea e dei suoi interessi storici, archeologici e antiquari a cavallo tra Sette e Ottocento.

[Annarosa Gallo]

Mario Lentano (a cura di), *Tullo Ostilio. Il rito, il duello, la politica*, I re e il diritto, collana diretta da Maurizio Bettini, Il Mulino, Bologna 2023, pp. 181, ISBN 9788815388452.

Mario Lentano, *'Vissero i boschi un dì'. La vita culturale degli alberi nella Roma antica*, Carocci editore, Roma 2024, pp. 247, ISBN 9788829022151.

Orazio Licandro, *Cives et peregrini. Città, cittadinanza, integrazione, mobilità sociale e certezza del diritto dall'età repubblicana alla Tarda Antichità*, *Studi epigrafici e papirologici* 2, Jovene Editore, Napoli 2023, pp. 380, ISBN 9788824327589.

Orazio Licandro, *Il miracolo dell'olio. Dal 'vangelo' di Augusto all'unzione dei re medievali*, prefazione di Luciano Canfora, Le Formiche, Baldini+Castoldi, Bari 2024, pp. 255, ISBN 9791254941553.

Alessandro Manni, Giovanna D. Merola (a cura di), *Atelier. Organizzazione produttiva e rapporti commerciali nel mondo romano*, Consorzio Interuniversitario Gérard Boulvert 12, Jovene Editore, Napoli 2024, pp. VI-258, ISBN 9788824328432.

Emilia Mataix Ferrándiz, Antonio López García, Anthony Álvarez Melero, Diego Romeo Vera (eds.), *Land and Power. Agents of Social and Spatial Transformation in the Roman West*, *Impact of Empire* 49, Brill, Leiden – Boston 2024, pp. XIII-293, ISBN 9789004685727.

Dario Mantovani, *La letteratura invisibile. I giuristi scrittori di Roma antica*, Editori Laterza, Bari – Roma 2024, pp. XII-323, ISBN 9788858135839.

Benedetto Monteleone, *«Litem suam facere»*. *Dall'intervento del terzo alla responsabilità del iudex*, Pubblicazioni del Centro Studi giuridici italo-cinese (Sapienza Università di Roma – Zhongnan University of Economics and Law, China) 3, Jovene Editore, Napoli 2024, pp. 251, ISBN 9788824328906.

Dieter Nörr, *La nascita della longi temporis praescriptio. Studi sull'influenza del decorso del tempo sul diritto e sulla politica del diritto in età imperiale*, edizione italiana a cura di Pierangelo Buongiorno aggiornata e rivista dall'autore, *Opuscula. Quaderni di studi romanistici* 2, Edizioni Università di Macerata, Macerata 2024, pp. 161, ISBN 9788860569110.

- Antonio Palma (a cura di), *Il diritto romano dopo Roma. Attraverso le modernità. Seconda edizione*, G. Giappichelli Editore, Torino 2023, pp. 384, ISBN 9791221102697.
- Renato Perani, *Intelligenza artificiale e Digesta Iustiniani. La casistica romana per un orientamento nella risoluzione automatizzata delle controversie*, Giuffrè, Milano 2023, pp. 289, ISBN 9788828861645.
- Darryl A. Phillips, *Suetonius' Life of Augustus*, Oxford Greek and Latin College Commentaries, Oxford University Press, Oxford 2023, pp. IX-229, ISBN 9780199392384.
- Annemarie Renz, *Civitas Romana. Das Römische Bürgerrecht und die Römischen Bürgerrechte von 500 v. Chr. Bis 500 n. Chr.*, Fundamenta Juridica. Beiträge zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung 77, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2023, pp. 909, ISBN 9783756011261.
- Jacobo Rodríguez Garrido, *Emperadores y esclavos. Algunos aspectos de la legislación imperial sobre esclavitud entre Traiano y los Severos*, Collection Institut des Sciences et Techniques de l'Antiquité, Presses Universitaires de Franche-Comté, Besançon 2023, pp. 400, ISBN 9782848679617.
- Gianni Santucci, Sabrina Di Maria, *Il sistema aperto del diritto romano. Antologia di testi*, G. Giappichelli Editore, Torino 2024, pp. 208, ISBN 9791221108507.
- Carlo Sigonio, *L'antico regime giuridico dei cittadini romani*, traduzione italiana e note a cura di Mattia Balbo, Michele Bellomo, Annarosa Gallo e Federico Santangelo, introduzione di Federico Santangelo, testo latino a fronte, History of Classical Scholarship Supplementary Volume 6, Newcastle upon Tyne and Venice 2024, pp. XIV-551, ISBN 9781838001858.
- Laura Solidoro, *Dalla dominicalità al neoproprietarismo. Storia e narrazioni di un percorso*, Teoria e storia del diritto 2, G. Giappichelli Editore, Torino 2023, pp. X-152, ISBN 9791221102581.
- Francesco Verrico, *Governare l'emergenza. Sulla gestione senatoria di interregnum, dictatura e prorogatio imperii (V-III sec. a.C.)*, Acta Senatus B 16, Franz Steiner Verlag, Stuttgart 2024, pp. 337, ISBN 9783515138079.
- Edoardo Volterra, *Discorsi rettorali (1945-1947)*, a cura di Annarosa Gallo e Ivano Pontoriero, Bologna University Press 2024, pp. 156, ISBN 9791254773918.

Resoconti

***Nel Mediterraneo e oltre:
organizzazione produttiva e rapporti commerciali nel mondo romano***
(Napoli, 23 febbraio 2023)

Il 23 febbraio 2023, organizzato congiuntamente dal Dipartimento di Studi Umanistici e dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli Federico II, con il patrocinio del Consorzio Interuniversitario Gérard Boulvert e del Centro Arangio-Ruiz, si è tenuto presso la biblioteca intitolata a uno dei grandi Maestri partenopei della romanistica Antonio Guarino, il convegno internazionale: *Nel Mediterraneo e oltre: organizzazione produttiva e rapporti commerciali nel mondo romano*.

L'incontro di studio rientra nel progetto *ATELIER* (Roman Pottery in Ancient Campania: Material Evidence, Economic History, Legal Bases) che mira a promuovere lo sviluppo di nuove conoscenze in merito alla storia economica e sociale della Campania nel contesto dell'Italia e del Mediterraneo romanizzato.

Dopo i saluti di A. Mazzucchi (Direttore del Dipartimento di studi Umanistici) e di U. Roberto (Napoli Federico II), che hanno sottolineato la natura interdisciplinare dell'iniziativa, ha preso la parola G.D. Merola (Napoli, Federico II): illustrando, nel proprio intervento dal titolo *Introduzione sulle rotte del commercio romano*, la multidisciplinarietà dei vettori di ricerca adottati nello sviluppo del progetto e che spaziano dalla studio della cultura materiale di origine archeologica, all'interpretazione delle fonti letterarie e giuridiche. Merola si è incentrata dapprima sul materiale ceramico rinvenuto presso gli scavi di Cuma e di come attraverso lo studio di questo si possa tentare una proposta ricostruttiva dei coevi processi produttivi. La studiosa ha poi evidenziato il ruolo economico ricoperto da Cuma rispetto agli altri centri urbanizzati della Campania, sottolineando come proprio i rapporti commerciali avrebbero garantito a Roma oltre ai beni di primaria sussistenza anche il ruolo di uno dei poli commerciali più importanti del Mediterraneo. Secondo Merola, la connessione tra vicende politiche ed economiche avrebbe, inoltre, trovato nuova linfa a seguito della *pax augusta* che avrebbe avuto una portata globalizzante del modello cittadino, assicurando a Roma il ruolo di centro propulsore della crescita economica.

Sotto la presidenza di C. Masi Doria (Napoli Federico II), R. Fiori (Roma Tor Vergata) ha messo bene in luce nella propria relazione *Lo 'ius gentium' tra teoria generale e pratica dei commerci mediterranei* come il diritto sia un dispositivo del potere inevitabilmente in quanto tale dai contesti culturali, antropologici e religiosi nei quali si trova ad operare. In particolare, a Roma il più antico diritto positivo – tale in quanto posto dalla *civitas* quiritaria (*ius Quiritium*) – si sarebbe aggiunto a un continuo processo di rinnovamento e arricchimento tramite 'sacche di tutela extragiudiziale', *ius honorarium*, che tramite l'editto pretorio, avrebbe garantito ulteriori meccanismi di tutela in ottemperanza all'*aequitas naturalis*. A questa bipartizione si sarebbe aggiunto lo *ius gentium*, estraneo al *ius praetorium*, e considerato dai Romani come un enorme serbatoio di regole dalle quali attingere a seconda delle più disparate esigenze fattuali, utilizzato

spesso per calarsi nelle reali e concrete logiche giuridiche che traspaiono anche dalle prassi commerciali. In seguito, ha preso la parola G. Camodeca (Napoli L'Orientale) *Puteoli e il commercio nel I sec. d.C.*, dopo una collocazione storico-economica di Puteoli, definita 'porto a misura di Roma', colonia romana e città cosmopolita. Il relatore ha proposto un esame congiunto degli aspetti topografici, archeologici, epigrafici e giuridici desumibili da alcuni documenti provenienti dall'archivio dei *Cai Sulpici*, probabilmente banchieri puteolani, soffermandosi, in seguito, sull'analisi di *TPSulp. 53* e *TPSulp. 46*, *TPSulp. 79*.

Dopo la discussione, ha assunto la presidenza D. Nappo (Napoli Federico II), introducendo così la relazione di C. Schäfer (Trier), *The trade with the Roman North West via the Atlantic route*, che ha inquadrato lo sviluppo del commercio romano su rotte atlantiche, attestato fin dal Neolitico e in seguito ampliato per soddisfare le sempre crescenti esigenze di approvvigionamento, soprattutto di olio, delle truppe romane stanziato in Germania o in Britannia. Il relatore si è soffermato sulle molteplici ipotesi ricostruttive dei percorsi delle rotte atlantiche, attraverso l'analisi tanto di fonti archeologiche che letterarie. A. Llamazares Martín e E. Torregaray Pagola, *Oil in Late hellenistic Sicily, between imports and local production* hanno illustrato le fonti relative alla diffusione degli oliveti e alla produzione di olio di oliva in Sicilia al tempo dei Romani. In particolare modo, hanno preso in esame i dati relativi agli impatti negativi avutisi sulla produzione di olio nell'arco delle guerre puniche. Basti pensare alle fonti letterarie che riportano della presenza di ulivi e di olio in Sicilia (come Varr. *de Ling. Lat.* 7.86 e Sil. *Pun.* 14.23-26), passando, successivamente, allo studio di rappresentazioni iconografiche e altri reperti archeologici come *IG. XIV, 352 = ISic. 1174*. La prima sessione pomeridiana ha visto come presidente C. Capaldi (Napoli Federico II), che ha introdotto P. Arnaud (Lumière Lyon 2), *Vettore, mercante, mercati: un complesso insieme di relazioni e il loro impatto sulle rotte e i flussi commerciali marittimi*. Quest'ultimo ha chiarito come la scelta della miglior rotta commerciale fosse frutto di accordi di genti differenti e fosse spesso animata da interessi politico-economici delle élite locali, basti pensare al passo D. 45.1.122 (Scaev. 28 *digest.*). Lo schema contrattuale di base utilizzato per affrontare lunghe rotte, doveva riguardare un accordo tra armatore-vettore e mercante, non sarebbero, però, mancati accordi 'atipici', che, avrebbero coinvolto il proprietario dell'imbarcazione, l'operatore navale, ma anche soggetti connessi a situazioni creditizie quali i banchieri e i garanti. *'Conquering the Market': alcune riflessioni su produzione e commercio di salsamenta, vino e frutta nel mondo romano* è il titolo della relazione di A. Marzano (Bologna *Alma Mater Studiorum*), che ha ricostruito il contesto produttivo di vino, frutta e i derivati del pesce a Roma, su cui, com'è noto, alcune notizie relative ai processi produttivi ci giungono da fonti letterarie, epigrafiche ed archeologiche. Da queste, in particolare, sarebbe emerso il coinvolgimento di schiavi e liberti nelle fabbriche di salagione del pesce, nonché il problema del credito e della ricerca di garanti necessari per avviare tali attività imprenditoriali. Successivamente, Marzano si è soffermato sulle migliorie e sui processi produttivi del vino e della frutta avutisi in seguito alla c.d. 'rivoluzione agricola di Augusto'.

La seconda sessione pomeridiana, presieduta da C. Cascione (Napoli Federico II), si è aperta con la relazione di C. Vacanti (Campania Luigi Vanvitelli), *'Bagnarsi le*

mani nel mare'. *Flussi commerciali romano-campani e le razzie di Amilcare Barca*, che ha riflettuto sugli accordi, trattative belliche, e la politica e sfruttamento di risorse come concepita dai Romani. *L'incipit* delle riflessioni è stato un brano di Diod. Sic. 23.2.1, che avrebbe riferito dello stupore degli ambasciatori Cartaginesi riguardo l'audacia dei romani, che prima dell'inizio della prima guerra punica, erano giunti in Sicilia nonostante non avessero il controllo del mare. Il relatore ha considerato tale brano un elemento fondamentale per ricostruire il legame politico e commerciale intercorso tra la Campania e Cartagine. A riscontro tesi, nella Sicilia punica sono state rinvenute numerose anfore lucane e campane che testimonierebbero anche della presenza di gruppi di mercenari italici ingaggiati dagli eserciti cartaginesi nel corso delle varie guerre con le città della Sicilia. In seguito, è intervenuta L. Radulova (Sofia), *Il portorium maritimum. Osservazioni sulle dichiarazioni doganali nei porti*, la quale ha analizzato il funzionamento delle dogane dell'Asia minore, soffermandosi, nello specifico, sulle dichiarazioni doganali delle merci trasportate dalle navi. Numerose particolarità procedurali sono emerse da celebri fonti epigrafiche, come la *lex portorii* di Andriake, la *lex portus Asiae*, il regolamento di Cauno e il regolamento di Myra. Radulova ha proposto interessanti ricostruzioni testuali, basandosi sulle prassi illegali del tempo, oggetto di regolamentazioni e sanzioni specifiche. Le conclusioni sono state affidate ad A. Manni (Napoli Federico II), *Prospettive di una ricerca interdisciplinare*, il quale, nel ringraziare i partecipanti, ha annunciato la pubblicazione degli atti del simposio. Manni, ha ribadito come le relazioni del convegno, internazionale non solo per la provenienza dei relatori, ma per le 'rotte' seguite dagli studi multidisciplinari, siano testimonianza della necessità di svolgere un maggior numero di ricerche in ambiti multidisciplinari.

Riccardo Bordi
Università di Napoli 'Federico II'

Diritto e bellezza. Verso l'altrove
(Ravello, 24-25 marzo 2023)

1. Durante los días 24 y 25 de marzo del año 2023 se ha celebrado en la sede del Auditorium Oscar Niemeyer de la hermosa villa Ravello, en la provincia campana de Salerno, el VII Diálogo entre Juristas bajo el título *Diritto e bellezza. Verso l'altrove*. El Diálogo, concebido como una Conferencia internacional de Estudios jurídicos, estuvo presidido por el recuerdo vivo y sentido del añorado prof. Antonio Palma, *ordinario* de Derecho romano en la *Università degli Studi di Napoli «Federico II»*, abogado administrativista y maestro de una amplia Escuela meridional de romanistas, tristemente fallecido en el pasado enero de 2023, quien fuera, en fin, el principal inspirador y artífice de los mismos Diálogos en las anteriores ediciones.

2. El ciclo de ponencias se inició en la mañana del viernes 24 de marzo de 2023 con los saludos institucionales de las autoridades presentes, inmediatamente seguidos por la sesión de apertura, presidida por el prof. Andrea di Porto (*Università degli Studi di Roma «La Sapienza»*). La introducción corrió a cargo del prof. Francesco Fasolino (*direttore di Dipartimento* de Derecho de la *Università degli Studi di Salerno*), quien destacó cómo al tema de la Conferencia, nacido en la mente de Antonio Palma (*il diritto e la bellezza*), se le había añadido el horizonte del «allende», del «más allá» (*altrove*), siguiendo las reflexiones de Natalino Irti. El objeto del Diálogo habrá quedado ampliado, así, para abordar la relación entre el derecho y la belleza con nuevas perspectivas interdisciplinares, siguiendo siempre la enseñanza del prof. Palma, marcada por la visión actualista del derecho romano, desprovista de toda nostalgia e idolatría del pasado, y definida, en su lugar, por la conciencia de que en él radicamos nosotros, en cierta medida; y que desde tales raíces hemos de mirar hacia el futuro. El derecho aplicado a la belleza no podría tampoco eludir la satisfacción de las necesidades del hombre, hecho profundo que le otorga un significado que va más allá de la mera construcción abstracta y de la aplicación mecánica de las reglas. Por último, Fasolino transmitió a los asistentes el intenso deseo que del Encuentro pudieran surgir ideas para un *Manifesto della bellezza* que comience en Ravello y que, proyectado hacia afuera, encuentre recepción a nivel nacional e internacional, puesto que la belleza *in abstracto* es, seguramente, la verdadera belleza *in concreto* de Italia y uno de los principales resortes para su renacimiento.

3. A continuación, Natalino Irti (*Accademico dei Lincei*) leyó la proluación titulada *Elogio della parodia*, analizando la parodia en tanto uno de los géneros literarios más controvertidos y difíciles de definición y esbozando también su relación con el derecho. Tal análisis no permitiría, por supuesto, prescindir de la etimología de la palabra, por lo que Irti señaló que el término «parodia» proviene del griego *pará*, que significa «cerca, próximo, al lado», pero igualmente «en comparación, en contraste». Más al detalle, el académico resaltó cómo la literatura científica sobre la parodia tiene su fundamento en

la intertextualidad, es decir, en la relación entre los textos. Entre los numerosos trabajos ofrecidos por la filología en este sentido se encuentran los estudios realizados por los formalistas rusos, para los cuales la parodia se da cada vez que el texto parodiante revela las estructuras, debilidades y fragilidades del texto parodiado. Uno interesante es el ensayo que abre el *Diario minimo* de Umberto Eco, titulado *Nonita*, que no es más que una parodia de la famosa novela *Lolita*, de Vladimir Nabokov. Para explicar el fenómeno paródico, Irti citó también los estudios sobre la parodia del lingüista ruso Mijaíl Bajtín, quien elaboró el concepto literario del «principio dialógico», según el cual el texto parodiante establece un «verdadero diálogo» con el texto parodiado. Otro ejemplo ulterior del principio dialógico sería la poesía *La pioggia sul cappello*, del poeta Luciano Folgore, en la que Ermione, una figura femenina mencionada en *La pioggia nel pineto* de Gabriele D'Annunzio, había olvidado el paraguas que la protege de la lluvia, que inevitablemente empaparía su pobre sombrero de paja. Irti observó cómo el elogio de la parodia es en sí un elogio de la libertad crítica. El filósofo español José Ortega y Gasset, que dedicó páginas de especial agudeza a Don Quijote en *Las meditaciones*, sostenía por contra que la parodia es, de un lado, una obra de arte y que, de otro, resulta ejercitada principalmente por los conservadores y los reaccionarios. Irti defendió que, en realidad, la parodia, al igual que la comedia y la apología, es un género literario de «naturaleza progresista», en el que se ejerce una profunda libertad de crítica. El académico concluyó, en fin, definiendo el «allende» o «más allá» (*altrove*) como un adverbio de lugar que indica un refugio espiritual donde resguardarnos en tiempos oscuros, un *locus* que la parodia ayuda siempre a edificar.

4. La primera sesión regular, presidida e introducida por el prof. Sandro Staiano (*direttore di Dipartimento* de Derecho de la *Università degli Studi di Napoli «Federico II»* y presidente de la *Associazione Italiana dei Costituzionalisti*), comenzó acto seguido, a mediodía. Staiano identificó tres campos epistemológicos en los que se podría ubicar la conexión conceptual entre el derecho y la belleza: primero, el derecho de la belleza, es decir, las normas dedicadas a la belleza y su protección o aquellas que interfieren negativamente en ella; segundo, la belleza de las normas, expresión que se refiere a la observación de las normas en su belleza estética intrínseca; y tercero, la belleza de las teorías de las normas, que es una consecuencia directa de la concepción del derecho como un sistema lógico y axiomático que se presta a la teorización, y cuyas teorías pueden considerarse también desde la perspectiva de su belleza.

A la introducción le siguió la intervención de la prof.^a Ginevra Cerrina Feroni (vicepresidente de la *Autorità Garante per la Protezione dei Dati Personali*), quien disertó sobre *Le dimensioni dell'io nel metaverso*. Cerrina Feroni reflexionó sobre la categoría de la belleza a través de la comprensión de la identidad humana en la nueva y fascinante dimensión del metaverso como una proyección del *altrove* como «otro lugar». Así, subrayó cómo la asimilación legal entre el yo y la persona, consecuencia posible de la aplicación del art. 2 de la *Costituzione* italiana, puede ser simplista, ya que la persona tiene una identidad estática, mientras que el yo se compone de diversas identidades; y para unificar dicho concepto resulta necesario aquel otro de persona. La identidad compleja y, en cierto sentido, artificial del yo que el individuo experimenta en

el mundo analógico se amplifica y descompone en el mundo digital, donde los canales de comunicación son fragmentarios e incompletos, lo que opera, a la vez, una mayor fragmentación de nuestros «yoes». En el metaverso, el individuo pareciera insertarse en un mundo separado, caracterizado por la desmaterialización de lo real y de la persona, donde la belleza se expresa de manera sintética, como simulación de la vida humana que es. La pregunta que surge, por tanto, es si en tal resultado tecnológico-vital hay libertad, pues la cuestión de la idea de belleza, de la imagen que damos y queremos dar de nosotros mismos, está intrínsecamente relacionada con el ejercicio de las libertades más profundas del individuo.

Tomó la palabra después el prof. Gianpiero Paolo Cirillo (presidente de *Sezione del Consiglio di Stato*), exponiendo el tema *Il diritto al borgo come una delle possibili declinazioni del diritto alla bellezza*. Cirillo observó preliminarmente que toda la literatura jurídica parte de la premisa de que no existe una fórmula precisa y concluyente de la belleza. En este sentido, un concepto acuñado por una estudiosa del derecho público, Maria Agostina Cabiddu, que teoriza la belleza como la dimensión antropológica fundamental para el desarrollo personal del individuo y el desarrollo general de la sociedad, permite elevar la pregunta por la naturaleza del derecho a la belleza como derecho subjetivo. El foco de interés debería ser, sin embargo, para Cirillo, la identificación del interés material que las personas tienen en la belleza y, al mismo tiempo, la confirmación de que tal interés ha sido *delaicizzato* por el ordenamiento y, por lo tanto, es merecedor de tutela legal. La belleza, al igual que la cultura, puede ser considerada desde tres perspectivas diferentes: la primera implica la consideración de la operatividad de las Administraciones públicas con respecto a la belleza y la cultura (consideradas en unidad); la segunda se concreta en la búsqueda de la protección de todo lo que es expresión de la cultura; la tercera se refiere más ampliamente a todos los beneficiarios de la actividad cultural. Para Cirillo, debe de promoverse la atracción del sector privado hacia la protección y difusión de la belleza y la cultura, especialmente en cuanto al «derecho a la villa» (*diritto al borgo*) como un derecho social, *declinato* de la tutela pública de la belleza, conducente a la dignificación y embellecimiento de las poblaciones que aún habitan en los pueblos pequeños.

El último panelista de la primera sesión fue el abg. Sergio De Felice (presidente de *Sezione del Consiglio di Stato*), quien centró su atención en *L'art. 9 della Costituzione tra cultura ed ambiente*, proponiéndose demostrar cómo tal artículo, cuasi accidental en la dinámica de la *Costituente*, ha devenido ahora la *tête de chapitre* de la *Costituzione verso l'altrove*. Esta disposición constitucional, con un recorrido remontable al siglo XIX, fue el resultado del trabajo de las leyes Croce (1922) y Bottai (1939). Y, sin embargo, es una singularidad absoluta en las constituciones políticas de todo el mundo, puesto que en un solo artículo se recogen la república, la nación y la cultura como los elementos constitutivos del Estado, junto con el pueblo, el gobierno y el territorio. Este artículo estuvo en un estado de «latencia constitucional» o, si se quiere, de suspensión, casi de «dormitación», hasta los años '60 y '70, cuando se avivó el despertar de la conciencia estética de Italia por culpa de las especulaciones inmobiliarias y gracias a la mayor atención a la protección del paisaje y del medioambiente. Esta reacción habilitó la «sublimación» de la relevancia del artículo hasta el punto de que parte de la doctrina

lo identifica hoy no sólo como la norma constitucional más creativa y original, sino también como la verdadera base de la Constitución, ya que contiene principios grabados en la conciencia nacional de todos los italianos. Según De Felice, este artículo se apoya y se proyecta sobre milenios de historia y representa, en fin, la manifestación completa de lo que debería ser la dimensión mundial de Italia: cultivar la cultura, la belleza y el patrimonio histórico para dar en una vida que no solo esté dirigida a la mera utilidad, sino que sobre todo tenga el sentido de ser vivida.

5. El Diálogo se reanudó con la segunda sesión, bajo la presidencia del prof. Pasquale Stanzione (presidente de la *Autorità Garante per la Protezione dei Dati personali*), quien presentó una ponencia titulada *La bellezza salverà il diritto?*, título que, entre interrogaciones, parafrasea una expresión empleada por Fiódor Dostoievski en *El idiota*: «la belleza salvará al mundo». Todo derecho surge de una historia bien contada, así como afirmó François Ost, el estudioso belga de las relaciones entre el derecho y la literatura, parafraseando el célebre brocardo latino *ex fabula oritur ius*. La necesidad del derecho surge principalmente, para Stanzione, en la presencia de un conflicto o al menos para prevenirlo, y se topa con el límite en la búsqueda y aplicación espontánea del derecho por parte de los hombres. Aunque la realidad del derecho quede ciertamente inserta en la sanción, la coerción y el uso de la fuerza, ante todo, tiene que ver con la espontaneidad, e incluso con la existencia del llamado «derecho extraestatutario», como ha defendido Paolo Grossi en algunos de sus mejores escritos. Es en este ámbito indefinido entre la actuación espontánea del derecho por encima de la mera coerción que, según Stanzione, se mueve y opera aquel elemento imponderable que es «la belleza en el derecho». Al igual que la belleza, el derecho contiene tanto un elemento fijo, eterno e invariable, como otro relativo y contextual al momento en que vive y funciona en el mundo. El derecho no puede, por lo mismo, dejar de tener en cuenta el aspecto bullicioso, abierto y vital de la actividad humana contenido en la propia definición de belleza. La pregunta formulada en el título de la ponencia debería entonces confirmarse, eliminando las interrogaciones y vertiendo la frase rotundamente en positivo: la belleza salvará el derecho.

Continuó una relación del consejero Francesco Gilioli (jefe de gabinete del *Ministero di Cultura*) titulada *Legge e bellezza: l'estetica della norma scritta*, durante la cual la ley, entendida como norma escrita, fue objeto de reflexión desde el punto de vista estrictamente estético. A tal fin, Gilioli evocó a una sentencia utilizada por el clásico Ludovico Antonio Muratori en su obra *Dei difetti della giurisprudenza* (1742): «*Considerate le leggi di Giustiniano: per la maggior parte contengono bellezza col contenere ragione e giustizia in sé stesse*». Aun así, el mismo Muratori reconocía que la forma de la ley tiene límites, ya que la razón del legislador muchas veces no se refleja con claridad y concisión en las leyes; y en ese sentido ni siquiera todas aquellas recogidas en el *Corpus iuris civilis*, caracterizadas por una cierta intrínseca belleza, ni tampoco aquellas contenidas en los estatutos de ciudades italianas, poseían completamente la virtud de lo bello. Para Gilioli, no obstante, las raíces mismas de nuestra cultura deberían llevarnos a superar este límite porque, en la tradición judeocristiana, la ley es precepto y también ornamento: en ellas existe lo que el lingüista Francesco Sabatini ha definido

como un «uso prototípico del lenguaje». La conclusión del argumento, en suma, es que resulta del todo necesario cambiar el paradigma mecánico y considerar un valor en sí mismo la calidad estética del texto legislativo, y no reducirlo tan sólo a un simple «valor funcional». Ya hace más de dos siglos, Jacob Grimm decía en el ensayo *Von der Poesie im Recht* que no es difícil creer que la ley y la poesía nacieran juntas de una misma cuna: una afirmación que hoy, en general, declinaríamos hacer pero que debe repensarse.

Seguidamente, el prof. abg. Gherardo Maria Marengi (*ordinario de la Università degli Studi di Salerno* y miembro del *Consiglio Superiore dei Beni Culturali*) leyó su ponencia sobre *La bellezza come sinonimo dell'efficienza amministrativa*. En primer lugar, Marengi especificó que el tema no pretendía referirse a la belleza desde una perspectiva meramente estética de la *pulchritudo*, sino a aquella otra categoría que se remonta al concepto griego de *kalokagathìa*, en la que el derecho y la justicia son sinónimos y, por lo mismo, el derecho injusto no es sino un «oxímoron irracional». Así, en el derecho inglés, para medir la calidad de la acción administrativa de un *public body*, los operadores no se limitan a observar el resultado situacional que la misma ha logrado, sino también las modalidades con las que se ha actuado la discrecionalidad administrativa. Estas evocan, pues, una cualidad característica del buen derecho administrativo, situado entre la democracia participativa y la celeridad de la decisión: la eficiencia de la Administración se verifica, en efecto, cuando su acción está definida y limitada a los sujetos que se encuentran en situaciones jurídicas merecedoras de la apertura de un procedimiento por su sustancialidad jurídico-pública. El objeto principal de la «belleza administrativa» se encuentra en el acto administrativo mismo, que contiene en su interior la reconstrucción y manifestación de la voluntad de la Administración. Y a tal fin, el acto administrativo debe medirse, como señaló Marengi, con las garantías debidas, en particular con la participación y la motivación. Solamente así se superan los aspectos meramente formales, a todas luces insuficientes, para hacer también al privado parte de la decisión administrativa. La Administración verdaderamente bella es por lo tanto aquella que no tiene «miedo a manifestarse» y que dialoga con los ciudadanos no sólo en sentido formal sino también sustancial.

El dr. Antonio Naddeo (presidente de ARAN) disertó sucesivamente sobre *Lavoro e bellezza*, cuestionándose, en base a su propia experiencia en el sector público, sobre las razones de fondo detrás del desafecto de los jóvenes hacia la Administración Pública. Enseguida apuntó que una posible solución dicha problemática se daba, en sustancia, a la hora de «narrar» a los jóvenes qué se hace dentro de la Administración Pública, cómo se hace y quiénes son los responsables. Según Naddeo, el legislador no debería redactar las leyes como si fueran un «relato», lo cual es, por cierto, actualmente imposible. Al contrario, resulta esencial explicarlas, o sea, hacer pedagogía de las leyes, porque quienes se benefician de ellas son fundamentalmente los ciudadanos. Abrir las puertas de las Administraciones Públicas a los jóvenes podría resultar útil para mostrarles que en el interior de las estructuras burocráticas hay personas que trabajan y que no están tecnológicamente atrasadas, como comúnmente se piensa. El relator descartó, además, por innecesarias las reformas profundas de la Administración Pública, ya que, en su opinión, sería más apropiado «dejarla libre» para prestar sus servicios a los ciudadanos y no estructurar un aparato burocrático con el que cumplir las obligaciones derivadas de

las leyes mismas. Para Naddeo, las Administraciones Públicas deben tener una visión pública orientada hacia el futuro, buscando introducir la posibilidad de colaborar con aquellos que realizan actividades formativas, como las Universidades, para mejorar las competencias que le son necesarias.

La ponencia conclusiva de la segunda sesión corrió a cargo del prof. Salvatore Sica (*Università degli Studi di Salerno – consigliere* jurídico del ministro de Cultura), quien reflexionó sobre *Il diritto alla bellezza*. En primer lugar, Sica observó que la idea de belleza presenta dificultades de definición, y que la distinción entre la belleza en sentido objetivo y subjetivo, es decir, la belleza como resultado del juicio individual o la idealable desde los cánones de simetría y armonía, no sirve a gran cosa en las labores de teorización. Según Sica, en este punto resulta preciso recurrir a la belleza en su sentido jurídico. Las principales fuentes que permitirían una posible reconstrucción de la definición del derecho a la belleza son fundamentalmente dos: por un lado, el art. 9 de la *Costituzione*, que entre los principios fundamentales de la *Repubblica* establece la tarea de promover el desarrollo de la cultura y la protección del paisaje y del patrimonio histórico-artístico de la nación; y por otro, la Convención de Faro, adoptada por el Consejo de Europa en 2005, que dispone un derecho individual y colectivo de acceso al patrimonio cultural, con la especificación de que la protección, la conservación y la preservación son inútiles sin la fruición y el uso del mismo patrimonio. Sica individuó el elemento común entre ambas normas en la proposición básica de que, ante la imposibilidad de una definición objetiva de la belleza, y como lo que es bello merece un recorrido histórico, ésta se derivaría, en efecto, del dato objetivo –probado históricamente– de la supervivencia de la cosa hermosa, de la *res* bella, que trasciende su aspecto material para revelarse en su significado inmaterial completo como testimonio de una época y representación de un pensamiento; y, en consecuencia, como cosa «no transeúnte» o no circunscrita a la sola creación artística.

6. La tercera sesión, que inició durante el *tardo pomeriggio*, estuvo presidida por el prof. abg. Gerardo Villanacci (presidente del *Consiglio Superiore dei Beni Culturali*), que concedió la palabra al prof. Antonio Leo Tarasco (jefe de la Oficina Legislativa del *Ministero della Cultura*). El tema elegido por el ponente fue *La bellezza verso l'altrove geografico: il museo fuori dai confini nazionali*. En este contexto, destacó una de las principales dificultades de gestión relacionadas con los llamados «préstamos del patrimonio cultural», un término sustancialmente incorrecto puesto que, al tratarse de bienes públicos y no privados, sería más correcto hablar de «concesiones» de bienes culturales. La mirada se dirigió, por lo tanto, hacia otros lugares de la geografía mundial, hacia el extranjero, en los que habría de buscarse otros modelos alternativos de gestión del patrimonio cultural. Francia ofrece, en particular, el ejemplo de una política pública específica destinada a la llamada *ingénierie culturelle*, es decir, la implementación de acciones prácticas y políticas que logren ejecutar una verdadera revalorización cultural a cambio de compensaciones monetarias y, por lo tanto, con un retorno económico preciso y constante. En comparación con políticas como ésta, Tarasco destacó cómo detenerse en el art. 9 de la *Costituzione* significa quedar ciego en sus límites, ignorando otros valores de igual rango constitucional, como el equilibrio de los presupuestos, la

obligación de garantizar objetivos de sostenibilidad de la deuda pública para todas las Administraciones públicas; y también el buen funcionamiento de la Administración pública, que es incluso más importante que su imparcialidad.

7. La cuarta sesión se abrió con la presentación de la prof. Elena Tassi Scandone (*Università degli Studi di Roma «La Sapienza»*) sobre *Il diritto alla bellezza tra ricerca, formazione e fruizione*, con la que presentó la estrategia elaborada por el *Centro di Eccellenza del Distretto Tecnologico (DTC-Lazio)*, un prestigioso Centro de investigación y formación reconocido a nivel europeo que ha permitido a la *Università degli Studi di Roma «La Sapienza»* coordinar a nivel nacional el Eje 5 del PNRR. Tassi Scandone destacó cómo el enfoque adoptado – considerado el más eficiente –, ya desde los resultados de la investigación, se inició ofertando una formación altamente especializada e interdisciplinaria capaz de traducir la complejidad de los procedimientos propios de la investigación tanto en el ámbito humanístico como en el de las Ciencias naturales en contenidos que permitan responder a la creciente demanda de información cultural por parte de la ciudadanía. El desarrollo de nuevas habilidades es cada vez más importante en los procesos productivos y económicos relacionados con el sector de los bienes culturales, que está en constante evolución y que requiere a la vez un enfoque multidisciplinario y una estrecha coordinación público-privada. Sólo desde estas coordenadas es posible, según Tassi Scandone, idear modelos sostenibles de explotación y, en cuanto tales, replicables para el disfrute de los bienes culturales por parte de todo el público.

Prosiguieron los trabajos con la ponencia del prof. Antonio Felice Uricchio (presidente del ANVUR – *Università degli Studi di Bari «Aldo Moro»*) sobre *La bellezza nascosta delle tasse*. En la apertura, Uricchio citó al P. Juan de Mariana, célebre jesuita español del siglo XVI, que consideraba los impuestos una calamidad para los pueblos que los sufren, para los contribuyentes que los pagan e incluso para los gobernantes que los imponen, exigen y cobran. La percepción popular de la fiscalidad la caricaturiza como un sacrificio, como un modo odioso de extraer riqueza, a menudo empleada para financiar despilfarros y gastos improductivos del Estado. Procurando refutar estas posturas, el relator destacó la necesidad de que cualquier forma impositiva sea explicada y debidamente comprendida para que así se aprecie plenamente el destino de la recaudación. No es suficiente, por lo tanto, imponer un tributo y reconducirlo a la «manifestación» de riqueza nacional, sino que es también necesario que se refleje el modelo de distribución del gasto público y que, sobre todo, se aprecie y verifique el destino y la calidad en el uso de lo recaudado. Según el relator, el «dolor» de la fiscalidad puede ser plenamente apreciado si el sacrificio que implica la recaudación se compensa con la calidad del servicio público proporcionado. Esto no significa que la fiscalidad pueda constituirse como toda una dimensión pública en sí misma, sino que más bien se debe recuperar la *ratio prudente* entre gasto y recaudación. El tributo no debería tener, en fin, un papel didáctico para el pueblo, sino más bien una «función promocional» de lo estatal coherente con los principios constitucionales que marcan el gasto del Estado.

Se puso fin a las intervenciones con la última del cons. Marco Villani (vicesecretario general de la *Presidenza del Consiglio dei Ministri*), titulada *I controlli della Corte*

dei Conti a tutela delle bellezze italiane. Villani destacó cómo la tarea del juez de la Corte de Cuentas no consiste solamente en el ejercicio del derecho como *ars boni et aequi*, sino también en el mantenimiento de relaciones dinámicas y positivas entre la Administración y los ciudadanos. La función del órgano consiste, claro es, en actuar como baluarte para la protección de los bienes públicos y como motor de la valorización de tales bienes. En este sentido, la Corte de Cuentas flanquea cada una de las Administraciones en todo el territorio italiano, también en lo tocante a las cuentas de resultados públicas derivadas de los ingresos turismo. Otra de las competencias, el aseguramiento de que las declaraciones del legislador con relación al patrimonio nacional no sean meras declaraciones de intenciones, coloca a sus magistrados como fiscalizadores del Presupuesto del Estado. Siempre en la misma línea, el ponente compartió su experiencia en la *sezione* de la Corte dedicada al control de las entidades públicas, ante la cual éstas pueden formular cuestiones sobre la gestión del patrimonio a las que los jueces responden para garantizar la «belleza de Italia». Esta posibilidad se alinea con una perspectiva promovida por Paolo Maddalena en 2005, quien defendía que la protección del medioambiente coincide con la protección del lugar de nuestros ancestros. La esperanza de Villani es que la inteligencia del jurista pueda partir del derecho para llegar a la belleza a través del razonamiento, puesto que, como sostiene el papa Francisco en su encíclica *Laudato si*, «*il bello porta al buono*».

7. La jornada del 24 de marzo concluyó al fin con la presentación de los *Studi in Onore di Antonio Palma* Antonio Palma, icásticamente titulados *Ius hominum causa constitutum* (Turín, Giappichelli, 2023, 2 vols., 2216 pp.). La presidencia de esta última sesión corrió a cargo del dr. Filippo Patroni Griffi (*Giudice* de la *Corte Costituzionale*), quien destacó en la introducción, en primer lugar, cómo los *Studi* publicados conservaban tanto la rúbrica «en honor» (y no «en recuerdo»), pues el prof. Palma merecía que le fueran dedicados en vida, así como la temática del derecho y la belleza, coherente con la polifacética personalidad del maestro napolitano y sus intereses culturales y académicos. Además, sostuvo que disertar en un lugar como Ravello, donde la belleza es consustancial al entorno, redobla el interés por el estudio de los diversos campos del derecho a través de los cuales se manifiestan y protegen las cosas hermosas: desde los sectores tradicionales de la belleza natural y el paisaje, tanto en la legislación como en la Constitución, pasando por el mundo laboral, la administración, la planificación urbana, hasta llegar al ámbito de los impuestos y el metaverso. Los tres tomos que componen los estudios contienen en su mayoría, como apostilló Patroni Griffi, contribuciones de derecho romano, ampliados no así a temas de actualidad jurídica o relacionados con el derecho de la Antigüedad, que se analizan desde una perspectiva contemporánea, con la óptica propia del historiador, que atraviesa la historia de manera que se comprenda el presente y se proyecte hacia el futuro. Patroni Griffi evocó, en conclusión, lo que hubo escrito el historiador Edward Carr, para quien la función del historiador no consiste ni en amar el pasado ni en liberarse del pasado, sino en apoderarse de él para comprender el presente. Una definición que refleja mejor el papel que el prof. Palma ha desempeñado en el panorama histórico y jurídico italiano.

El debate posterior a la presentación fue precedido por las palabras de bienvenida

del dr. Paolo Cento, presidente del *Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato* (Instituto Poligráfico y Casa de la Moneda del Estado). Cento recordó el compromiso del prof. Palma como presidente del Instituto, destacando su esfuerzo por combinar su cultura jurídica con la gestión pública. Uno de los roles institucionales del Instituto consistía en revalorizar la belleza y presentarla innovadoramente a través de las producciones numismáticas oficiales, con el objetivo de llamar la atención de los ciudadanos italianos. Según Cento, el derecho y la belleza no sólo se acompañan de mano, sino que representan también una clave para comprender fenómenos cruciales que atraviesan la humanidad, y que, por lo tanto, caen bajo la esfera de responsabilidad de las instituciones. En este contexto se mencionó la producción numismática relacionada con las modificaciones realizadas por el *Parlamento* a los arts. 9 y 41 de la *Costituzione italiana*. En ellos la belleza y el paisaje se enriquecen con nuevos términos y contenidos que consideran el medioambiente y captan la mirada hacia el futuro de las generaciones venideras. Una de las posibles manifestaciones de la relación entre el derecho y la belleza identificadas por Cento fue precisamente la capacidad de incorporar en nuestras normas y en la interpretación jurisprudencial la protección de las nuevas generaciones. Palma había reconocido sustancialmente la importancia de este «enlace actualista» no sólo en la labor de reconstrucción de las raíces del derecho sino también en su proyección hacia el futuro y en una atención cuidadosa a los intereses de las nuevas generaciones de jóvenes.

La primera intervención del coloquio corrió de parte del abg. Luigi Maruotti, presidente del *Consiglio di Stato*, quien se centró en las relaciones entre los conceptos legales de paisaje, urbanismo y medio ambiente, en su relación con la distinción entre bienes paisajísticos y bienes ambientales. En primer lugar, observó cómo, en el pasado, incluso antes de la Constitución, existían numerosas fuentes legales que brindaron heterogéneamente protección a bienes materiales que ahora definiríamos como bellos pero que, en realidad, en su tiempo eran más bien útiles, como los diseños urbanísticos más completos. En todas las épocas históricas ha habido, de hecho, reglas sobre la ordenada disposición del territorio; solamente en la segunda mitad del siglo XX se comenzó a entender con la palabra «urbanismo» la planificación de todo el territorio. En cuanto al paisaje, si antes solo se refería a los bien naturales conservados, con la Convención de Florencia de 2000 se adoptó una concepción totalizadora del paisaje que impone la recuperación de las zonas degradadas y los planes paisajísticos, que deben prevalecer legalmente sobre los urbanísticos, superando la mera protección de las áreas naturales para postular recuperación en todas aquellas otras áreas degradadas. Con respecto al medio ambiente, Maruotti explicó que el término nació primero como una noción sociológica para después convertirse en una noción legal en el año 1973, tanto que la Ley 349/1986, aun sin proporcionar una definición de medioambiente, dispone el sentido totalizador del concepto, abarcando todo lo relacionado con la calidad de vida y convirtiéndose, por lo tanto, en la suma de todos los componentes del propio ambiente.

Le siguió la del prof. Luigi Capogrossi Colognesi, *accademico dei Lincei*, quien rememoró el recorrido científico del prof. Palma, iniciado con el volumen *Le curae pubbliche. Studi sulle strutture amministrative romane* (Jovene, Napoli, 1991, 284 pp.), en el que ya se intuía el estilo típico del prof. Palma, caracterizado por la gran

elegancia que, según el ponente, forma parte de la Academia romanística napolitana. Para Capogrossi Colognesi, lo más impresionante de la primera obra del maestro fue la minuciosidad y la inhabitual atención específica al uso de cada palabra. Palma había propuesto una reconstrucción del sistema ideológico que acompañaba la formación de un nuevo sistema de poder y organización del gobierno el Imperio, en el que había una consciente referencia a la dimensión patriarcal del poder arcaico, que tanta importancia había tenido en el aparato ideológico de la construcción augustea. Esta clave de lectura era fuertemente innovadora en una época en la que aún se debatía entre la gran reconstrucción de Pietro de Francisci sobre los poderes de Augusto y la total desvalorización de la historia del Príncipe efectuada por Ronald Syme en la célebre obra *The roman revolution*. Palma consiguió trascender e ir más allá de esta polémica porque ofrecía una explicación estructural y funcional del nuevo sistema de poder. La producción posterior del profesor seguirá persiguiendo «lo diferente», quedando impresa de un tono liviano en una época en la que todo se grita. Esta forma apacible y amable de hablar y discutir representa, para Capogrossi Colognesi, el regalo que el prof. Palma nos legó a posteridad.

La discusión prosiguió con la toma de palabra del prof. Alberto Gambino (Vicerrector de la *Università Europea di Roma*), que al recordar al prof. Palma se centró en el papel por él desempeñado en el desarrollo de la *Università Europea di Roma* y en la fundación de la revista *Civiltà europea* y de su sucesora *Studi giuridici europei*, que han albergado siempre en sus páginas confrontaciones entre diferentes sectores científicos. El ponente recordó, además de la investigación sobre la ciudadanía romana y el derecho contemporáneo, las otras relacionadas con el sentido de la pena, vinculada a los estatus y al *ethos* de la civilización de origen, a veces predominante sobre las reglas de la comunidad en la que la persona a castigar vive en ese momento. La dificultad de las investigaciones palmianas a este respecto radicaba en encontrar herramientas que no fueran puramente legales sino, de alguna manera, metajurídicas, o sea, vinculadas a una cierta sensibilidad latente en el momento de la aplicación de la pena. Gambino recordó, además, la función desempeñada por Palma como presidente de la *Associazione Scienza e Vita* y los momentos de confrontación sobre el tema del consentimiento informado en cuanto a las propuestas de tratamientos médico, y en fin, a las fragilidades y vulnerabilidades existenciales. Algunos de estos nuevos debates enfrentaban cierta oposición no tanto en el camino a seguir sino en el método que, según Palma, debía ser lo más proclives posibles a coadyuvar en el momento terminal de una vida, que no puede resultar contaminado por la ley. Estos momentos de «vida vivida» son arquetípicos del sentido más profundo del estudioso, que no era un mero teórico, sino que a veces también veía en el «estar con los demás» la manera de abordar temas más puramente dogmáticos, pero insertándolos en la serenidad de espíritu.

El prof. Sandro Staiano (*Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza* de la *Università degli Studi di Napoli «Federico II»*) tomó acto seguido la palabra, recordando el papel desempeñado por el prof. Palma en polémicas sobre cuestiones que interesan sobre todo a los constitucionalistas pero que, en realidad, pertenecen a la denominada teoría general del derecho. Según Staiano, Palma poseía una estructura teórica muy sólida junto con un conocimiento hondo de la dogmática atribuible a su actividad como

abogado. Así, el relator evocó algunos intercambios intelectuales con Palma sobre la formación de los sistemas jurídicos y del constitucionalismo, en los que emergía la gran cultura erudita del derecho romano del profesor y la capacidad de manejar fluidamente las categorías jurídicas, que le permitían elaborar reconstrucciones teóricas de las cuales derivaba un aparato conceptual general. Palma era consciente de que éstos se trataban siempre de supuestos no actualizables o aplicables mecánicamente; pero a la vez tenía la certeza de que de tal método reconstructivo se podrían extraer las percepciones adecuadas para entender el presente y tomar posición en el mismo: la tradición cultural quedaría así convertida en una herramienta de comprensión de la realidad. Como romanista, Palma tenía un gran conocimiento de los institutos y categorías, pero nunca fue un erudito en el sentido libresco de ser sólo portador de una cultura anticuaria, sino que era capaz de proyectarla al presente activo. Este patrimonio intelectual, junto con una disponibilidad para el diálogo absolutamente extraordinaria, entrelazaban armónicamente sus facetas humana y cultural con su categoría académica. Palma poseía la inteligencia del sentimiento, no sólo capaz de elaboraciones, conexiones e inferencias, sino también de fuerte emotividad humana.

El debate se cerró con la intervención del prof. Francesco Fasolino (*Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza de la Università degli Studi di Salerno*), quien ofreció un retrato conmovedor de su maestro, un estudioso enamorado del derecho que, con inteligencia, tenacidad y clarividencia, ha mantenido constantemente un diálogo fecundo con los estudiosos de otras disciplinas. Palma tenía la firme convicción de que, frente a los desafíos significativos planteados por la Modernidad, la tradición romanística suponía un inmenso depósito de sabiduría en el cual se podían encontrar, como en un tesoro, ideas para la elaboración de nuevas soluciones legales lo más adecuadas posible a las necesidades –siempre nuevas y perpetuamente cambiantes– de una sociedad global en constante y acelerada transformación. Según Fasolino, en cada uno de sus trabajos científicos se percibe claramente toda la elegancia y profundidad con la que Palma observaba, con una especie de ávida curiosidad intelectual, al derecho romano, sin dejar nunca de interrogarse sobre el derecho vigente. Es en este sentido que el derecho es «atemporal», como siempre sostuvo el prof. Palma, superando por ese cambio de perspectiva la tradicional línea divisoria entre historia y actualidad. No es casualidad que los *Studi in onore* a Antonio Palma hayan sido titulados *Ius hominum causa constitutum*, puesto que la *humanitas* fue la característica definitoria del Antonio Palma hombre y maestro. Una *humanitas* que se transparentaba en su bonhomía y le permitía una profunda sintonía con los demás, consciente de que, frente a las miserias de la condición humana y la casualidad que envuelve la existencia de cada uno, sólo la solidaridad permanece como la única manera de satisfacer – o al menos intentarlo – la perenne búsqueda de justicia que está ínsita dentro de nosotros y que no puede posponerse.

8. La jornada siguiente del sábado 25 de marzo comenzó con una primera sesión de trabajos presidida por el prof. Lucio De Giovanni (emérito de la *Università degli Studi di Napoli «Federico II»*), quien recordó de manera conmovedora algunos episodios de vida compartida con su colega y amigo Antonio Palma. Los trabajos se

retomaron, posteriormente, de la mano del prof. Giovanni Luchetti (*ordinario* de la *Università di Bologna «Alma Mater Studiorum»*), quien profundizó en la relación entre el derecho y la belleza desde la perspectiva del régimen romano de los bienes comunes y las denominadas *res in usu publico*, conectándola al instrumento procesal de la *actio popularis*, que garantizaba la fruición colectiva de los mismos. Según Luchetti, la dicotomía entre bienes públicos y bienes privados se considera en gran medida superada. Y sin embargo, es cierto también que buena parte de los bienes culturales son privados y que la fruición pública debe conciliarse con dicha naturaleza. Para él, la tutela de los bienes públicos debe librarse de modelos burocráticos obsoletos y adoptar un modelo participativo que involucre a la comunidad de posibles usuarios, pero tomando en cuenta que, al mismo tiempo, esto sólo puede aplicarse a través de medios que reconozcan que no todos los bienes culturales son de titularidad pública. Los estudios e investigaciones realizados sobre estos temas pueden resultar, por ello, extremadamente útiles también para el legislador contemporáneo, ya que es necesario tener en cuenta que, a pesar de los avances en la protección de los bienes culturales en nuestro ordenamiento, poco se ha innovado en comparación con experiencias de otros países. No obstante, para Luchetti, la legislación italiana seguiría siendo todavía hoy vanguardista. Una contribución decidida de los juristas en este campo podría, en todo caso, enriquecer grandemente las perspectivas del legislador.

Continuó ininterrumpidamente el prof. Massimo Adinolfi (*ordinario* de la *Università degli Studi di Napoli «Federico II»*) interviniendo sobre *L'impulso dell'arte moderna e il diritto*. Según el relator, en el s. XX el impulso del arte moderno se dirigió *contra* la belleza. Barnett Newman, un pintor angloamericano del siglo pasado, escribió en el ensayo *The sublime is now* que «el impulso primario del arte moderno consistió precisamente en el deseo de destruir la belleza». En relación al derecho, la belleza artísticamente entendida permitiría considerar la norma jurídica en términos de claridad, orden, sistematicidad, simplicidad, claridad y coherencia entre las instituciones y las *regulae iuris*. Todas estas cualidades de la norma bella implican contemplar el «anverso del folio», es decir, el hecho de que los valores estéticos otorguen inteligibilidad a la esfera de las relaciones jurídicas. La parte más interesante, sin embargo, es el «reverso del folio», esto es, la constatación de que la fuerza de la ley y los discursos de legitimación, en suma, la estructura de poder, normativa e institucional, emanan y atribuyen un cierto valor estético. La posición en este punto de George Dickie y Arthur Danto, quienes sostuvieron abiertamente que una obra de arte es lo que el mundo del arte considera como tal, entendiendo por «mundo del arte» el conjunto de sujetos involucrados de diversas maneras en la creación, promoción y disfrute de la obra –y, por lo tanto, no sólo aquellos que han desarrollado competencias particulares en lo artístico, sino también todos aquellos de quienes dependería el valor atribuido a la obra–, resulta de plena actualidad. Un escenario similar en el mundo del derecho requiere, pues, un horizonte común que siempre se debe reinventar: en este sentido, tal recreación constante es uno de los objetivos de la reflexión efectuada últimamente sobre estos temas.

A esta última le siguió la muy teórica ponencia del prof. Lelio Lantella (emérito de la *Università degli Studi di Torino*), titulada *Diritto e Bellezza: mappe teoriche e il senso dell'elegantia iuris*. Lantella partió de la idea del sujeto vector, desarrollada

según dos aproximaciones de la relación entre el derecho y la belleza: la primera, para la que el derecho es el sujeto de un vector que se dirige hacia el «*altrove*», allá donde se encuentra la belleza; la segunda, más estimulante, para la cual la relación entre el derecho y la belleza es el sujeto de un vector que va hacia un «*altrove*» esperado, que debe construirse y defenderse en su afirmación. A continuación, prosiguió presentando una serie de mapas teórico-conceptuales en los que se conjugan, por un lado, las varias acepciones de derecho y, por otro, las otras tantas acepciones de belleza, también a través de la delineación de los vectores como indicadores de relaciones direccionales. La pretensión de Lantella fue, en conclusión, la de abrir con su conferencia una «puerta clasificatoria» detrás de la cual se abrirán múltiples expectativas de apertura de otras tantas más, esta vez de carácter teórico, cultural y técnico. Superar los aislamientos teóricos propios de percepciones sectoriales de las diversas artes performativas, creando un metaléxico común de las artes, sería la «primera puerta» a abrir. El reconocimiento de la fuerza de la «*bellezza opponente*» en el sostenimiento de la «*bellezza adiuvante*», en apoyo de los valores jurídicos fundamentales, a partir del valor *legalità*, fundacional de los demás, sería una segunda. La tercera se materializaría, en fin, en el respeto y cuidado de las especificidades técnicas; por lo cual requiere que los juristas y profesionales del derecho cultiven constantemente de la sensibilidad estética, practiquen las habilidades del *ars iuris* y comprendan, en definitiva, su sentido operativo, cultural, social para percibir en un sentido amplio la belleza de su propia profesión humana.

Por su parte, el por el prof. Maurizio D'Orta (*ordinario* de la *Università degli Studi di Salerno*) dirigió la segunda sesión, y tras unas breves palabras entorno de la emoción generalizada que acompañaba a todos los participantes en la conferencia en el siempre vivo y conmovedor recuerdo del fallecido *auctor et magister* Antonio Palma, cedió la palabra al prof. abg. Valerio Pescatore (*ordinario* de la *Università degli Studi di Brescia*), que presentaría el tema *Diritto alla bellezza e identità culturale*. Partiendo de la base art. 9 de la *Costituzione*, interpretado como constitutivo de un derecho universal a la belleza, sostuvo que éste puede también entenderse en el sentido de un derecho al patrimonio cultural en una doble faceta: el derecho a participar en la gestión del patrimonio cultural a nivel administrativo por un lado; y el derecho a disfrutar a nivel individual y social del patrimonio cultural con el propósito de mejorar la propia existencia, por otro. Este aspecto del artículo constitucional todavía inédito resultó ampliamente discutido por el ponente, quien sostuvo que la identidad cultural se convierte en un eslabón de unión entre el individuo y la colectividad: es del individuo en cuanto forma parte del grupo; y, a la vez, es un aspecto de la personalidad privada filtrado por y en la dimensión colectiva. Toda propuesta constructiva que busque valorizar el derecho a la belleza debe leerse, en conclusión, desde esta perspectiva, contribuyendo a la creación de lo que para los civilistas es un derecho de la identidad personal. Para Pescatore, esta Conferencia de estudios representó una óptima oportunidad para dar una nueva orientación a las líneas investigación sobre el tema, con el objetivo final de comprender en qué formas y hasta qué punto este aspecto específico de la personalidad humana puede encontrar reconocimiento y protección legal. En todo ello es significativo que el nuevo tercer párrafo del art. 9 de la *Costituzione* indique un camino tan claro, otorgando relevancia al interés de las futuras generaciones: la identidad cultural, que proviene del pasado, no

sería tal ni para el individuo ni para la colectividad si no tuviera la fuerza de proyectarse y permanecer en el futuro.

Concluyó la sesión la ponencia del prof. abg. Antonio Cilento (*consigliere giuridico del ministro della Cultura*), dedicada a *La tutela dei beni culturali nel sistema italo-europeo*, en la que se destacó la idea y el valor de la belleza como patrimonio material e inmaterial en el marco del derecho comunitario. Cilento examinó, en particular, el problema de la protección jurídica de la cultura, entendida en el sentido restringido de patrimonio cultural, como una excepción legal a toda una serie de prohibiciones y restricciones a la importación, exportación o tránsito establecidas por la Unión Europea en la disciplina del mercado común y justificadas por motivos, entre otros, de protección del patrimonio histórico, artístico o arqueológico nacional de los Estados miembros, llegando a tocar el amplio ámbito del régimen jurídico del patrimonio cultural a nivel europeo. Del análisis realizado por el ponente se avista un panorama normativo desarticulado y descuidado por parte de la Unión Europea con respecto a la disciplina sustantiva de la protección de los bienes culturales y un riesgo posible de desintegración de las funciones estatales en el mismo momento en que los proyectos para fortalecer la autonomía de las regiones y los privados pudieran socavar el alcance y el valor del art. 117, párr. 2.s) de la *Costituzione*, que mantiene la protección del patrimonio cultural en manos del *Stato*. Desde ese punto de vista, la identidad cultural, sobre la cual había disertado el prof. Pescatore en su intervención anterior, debe encontrar protección jurídica en todos los niveles del sistema jurídico y, al mismo tiempo, aprovechar el momento de emergencia y fragmentación de la disciplina europea para intentar unificar la disciplina de los bienes culturales en los diversos niveles institucionales.

9. La tercera sesión se abrió bajo la presidencia del prof. Francesco Lucrezi (*ordinario de la Università degli Studi di Salerno*), quien planteó el problema de la definición de arte y la conciliación de las ideas de derecho y de belleza, teniendo en cuenta la metamorfosis que estos conceptos han experimentado y siguen experimentando a lo largo del tiempo. Según Lucrezi, el concepto de derecho, por problemático que sea, posee una cierta continuidad: a pesar de los cambios espaciales y temporales, existe algo que une las diversas experiencias jurídicas del pasado, que se encuentra en algunas de las funciones que se confían al derecho en cada ocasión. En cuanto al término «arte», por otro lado, en cada una de las diferentes épocas y lugares señala fenómenos que no tienen nada en común entre sí. Además, destacó cómo la historia del arte consiste en una continua «profanación» y negación de lo que hasta hace poco se consideraba una forma de belleza. De hecho, en la belleza no hay nada valorativo, pudiendo paradójicamente llegar a ser «muy fea». En algún momento histórico se ha proyectado, así, la posibilidad de una antibelleza, manifestada en algunas de las ideologías aberrantes que han acompañado el siglo pasado y que todavía están cerca de nosotros. Falta preguntarse finalmente sobre si el arte posee o no una entidad valorativa, cuestión que evoca el problemático vínculo entre ética y estética. Al respecto, Lucrezi considera que no es posible prescindir de la subdivisión de la filosofía en las tres ramas de lo teórico, lo ético y lo estético, porque el arte también representa un «estímulo» en el plano valorativo. No obstante, sería muy riesgoso reducirla al concepto de belleza, concepto que el ponente consideró muy peligroso.

La discusión continuó con la intervención del prof. abg. Aristide Police (*ordinario* de la *Università L.U.I.S.S. Roma*), titulada *La funzione amministrativa a tutela della bellezza: dai poteri d'ordine alla sussidiarietà*, durante la que se exploró la relación de no necesaria convergencia o complementariedad entre el derecho y la belleza, considerando el derecho en sus diversas acepciones como el ejercicio de un límite y la belleza como valor o pretensión de un goce absoluto. Ante la imposibilidad de concebir esta última expectativa de goce como un derecho subjetivo absoluto, o sea, sin límite, se debe entender la función del derecho. Que se convierte esencialmente en una «medición» de dicha expectativa, garantizando así un disfrute no absoluto y puesto a límites, ya que inevitablemente debe enfrentarse a los intereses, derechos y necesidades de otros. Este aspecto resalta la importancia del papel de la Función administrativa; en tal sentido, el ponente se centró en el derecho como ejercicio del poder a través de la misma, comprendida en cuanto actividad dirigida hacia el cumplimiento de varios fines públicos. Si se ejerce la Función administrativa en el ámbito de la protección de lo bello, ésta debe inevitablemente ejecutarse no de manera absoluta, pues de lo contrario nos encontraríamos en la situación –objeto ya de atención por parte de la jurisprudencia administrativa en diversas ocasiones– de revisar masivamente de los actos de las *Soprintendenze*. La relación entre derecho y belleza debería dirigirse, pues, para Police, hacia un *altrove* que, en el marco de la perspectiva delineada anteriormente, se materializa en la hipótesis de que la protección de la belleza dialogue con la protección de otros intereses sin ideologismos y sin expectativas o reclamaciones de absolutismo jurídico.

La intervención ulterior corrió de parte de la prof^a. Iole Fagnoli (*ordinario* de la *Università degli Studi di Milano*), que al abordar el tema de *l'amoenitas e la sua tutela in una testimonianza paolina*, se ocupó de un testimonio jurisprudencial, el fallo de Julio Paulo, en el cual se contempla la belleza en tanto *amoenitas* del paisaje natural, para el jurista, un bien merecedor de tutela. En esta fuente (D. 43.24.16.1, Paul. 67 *ad ed.*) se discute sobre la tala de aquellos árboles que no producen frutos, como son los cipreses, árboles esbeltos, altos, elegantes y de presencia tranquilizadora. Lo que hace aplicable a este tipo de actividades el *interdictum quod vi aut clam* es el hecho de que el desmoche se haya realizado en contra de la voluntad del propietario (en general, de quien tiene interés en evitar la tala) o bien clandestinamente. Paulo llega en la primera parte del texto a la solución de conceder el interdicto al propietario del terreno. La parte jurisprudencialmente más interesante, sin embargo, es para Fagnoli la final, en la que se menciona la *amoenitas*, un término presente abundantemente en las fuentes literarias y que indica, en concreto, una variante de la *pulchritudo*. El *Thesaurus linguae latinae* la define, de hecho, como la *locorum et naturae pulchritudo atque suavitas*. Para la ponente, el caso descrito por el jurista Paulo atestigua, en Roma, el mérito de tutela del lugar por su natural placidez, que inspira y conmueve, dándole sentido a la vida. Resulta evidente, por lo mismo, cómo la fascinación de la belleza también trae causa también de su temporalidad, o sea, del hecho inevitable de que el tiempo anula la belleza.

10. La sesión de clausura se inició a mediodía bajo la presidencia del prof. Federico Fernández de Buján (Catedrático de la UNED de Madrid y académico de la Real

Academia de Doctores de España). En su introducción, sentida y cercana, definió a Antonio Palma como un esteta. Hasta el mismo Congreso que en esos momentos se estaba celebrando había sido concebido por él con la refinación, la delicadeza, el cuidado y la sensibilidad que le eran propios. El título elegido para este encuentro de estudios, según Fernández de Buján, constituía una especie de herencia moral de Antonio Palma. Así recordó que, en una entrevista realizada unos días antes de su fallecimiento, se le pidió, en calidad de presidente del *Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato*, que ideara un lema para el año que estaba a punto de comenzar, el 2023. A la pregunta, Palma respondió proponiendo el lema «*La bellezza: segno distintivo e valore essenziale della tradizione italiana*». El catedrático español evocó la figura del prof. Palma como un erudito cuya cultura abarcaba todos los campos del conocimiento, desde el universo jurídico hasta el filosófico, pasando por ser, además, buen amante y conocedor de las bellas artes, en particular de la música. Antonio Palma fue en vida un destacado romanista italiano, pero sería extremadamente reduccionista pensarlo exclusivamente en estos términos. Palma no sólo era un jurista sobresaliente sino, sobre todo, un humanista que siempre intentó asemejarse a aquellos filósofos atenienses que no se dedicaron únicamente a lo que hoy llamamos metafísica. Su cultura, de hecho, incluía las ciencias, las disciplinas humanísticas y las artes. Para Fernández de Buján, en definitiva, la palabra más adecuada para describir a Antonio Palma es *universitario*, término que debe captarse en su significado total, universal.

A esta relación le siguió la del prof. Andrea Lovato (*Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza* de la *Università degli Studi di Bari «Aldo Moro»*), quien evocó una de las preguntas fundamentales de las dos jornadas del Congreso: la idea de belleza conjugada con el derecho como categoría jurídica atemporal. Lovato, al contrario, sostuvo que no existen categorías eternas y, por tanto, no se debía insistir en la construcción sistemática de conceptos que, en su lugar, tienen una experiencia concreta en la reflexión de cada generación. Repasando las relaciones presentadas durante el segundo día del evento, el ponente observó cómo la conocida definición del *ius* como *ars boni et aequi* es una forma de medir la belleza de la jurisprudencia romana, definida como una experiencia espléndida, un adjetivo que, no por casualidad, indica asimismo una decantación de lo bello. La belleza, por ello, puede definirse como un «motor» que produce «energía intelectual», ya que proporciona la posibilidad, a través de experiencias presentes tanto en los Emperadores como en los juristas por calificar situaciones que deben necesariamente producir un efecto jurídico, es decir, un resultado. La intervención de Lovato concluyó con una referencia a la palabra «surco», reiterada por varios ponentes durante el *Convegno*. Nosotros vivimos hoy, aunque sea inconscientemente, en el surco de una tradición jurídica europea que tiene sus raíces en el derecho romano y que encuentra en él una fuerza indispensable.

La clausura de los trabajos del Congreso corrió en solitario a cargo del prof. abg. Luigi Garofalo (*ordinario* de la *Università degli Studi di Padova*), quien sostuvo, en primer lugar, que el derecho se sustancia en la ciencia jurídica, cuyo «ministro» es el jurista integral, una «figura indivisible» que, de hecho, conoce y domina cada sector del derecho y la *scientia iuris* en su completitud. Según Garofalo, el derecho, entendido como *ars boni et aequi*, es también un lugar de determinación de la belleza, ya que

es precisamente en el arte donde se reconoce lo bello. Partiendo de este presupuesto y del veto a la citación de autores jurídicos formulado en el Código de Proceso Administrativo e incluido igualmente en la nueva versión del art. 118 disp. att. c.p.c., el ponente cuestionó la obstinada persistencia del legislador contra la ciencia jurídica. A tal fin, afirmó que separar lo académico y convertir en autorreferencial el proceso judicial tiene consecuencias mortales para la ciencia del derecho. En concreto, Garofalo hizo referencia a la figura del abogado como vehículo para el «tránsito procesal» de las doctrinas: de la teoría jurídica a la práctica judicial. Y observó que el derecho representa un *altrove* donde residen motores que animan todo el sistema legal, entre ellos, la *humanitas*, entendida no sólo como aquello que el hombre ha de hacer para situarse por encima del animal y apreciar la belleza en cuanto categoría estética, sino para dar lugar, asimismo, a construcciones sobre las cuales aún estamos invitados a reflexionar, aun cuando parezcan lejanas. La intervención del prof. Garofalo concluyó con la invitación a regresar a lo que Antonio Palma hubiera deseado: juristas orgullosos, ministros de una ciencia única.

11. Al término de estas disertaciones conclusivas, tan sucintas como jugosas, se despidió a los participantes, renovando la invitación para próximas ediciones, con la esperanza de que la sinergia creada entre Ateneos italianos por medio de este *Convegno* pueda ser también uno de los mejores instrumentos para difundir los resultados alcanzados por cada uno de los profesores en sus respectivos campos de investigación. Un instrumento que no es sino, en fin, el legado más importante del prof. Antonio Palma, cuyo recuerdo conmovedor ha impregnado totalmente la ocasión y por seguro permanecerá siempre presente en los años venideros.

José Luis Álvarez de Mora
Università degli Studi di Salerno

GPA - Gestazione per altri.
Profili interconnessi della cosiddetta maternità surrogata
(Urbino, 7 novembre 2023)

Martedì 7 novembre 2023, nella sede didattica di Scienze politiche dell'Università degli Studi di Urbino Carlo Bo, si è svolto il convegno *GPA - Gestazione per altri. Profili interconnessi della cosiddetta maternità surrogata*, organizzato da Ulrico Agnati, Maria Luisa Biccari e Monica De Simone.

Tematica tanto delicato quanto attuale, la maternità surrogata all'interno del convegno è stata affrontata da varie prospettive e considerata secondo numerosi ambiti di studio. Per offrire un quadro della meditata strutturazione dell'evento si può anticipare in sintesi che, dopo l'introduzione di Ulrico Agnati, Laura Francesca Rienzi ha analizzato la GPA nel suo aspetto clinico biologico; è seguito un intervento di Damiano Bondi, che ha discusso il tema da un punto di vista etico personalista; la relazione della psichiatra e psicoterapeuta Patrizia Battistini ha mostrato un lato più 'velato' e personale della gestazione per altri, oltre a fornire alcuni dati della ricerca che è ancora in una fase iniziale vista la novità, per certi aspetti, del fenomeno; Monica De Simone con il suo intervento ha analizzato la GPA in prospettiva storico giuridica; il taglio civilistico è stato offerto da Valentina Calderai, che attraverso l'attenta analisi di alcuni contratti ha portato la riflessione sulla dignità umana nelle procedure di maternità surrogata; a chiudere la sessione mattutina del convegno è stato l'intervento di Gabriele Marra che ha approfondito il discorso sull'argomento dalla prospettiva del diritto penale. Nicola Giannelli ha allargato il panorama della gestazione per altri verso il dibattito politico e istituzionale europeo e Benedetto Rocchi ha analizzato la GPA dal punto di vista prettamente economico, offrendo degli interessanti spunti di riflessione.

Dopo i saluti rivolti ai partecipanti dal Magnifico Rettore, prof. Giorgio Calcagnini, i lavori si sono aperti con l'introduzione di Ulrico Agnati che ha sottolineato l'attualità dell'argomento, che attira l'attenzione di tutti, cultori del diritto antico e del diritto moderno. Commentando il dipinto di Matthias Stomer *Sara conduce Agar da Abramo*, scelto da Monica De Simone come illustrazione sulla locandina del convegno, il Professore ha ripercorso l'episodio biblico di Abramo, Sara e Agar: Sara ed Abramo desiderano avere un figlio, ma Sara è sterile, tuttavia Dio promette ad Abramo una discendenza; con il passare degli anni, Sara pensa ad una soluzione, che è quella di dare Agar, la sua schiava, ad Abramo, di modo che egli la metta incinta e così Sara ed Abramo possano finalmente avere un figlio. Agnati ha mostrato le implicazioni giuridiche, sociali ed anche emotive che emergono dall'episodio biblico e che sono a tutt'oggi rilevanti ed esemplari.

Con la relazione *Aspetti clinici biologici della Procreazione Medicalmente Assistita e della Gestazione per altri* Laura Francesca Rienzi ha offerto un puntuale approfondimento del tema dal punto di vista biologico. Per gli alti tassi di infertilità, considerata una malattia dall'OMS che riguarda circa 186 milioni di individui, ma anche in conside-

razione del basso tasso di natalità (in Europa le coppie hanno in media 1.5 figli), sia europeo che mondiale, il contributo delle tecniche di Procreazione Medicalmente Assistita ha assunto sempre maggiore rilievo (12 milioni sono i bambini nati a partire dal 1978 nel mondo da PMA). Dopo una breve descrizione delle tecniche di PMA e del quadro legislativo italiano (legge 40 del 2004), viene definita la Gestazione per altri: tecnica di PMA che implica che una donna rimanga incinta e dia alla luce un bambino per conto di futuri genitori cosiddetti 'intenzionali'. La GPA può essere completa, quando non vi è un legame genetico con la gestante per altri, o parziale, quando gli ovociti appartengono alla gestante per altri e quindi vi è un legame genetico. Per l'accesso alle tecniche sia la gestante che i futuri genitori vengono sottoposti a screening medici e valutazioni psicosociali da parte di un Team multidisciplinare necessari per valutare l'idoneità dei futuri genitori intenzionali e della gestante per altri, al fine di tutelare tutte le persone coinvolte nel percorso.

Damiano Bondi, con la relazione *L'utero è mio e lo gestite voi. Un approccio di etica personalista alla GPA* ha analizzato i profili etici della gestazione per altri attraverso un approccio personalista. La trattazione si è concentrata prima sulla figura dei genitori intenzionali, poi sulla gestante per altri ed infine, ma non per importanza, sul figlio.

È stata particolarmente stimolante la 'critica' nei confronti della cosiddetta GPA solidale (gestazione per altri che non prevede alcun tipo di compenso economico per la madre, se non un rimborso spese, praticata nel Regno Unito) e delle logiche di mercato che si celano dietro alla gratuità del dono, mascherando transazioni economiche ingenti.

«Il sangue si eredita, ma la virtù si acquista e la virtù vale di per sé quel che il sangue non vale», una citazione di Miguel De Cervantes, ben rappresenta l'intervento di Patrizia Battistini. Attraverso le personalissime e intime testimonianze di donne che hanno preso parte a procedure di GPA, la relatrice è riuscita a illustrare alcuni degli interrogativi che riguardano gli aspetti psicologici della gestazione per altri: «ci si chiede quali potranno essere le motivazioni che spingono una donna a decidere di affrontare una gravidanza per altri e quale potrà essere lo stato d'animo della madre surrogata quando ci sarà il distacco dal bambino che ha partorito; ci si chiede come si sentiranno gli aspiranti genitori (a volte genitori solo intenzionali a volte anche genitori genetici) che non vivono in prima persona la gestazione e la nascita del loro bimbo, temendo che durante i nove mesi di attesa insorgano incomprensioni o contrasti tali da mettere a rischio l'armonia dell'accordo, ma soprattutto ci si chiede cosa penserà il figlio venendo a conoscenza di tutto quello che è stato predisposto per la sua nascita, come vivrà e ci saranno conseguenze per la sua esistenza futura?».

Monica De Simone (*Profili giuridici della maternità surrogata tra precedenti storici e prospettive moderne*) ha compiutamente esaminato il percorso storico della GPA a partire dall'istituto della cessione della moglie nell'esperienza giuridica romana, trattando tra l'altro, il caso di Catone l'Uticense e la cessione della moglie Marcia che ha permesso di giungere a esaminare esperienze di altre culture, quale quella ebraica testimoniata nell'antico testamento. La relazione si è conclusa arrivando all'attualità, con la criminalizzazione della gestazione per altri (art. 12 L. 40/2004) e della conseguente crescita del fenomeno della gestazione per altri realizzata all'estero, dal quale deriva il complesso problema della trascrizione dell'atto di nascita straniero; fino ad pervenire a

discutere delle ultime proposte del governo italiano: la surrogazione di maternità come reato universale.

Valentina Calderai ha presentato una relazione su *Through the looking glass. Dignità umana in senso oggettivo e ordine pubblico costituzionale nella giurisprudenza delle Sezioni Unite sulla surrogazione di maternità* focalizzando l'attenzione sui modelli contrattuali che riguardano la surrogazione di maternità (full contract enforcement, modello regolatorio, modello proibizionista aperto) e sul mercato transnazionale della GPA, nato negli anni '90 negli Stati Uniti e caratterizzato da forti problemi regolatori quali l'assenza di procedure di parental screening, facoltà di selezionare il sesso dei nascituri, aborto selettivo, violazione del diritto di conoscere le proprie origini, controllo pervasivo sulla vita della gestante.

A chiudere la sessione mattutina del convegno è stato l'intervento di Gabriele Marra dal titolo *Il delitto di surrogazione di maternità. Un reato sconfinato*, che ha messo l'accento sugli aspetti penalistici della GPA. Il ruolo del diritto penale nel dibattito sulla gestazione per gli altri è molto delicato, perché coinvolge interessi fondamentali della convivenza civile, come l'interesse della gestante a non essere strumentalizzata e l'interesse del nato, che richiedono un attento bilanciamento. Il criterio sul quale si può giustificare un intervento è quello del miglior interesse del minore, in quanto esso ha una concretezza e gode già di un riconoscimento nazionale e sovranazionale.

La sessione pomeridiana del convegno è stata inaugurata dal saluto del Direttore di Studi Urbinati, prof. Marco Cangiotti; Studi Urbinati ospiterà i contributi del Convegno sia nella modalità online sia in quella in cartaceo del numero del 2024 della rivista

L'approfondimento del tema della GPA è proseguito con l'intervento di Nicola Gianelli intitolato *Il tema della maternità per altri nel dibattito politico e istituzionale europeo*, che ha calato la maternità surrogata nel panorama europeo. La relazione si è aperta vagliando i vari orientamenti e le varie posizioni presenti in Europa sull'argomento, a evidenziare il fatto che non esiste un generale accordo in materia e che anzi le legislazioni sono differenti fra loro e favoriscono il fenomeno del turismo procreativo.

Proibire in tutti i paesi la maternità surrogata a scopo di lucro (circa il 98-99% di tutti gli accordi di GPA) potrebbe essere un modo per risolvere il problema. Tuttavia, il Parlamento Europeo in una risoluzione del dicembre 2015 ha chiesto solo il divieto della maternità surrogata gestazionale a scopo di lucro (e non di quella tradizionale).

Benedetto Rocchi (*Vietare o regolamentare? 'Utero in affitto' come transazione economica*) ha analizzato l'argomento da una prospettiva puramente economica, riferendosi alla GPA con l'espressione 'utero in affitto' per sottolinearne la natura di transazione economica. È emerso che i contratti di 'utero in affitto' sono strutturalmente incompleti e soggetti ad elevati costi di transazione; producono esternalità negative quali rischi di sfruttamento del contraente più debole ed effetti sociali avversi nei confronti del bambino; dal punto di vista economico sarebbe ragionevole l'introduzione del reato universale di GPA considerata la natura globale del mercato e sarebbe implausibile la regolamentazione di forme solidali di GPA. Le relazioni si sono susseguite integrandosi l'una con l'altra, rispondendosi a vicenda e aggiungendo quesiti, dando vita a uno spazio di discussione interessante e stimolante, che ha visto il confronto tra differenti prospettive scientifiche e tra diverse opinioni personali, anche radicalmente differenti.

Il convegno ha offerto la possibilità di approfondire correttamente il tema della GPA, un argomento estremamente attuale ma sul quale ancora non si trovano informazioni chiare e accessibili, permettendo così ai partecipanti e agli studenti presenti di poter formare una propria opinione o di arricchire la loro posizione. La pubblicazione online open access su Studi Urbinati consentirà un'ampia diffusione e una crescita di consapevolezza di chiunque sia seriamente interessato a questa tematica, che connette numerosi profili tecnici di diverse discipline e investe la vita di tante persone.

Maddalena Feduzzi
Università di Urbino

Alle origini di una comunità: storia, diritto e potere
(Salerno, 1-2 dicembre 2023)

Nei giorni 1 e 2 dicembre 2023 si è tenuto a Salerno il Convegno organizzato in occasione dei sessant'anni della SISD – Società Italiana di Storia del Diritto, dal titolo *Alle origini di una comunità: storia, diritto e potere*.

L'iniziativa ha preso avvio venerdì 1 dicembre 2023 alle ore 10.15 presso l'Aula 'Nicola Cilento' dell'Università degli Studi di Salerno con i saluti istituzionali, ai quali è seguita alle ore 10.30 l'introduzione ai lavori, dedicata a *La nascita e i primi vent'anni della Società Italiana di Storia del Diritto* e presieduta da Giovanni Luchetti (*Alma Mater Studiorum* – Università di Bologna). Per primo ha preso la parola Arrigo Diego Manfredini (Università degli Studi di Ferrara), il quale si è concentrato sulla nascita della Società a Padova nel 1961, definita dal Relatore come la 'prima nascita', per distinguerla dalla 'seconda nascita', quella definitiva, a Perugia nel 1962. La 'prima nascita' avvenne nel periodo tra il 21 e il 25 maggio 1961, durante il quale, presso l'Ateneo patavino, si celebravano le *Journées internationales de la Société d'histoire du droit*, associazione, avente sede a Parigi, che dal 1930 raccoglieva numerosi storici del diritto europei e non solo, tra questi anche molti italiani: questo incontro viene considerato quasi come una prova generale, sull'onda di un fermento movimentista che agitò il contesto congressuale. La 'seconda nascita' ebbe luogo in occasione del convegno tenutosi nei giorni 26 e 27 maggio 1962, nel corso del quale venne presentato e approvato lo Statuto, ritenuto da Arrigo Diego Manfredini 'ideologicamente schierato', poiché i membri ordinari della Società non erano identificati letteralmente con i Professori di Diritto Romano e di Storia del Diritto Italiano – come si legge negli statuti riformati degli anni 2000 –, bensì con i Professori di discipline storico-giuridiche. Si percepisce, dunque, il tentativo di assumere una chiara posizione dottrinale, di costruire una disciplina unitaria, la Storia del Diritto, e di darle il suo statuto epistemologico, ove *Temì*, il Diritto, sta sempre sotto il braccio di *Clio*, la Storia, perché quest'ultima ne è l'essenza e l'insostituibile strumento ermeneutico.

A questa comunicazione è seguita quello di Antonio Padoa Schioppa (Università degli Studi di Milano), il quale, dedicandosi ad alcune considerazioni di attualità, ha osservato che, se si tengono presenti, sotto il profilo scientifico ed accademico, la condizione della storia del diritto – intesa come storia dei diritti antichi – e l'assetto odierno delle materie ad essa afferenti, si può riscontrare come il numero dei Professori si sia triplicato o, addirittura, quadruplicato e la componente femminile sia diventata parte essenziale della docenza a tutti i livelli. Inoltre, fino alla generazione dell'immediato secondo dopoguerra, non si diventava storici del diritto se non si svolgevano le rispettive prove non solo sul Medioevo, ma in particolare anche sull'Alto Medioevo: infatti, per un lungo periodo dopo l'Unità nazionale, anche l'insegnamento (biennale) di Storia del Diritto Italiano era incentrato in modo pressoché esclusivo su questo periodo. Solo con Francesco Calasso venne posto al centro degli studi quel cantiere di conoscenze che è il diritto comune. Secondo Antonio Padoa Schioppa, gli storici del diritto sono gli unici in

grado di ricostruire la storia in modo professionale e in una prospettiva europea: in un'epoca in cui le trasformazioni della società, della politica e del diritto sono così profonde e rapide da imporre in tempi ravvicinati una continua valutazione di cosa deve rimanere e cosa deve cambiare, la storia del pensiero giuridico, insieme a quella legislativa e quella della prassi, rimane una componente fondamentale dell'insegnamento universitario, con ciò non escludendosi la necessità di un suo ripensamento.

La prima sessione è iniziata alle ore 11.30. Presieduta ed introdotta da Laura Solidoro (Università di Salerno), è stata dedicata a *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche*, questione al centro del Primo Congresso della SISD tenutosi a Roma presso la prestigiosa sede dell'Accademia dei Lincei nel 1963 [Per un approfondimento, si rinvia a B. Paradisi (a c. di), *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche. Atti del Primo Congresso Internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto*, Firenze 1966]. Innanzitutto, Laura Solidoro ha sottolineato come il tema di discussione di quel Convegno, pensato e indetto da Bruno Paradisi, fosse molto vasto ed impegnativo, sollecitando fin da subito quel fitto dibattito sui risultati e sulle prospettive di studio che ha caratterizzato tutti gli incontri successivi; incontri che forse, secondo la Studiosa, avevano suscitato qualche piccola invidia negli storici del diritto non italiani. Questa affermazione può essere dimostrata sulla base di quanto osservò qualche anno fa Carlos Petit Calvo, per il quale in Europa nessuna comunità scientifica come 'l'inquietta corporazione italiana degli storici del diritto' è avveza al rendiconto pubblico attraverso bilanci periodici dei lavori intrapresi. Di questa irrequietezza ed ansia di verifica, sempre a detta di Laura Solidoro, bisogna andare orgogliosi, perché tutto sommato è proprio attraverso il confronto delle opinioni sull'oggetto e le prospettive degli studi che la cultura giuridica diventa scienza, ciò che avviene quando il sapere diventa capace di ragionare su di sé.

A questa introduzione ha fatto seguito la relazione di Massimo Brutti (Università degli Studi di Roma 'La Sapienza'), dedicata a *Il diritto come storia. Le immagini teoriche degli anni Sessanta*, nel corso della quale si è cercato di ragionare sui bilanci e le proposte del Primo Congresso della SISD, che svelano una problematica comune, cioè un tentativo di tradurre in formulazioni teoriche le prospettive e i metodi di studio sia del diritto romano che del diritto medievale e moderno. Il dibattito coinvolse anche autori che dall'esterno hanno rivolto l'attenzione al mondo giuridico e per decenni, fino ad oggi, i Convegni della Società hanno cercato di dare seguito alla spinta interdisciplinare di quel primo incontro, tra la messa a fuoco dei dati giuridici in movimento e la descrizione di fenomeni altri rispetto al diritto, che intervengono nel suo costituirsi. Secondo la ricostruzione compiuta dal Relatore, nel corso del Congresso, introdotto da Bruno Paradisi, gli studiosi del diritto romano che intervengono si rifanno solo in parte all'ampia panoramica delineata nell'introduzione: per loro, l'interlocutore con cui il confronto è più serrato è stato Arnaldo Momigliano, che espresse una visione storicistica priva di sintesi teoriche come quella proposta da Bruno Paradisi, tutta collocata entro le pratiche concrete della ricerca e con una proposta radicale per quanto riguarda il dialogo tra i saperi storici. Nel corso della sua comunicazione, Massimo Brutti ha altresì analizzato la convergenza di idee tra Riccardo Orestano e Gian Gualberto Archi, che a suo parere costituisce una risposta teorica alla sfida di Momigliano, di cui raccoglie le ragioni;

convergenza che ha come base l'inerenza del diritto alla società, pensata non in modo dualistico e vista nel suo atteggiarsi storico.

Il secondo ed ultimo *panelist* della prima sessione è stato Pietro Costa (Università degli Studi di Firenze), che ha concentrato la sua attenzione su *'Diritto e storia', sessant'anni dopo: le fragili frontiere delle identità disciplinari*, proponendosi di dimostrare come la lettura degli Atti del Convegno romano del 1963 consenta di entrare in contatto con questioni ed esigenze insistentemente riproposte nel tempo lungo della tradizione disciplinare storico-giuridica. Il tema del Convegno è certamente impegnativo, ma non costituisce l'apertura di una nuova frontiera: infatti, già nell'Italia post-unitaria era iniziato un scambio intenso e produttivo fra la storiografia giuridica e quella politica, a favore del quale giocavano la crescente influenza della filosofia positivista, che dall'analisi ravvicinata dei documenti si attendeva la ricostruzione dei fatti nella loro irrefutabile datità, nonché una conoscenza scientificamente fondata dell'organismo sociale. È in questo clima che la storiografia giuridica e quella politica si distinguono e, al contempo, si intrecciano, assumendo come proprio oggetto prioritario le strutture e gli eventi, le permanenze e i mutamenti. Il Relatore si è poi soffermato sulla situazione universitaria attuale, auspicando robuste misure correttive all'interno della catena di montaggio dell'Accademia, pur rilevando che non manca qualche segnale in questa direzione, dato dalla c.d. *slow science* raccomandata da un recentissimo manifesto berlinese, consistente in una progettazione euristica che, secondo la descrizione fatta da Pietro Costa, «nelle sue interne motivazioni trattenga ancora qualcosa dell'antico *thaumazein* e nella sua concreta strumentazione si conceda il lusso dell'erranza, non disprezzi il *bricolage* ed accetti il rischio dell'errore».

La seduta è ripresa con la seconda sessione alle ore 15.00 ed è stata incentrata su *La critica del testo*, oggetto del Convegno tenutosi a Venezia presso la Fondazione Giorgio Cini nel 1967 [I cui atti sono stati pubblicati in B. Paradisi (a c. di), *La critica del testo. Atti del Secondo Congresso Internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto*, Firenze 1971]. La presidenza del *panel* è stata affidata a Francesco Lucrezi (Università degli Studi di Salerno), il quale, in primo luogo, ha invitato a non dimenticare l'eccezionale contributo che gli storici del diritto hanno dato alla costruzione del diritto positivo, giacché quest'ultimo senza storia non è diritto, ma semplice erudizione, raccolta e catalogazione di norme. Sono stati dunque ricordati Riccardo Orestano e il suo libro *Il «problema delle persone giuridiche» in diritto romano*, nonché le figure di Emilio Betti, Francesco Paolo Casavola e Alfredo Mordechai Rabello, il quale ultimo si è fatto portatore della cultura del diritto romano per la codificazione civile in Israele, offrendo, accanto a Guido Gad Tedeschi, un contributo di inestimabile valore. Secondo Francesco Lucrezi, inoltre, il diritto romano non è stato figlio unico, ma fa parte della grande, poliedrica e multiforme tradizione dei diritti antichi: in particolare, a parere del Presidente della Sessione, non solo è errata la nuova sigla del settore scientifico-disciplinare IUS/18, 'Diritto romano e fondamenti del diritto europeo', ma anche quella ad essa precedente, 'Diritto romano e diritti dell'antichità', ritenendo che prima di 'diritti dell'antichità' andasse aggiunta la parola 'altri', altrimenti si sarebbe indotti a pensare che il diritto romano non appartenga a questi.

Al termine di questa breve introduzione è intervenuto Giuseppe Falcone (Univer-

sità degli Studi di Palermo), con una comunicazione intitolata *Ricerca romanistica e critica del testo: fermenti di fine anni '60 e prospettive attuali*, con la quale è stato preliminarmente messo in luce che i due volumi degli Atti del Convegno, dato anche il momento storico, inevitabilmente e più o meno indirettamente gravitano attorno all'interpolazionismo e alle alterazioni testuali delle fonti, il che, secondo il Relatore, può anche costituire un'occasione di riflessione intorno alle vicende di quella comunità storico-giuridica che è la SISD sol che si consideri che proprio la stagione interpolazionistica, rendendo inutilizzabili per i non addetti ai lavori tantissime pagine fitte di acquisizioni e dimostrazioni, ha determinato una cesura nel dialogo con la civilistica e anche con gli storici del diritto di epoche post-giustiniane. A tal riguardo, Giuseppe Falcone ha ricordato come uno dei grandi iniziatori della critica testuale, Jacopo Cuiacio, trovatosi di fronte ad un testo del Digesto in cui il giurista Paolo afferma che esistono interdetti possessori aventi una funzione tanto di recupero quanto di acquisto del possesso, ne decretò con particolare veemenza l'inammissibilità dogmatica. Per spiegare l'esistenza di siffatta affermazione, il giurista francese ipotizzò un intervento in due tempi: l'affermazione incriminata sarebbe una glossa pre-giustiniana, che sarebbe però stata aggiunta non al testo di Paolo, bensì ad un passo ulpiano che nel mosaico del Digesto si trova immediatamente sotto a quello paolino. Sarebbe stato, pertanto, il *librarius* a spostare l'affermazione – già di per sé insidiosa – in alto, nel testo di Paolo in cui oggi la leggiamo. Questo episodio è una dimostrazione di come già ai tempi di Jacopo Cuiacio si verificavano eccessi nella ricostruzione di una vicenda testuale.

A tale contributo è seguito quello di Sara Menzinger (Università degli Studi di Roma Tre) su *La 'Critica del testo' negli studi storico-giuridici. Alcuni spunti*, la quale ha evidenziato innanzitutto come l'unione del diritto medievale a quello antico nel Secondo Convegno della SISD del 1967 trova la sua ragione ultima nel titolo che fu dato all'incontro. La convinzione che il testo nelle rispettive discipline non fosse dato e che il processo della sua ricostruzione passasse per scelte tutt'altro che neutrali erano certamente una delle motivazioni per cui romanisti e medievalisti furono associati in quell'occasione. Vi erano, però, almeno altre due motivazioni: la coscienza che, al fianco delle fonti epigrafiche e papirologiche, la conoscenza del diritto antico passasse anche per la trasmissione manoscritta medievale – il che imponeva una riflessione comune sugli strumenti filologici da utilizzare – e un'altra convinzione inespressa ma pure presente, cioè l'idea che per quel che concerneva l'età moderna il testo fosse dato. La cesura netta che si era avuta con l'invenzione della stampa nel Quattrocento era come se, nel pensiero della fine degli anni '60 del Novecento, si traducesse più o meno inconsciamente nel tramonto delle questioni filologiche e della problematicità delle scelte testuali. Se le prime due convinzioni sono rimaste invariate, benché forse adesso sia meno perseguito rispetto ad allora un percorso unitario tra antichisti e medievalisti, la terza è senz'altro caduta, considerata non solo l'importanza attribuita oggi proprio alle scelte dei primi stampatori delle opere giuridiche, ma anche l'ingresso consistente di fonti d'archivio nella storia del diritto moderno, che difficilmente consentirebbe di immaginare oggi come dato il testo a partire dal Cinquecento.

La terza sessione, dedicata a *La formazione del diritto moderno*, argomento dell'incontro di studi della SISD svoltosi presso il Palazzo dei Congressi di Firenze nel 1973

[Sul punto, si rimanda a B. Paradisi (a c. di), *La formazione storica del diritto moderno in Europa. Atti del Terzo Congresso Internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto*, Firenze 1977], è cominciata alle ore 16.45, sotto la presidenza della Prof.ssa Claudia Storti (Università degli Studi di Milano), con la relazione di Letizia Vacca (Università degli Studi di Roma Tre), la quale si è soffermata su *La formazione del diritto tra storia e modernità*, precisando in via preliminare che Bruno Paradisi nella sua Prefazione agli Atti di tale Convegno rilevava che l'insegnamento derivante da quanto emerso nel corso dei lavori è quello della indispensabilità della dimensione storica per il dominio del diritto vigente. Nel suo saggio *Storia del diritto moderno e palingenesi della scienza giuridica*, che apre il primo dei tre volumi degli Atti, lo stesso Bruno Paradisi precisa la prospettiva da cui egli muove nell'auspicare un rinnovamento della storiografia giuridica che sia il risultato di una nuova concezione dei rapporti fra la storia del diritto e la scienza del diritto positivo, e che possa ricondurre il giurista positivo all'interesse verso la storia, poiché quest'ultima, se deve insegnare qualcosa, è il rapporto fra il sistema dei concetti giuridici e la realtà sociale, politica ed economica del mondo nel quale sono stati pensati e dal quale sono stati prodotti. Secondo Letizia Vacca, questo pensiero è indicativo di un programma di grande modernità, nel senso che Bruno Paradisi apre ad un confronto internazionale europeo, che fino a quel momento era stato oggetto di qualche sporadico tentativo, ma non era stato mai completamente sviluppato; tuttavia, l'auspicio di Bruno Paradisi non è stato raccolto del tutto in quell'occasione. La Relatrice ha altresì osservato come il programma fosse indubbiamente ispirato alla necessità di indagare sulla storia del diritto moderno, che sino a quel momento – sempre secondo Bruno Paradisi – era rimasto in una posizione subordinata di fronte alla grande storiografia del diritto intermedio. L'appello a rivolgere lo sforzo all'analisi del percorso storico culminato nelle grandi codificazioni non è rimasto inascoltato e gli storici del diritto hanno aumentato la loro attenzione sul processo culturale, ideologico e politico che hanno condotto a queste ultime.

La giornata di venerdì 1° dicembre è terminata con la comunicazione di Luigi Nuzzo (Università del Salento), intitolato *Firenze 1973. Una storia del secolo scorso*, il quale ha preso le mosse dal progetto di rinnovamento della storiografia giuridica che ispirò Bruno Paradisi nell'organizzazione di questo Congresso e che questi, con molta lucidità, portò avanti dagli anni '40. Secondo Luigi Nuzzo, Bruno Paradisi è risultato però schiacciato tra il ricordo della nuova stagione aperta da Francesco Calasso all'insegna della storicità del diritto e il successo della proposta di Paolo Grossi, che non solo raccolse e proiettò sul moderno l'invito alla storicizzazione di Francesco Calasso, ma ne realizzò il sogno, recuperando nei *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* quel rapporto con i giuristi che negli *Annali di storia del diritto* non si è riusciti a realizzare. Per il Relatore, la lettura degli Atti del Convegno restituisce solo in pochissimi casi la sensazione di una lieve increspatura nel fluire di un discorso uniforme e unitario ed è proprio questa distanza dal mondo reale a testimoniare come la storia del diritto, che negli anni '70 era ancora una disciplina incerta nella definizione di un metodo storico, così come nella costruzione di un suo oggetto giuridico, avesse bisogno di una nuova generazione di storici e giuristi disponibili a cogliere l'urgenza dei tempi, liberandosi da vecchie abitudini storiografiche e mettendo in discussione immaginari

consolidati. Oggi non ha più senso tornare a domande che avevano animato il dibattito storiografico italiano degli anni '60 e '70 sull'identità divisa dello storico del diritto e sull'opportunità di una scelta di campo definitiva, ma l'urgenza e il bisogno di nuove generazioni di storici del diritto, cui sia affidato il compito di costruire e decostruire la tradizione giuridica europea senza alcuna pretesa fondazionale, a parere di Luigi Nuzzo non sono affatto cambiati.

La giornata di sabato 2 dicembre 2023 è iniziata alle ore 9.00 presso il Salone dei Marmi di Palazzo di Città a Salerno con la prima sessione dei lavori, imperniata su *Diritto e potere nella storia europea*, tematica affrontata nel corso dell'incontro svoltosi a Villa Pignatelli a Napoli nel 1980 [Le relazioni svolte in occasione di quel Convegno sono riportate in AA.VV., *Diritto e potere nella storia europea. Atti in onore di Bruno Paradisi. Quarto Congresso Internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto*, Firenze 1982], e presieduta da Giovanni Cazzetta (Università degli Studi di Firenze), il quale ha ricordato come, in occasione di quel Congresso, l'ultimo di Bruno Paradisi come Presidente della Società, fu analizzato il rapporto tra diritto e potere come strumento per cogliere le tensioni esistenti nella società: nella sua Introduzione ai lavori, Bruno Paradisi rilevò come nell'antichità e nel medioevo esisteva un equilibrio, che si manifestava in particolare, specie durante il medioevo, sull'*aequitas*, mentre in età moderna si è verificata una perdita di tale equilibrio a scapito del diritto. In particolare, Bruno Paradisi mise in discussione l'idea del diritto ridotto ad una mera espressione della forza e delinè un manifesto per il futuro, invitando ad una migliore comprensione della relazione tra diritto e potere e manifestando l'esigenza di una storia giuridica che sia la storia di tale relazione. Tuttavia, Giovanni Cazzetta ha osservato come simili necessità non corrispondessero con le istanze presenti in quel momento tra gli storici del diritto. Ciononostante, le relazioni presentate nel corso di quel Convegno furono ricche e di ampio respiro, a ciò contribuendo anche la massiccia presenza di studiosi stranieri.

Il primo contributo, dedicato a *L' 'avvenire' del diritto romano. Linee di ricerca, dibattiti e polemiche di un lungo decennio (1970-1980)*, è stato quello di Valerio Marotta (Università degli Studi di Pavia), il quale, innanzitutto, si è soffermato sui principali temi oggetto del dibattito scientifico negli anni '70 e, in particolare, sulle polemiche sulla storia del pensiero giuridico che, in quegli anni, animavano la scena romanistica; polemiche che hanno segnato, nel bene e nel male, l'avvenire del diritto romano e del duplice significato di questo termine, che può indicare – sia come verbo che come sostantivo – o il futuro in senso lato o il prodursi nel tempo di una determinata realtà. Secondo Valerio Marotta, ciò che più sorprende quando si pensa a quel decennio non è tanto la feconda produzione monografica, caratterizzata da metodologie differenti, bensì la varietà di interessi ed iniziative che contrassegnò la romanistica di quegli anni. Ma quello che, a confronto con il nostro presente, salta subito agli occhi pensando a quel periodo è il rapporto che antichisti e studiosi del diritto romano intrattennero con il pensiero marxiano. La discussione che ne nacque influì, nel bene e nel male, sull'avvenire dello studio del diritto romano, nel duplice significato, che questo termine poteva avere, di futuro in senso lato e di produzione nel tempo di una determinata realtà. In merito, il Relatore ha evidenziato come tutti i giusromanisti e gli storici del diritto del secolo scorso – tra i quali sono stati ricordati, in particolare, Bruno Paradisi e Mario

Talamanca – si espressero favorevolmente rispetto all'idea di una totale storicizzazione del diritto. Di conseguenza, quanto fu fatto nel contesto della storiografia romanistica e della storiografia giuridica italiana assunse una particolare connotazione nazionale, che, in quanto tale, non era possibile riscontrare altrove. Infine, Valerio Marotta ha avvertito come, al fine di evitare di restare intrappolati in un vicolo cieco, è necessario tenere sempre bene a mente che norma e realtà sociale rappresentino indubbiamente le due facce di una stessa medaglia; ciononostante, non per questo le prime sono la versione testuale della seconda, ragion per cui non deve essere mai data per scontata la trasparenza del documento giuridico.

A tale relazione ha fatto seguito quella di Annamaria Monti (Università degli Studi di Milano) su *La storiografia straniera: protagonisti, temi e circolazioni di idee e prospettive*, che prende le mosse dall'analisi dei contributi stranieri presentati nel corso del Convegno del 1980, i cui lavori congressuali espressero una precisa vocazione sovranazionale e rifletterono l'ideale storiografico proposto da Bruno Paradisi sin dal 1950. L'argomento oggetto del Convegno, infatti, rispose ad un programma organico e ad un'ambiziosa operazione culturale; non a caso, lo stesso Bruno Paradisi si era pronunciato in termini di una battaglia per la cultura, che, dopo aver preso le mosse dalla creazione della Società ed essersi snodata attraverso i precedenti Convegni, iniziò con il passare del tempo a produrre i suoi frutti. Nella sua Prefazione agli Atti, Bruno Paradisi attribuì ai giusromanisti e agli storici del diritto una vocazione civile e definì la necessità di fornire risposte su ciò che il diritto avesse significato e significasse ancora per la civiltà un dovere scientifico. In questo senso, ai lavori congressuali presero parte non solo numerosi giusromanisti e storici del diritto, ma anche storici *tout court*, archivisti ed esperti nella conservazione di manoscritti provenienti da diverse aree geografiche. Al Convegno parteciparono studiosi non solo italiani, ma altresì quelli provenienti da altri Paesi dell'Europa, anche orientale, e perfino da Stati molto lontani, come l'Argentina, gli Stati Uniti, la Nuova Zelanda e il Canada. Le relazioni presentate furono pubblicate nelle lingue in cui furono pronunciate, ad eccezione di quelle nelle lingue slave, che furono corredate da traduzioni in italiano, inglese o francese. Tuttavia, l'auspicio di Bruno Paradisi, volto alla creazione di un progetto storiografico condiviso, venne a stemperarsi nelle parole dei relatori: esse, infatti, piuttosto che offrire delle risposte, suscitarono ulteriori interrogativi. Conseguenza di ciò fu che i lavori congressuali, pur avendo fornito un quadro ricco e variegato del sapere storiografico, resero evidente l'incertezza delle risposte date dalla ricerca storica. In questo contesto, tuttavia, quel che emerse con particolare evidenza, secondo Annamaria Monti, fu la passione per la ricerca storico-giuridica e per la scoperta scientifica, la formulazione di ipotesi storiografiche, la ricostruzione di fenomeni e rapporti, con l'obiettivo di acquisire maggiore consapevolezza non tanto in relazione al passato, bensì al presente.

La seconda e ultima giornata del Convegno si è conclusa con una tavola rotonda presieduta da Ileana del Bagno (Università degli Studi di Salerno), la quale, nella sua introduzione, si è ricollegata alla relazione pronunciata, nella giornata precedente, da Luigi Nuzzo, evidenziando la grande importanza degli anni '70 del secolo scorso, caratterizzati da grande fermento e ricostruzioni storiografiche, laddove i Maestri dell'epoca furono protagonisti di una rivoluzione nella storia del diritto e di una costruzione di quel

paradigma della storicità del diritto che è ancora oggi ampiamente condiviso. Ileana del Bagno ha osservato come quelli furono anni di duro lavoro, volto a superare sia il dogmatismo che l'idealismo, per tale intendendosi sia quello di destra che quello di sinistra. La Relatrice ha altresì ricordato la battaglia contro il formalismo condotta da Raffaele Ajello, il quale tentò di cogliere il significato non tecnico dei tecnicismi, provando in questo modo a far luce sulla funzione politica dell'interpretazione giuridica e sulle sue forme. In conclusione, secondo Ileana del Bagno, gli anni '70 costituirono un periodo di altissimo profilo e di grande qualità scientifica, sia con riferimento alla storia del diritto medievale e moderno che per quel che concerne la romanistica.

In primo luogo, ha preso la parola Carlos Petit (Universidad de Huelva), il quale ha innanzitutto sottolineato come interrogarsi sui fondamenti del sapere e dell'agire tanto degli storici del diritto quanto dei giusromanisti costituisca un sano esercizio e, in secondo luogo, ha soffermato la sua attenzione sui concetti di 'origine' e 'comunità', adoperati nel titolo del Convegno. A parere di Carlos Petit, una buona storiografia del diritto dovrebbe ricostruire non già la storia, bensì la memoria della disciplina. Pertanto, il compito sia dello storico del diritto che del giusromanista del presente, ma soprattutto di quelli del futuro, dovrebbe consistere nella ricostruzione, analisi e istituzione della memoria delle discipline giuridiche. Con riferimento alla comunicazione di Annamaria Monti dedicata alla storiografia straniera, Carlos Petit ha osservato come la comunità alla quale la SISD si rivolge sia quella internazionale. Tale considerazione è alla base di una riflessione fondata su una prospettiva esterna: è stata messa in luce, infatti, la rilevanza della figura di Bruno Paradisi in Spagna e la forte considerazione in quest'ultimo Paese, dal punto di vista scientifico, degli Atti dei precedenti Convegni organizzati dalla Società. In definitiva, per Carlos Petit, il modello italiano svolge un ruolo fondamentale, costituendo un esempio da seguire sia per la Spagna che per molti altri Paesi stranieri.

A questo contributo ha fatto seguito quello di Andrea Lovato (Università degli Studi di Bari Aldo Moro), il quale ha affermato che il Convegno non rappresentava una mera celebrazione, essendo stato particolarmente proficuo dal punto di vista della promozione dell'identità di storici e di giuristi, declinata attraverso alcuni punti fondamentali, coincidenti con i diversi temi sviscerati nel corso delle sessioni in cui si sono articolati i lavori. Secondo Andrea Lovato, è stata tracciata, nel corso del Convegno, una storia della storiografia che ha seguito il percorso dei Convegni tenutisi nei due decenni di riferimento e da quanto emerso è stato possibile cogliere un intreccio tra l'italianistica e la romanistica, sviluppatosi attraverso la dottrina e la legislazione. Detto intreccio, per quanto contrassegnato dall'alternanza tra luci ed ombre, si mostra tuttavia come un rapporto indissolubile, per via della presenza di un elemento di coesione, costituito dalla storia. A parere di Andrea Lovato, infatti, il diritto è storia e di ciò è necessario prendere coscienza.

A chiudere i lavori di questo incontro di studi è stato Giacomo Todeschini (Università degli Studi di Trieste), il quale si è concentrato su un elemento comune degli Atti dei Convegni della Società che sono stati presi in considerazione nel corso dei lavori, cioè l'assenza di qualsivoglia metodologia di analisi linguistica finalizzata alla ricostruzione della continuità tra linguaggi giuridici e linguaggi storici e, conseguentemente, la mancanza di attenzione ai linguaggi economici e, dunque, alle relazioni commerciali. Tale

disattenzione verso la ricostruzione dei problemi lessicali e dei discorsi aventi ad oggetto il complesso delle relazioni economiche è stata riscontrata da Giacomo Todeschini anche a proposito del rapporto tra diritto e potere, laddove il potere è stato associato, in via quasi esclusiva, alla storia delle istituzioni politiche. In questo senso, un cambiamento significativo si ebbe a partire dagli anni '70 del secolo scorso e, nello specifico, con un saggio a cura di Paolo Grossi, il quale costituì il punto di partenza di un filone di ricerca dedicato all'analisi dei linguaggi economici.

Al termine di queste dissertazioni conclusive, alle quali è seguita l'Assemblea dei Soci della SISD, sono stati salutati i partecipanti, rinnovando l'invito alla prossima occasione di incontro e confronto, nella certezza che questa sinergia tra atenei possa essere il migliore strumento di diffusione dei risultati raggiunti da ciascuno nell'ambito dei propri ambiti specifici di ricerca.

Eugenio Ciliberti
Università degli Studi di Salerno

Il ruolo degli accademici nella società che cambia.
Ricordando Carla Barbati
(Milano, 22 gennaio 2024)

Il 22 gennaio 2024 si è svolta, presso la Sala delle Lauree di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Milano-Bicocca, la conferenza dal titolo *Il ruolo degli accademici nella società che cambia*.

L'incontro, organizzato dal Diario di diritto pubblico in collaborazione con l'Osservatorio sull'Università dell'ateneo meneghino, ha rappresentato una preziosa occasione per rendere omaggio alla memoria della prof.ssa. Carla Barbati, prematuramente scomparsa il 6 settembre 2023, la quale, negli ultimi due decenni, aveva concentrato la sua attività scientifica sull'esame del complesso regime normativo dell'istruzione terziaria.

Il prof. Alfredo Marra, pro-rettore per la semplificazione amministrativa della Bicocca e Co-Direttore dell'Osservatorio, dopo i saluti istituzionali, ha segnalato l'avvenuta pubblicazione dell'ultimo volume dell'Osservatorio, edito da Giappichelli, dal titolo *Come cambia l'Università italiana*, dedicato proprio a Carla Barbati.

Chiamato a coordinare i lavori della tavola rotonda, il prof. Stefano Civitarese Matteucci, titolare della cattedra di Istituzioni di Diritto Pubblico presso l'Università degli Studi 'G. d'Annunzio' di Chieti-Pescara, ha invitato gli illustri relatori a domandarsi se le regole vigenti sul reclutamento dei professori ordinari e associati, così ancorate a specifiche identità disciplinari, siano adeguate alle complesse sfide che le mutate esigenze della società pongono alla didattica e alla ricerca.

Ad avviso del prof. Civitarese Matteucci, la *vexata quaestio* dell'accesso alla carriera accademica appare strettamente legata all'autonomia delle università in quanto la selezione del corpo dei docenti evoca, necessariamente, anche il tema dell'idoneità delle procedure disciplinate dalla Legge 240/2010 a garantire l'indipendenza e la libertà dell'insegnamento.

Il dibattito è stato aperto dal prof. Antonio Banfi, ordinario di Diritto Romano e Diritti dell'Antichità presso l'Università degli Studi di Bergamo, il quale, all'inizio del suo discorso, ha denunciato il preoccupante disinteresse della politica per l'università, dimostrato, nei fatti, da interventi normativi che appaiono più che altro *maquillage* occasionali, spesso non ben costruiti e non pensati nei loro effetti, frutto avvelenato di scelte avventate mai poste veramente in discussione.

Nel corso del suo intervento, il prof. Banfi ha evidenziato i problemi strutturali dell'istruzione superiore italiana che, a suo dire, riguardano principalmente l'organizzazione dei saperi, la classificazione delle riviste scientifiche e la valutazione quantitativa della ricerca.

Lo studioso, innanzitutto, ha criticato duramente la 'gabbia' formata dai settori scientifico disciplinari (SSD) rea, tanto di aver provocato un progressivo impoverimento della didattica, quanto di aver costituito rigide barriere che, inchiodando i ricercatori nella loro formazione originaria conducono, inesorabilmente, alla rincorsa esasperata verso lo specialismo e alla inevitabile distruzione della cultura condivisa.

Il prof. Banfi, d'altro canto, non ha nascosto che tale sistema ha portato, in sede di abilitazione scientifica nazionale (ASN), a episodi di 'cannibalismo' da parte della classe di concorso numericamente più forte ai danni di quella più debole.

L'ordinario di Diritto Romano e Diritti dell'Antichità dell'Università degli Studi di Bergamo ha, poi, 'puntato il dito' contro l'attuale procedura di classificazione delle riviste, sostenendo che un ordinamento votato alla interdisciplinarietà non può convivere con parametri di valutazione dei ricercatori tarati su assi rigidamente disciplinari.

Il prof. Banfi ha censurato, da ultimo, l'utilizzo di indicatori quantitativi per consentire l'accesso di un candidato al giudizio della commissione di abilitazione, sottolineando che il reclutamento dei docenti rischia di diventare, in questa maniera, una selezione fondata su meccanicismi e automatismi che volta le spalle alla qualità effettiva della produzione scientifica.

Come se tanto non bastasse, secondo il prof. Antonio Banfi, le soglie di produttività, come quelle previste dalle vigenti procedure relative all'ASN sia per i settori 'bibliometrici' che per quelli 'non bibliometrici', potrebbero indurre gli studiosi, desiderosi di aumentare le proprie pubblicazioni, a tenere comportamenti opportunistici potenzialmente in grado di integrare gli estremi del plagio, dell'auto-plagio, dell'autocitazione e del cosiddetto *salami slicing* (ovvero, lo 'spezzettamento' dei contenuti di un potenziale articolo lungo e complesso, o di un libro, in tanti *paper* di minore lunghezza e livello di approfondimento, finalizzato alla moltiplicazione del numero di lavori). Questo rischio, per il prof. Banfi, non è affatto remoto tanto che già molte riviste, prima fra tutte *Nature*, hanno smascherato la sleale condotta dei ricercatori italiani.

Alle riflessioni del prof. Banfi sono seguite quelle della prof.ssa. Marta Cartabia, Presidente emerita della Corte costituzionale, già ministra della Giustizia e, attualmente, Professoressa di Diritto costituzionale presso l'Università Commerciale L. Bocconi di Milano.

La prof.ssa. Cartabia ha esordito riportando alcuni dati preoccupanti che testimoniano lo stato di fatica del sistema universitario italiano, ponendo l'accento, principalmente, sul bassissimo successo degli studi (meno del 30% di laureati tra i giovani di età compresa fra i 25 e i 34 anni) e sul tasso complessivo di abbandono della formazione terziaria che si assesta intorno al 29% per i ragazzi e al 21% per le ragazze.

Ricostruito il quadro fattuale, la Presidente emerita della Consulta ha osservato che l'accertamento della qualità degli accademici risulta oggi basato, non più solo, sull'attività didattica e scientifica, venendo la *performance* dei docenti adesso misurata anche con riferimento ad incarichi gestionali, organizzativi e di servizio.

Dopo un cenno al bisogno di potenziare la dimensione internazionale della didattica incrementando la presenza di studenti stranieri e gli insegnamenti impartiti in lingue diverse dall'italiano, l'ex Ministra della Giustizia ha indicato una serie di soluzioni correttive che andrebbero attuate per segnare un cambio di rotta.

In questa prospettiva, la prof.ssa. Cartabia ha caldeggiato il superamento dei SSD auspicando, per il futuro, un maggiore dialogo tra i vari rami del diritto; la costruzione di una comunità accademica non più chiusa entro i confini nazionali, incentivando meccanismi di mobilità internazionale e favorendo l'integrazione di *visiting professor* e il rientro dei cervelli; e, infine, la contaminazione tra il mondo universitario e quello professionale.

La Presidente emerita della Consulta ha concluso la sua relazione affermando che, salvo modifiche della Costituzione, finché le Università rimarranno inquadrate nell'ambito della Pubblica Amministrazione, il reclutamento degli accademici dovrà continuare ad avvenire tramite concorso: tuttavia, poiché l'art. 97, comma 4, Cost., ammette delle eccezioni 'nei casi stabiliti dalla legge', la prof.ssa. Cartabia ha suggerito di limitare tale tecnica alle procedure di ASN, aderendo, così, a quell'orientamento che incoraggia la fuoriuscita delle procedure di selezione del corpo docente dalla sfera pubblico-concorsuale, proponendo di attribuire ai singoli Atenei la scelta dei candidati ritenuti più meritevoli in un'ottica di valorizzazione della loro autonomia.

Al termine dell'intervento dell'ex Guardasigilli, ha preso la parola il prof. Fulvio Cortese, ordinario di Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi di Trento e Vicepresidente del Consiglio Universitario Nazionale (CUN).

Il prof. Cortese ha spiegato che il CUN, con parere del 24 marzo del 2022, si è opposto alla abolizione dei SSD e all'introduzione dei gruppi scientifico disciplinari (GSD) nel timore che tali cambiamenti avrebbero avuto delle ripercussioni negative sulla didattica: ad avviso del Vicepresidente del CUN, la sostituzione meccanicistica dei settori scientifico disciplinari renderà, infatti, estremamente difficile la definizione di un percorso formativo utile a raggiungere gli obiettivi culturali della classe di laurea e determinerà, altresì, la perdita di identificabilità dei corsi di studio.

Pure il prof. Cortese, da ultimo, si è espresso sul problema del reclutamento sostenendo, sul punto, l'opportunità di un maggiore ricorso da parte degli Atenei alle cosiddette chiamate dirette e la necessità di garantire alle commissioni giudicatrici la più ampia discrezionalità nella predeterminazione dei criteri di valutazione degli aspiranti docenti, a condizione, tuttavia, che permanga un controllo mirato a verificare che quest'attività non degradi in manifestazioni di puro arbitrio.

Dopo il Vicepresidente del CUN, è stato il turno della prof.ssa. Alessandra Petrucci, rettrice dell'Università degli Studi di Firenze, la quale, in sintonia con il precedente relatore, ha criticato la revisione delle classi di laurea e l'inserimento dei GSD, nonché il quadro caotico e disordinato delle fonti del diritto universitario, contrassegnato, sin dagli albori, dall'impiego eccessivo di fonti sub-legislative di incerta natura.

La prima tornata del dibattito si è chiusa con la prof.ssa. Margherita Ramajoli, ordinaria di Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi di Milano, la quale, richiamando l'editoriale del prof. Stefano Civitarese Matteucci apparso sul blog 'Diario di Diritto Pubblico' il 25 gennaio 2024, si è chiesta se la spinta all'internalizzazione e il ripensamento della figura dell'accademico e del suo accesso in servizio siano compatibili con il mantenimento della parcellizzazione dei saperi e dei settori scientifico-disciplinari.

La prof.ssa. Ramajoli ha, poi, osservato che, al momento, non è dato ancora cogliere la direzione complessiva del processo innovatore innescato nel sistema dalla congiuntura pandemica: ad avviso della studiosa, dunque, le molteplici trasformazioni in corso (si pensi, a titolo d'esempio, alle modifiche apportate alla didattica, ai dottorati di ricerca, alla *governance* degli Atenei), poiché sono state pensate al di fuori di una visione d'insieme sufficientemente esplicitata e condivisa, rischiano di dar luogo ad una riforma frammentata e disorganica.

I lavori del *panel* sono terminati con l'intervento del prof. Marco Cammelli, emerito e già preside della facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bologna, il quale ha voluto sottolineare che, nonostante le difficoltà di diverso tenore, l'Università rimane, comunque, uno dei fiori all'occhiello del Paese.

Il prof. Cammelli ha dichiarato che, anziché procedere ad una seppur desiderabile manutenzione della Legge 240/2010, sarebbe preferibile definire, prima, uno statuto dei doveri dei professori e dei ricercatori al fine di meglio individuarne le responsabilità nei vari contesti di riferimento.

Durante il secondo giro di tavolo, il prof. Antonio Banfi e la prof.ssa Marta Cartabia hanno espresso, in coro, la speranza di ridurre l'ipertrofia normativa vigente tramite la realizzazione di un testo unico capace di porre un argine alle distorsioni create dalla Legge 240/2010 e dal coacervo di provvedimenti ad essa collegati.

Oltre ai contributi offerti dagli illustri relatori, il dibattito è stato impreziosito dalle riflessioni del prof. Eugenio Bruti Liberati, ordinario di Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi del Piemonte Orientale, e del prof. Gianmario Demuro, ordinario di Diritto Costituzionale presso l'Università degli Studi di Cagliari.

Il primo, in particolare, ha rilevato che qualunque riforma o correzione della cornice legislativa analizzata non sarà mai efficace se non verrà accompagnata dall'implementazione di prassi virtuose; il secondo, invece, si è augurato che l'Università riesca a liberarsi dal controllo dell'amministrazione pubblica per recuperare la propria libertà e permettere, così, a tutti i suoi attori di dedicarsi alla scienza e alla ricerca nella consapevolezza di far parte di una comunità globale.

Miriam Carani
Università di Milano-Bicocca

Diritto romano e giustizia predittiva (Berna 20-21 marzo 2024)

Nelle giornate del 20 e 21 marzo 2024 si è tenuto presso l'Università di Berna, un convegno scientifico che ha visto la partecipazione di giuristi, provenienti da Svizzera, Germania e Italia, per discutere su un tema sempre più centrale nella discussione scientifica: l'utilizzo dell'intelligenza artificiale in campo giuridico, in particolare nella prospettiva dell'automatizzazione delle decisioni giurisprudenziali. L'incontro è stato aperto con un discorso introduttivo di Iole Fagnoli, organizzatrice dell'iniziativa, la quale ha spiegato come l'idea di avvicinarsi al tema è scaturita nel 2017, dal dialogo con colleghi di discipline scientifiche che l'hanno indotta a porsi alcuni interrogativi sul ruolo dell'IA in ambito giuridico: fino a che punto i robot possono imitare il ragionamento giuridico umano? O come l'uomo può sfruttare un tale tipo di intelligenza? E nel caso fosse stata utilizzata, quanto sarebbe stata affidabile? Proprio la casistica romana si presta, per le sue caratteristiche, come campo di prova di una sperimentazione. A conclusione dell'intervento la studiosa ha citato un racconto del III sec. a.C. appartenente alla cultura cinese, la quale narra del filosofo Zhuangzi che sognò di diventare una farfalla che volava tra i fiori, dimenticandosi chi fosse. Poi si svegliò, confuso, e si domandò: ho sognato di essere una farfalla o è la farfalla che ha sognato di essere me? Questo sogno vuole fare riflettere sul fatto che, molto spesso, i contorni tra opposti non sono nitidi; il mondo sta cambiando così rapidamente che a volte, nell'interazione con la macchina, si ha l'impressione che i confini tra noi e l'intelligenza artificiale, e tra realtà e tecnologia, si stiano confondendo. Chi è il sognatore e chi è il risvegliato?

Ha preso, poi, la parola Fabio Addis dell'Università degli Studi di Roma 'La Sapienza'. Lo studioso ha incentrato il suo discorso sull'utilizzo della macchina nel settore giustizia e su ciò che si intende per 'giustizia predittiva', che aspira a prevedere l'esito d'un giudizio tramite determinati calcoli. Il dialogo tra la casistica antica del diritto romano e le possibilità dell'intelligenza artificiale, offrono un terreno fertile per riflessioni sul futuro delle decisioni legali ed etiche, automatizzate. Con il suo ricco *corpus* di casi e la sua profonda radicazione nei principi generali, il testo classico offre un punto di partenza comodo per riflettere su come le idee e i dispositivi artificiali possano essere programmati e addestrati per interpretare e applicare il diritto in modo che rimanga fedele alla tradizione giuridica e in armonia con l'etica contemporanea. La sfida consiste nel recepire la saggezza e la flessibilità di questo sistema storico nell'era digitale, garantendo che l'intelligenza artificiale possa non solo risolvere casi con competenza tecnica, ma anche rispettare i fondamenti etici e giuridici che condividono la giustizia umana, seguendo l'evoluzione tecnologica.

Sotto la presidenza di Fabio Addis, i lavori hanno quindi preso avvio con la relazione di Thomas Rübner dell'Universität di Trier, dal titolo *70 Jahre Rechtsanwendung durch Computer* che, dopo aver ringraziato Fagnoli per l'invito al convegno, ha mostrato lo sviluppo storico dell'utilizzo del computer, in campo giuridico, in Germania, dai primi anni Cinquanta ad oggi. La riforma pensionistica del 1957 è stato l'evento che ha contri-

buito in modo significativo all'adozione dei 'calcolatori'; tale avvenimento ha portato a interrogarsi sull'opportunità di affidare l'applicazione del diritto a tali macchine, creando così un acceso dibattito tra gli anni Sessanta e Settanta, anticipando argomenti riproposti ai giorni nostri. Tra gli anni Settanta e Novanta nasce anche la '*Rechtsinformatik*', l'informatica giuridica, come materia indipendente. Ad una prima delusione, data da insuccessi tecnici, segue una nuova epoca di influenza tecnologica, che vede la parola internet o IA all'interno di decisioni giurisprudenziali e controversie, con i conseguenti timori e speranze.

A seguire ha preso la parola Rolf H. Weber dell'Universität di Zürich con un intervento dal titolo *Herausforderungen beim Einsatz von Künstlicher Intelligenz in der Justiz*, che ha spiegato come l'intelligenza artificiale può costituire un ottimo strumento di supporto al lavoro dell'essere umano, senza però al momento poterlo sostituire del tutto; ciò deriva dal fatto che l'utilizzo di programmi di intelligenza artificiale nella amministrazione della giustizia non è esente da rischi. Molte sono le problematiche riguardo alla privacy, al trattamento dati e/o alla protezione dei consumatori. Nel procedimento giudiziario, la macchina potrebbe aiutare nella verifica dei fatti, nella ricerca e nell'esame delle norme applicabili; la sfida sarebbe invece quella dell'utilizzo di tale intelligenza nella formazione del procedimento decisionale. L'uso di tali strumenti ha dei lati positivi, quali: la brevità, l'economicità dei processi, un'applicazione del diritto più precisa, uniformità della prassi giudiziaria e l'esclusione dell'emotività dal procedimento decisionale. A tali lati positivi si accostano rischi che riguardano la possibilità o meno di garantire i requisiti formali giuridici nei procedimenti giudiziari tramite programmi di intelligenza artificiale, il rischio di errori giudiziari dati dall'utilizzo di un algoritmo e le problematiche costituzionali che tale utilizzo potrebbe comportare. In conclusione del proprio intervento lo studioso svizzero ha dimostrato come il sistema giustizia non può essere totalmente automatizzato, ma ancora necessita del lavoro dell'uomo.

Dopo una breve pausa caffè, ha preso la parola Daniel Effer-Uhe della BSP Business & Law School Berlin, Universität zu Köln, con un intervento dal titolo *Chancen und Schwierigkeiten einer automatisierter Rechtsanwendung*. Nella prima parte del discorso lo studioso ha designato le differenze tra regole e principi, spiegando come le prime fossero di più facile gestione rispetto ai secondi per un sistema di IA. Invero, le regole si prestano maggiormente per un'automatizzazione, soprattutto quando si tratta di fattispecie senza particolari specificità. Sarebbe però complesso raccogliere tutte le regole contenute in ogni singolo codice, se venissero considerate le possibili eccezioni non scritte e/o regole speciali; la macchina dovrebbe conoscere tutti gli elementi. Pertanto, sarebbe necessario l'intervento umano per meglio delineare quelle sfumature necessarie per una futura decisione. La macchina può, semmai, supportare il lavoro del giurista ma non sostituirlo. Dubbi sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale sorgono quando la macchina subentra all'operato di un giudice, sia perché in contrasto con principi costituzionali quale quello del giudice naturale precostituito per legge, sia perché, nella decisione vengono considerati determinanti bilanciamenti e fatte particolari valutazioni che un'intelligenza artificiale potrebbe non esaminare. Pertanto, considerati gli attuali e fondati timori, la macchina interviene o può intervenire come aiuto all'operato del giudice.

A chiusura dell'incontro pomeridiano ha preso la parola Franz Kummer, fondatore e

contitolare di Weblaw AG, prima rivista giuridica online in Svizzera, con un intervento dal titolo: *Einsatzbereiche von KI-Systemen in der Rechtsanwendung – ein Bericht aus der Schweizer Praxis*. Individuate le incertezze che l'uso dell'intelligenza artificiale può comportare nell'applicazione automatizzata della legge e/o nel processo decisionale, data la mancanza in capo alla macchina del '*Rechtsgefühl*', Franz Kummer ha considerato gli ambiti in cui le macchine possono, effettivamente, aiutare l'uomo e come queste vengono già utilizzate sia in Svizzera che in Germania e Austria. Gli operatori del diritto utilizzano tale strumento per aumentare l'efficienza del lavoro, automatizzare quello meno rilevante, mantenendone alta la qualità. L'intervento si è incentrato sull'uso responsabile e sostenibile di tali strumenti con dimostrazione di come possano essere utilizzati per traduzioni, riassunti, riconoscimento vocale con relativa trascrizione, supporto alla redazione di testi giuridici e molto altro. In conclusione, al momento, una sostituzione dell'uomo non è prevista né risulta possibile, in quanto è richiesta, sempre, una verifica umana del lavoro svolto; siamo all'inizio di un viaggio di cui non si sa quando e dove sarà l'arrivo.

Con queste parole si è conclusa la prima parte dell'incontro che è proseguito nella mattinata successiva del 21 marzo. A presiedere questa prima parte del convegno è stata Linda De Maddalena, la quale, dopo una breve presentazione di coloro che sarebbero intervenuti nella mattinata, ha lasciato la parola a Renato Perani dell'Università degli Studi di Milano, che è intervenuto su: *Ripensare il Digesto attraverso script e algoritmi*. Per rispondere alla domanda se un giudice-robot può sostituire un giudice umano, lo studioso ha mostrato ai partecipanti la funzionalità di un applicativo che ha ad oggetto il titolo 9.2. del Digesto. Il software da lui congegnato si chiama AiLexa, acronimo per *Artificial Intelligence applied to the Lex Aquilia*, e ha come obiettivo quello di aiutare l'utente a capire quale è la condotta punita dalla *Lex Aquilia* nel caso concreto e quali conseguenze ne derivano. Tale dispositivo pone in essere un sistema di IA che si basa sull'esperienza giuridica romana, per verificare il funzionamento di un modello di giustizia predittiva, ma offre al contempo un modo alternativo di studiare le fonti e un'ipotesi di didattica nuova per gli studenti.

Ha fatto seguito la relazione di Mario Varvaro dell'Università degli Studi di Palermo dal titolo: *Damnum Iniuria datum, metodo casistico e intelligenza artificiale*. Ricollegandosi all'applicativo AiLexa, lo studioso, sostiene come l'ampia casistica relativa alla responsabilità derivante dal *damnum Iniuria datum* pervenutaci nel titolo 9.2 del Digesto al quale si aggiunge il titolo 3.35 del Codice Giustiniano sia un campo adatto per il perfezionamento di tali sistemi di IA. La macchina ordina alcuni profili del caso che le viene proposto e vi sono alcuni dettagli che essa deve imparare a riconoscere. Tra questi vi è la valutazione del danneggiamento, in termini di anti giuridicità, come comportamento *contra ius* che impone di considerare la sussistenza di eventuali cause di giustificazione come la legittima difesa, lo stato di necessità, l'esercizio di una attività lecita, l'ottemperanza di un ordine; l'individuazione delle condotte rilevanti per integrare la nozione stessa di danneggiamento in termini di *occidere* o di *urere, frangere e rumpere*; l'individuazione dell'oggetto del danneggiamento come indicati dalla *lex Aquilia*. Inoltre, ci si chiede sia in relazione alla legittimazione attiva che passiva se la macchina è in grado di captare tutte quelle sfumature date dalla fattispecie studiata nel

caso in cui, ad esempio, a compiere l'azione sia un soggetto *alieni iuris*, un *filius familias* o uno schiavo. L'ultima questione riguarda l'applicazione della *aequitas*. Riuscirebbe la macchina a dare la soluzione più equa per il caso concreto, riuscirebbe ad applicare tale principio anche se mancante in lei quel '*Rechtsgefühl*' di cui è dotato l'uomo? Con queste osservazioni si chiude l'intervento del Professore dell'Università di Palermo cui segue una breve '*Kaffeepause*'.

La seconda parte dei seminari è stata presieduta da Lorenzo Lentini, giudice presso il Tribunale di Milano che, dopo una breve presentazione, lascia la parola all'ultimo intervento della mattinata, di Edoardo Carlo Raffiotta dell'Università degli Studi Milano – Bicocca, con una relazione dal titolo: *Giudice e giudizio. Terzietà e imparzialità ai tempi dell'intelligenza artificiale*. Tramite questo intervento lo studioso ha dimostrato come l'intelligenza artificiale da strumento usato principalmente dai privati sia passato a strumento adoperato anche dalla pubblica amministrazione, a sostegno dell'operato del giudice e del giudizio. In astratto tali tecnologie possono aiutare al fine di potenziare e attuare i principi costituzionali del giusto processo. La stessa può essere sfruttata sia per l'organizzazione interna delle amministrazioni, per la raccolta dati, che per il lavoro del giudice, come strumento di aiuto nella ricerca dei precedenti utili alla decisione per aumentare così la *performance* dell'amministrazione medesima. Priorità è, comunque, la tutela della persona, del cittadino e dei suoi dati sensibili, in quanto vi è un diritto alla correttezza delle informazioni personali. Perciò l'uso dell'IA segue i parametri giuridici che vengono dettati sia dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo che dall'IA Act, che diventerà legge, presumibilmente, nel mese di maggio di quest'anno. Al termine dell'incontro Iole Fagnoli è intervenuta per riprendere i punti salienti delle due giornate dei lavori del simposio con una riflessione sulle sfide che chi applica il diritto si trova ad affrontare nell'utilizzo di tali strumenti, con l'auspicio che questo incontro abbia contribuito a sciogliere alcuni dei nodi che caratterizzano l'appassionante materia.

Maria Cheri
Università di Milano

Il volere nelle fragilità (Salerno, 9 aprile 2024)

Il giorno 9 aprile 2024 si è tenuto a Salerno, presso l'Aula Parrilli del Palazzo di Giustizia, il convegno dal titolo *Il volere nelle fragilità*. L'incontro è stato organizzato nell'ambito del PRIN 2022, dedicato a *Il volere normativo*, che coinvolge le Università di Roma Tre, Salerno e Milano Cattolica.

La prima sessione, preceduta dai saluti introduttivi, è stata presieduta da Laura Solidoro (Salerno), responsabile dell'Unità locale di ricerca, la quale, nel presentare il tema dell'incontro, ha posto l'accento sull'insufficienza della tradizionale catalogazione dei vizi della volontà nel garantire validi strumenti di protezione agli individui vulnerabili o in stato di dipendenza. La vulnerabilità, originatasi in mondi diversi dal diritto, ha acquisito rilevanza giuridica negli ultimi anni del XX secolo, configurandosi come un concetto dai contorni sfocati. Per quanto concerne lo stato di dipendenza, mentre il legislatore italiano ha disciplinato fattispecie ben definite, quello francese ha riconosciuto una valenza giuridica generale a tale forma di fragilità. Illustrati gli obiettivi sul piano dei contenuti, Laura Solidoro si è soffermata sull'importanza della prospettiva diacronica al fine di delineare un quadro delle tutele previste dagli ordinamenti giuridici antichi e contemporanei a favore di coloro che si trovano in una condizione di fragilità.

Tracciato così il solco al cui interno si sarebbero collocate le successive riflessioni, è iniziata la sessione mattutina dei lavori. La relazione di apertura, *Vulnerabilità e pratica dei diritti*, è stata affidata a Valeria Giordano (Salerno), la quale ha osservato come la vulnerabilità, da sempre al centro dell'analisi teorica, abbia fatto il suo ingresso nel mondo del diritto, sottolineando l'esistenza di una tutela multilivello riservata agli individui vulnerabili e il ruolo chiave della giurisprudenza nel contemperamento tra scelte generali e astratte e condizioni soggettive e oggettive. La vulnerabilità intesa come suscettibilità alle ferite e alle sofferenze è stata infine delineata attraverso la dimensione ontologica, quale condizione intrinseca al genere umano, e situazionale, ossia specifica del contesto e della quale la vulnerabilità patogena rappresenta un sottoinsieme.

Giovanbattista Greco (Salerno), con riferimento a *La circonvenzione di incapace: dalla Lex Laetoria allo 'stato di dipendenza'*, ha illustrato le distinzioni tra le fattispecie che furono sanzionate dalla *Lex Laetoria* e l'attuale circonvenzione di persone incapaci. Dopo l'analisi delle fonti relative alla normativa sanzionatoria di chi, esperto e malizioso, abbia raggirato un minore di venticinque anni nell'ambito di negoziazioni, sono venuti all'esame l'art. 643 c. p. e talune massime giurisprudenziali. Il relatore ha, in ultimo, messo in evidenza come la giurisprudenza italiana riconosca rilievo giuridico allo stato di dipendenza, rimarcando la differenza con l'ordinamento francese nel quale la protezione per coloro che subiscono tale condizione di fragilità è garantita da disposizioni di natura positiva.

Adelaide Caravaglios (Benevento, Sannio), nella sua relazione su *Vulnerabilità e minore età: l'adulescens luxuriosus*, ha indagato il profilo della vulnerabilità, configurandola come una fenditura appena visibile, ma capace di rivelarsi quando un atto lesivo

è stato già compiuto. Dopo aver individuato nella minore età un fattore di vulnerabilità, la studiosa ha concentrato la sua attenzione su una prescrizione edittale a tutela dei minori di venticinque anni, la cui formulazione generica, anziché comportare l'automatica invalidazione degli atti compiuti dai minori, lasciò al pretore il compito di valutare i casi concreti. A tale riguardo Adelaide Caravaglios ha illustrato il caso di un *adulescens luxuriosus* attratto da una meretrice, concludendo che tali strumenti fossero volti anche alla salvaguardia del patrimonio del *pater familias*.

Ha quindi preso la parola Fabiana Tuccillo (Napoli, Federico II) per discutere di *Violenza e realtà edittale in Cicerone: spunti in tema di formula Octaviana*. La relatrice ha esordito sottolineando il rapporto tra l'uso di questa *formula* e le fragilità del volere derivanti dalle violenze ai danni dei provinciali, vittime di ingiuste espoliazioni, incapaci di opporsi a tali comportamenti a causa di uno stato di inferiorità tanto psicologica quanto dettata dalla particolare condizione politica. L'analisi condotta ha permesso di ricostruire il percorso – collocato all'interno del contesto sociale dell'ultimo secolo della Repubblica – mediante il quale si giunse al distacco della fattispecie di violenza morale dalla nozione di violenza fisica.

Federico Procchi (Pisa) si è occupato de *Il fragile volere delle vittime di repetundae, tra norma e persuasione*. Adottando quale punto di partenza le condotte illecite odierne dei pubblici ufficiali nei confronti della pubblica amministrazione, il relatore ha ragionato sulla induzione della persona fragile e sui profili storici e ha chiarito come la concussione affondi le proprie radici nelle *repetundae*. La seconda parte della relazione è stata dedicata alla tipizzazione della concussione e alla distinzione tra concussione costringitiva ed induttiva (Codice penale toscano) e tra concussione esplicita ed implicita (Codice Zanardelli). Tali classificazioni non sono presenti nel vigente Codice penale che all'art. 317 si riferisce esclusivamente alla costrizione.

È quindi intervenuto Alessio Guasco (Univ. Telematica G. Fortunato), *Violenze e libertà negoziale nel mondo romano: testimonianze dalle province*, con una prima analisi delle testimonianze risultanti da fonti giuridiche, epigrafiche e papirologiche relative alla violenza fisica e morale quale ostacolo al libero formarsi della volontà negoziale. Lo studio, circoscritto territorialmente alle province dell'Asia e dell'Egitto e temporalmente al periodo compreso tra il II secolo a.C. e il II secolo d.C., ha messo a fuoco il tema della tutela normativa e giurisprudenziale riservata alle vittime di soprusi ed estorsioni.

Assunta la presidenza della sessione pomeridiana, Cosimo Cascione (Napoli, Federico II) ha dato la parola a Maria Vittoria Bramante (Univ. Telematica Pegaso), *La sproporzione delle prestazioni contrattuali tra inesperienza, stato di pericolo e stato di bisogno: precedenti romani del rimedio della rescissione*, la quale, prese le mosse dall'attuale disciplina italiana della rescissione contrattuale, ha focalizzato l'attenzione sui concetti di stato di pericolo e di bisogno (artt. 1447, 1448 c.c.). La relatrice, dopo avere individuato in una fattispecie tramandata nel Codice Giustiniano un possibile precedente romano, ha chiarito che, considerate le differenze temporali e contestuali, il punto in comune tra l'attuale impianto codicistico e la riflessione giuridica romana è la libera formazione della volontà negoziale e la protezione per coloro che patiscono una condizione di fragilità.

Su volontà e libertà matrimoniale si è concentrato Jakob Fortunat Stagl (Barcelona,

Autonòma), *Eligat asinum, qui suam saliat equilam: libertà e coercizione nel matrimonio*, il quale ha definito il matrimonio romano classico come uno strumento di controllo dei cittadini. La relazione si è poi snodata attraverso vari passaggi volti a porre l'accento non soltanto sulla necessità del consenso dei figli in potestà – sottolineando le distinzioni tra il *filius familias* e la *filia familias* – e del *pater familias* ai fini del fidanzamento e del matrimonio, ma anche sul respiro antropologico, sociologico e culturale del tema.

Ha proseguito Paola Pasquino (Cassino e Lazio meridionale), la quale, nell'affrontare la tematica de *La volontà negata: minorazioni fisiche tra limiti e protezione*, si è soffermata sul rapporto tra l'attività negoziale e due specifiche minorazioni fisiche, sordità e mutismo. Ineludibile, qui, il richiamo al passaggio dalla forma assorbente alla forma libera, dovuto alla biforcazione di forma e volontà. Premesso l'assoluto ostacolo all'attività negoziale fin quando la forma fu assorbente, Paola Pasquino ha verificato se, con la forma libera, fosse riscontrabile quel pregiudizio secondo cui i minorati fisici fossero anche mentalmente infermi. Al riguardo è emerso che sul piano giuridico il pregiudizio nei loro confronti risultò solo latente. I limiti e le forme di ausilio furono connessi alla possibilità di esteriorizzare la volontà, ma non si negò a priori la formazione di una volontà libera e consapevole di tali soggetti.

Da incapaci a disabili è stato il titolo della relazione di Ileana Del Bagno (Salerno), la quale ha ricordato la disciplina del Codice Napoleonico e del Codice Pisanelli relativa alla capacità di agire di ciechi e sordomuti per poi dedicarsi all'analisi del quadro normativo repubblicano. La relatrice ha sottolineato la lunga sopravvivenza di canoni medici e di misure, prevalentemente assistenzialistiche e riparative del difetto fisico, volti a soddisfare bisogni materiali ed a supportare l'adattamento e l'integrazione sociale dei soggetti deboli. Sono venuti in rilievo, da un lato, la proficua interazione tra ambienti giuridici e contesti extralegali, nonché, dall'altro lato, la progressiva configurazione della disabilità quale condizione che rinvia a situazioni molteplici, ciascuna meritevole del riconoscimento di pari dignità – valore giuridico comune all'intera collettività – precedente la stessa volontà libera.

Alla vulnerabilità nel diritto successorio è stato riservato specifico spazio da Andrea Garofalo (Trento), *La volontà testamentaria del soggetto vulnerabile*, il quale ha vagliato le previsioni normative, gli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali sul tema. Analizzando la disciplina relativa ai vizi della volontà testamentaria (art. 624 c.c.), Andrea Garofalo ha evidenziato quanto sia raro rinvenire nel repertorio giurisprudenziale casi di annullamento di un testamento redatto da soggetti vulnerabili per dolo, errore o violenza. La giurisprudenza si concentra in misura maggiore su una figura diversa e difficilmente incasellabile: la captazione o suggestione, dove rileva la condotta di coloro che captano la volontà nel corso del tempo.

Carlo De Cristofaro (Salerno), nell'illustrare *La 'volontà affievolita': per un inquadramento diacronico*, ha chiuso i lavori della sessione esplorando sia le dimensioni statica-descrittiva e dinamica della volontà affievolita, con particolare riferimento al consenso e alla violenza morale, sia le ipotesi legate allo sviluppo tecnologico e quindi il delinarsi di figure giuridicamente rilevanti non costituenti manifestazione di errore, violenza e dolo nel senso tradizionale dei termini. Il relatore si è infine soffermato sulla prospettiva diacronica, la cui utilità affiora nella misura in cui l'osservazione dell'espe-

rienza giuridica romana consente la comprensione delle modalità attraverso cui fornire tutela agli individui in relazione a situazioni nuove.

Per le conclusioni del convegno hanno preso la parola, dopo la discussione tra gli studiosi presenti, Cosimo Cascione e Tommaso dalla Massara (Roma Tre). Cosimo Cascione ha messo in evidenza alcuni dei principali temi – ruolo del giudice, libertà, condizionamenti, fragilità, uguaglianza e dignità – e gli spunti di riflessione emersi dall’incontro. Tommaso Dalla Massara, nella veste anche di *Principal Investigator* del Progetto nel cui ambito è stato organizzato tale evento, ha sottolineato l’importanza della comparazione diacronica – opportunamente richiamata nelle varie relazioni – per il tema oggetto di ricerca, identificato nei vocaboli ‘volere’ e ‘fragilità’, non suscettibile di essere posto entro confini chiaramente identificati.

Alessia Natale
Università degli Studi di Salerno

Finis omnis laboris? ‘Proiezioni’ del defunto oltre la morte (Lecce 21 giugno 2024)

Venerdì 21 giugno 2024 si è svolto presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell’Università del Salento il convegno *Finis Omnis Laboris? ‘Proiezioni’ del defunto oltre la morte*, evento che si è tenuto nell’ambito del progetto di rilevante interesse nazionale (PRIN 2022) *Fine vita nel mondo romano. Ultime volontà e proiezioni della persona dopo la morte*.

Il convegno è stato inaugurato dai saluti introduttivi di Francesca Lamberti (Responsabile PRIN per l’Università del Salento), Stefano Polidori (Unisalento), Presidente del Corso di Laurea magistrale in Giurisprudenza; Carla Masi Doria (Napoli Federico II), *Principal Investigator* del PRIN 2022 *Fine della vita nell’esperienza romana*; Salvo Randazzo (Università LUM Giuseppe De Gennaro), coordinatore del Network *European Legal Roots*; Pier Luigi Portaluri (Unisalento), coordinatore dell’Unità di ricerca dipartimentale IAROG.

La sessione mattutina è stata inaugurata da Laura d’Amati (Università di Foggia), che con la sua relazione dal titolo *‘Parentalia’ e ‘Lemuria’: quale rapporto?*, ha offerto un’accurata analisi delle antiche celebrazioni romane dedicate al culto dei morti. Successivamente ha preso la parola Aniello Parma (Università Giustino Fortunato – Benevento) che, con il suo intervento *Chi parla a chi. Continuare a vivere nella voce dei passanti: esempi dalla Regio I*, ha sottolineato la funzione esercitata dalle epigrafi sepolcrali, quali strumento che permettevano al defunto di continuare a vivere nella voce dei posteri. Con la successiva relazione – *Familia heredis familia funesta. Riflessi patrimoniali della partecipazione dell’heres extraneus al lutto familiare* – Raffaele D’Alessio (Università del Salento), partendo dal lemma festino *everriator*, ha analizzato il ruolo dell’*heres extraneus* nello svolgimento delle esequie dell’ereditando, mettendo in luce l’*officium pietatis* gravante sull’*heres institutus* indipendentemente dall’accettazione dell’eredità. È stata poi la volta di Gaetana Balestra (Università del Salento) che ha relazionato su *La mors immatura. Tra l’arcaica disciplina del lutto e le leggi matrimoniali augustee*, ponendo l’accento sull’importanza della primissima infanzia nella regolamentazione del lutto e nei vantaggi previsti dalla legislazione matrimoniale augustea. La mattinata si è conclusa quindi con l’intervento di Maria Luisa Tacelli (Università del Salento) su *Agostino d’Ippona e la prassi dei ‘refrigeria’*, incentrato sul *refrigerium* quale rituale già praticato nella religione pagana, che è stato poi assimilato e regolato nella religione cristiana.

La sessione pomeridiana, presieduta da Laura d’Amati, è stata inaugurata dall’intervento di Yuri González Roldán (Università di Bari Aldo Moro) su *La ‘fictio legis Corneliae’ e i ‘postumi’ nel pensiero di Giavoleno*, relativo all’interpretazione della *lex Cornelia* da parte del giurista di età traianea. A seguire, Aurelio Arnese (Università di Bari Aldo Moro) con *Profili retorici in Plin. Epist. 8.18 (sul testamento di Domizio Tullo)*, ha analizzato l’uso efficace del *pathos*, dell’ironia e delle antitesi nell’epistola pliniana oggetto della relazione. Successivamente, Filippo Bonin (Università di Bari

Aldo Moro) ha discusso su *Prime osservazioni intorno ai frammenti del commentario 'ad legem Iuliam et Papiam' di Marcello: i casi di indegnità a succedere*, fornendo un quadro palinogenetico dei sei frammenti conservati nel Digesto del commentario *ad legem Iuliam et Papiam* di Ulpio Marcello, concentrandosi sul tema dell'incapacità a succedere. Il pomeriggio ha visto infine l'intervento di Roberto Goffredo (Università di Foggia) su *Riti atipici e non morti: l'archeologia può documentare la paura?*, che ha riflettuto sulle evidenze materiali di rituali e trattamenti operati sui corpi dei defunti per impedirne il 'ritorno' e scongiurare il rischio di contatti pericolosi tra i vivi e i morti. Nelle sue conclusioni, Andrea Lovato (Università di Bari Aldo Moro) ha sottolineato come le ricerche presentate abbiano evidenziato la necessità di un approccio multidisciplinare per comprendere appieno le complesse rappresentazioni e le pratiche legate al fine vita nell'esperienza romana. L'evento si è rivelato un'opportunità unica di confronto e approfondimento per tutti i partecipanti, aprendo nuovi orizzonti per lo studio interdisciplinare della morte nell'antichità romana.

Eduardo Murrieri
Università del Salento

Prima delle regioni.
Forme della territorialità nelle aree interne tra età antica e medievale
(Campobasso, 26-28 settembre 2024)

Nello scenario del primo autunno molisano, si è tenuto a Campobasso, presso l’Aula Fermi del Campus Vazzieri dell’Università del Molise, il convegno *Prima delle regioni. Forme della territorialità nelle aree interne tra età antica e medievale*, fra il 26 ed il 28 settembre 2024. Organizzato da Rosanna Alaggio, Cecilia Ricci (Presidente della Consulta di Storia Greca e Romana) e Gianluca Soricelli, professori afferenti al dipartimento di Scienze Umane, Sociali e della Formazione dell’ateneo ospitante, l’evento ha fornito una piattaforma di confronto interdisciplinare sul tema dell’evoluzione storica dei processi che hanno caratterizzato le relazioni fra comunità umane e ambiente, nel contesto delle aree del territorio nazionale definite ‘interne’.

Portando avanti un dibattito attento a migliorare la comprensione della concezione storica del rapporto con il territorio, le giornate di studio hanno avuto l’obiettivo di approfondire la conoscenza di determinati fenomeni economici, politici e sociali che caratterizzarono, fra l’età antica e medievale, specifiche regioni della Penisola, con particolare attenzione verso l’area appenninica abruzzo-molisana, l’area alpina ed il Salento, fornendo spunti di riflessione utili a meglio declinare le diverse applicazioni del termine ‘territorialità’.

La prima giornata di studi, aperta dai saluti del Rettore Luca Brunese, ha visto in seguito ai ringraziamenti di Rosanna Alaggio, l’inizio della sessione mattutina, dettata dalla Presidenza di Amalia Galdi (Università del Salento) ed incentrata sul tema degli esiti politico istituzionali della proiezione dei poteri sullo spazio.

1. Seguendo una sottodivisione cronologica, questa prima sessione è stata caratterizzata da interventi incentrati sull’età antica e tardo-antica, cominciando con Umberto Roberto (Università Federico II di Napoli, Presidente dell’Istituto Italiano per la Storia Antica), che ha presentato un intervento dal titolo *Territorio e ordinamento amministrativo dell’Italia tardo-antica*.

L’intervento ha riguardato l’insieme delle trasformazioni dell’ordinamento amministrativo della provincia italica in età tardo-antica, con particolare attenzione ai motivi e alle funzioni delle riforme costantino-dioleziane. Sottolineando la matrice fiscale di tali provvedimenti, il relatore ha precisato come questi ultimi comportassero al contempo una perdita ed una riconferma dell’eccezionalità italica nel contesto imperiale.

Il relatore ha quindi insistito nel mostrare come, se da un lato la tassazione del territorio peninsulare e la sua riduzione a diocesi portarono all’equiparazione dell’Italia al resto delle province, dall’altro la sua divisione in due vicariati (*Italia annonaria; Italia*

* I paragrafi 1-2 sono stati scritti da Andrea Petruccione; i paragrafi 3-4 sono stati scritti da Lorenzo Serino.

suburbicaria) ne confermò la natura peculiare. L'intervento ha messo in relazione tale peculiarità sia alla funzione del vicariato settentrionale della Penisola come serbatoio fiscale e militare per le legioni retico-danubiane, sia alla funzione del vicariato centro-meridionale come luogo di canalizzazione delle esigenze urbane della capitale.

Particolare attenzione è stata posta verso la sussistenza della *plebs urbana* e verso le dinamiche di potere senatorie, fondamentali all'interno della dialettica fra il Senato e il potere imperiale che, in età tardo-antica, si rimodulò proprio intorno alla gestione politico-fiscale dell'Italia suburbicaria.

L'intervento si è concluso riflettendo sugli esiti di lungo periodo di tale suddivisione, parte di quella 'modernità' del tardo-antico di cui già Andrea Giardina sottolineò i rischi (A. Giardina, *Esplosione di Tardoantico*, Studi Storici 40, 1999, 157-180).

Il secondo intervento della sessione mattutina, dal titolo *Nunc vix seminarium exiguum militum relictum. Amministrazione, economia e società nelle paludes Pomptinae fra I secolo a.C. e I secolo d.C.* è stato tenuto da Mauro de Nardis (Università Federico II di Napoli). L'intervento si è concentrato sull'area geografica delle paludi pontine e dell'*ager Pomptinus*, prendendo in esame alcune specifiche testimonianze letterarie, segnatamente la narrativa liviana, ponendosi un duplice obiettivo.

In primis, il relatore ha condiviso le criticità già espresse dalla critica in merito alla possibilità di ricostruire una storia delle paludi e dell'agro Pontino, data la natura frammentaria delle testimonianze riguardanti un'area considerata come marginale e periferica ed economicamente depressa, in virtù dell'assenza di un centro urbano di riferimento.

Tramite l'analisi di specifici passi, il relatore ha scelto di portare attenzione al ruolo svolto, fra la guerra annibalica e la prima età imperiale, dall'intervento politico romano, sottoforma di interventi di bonifica e miglioramento dei canali di comunicazione, aspetto decisivo per la costituzione di un sistema economicamente integrato, basato soprattutto sulle piccole attività fondiarie.

Infine, il relatore ha posto l'accento sulla possibilità che tale area fosse venuta a definirsi quale confine geografico al margine delle aree maggiormente antropizzate.

Successivamente, ha preso la parola Pasquale Rosafio (Università del Salento), presentando un intervento dal titolo *Aspetti dell'organizzazione e dell'amministrazione del territorio del Salento in età romana*.

Rosafio ha inizialmente posto il quesito della natura dello studio del Salento in età romana, sottolineando il rischio di intenderne le vicende in chiave periferica rispetto alle dinamiche del potere centrale. Tale problema si collega alla natura delle fonti utilizzate per la ricostruzione dei fenomeni storici nell'area salentina, quali materiali epigrafici ed archeologici inquadrati in un'analisi dei singoli casi di studio, connessi ai rapporti tra il Senato e le comunità locali. L'intervento ha sottolineato come la storia del Salento in età romana sia la storia di uno sfruttamento e della messa a frutto del territorio, nonché del racconto di lunghi e complessi processi di "romanizzazione" e "autoassimilamento".

La mancata ascesa al potere centrale da parte delle élites locali, è stata messa in relazione alla perifericità della storia regionale, non riscattata dalla presenza della colonia romana di *Brundisium*, porto di particolare rilevanza nelle dinamiche economiche imperiali. L'intervento ha fatto riferimento agli studi di Francesco Grelle sulla colonia, che hanno ridimensionato il ruolo svolto dalla proiezione adriatica da parte delle élites

romane nella fondazione di *Brundisium*. Tale decisione non sarebbe da porre in relazione alla volontà di danneggiare l'economia tarentina che, difatti, declinerà solo dopo la guerra annibalica. Ciò sembra comprovato anche dall'assegnazione alla colonia di un *ager limitatus*, paragonabile a quello tarentino.

L'intervento ha poi proposto una sintetica storia sociale della colonia, mettendo in luce l'importanza delle assegnazioni viratane da parte di L. Cornelio Scipione Africano, e l'espansione della città connessa allo sviluppo economico della città, di cui le fornaci costituiscono una declinazione. Il relatore ha sottolineato la precocità della produzione di anfore in tali fornaci, attestata già nel III sec. a.C. Essa conobbe uno sviluppo deciso in età tardo-repubblicana, coincidente con lo sviluppo demografico dell'Italia romana. La decrescita di tale produzione coincise con i primi secoli dell'impero, fenomeno che il relatore ha messo in relazione con la concorrenza commerciale della produzione provinciale, più che con una generale crisi economico-sociale in età imperiale.

Dopo una breve pausa, la sessione mattutina è proseguita con gli ultimi due interventi, incentrati sul periodo medievale. Il primo, intitolato *Strutture pievane e organizzazione ecclesiastica di base*, è stato tenuto da Gabriele Archetti (Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano). Il relatore ha iniziato proponendo alcune riflessioni sull'organizzazione ecclesiastica di base, sottolineando la profondità storica della polarità fra monaci e canonici. Intrecciando tali riflessioni con una digressione sulla storiografia sulle pievi e sull'influenza avuta in merito dal Concilio vaticano II, il relatore ha segnalato i mutamenti nell'organizzazione ecclesiastico-diocesana dall'età romana all'età alto-medievale. La diffusione delle pievi è stata dunque messa in relazione alla crescente importanza territoriale e demografica del contado in età franca, mostrando come le pievi svolgessero una duplice funzione, amministrativa e pastorale, verso le proprie comunità rurali.

Il relatore ha poi sottolineato come quella pievana ricalcasse precedenti strutture amministrative e architettoniche di età romana, quali *pagi* e cappelle battesimali delle *villae* campestri. Inoltre, ha proseguito analizzando l'organizzazione interna e l'insieme di servizi erogati dalle pievi, fra i quali spiccano la *cura animarum*, l'assistenza a poveri e pellegrini e la sepoltura.

L'intervento si è infine soffermato sul progressivo esaurirsi dell'esperienza storica delle pievi, ponendo l'accento sulla ascesa delle parrocchie e delle chiese abbaziali fra XI e XII sec. e il relativo esaurimento dei compiti amministrativo-ecclesiastici associati alle pievi. Tale defunzionalizzazione del sistema pievano è stato messo in relazione ai mutamenti demografici del contado in età pieno-medievale.

L'ultima comunicazione della mattinata, intitolata *La distrettuazione ecclesiastica di Puglia e Molise tra XII e XIV secolo: tra sforzi di radicamento e attestati di inquadramento territoriale*, è stato tenuto da Antonio Antonetti (Università della Basilicata). Il relatore ha cominciato fornendo una definizione di territorio, quale spazio omogeneo e precisamente definito, all'interno del quale si esercita la giurisdizione di un attore del potere. Alla luce di tale definizione, l'intervento ha cercato di indagare la possibilità che le diocesi pugliesi e molisane potessero rientrare in tale categoria, quali *loci* in cui i vescovi esercitavano il potere.

In primis, Antonetti ha sottolineato come le regioni in esame abbiano sofferto di una

cronica problematicità a livello di distribuzione ambientale e demografica e come, già in età tardo-antica, fossero oggetto di una rete episcopale disarticolata. Nei secoli alto medievali, tale condizione strutturale rimase inalterata e, anzi, l'aumento delle chiese – soprattutto quelle private – e delle strutture ecclesiastiche non fece che aumentare concorrenza e disordine nell'insieme delle autorità episcopali locali. All'interno di tale contesto, il relatore ha sottolineato il ruolo della Riforma di XI-XII secolo per la razionalizzazione progressiva dell'organizzazione ecclesiastica. Lo scopo principale di tale Riforma all'interno del territorio molisano-pugliese fu di riaffermare il ruolo dei vescovi quali autorità ecclesiastiche ultime.

Il relatore ha preso in esame alcuni specifici casi per ricostruire l'efficacia di tale intervento. I casi di Trani e di Bojano nel XII secolo hanno mostrato come nonostante i tentativi di assoggettamento legale (la sottomissione giuridica alla cattedrale e relativi impegni fiscali) condotti dalle autorità ecclesiastiche locali, andarono incontro a resistenze e spesso portarono a risultati di segno opposto. L'intervento ha sottolineato come i vescovi delle due località prese in esame, nonostante il fallimento di tale azione, avessero ben chiara la definizione geografico-amministrativa del territorio di loro competenza.

Partendo da tale considerazione, Antonetti si è soffermato sui criteri in base ai quali valutare il grado di definizione interna delle diocesi nel XII secolo, sottolineando il ruolo centrale svolto dalle arcipreture, quali circoscrizioni ecclesiastiche intermedie, tra vertici diocesani e realtà rurali (pievi e parrocchie). Il relatore ha quindi proposto di riconoscere un rapporto fra definizione territoriale delle diocesi e grado di ramificazione delle arcipreture, mettendo in evidenza come nel XII secolo queste ultime fossero più diffuse in Molise che in Puglia.

Lo studioso ha dunque spostato l'attenzione sui mutamenti avvenuti in età sveva, mettendo in evidenza la complicazione del rapporto tra fiscalità e aree di giurisdizione quali fattori primari all'interno di tali cambiamenti. In particolare, è stato sottolineato lo stretto rapporto fra estensione delle diocesi e dei distretti urbani, che in taluni casi arrivarono a sovrapporsi (Altamura e Gravina di Puglia). In tale contesto cronologico, il relatore ha evidenziato una progressiva presa di coscienza della definizione territoriale delle diocesi da parte delle autorità ecclesiastiche locali, all'interno di un processo destinato a durare fino al XIV secolo.

Il relatore ha mostrato come costanti spinte centrifughe minassero tali azioni di affermazione del potere vescovile, connotando la diocesi come una fabbrica mai veramente compiuta che, nella Puglia e nel Molise di età medievale, rimase sostanzialmente incompleta, perennemente affiancata da altre forme di autorità territoriale ad essa concorrenti.

2. Il tema della sessione pomeridiana è stato il possesso, l'uso ed il controllo delle risorse naturali. Sotto la presidenza di Edward Bispham (Oxford University), il primo intervento, dal titolo *Trasformazioni delle forme insediative tra età imperiale e tarda Antichità: Amiternum e alta Sabina*, è stato tenuto da Arnaldo Marcone (Università di Roma tre). Il relatore ha iniziato ponendo l'attenzione sui problemi dell'Italia agraria in età tardo-antica, inserendoli nel contesto di generale difficoltà della Penisola in ambito politico, economico e istituzionale.

Marcone ha preso in esame l'alta Sabina, soffermandosi sulle modalità insediative e agricole della regione in età romana. Secondo l'interpretazione proposta, la gestione romana non trasformò i *vici* in città ma si basò sul ruolo amministrativo centrale svolto da *Amiternum* nella regione. Tale modalità di gestione del territorio è stata messa in relazione con l'omogeneità ambientale dell'area, caratterizzata dalla prevalenza di attività agricole nelle zone fiumane, con differenze locali (*ager Amiterninus*) legate allo sfruttamento dei vecchi percorsi di pastorizia transumante.

In tale contesto, il relatore ha mostrato le trasformazioni avvenute in età tardo antica, con la riduzione del numero delle proprietà fondiari, nonché l'avanzare dell'abbandono. L'intervento è poi proseguito collegando tali mutamenti con la guerra greco-gotica e le devastazioni ad essa associate, anticamera dell'insediamento dei Longobardi spoletini.

Il relatore ha infine sottolineato come tale occupazione abbia ripreso in parte le precedenti modalità insediative, con maggiore concentrazione sulle aree di montagna, solo in parte toccate dalle assegnazioni viritane di età romana. I precedenti proprietari terrieri vennero sostituiti con i funzionari ducali e le stesse forme di sfruttamento rimasero sostanzialmente inalterate, come mostrato dalla testimonianza delle carte del monastero di Farfa.

La successiva comunicazione, *Trasformazioni del paesaggio rurale e urbano in Puglia in età antica: i casi di Tiati, Luceria, Salapia, Sipontum e Tarentum*, è stato tenuto da Silvia Evangelisti e Daniela Liberatore, in rappresentanza di un gruppo di ricerca dell'Università di Foggia composto anche da Roberto Goffredo, Danilo Leone, Maria Luisa Marchi e Maria Turchiano. L'intervento, partendo dagli importanti lavori di sintesi storico-archeologica che hanno interessato la Puglia di età antica negli ultimi anni, ha delineato un quadro generale del paesaggio rurale-urbano, dal periodo preromano fino all'età tardo-antica.

Le relatrici hanno preso in esame alcuni specifici casi di studio. In merito a *Tiati*, hanno sottolineato il legame fra la limitrofa via carovaniera e i luoghi di culto attestati nell'area durante il IV secolo a.C., rispetto cui hanno messo in luce l'influenza dell'architettura daunia e della spiritualità locale, in opposizione a precedenti interpretazioni che, diversamente, avevano insistito maggiormente sull'influsso culturale e religioso proveniente dai centri Campani.

Successivamente, le due studiose hanno analizzato il caso della colonia di *Luceria*, di cui è stata evidenziata la peculiarità urbanistico-architettonica in confronto alle realtà urbane locali. Tale diversità è stata messa in relazione alla fondazione romana della colonia, diversamente dai coevi centri dauni. L'impatto di tale fondazione è stato analizzato anche in rapporto al territorio, dove la centuriazione provocò la fondazione di nuovi *vici* e la scomparsa di precedenti nuclei insediativi, ma non mancarono casi di continuità, forse dovuti alla collaborazione dei Romani con le popolazioni Sannitico-daunie locali.

Le relatrici si sono poi soffermate su *Sipontum*, di cui si è evidenziata la natura di comunità in movimento, a causa della sua posizione endo-lagunare. A partire dalla Siponto preromana fino alla sveva Manfredonia, l'intervento ha tracciato una storia delle dinamiche urbane dell'area. Sono stati presentati i risultati della campagna di scavi condotta nel territorio fra il 2021 ed il 2023, in cui è emersa per l'età romana l'importanza delle cinta murarie, dell'anfiteatro e del riuso nel quadro dell'urbanistica locale.

Anche relativamente all'*oppidum* di *Salapia*, si è riconosciuta una simile dinamica di comunità in movimento. Nell'intervento si è tracciata la storia dell'insediamento a partire dalla città preromana, passando per l'*oppidum novus* fondato da Marco Ostilio e la rifondazione bizantina sotto il nome di Salpi, fino all'abbandono definitivo fra XV e XVI secolo.

Infine, in merito a *Tarentum*, è stata posta attenzione sull'attività ittica dell'area, con particolare attenzione ai prodotti di lusso (tonni e ostriche) e alla loro menzione all'interno delle fonti letterarie romane.

Il terzo intervento della sessione pomeridiana, intitolato *Samnium: economia di un territorio*, è stato tenuto da Gianluca Soricelli (Università del Molise). Il relatore ha cominciato facendo riferimento alle riforme che caratterizzarono il Sannio in età cesariana-triumvirale ed augustea, con assegnazioni viritane nel territorio e con l'elevazione a *municipia* di insediamenti quali *Saepinum*, sottolineando come tali interventi produssero una regolarizzazione dello sfruttamento del suolo nei secoli successivi. L'intervento si è poi soffermato sulla natura delle attività agricole del territorio, con particolare attenzione verso il pascolo e l'allevamento specializzato, come mostrato anche da testimonianze epigrafiche provenienti da *Saepinum*.

Il relatore ha quindi posto l'accento sul ruolo svolto dal sistema del *saltus* nell'economia agricola del Sannio, inteso dalle fonti letterarie romane come spazio non adatto alla coltivazione (diversamente dal *fundus*) e caratterizzato dalla presenza di edifici legati alla gestione dell'attività di transumanza. Si è poi soffermato sul caso studio di Capo di Campo, sul versante meridionale del Massiccio del Matese, di cui se ne è tratteggiata la probabile funzione in età romana. Gli scavi nell'area hanno permesso di riconoscere come tale sito perse la sua funzione nel II sec. d.C. e venne poi sostituito da una nuova struttura di cui è ad oggi impossibile ricostruire la natura.

Infine, nella parte finale dell'intervento, lo studioso ha proposto l'inquadramento delle attività agricole del Sannio nella riforma amministrativa dell'Italia tardo-antica. Le attività di allevamento acquisirono una importanza decisiva rispetto al rifornimento del canone suario della città di Roma, indizio importante per comprendere misure amministrative, quali l'istituzione della provincia del *Samnium* nel IV sec. d.C.

L'intervento successivo, intitolato *Dinamiche insediative a Casalpiano (Morrone del Sannio) fra antichità e medioevo*, è stato tenuto da Fulvia Ciliberto e Carlo Ebanista, docenti afferenti all'ateneo ospitante. I relatori hanno cominciato presentando il sito archeologico in località Casalpiano (Morrone del Sannio), soffermandosi sulla specifica ubicazione geografica e sulla storia degli scavi nell'area, avvenuti per la prima volta tra la fine degli anni '80 e gli inizi degli anni '90 del secolo scorso, a cura della Soprintendenza Archeologica del Molise.

Gli scavi hanno mostrato un insediamento in due fasi, la prima di età augustea e la seconda di XI-XII secolo. In merito alla prima fase, Fulvia Ciliberto avanzato la proposta, diversamente rispetto a precedenti interpretazioni, d'individuare nell'area la presenza di un complesso a carattere pubblico, molto probabilmente una *statio*; la studiosa auspica che tale ipotesi possa essere verificata in occasione di prossimi saggi di scavo nel sito.

Partendo da tale valutazione, si è proposta una nuova ricostruzione del percorso

di *stationes* del tracciato *Bovianum-Larinum*, sostituendo la *statio* di *Gereonium* nella teoria sostenuta da Gianfranco De Benedittis con il sito di Casalpiano, sulla base di un principio di razionalità geografica.

I relatori hanno portato attenzione sul problema del rapporto fra il periodo tardo-antico e medievale, a causa delle difficoltà di ricostruzione della storia insediativa dell'area. In particolare, hanno proposto che la *statio* fosse stata abbandonata e successivamente rifunzionalizzata in età medievale. In merito a tale seconda fase, Carlo Ebanista ha sottolineato l'importanza della chiesa abbaziale di Santa Maria (XI-XII secolo), della relativa necropoli e della chiesa di Sant'Apollinare. In merito alla necropoli, il relatore ha evidenziato l'ingente presenza di materiali di matrice romana, diversamente dal caso della necropoli di Campochiaro.

In conclusione, i relatori hanno proposto di individuare nell'area un centro abitativo demograficamente ridotto, suggerendone la natura di casale.

L'ultimo relatore della prima giornata di convegno è stato Marcello Rotili (Università della Campania Luigi Vanvitelli), il quale ha tenuto un intervento dal titolo *Espressioni del potere e forme della territorialità nella Campania interna fra Tarda antichità e Medioevo*. Inizialmente, sono state poste riflessioni sul concetto di territorialità, di cui si è ribadita la definizione come risultante delle relazioni fra uomo e ambiente.

Rotili ha tracciato una breve storia di tali relazioni nella Campania fra età antica e medievale, cominciando dalle aree rurali. In particolare, Rotili ha messo in evidenza come le *villae* campane subirono una prima contrazione numerica o rifunzionalizzazione già a partire dal III-IV secolo d.C., condizione di decadenza interrotta da una breve rinascita fra IV e V secolo. Seguendo tale linea interpretativa, fu il crollo delle grandi città, bacino di utenza della produzione di tali *villae*, a determinarne la fine, ridisegnando la mappa della distribuzione demografica e produttiva dell'area campana nel suo complesso, con l'abbandono del fondo-valle e la creazione di villaggi fortificati nelle aree montane (Montella, Sant'Angelo dei Lombardi e Buonalbergo).

In merito alle città, l'intervento ha messo in luce non solo il persistente ruolo di Capua nell'economia insediativa della regione, ma anche la presenza in alcune città campane delle medesime dinamiche insediative che caratterizzarono l'area rurale. Nello specifico, si è mostrato come nel caso di Benevento il fondo-valle venne progressivamente abbandonato nel passaggio all'età medievale, con un deciso arroccamento del centro fra VIII e IX secolo.

Alla fine della sessione, una vivace discussione condotta da Edward Bispham in qualità di Chair ha permesso di approfondire alcuni aspetti affrontati trasversalmente dalle diverse relazioni, segnatamente lo studio delle forme di insediamento e l'evoluzione delle categorie interpretative attraverso cui comprenderne i relativi fenomeni, fornendo una stimolante chiosa alla prima densa giornata del convegno.

3. La terza sessione si è aperta la mattina del 27 settembre sotto la presidenza di Umberto Roberto e si è sviluppata intorno al tema dei valori simbolico-funzionali e 'identitari' nella costruzione dei paesaggi. Il primo intervento, dal titolo *Prima delle regioni. I processi di formazione del paesaggio storico-culturale del Sannio (II – I sec. a.C.)* è stato tenuto dallo scrivente, che ha colto tale opportunità per presentare il proprio progetto di

dottorato, finanziato da una borsa PNRR 2023-2026 DM 118/2023 e legato allo studio dei processi di formazione del paesaggio storico-culturale del Sannio (II sec. a.C. – XII d.C.).

La declinazione specifica assunta dal progetto è, da un punto di vista cronologico, incentrata fra il II ed il I sec. a.C., cercando di gettare luce sulle dinamiche comunicative e identitarie delle élites del Sannio pentro, dalle conseguenze della guerra annibalica fino alla loro integrazione nello scenario ideologico e territoriale della politica augustea.

Partendo dai risultati delle ricerche condotte negli ultimi anni sulle forme insediative nel territorio e sul conseguente ripensamento interpretativo di determinati macro-fenomeni, quali la monumentalizzazione di santuari locali ed extra-locali e la diffusione di uno specifico *habitus* epigrafico, l'analisi, dando particolare rilevanza al fenomeno del bilinguismo, confronterà i dati con il patrimonio epigrafico del territorio, provando a meglio delineare le dialettiche relative alle élites e le loro comunità, prendendo in considerazione la diffusione di fenomeni culturali allogeni nel territorio, prescindendo da categorie interpretative di cui è stata mostrata l'eccessiva staticità.

Si è sfruttata inoltre l'occasione per fare un parziale punto della ricerca, concentrandosi sul delineamento del quadro interpretativo e metodologico e su alcune riflessioni in merito all'uso di elementi provenienti dalla narrativa liviana che, privati della loro funzione discorsiva, sembrano poter restituire aspetti relativi alle modalità di comunicazione quantomeno di determinate *gentes*, attestate nel II sec. a.C. a livello istituzionale nel Sannio pentro.

La mattinata è proseguita con l'intervento di Pasquale Favia (Università di Foggia), intitolato *Paesaggi, reti insediative e sistemi produttivi nelle aree interne e lungo le valli della Puglia centro-settentrionale medievale*. Il relatore si è inizialmente soffermato sull'emergere nelle fonti letterarie del termine 'Capitanata', che trova le sue prime menzioni all'interno degli *Annales Barenses* e del *Chronica Sacri Monasterii Casinensis*. Tali attestazioni cronachistiche sono state interpretate come fasi di avanzamento del processo di definizione territoriale dell'area.

In seguito, il relatore ha mostrato come il territorio era già provvisto di una propria fisionomia in età romana. Essa subì un collasso in età tardo-antica, con la scomparsa dei *vici* e il concentramento delle forme insediative nelle ville rustiche e nei centri a maggior densità demografica. Tale declino è stato messo in relazione nell'intervento anche alla storia politico-militare della regione, che vide l'area trasformarsi in una zona di frontiera, contesa da Longobardi, Saraceni e Bizantini.

L'insediamento del territorio ed il suo conseguente sfruttamento ripresero solo fra gli inizi del VII secolo e la fine dell'VIII secolo, in relazione alla fondazione dei Gualdi, tenute caratterizzate dalla presenza di chiese, di cui è stata sottolineata la funzione di potenziamento agricolo e attrazione demica. Successivamente, il relatore ha posto attenzione alle aree interne, esaminando il caso studio della villa romana di Faracola e delle attività produttive ad essa correlate; la presenza di città murate di fondazione romana e di *castra* difensivi, quali ancora visibili in località Sant'Agata.

Favia ha evidenziato come l'aumento dell'importanza dei siti dell'entroterra non trovasse una diretta correlazione con un declino dei centri costieri (Siponto) e delle aree paludose (Lesine) che, infatti, rimasero centrali nell'economia del territorio grazie alla azione dei monasteri (Montecassino).

Lo studioso si è poi focalizzato sull'influenza dell'azione bizantina nel territorio fra il VI e l'XI secolo, sottolineando un mutamento nelle modalità di gestione dell'area. Se inizialmente i Bizantini potenziarono le difese dell'area costiera, la fondazione del tema di Longobardia coincise con un nuovo intendimento della dialettica fra costa ed entroterra. La seconda divenne oggetto di importanti fondazioni (Minervino) e riqualificazione degli antichi centri (Canne). Il relatore ha individuato nel XI secolo il culmine di tale intervento bizantino, con la fondazione e rifunzionalizzazione di importanti città-*castra* quali Troia, Civitate e Fiorentino.

Tali centri avrebbero svolto non solo una funzione difensiva, ma avrebbero costituito una novità insediativa nella Puglia medievale, in virtù della loro natura ibrida fra *castra* e città, riproponendo la antica dialettica fra *civitas* e *castra*. Di tali centri è stata sottolineata la proiezione territoriale e la personalità giuridica. Il relatore ha infine mostrato l'impatto sul paesaggio della linea difensiva costituita da tali centri, la quale poneva gli altopiani appenninici a difesa del Tavoliere che si stava sviluppando, nel lungo periodo in cui l'altura venne funzionalizzata in relazione alla Pianura; un tratto insediativo in rottura con il passato che però caratterizzerà la Capitanata in età medievale.

Il terzo relatore della sessione mattutina è stato Luigi Provero (Università di Torino), che ha presentato un intervento intitolato *Spazi e limiti dell'azione contadina nell'Italia Carolingia*. Inizialmente, il relatore ha posto alcune riflessioni in merito alla figura del 'contadino' in età alto-medievale. Dopo aver presentato la definizione di contadini quale 'insieme di laici non nobili attivi nelle campagne', l'intervento ha problematizzato la visione ristretta del 'contadino' quale sfruttatore delle campagne, mettendo in luce la dimensione politica di tali figure, partendo dalle testimonianze fornite dai *Placiti Carolingi*. Dopo aver inquadrato tali fonti all'interno della contraddizione carolingia tra l'aristocratizzazione del potere pubblico e l'ideologia imperiale, legata alla tutela dei *pauperes*, Provero ha analizzato diversi esempi al fine di illustrare le capacità dei contadini di usare la legge e di sfruttare le solidarietà locali per resistere alle pressioni aristocratiche e, in certi casi, respingerle.

Tramite la disamina del *Placito* di Trento del 845 d.C., il relatore ha mostrato come le comunità contadine della Valle di Gaina siano riuscite, pur perdendo la sentenza contro l'abbazia veronese di Santa Maria in Organo, a non vedersi riconosciuto lo stato servile. Il doppio caso di Oulx (774 e 880 d.C.) ha mostrato, diversamente, come la mancanza di solidarietà locale abbia condannato i contadini coinvolti a perdere la loro causa contro il monastero di Novalesa, capace di coinvolgere la stessa autorità regia nel processo.

Indicazioni simili sono state associate nell'intervento al caso di Limonta del 882 d.C., dove la rivalità fra le comunità limontina e bellagense condannò i contadini di Limonta a pagare le corvées loro richieste dall'abate Ambrogio, che fu in grado di declinare a suo favore le dinamiche interne alle due comunità.

Tali casi studio hanno permesso al relatore di mettere in luce temi e limiti dell'azione politica contadina in età carolingia nel territorio, individuando nella libertà (rispetto, appunto, alle corvées) e nell'accesso alle risorse dell'incolto i temi attorno ai quali si poté declinare questa specifica forma di azione contadina. Le solidarietà locali rappresenterebbero invece il perno fondamentale del successo di tali azioni: più le località si trovavano distanti dai centri cittadini e, quindi, dal potere centrale, più si riducevano le

possibilità dei contadini di attivare le reti solidali in loro favore.

La sessione è proseguita con l'intervento *Paesaggio, ambiente e territorio nelle Alpi centrali: la creazione dei distretti produttivi nel corso del Basso Medioevo*, tenuto da Riccardo Rao (Università di Bergamo). Il relatore ha iniziato presentando un quadro delle problematiche etnico-identitarie nel contesto alpino in età medievale, sottolineando da una parte la grande disarticolazione etnica e politica dell'area, dall'altra la persistenza dell'identità territoriale. Tale dicotomia rappresenta un elemento di particolare interesse per lo studio dei processi di formazione identitaria del contesto alpino.

L'intervento è proseguito soffermandosi sui fenomeni economico-produttivi, sottolineando come nell'Alto Medioevo lo sfruttamento delle risorse fosse centrale nello sviluppo dell'area, ma al contempo strettamente legato all'influsso del potere pubblico (vescovi e monasteri).

In merito al pieno Medioevo, il relatore ha sottolineato come dal 1000-1050 il quadro delineato conobbe una decisa trasformazione in seguito alla crisi dello sfruttamento pubblico delle risorse e all'avanzamento del potere commerciale dei privati. Progressivamente si attuò l'organizzazione di una rete di operatori commerciali, di provenienza locale ed allogena. Il relatore ha poi messo in evidenza come dal 1075 al 1275 si attestò un 'decollo' economico dell'area alpina, connesso all'espansione degli assi viari e ai più stretti rapporti con le fiere nord-europee, nonché allo sviluppo degli stessi borghi alpini. Tale fenomeno, è stato messo in relazione all'emergere di nuovi distretti produttivi, estesi anche alle vallate secondarie e alla diversificazione della produzione.

La nuova fase economica coincise con la commercializzazione di nuovi prodotti e merci quali vino, castagne, panni di lana, caldere, falci e armi da taglio e cavalli, favorita dalla presenza di centri intermedi che indirizzavano la produzione alpina verso le grandi città, segnatamente Bergamo.

L'intervento ha poi toccato il tema delle caratteristiche della produzione casearia (malengasco) e siderurgica, di cui sono stati individuati tre distretti di particolare rilevanza. Infine, il relatore ha sottolineato come intorno alla fine dell'età medievale le Alpi costituissero uno spazio economico integrato, caratterizzato da paesaggi ben definiti, con la presenza di filiere produttive di lunga durata in grado di resistere anche agli effetti della crisi del '300. Tali processi economici innervarono l'area alpina, inficiando direttamente sui processi di formazione dell'identità locale.

La sessione è proseguita con l'intervento di Victor Revilla Calvo (UBICS-Universitat de Barcelona), intitolato *Comunità civiche, élite e santuari in Hispania (sec. I-III): territorialità e strategie di potere nelle aree rurali*. Il relatore ha cominciato proponendo alcune riflessioni sulla natura dei luoghi di culto, in quanto *loci* in cui una società e le sue élites si rappresentano e in cui definiscono i propri rapporti interni, ricordando come, anche in età romana, sono presenti fonti letterarie che mostrano una esplicita consapevolezza di tali dinamiche (Plin. *epist.* VIII 8).

L'intervento è poi proseguito facendo riferimento a specifiche realtà della *Hispania Tarraconensis*, a partire dal santuario di Can Modolell, ubicato vicino a Iluro, *civitas* di età romana fondata in un'area caratterizzata dalla presenza di *oppida* più antichi, sopravvissuti alla conquista romana. Il relatore ha evidenziato come l'evidenza archeologica ed epigrafica, abbia permesso di ricostruire l'impegno da parte delle élite della

comunità di Iluro, nella monumentalizzazione della propria città, specialmente attraverso la costruzione del santuario limitrofo in età tiberiana.

Revilla Calvo ha sottolineato la collocazione strategica del santuario, all'interno di un paesaggio dominato da *villae* appartenenti alle élite, la cui presenza è attestata anche da numerosi *ex voto* ritrovati nell'area santuariale. Tale aspetto, aggiunto alla presenza nel santuario di attestazioni di divinità locali e romane, è stato quindi messo in relazione alla volontà di creare un'identità locale, come strumento di integrazione nei confronti dell'élite delle comunità indigene.

Il relatore ha poi analizzato il caso dell'area di *Saguntum*, in cui sono state riconosciute simili dinamiche in relazione al santuario di Muntanya Prontera mentre, dallo studio dei dati archeologici ed epigrafici provenienti da Cerdanya (Pirenei orientali), è emerso il tentativo dei magistrati romani di mostrarsi presenti sul territorio, anche in rapporto ai compiti loro associati dalla *lex Irnitana* (91 d.C.).

In conclusione, l'intervento ha evidenziato come tali iniziative di natura pubblica o privata possano rappresentare una forma di *soft-power* applicata in un contesto religioso. Esse non andrebbero solo intese quali forme complementari alle altre modalità della rappresentazione delle élite sul territorio, ma nel loro insieme sarebbero da intendere come essenziali nel consolidamento degli interessi economici e del potere locale delle élite stesse.

L'ultimo intervento della mattinata, intitolato *Realtà, percezioni, rappresentazioni, progettazioni e costruzioni di spazi politici regionali alla fine del Medioevo. Alcuni casi italiani (e non solo)* è stato tenuto da Francesco Somaini (Università del Salento). L'intervento si è aperto presentando il problema storiografico degli stati regionali in età basso-medievale, definiti nella loro natura di forma politica tipica dell'epoca, spesso posta in contrapposizione con modelli alternativi di statualità.

Il relatore ha evidenziato come tali stati regionali non siano un fenomeno presente solo nell'area settentrionale della Penisola (evoluzione dei comuni), ma riguardino quasi tutte le realtà politiche europee dell'epoca. In particolare, l'intervento si è soffermato sul Ducato di Borgogna, su quello di Bretagna, sui conti di Foix per quanto concerne la Francia, sul principato di Taranto in Italia, sui Cantoni Svizzeri nel quadro germanico e sul principato di Catalogna nel contesto iberico.

Somaini si è posto il problema alla radice di tali costrutti, ossia la definizione di regione, tracciando un profilo del dibattito storiografico sul termine, a partire da una sua presunta eziologia naturalistica e passando alla revisione di Armand Frémont, segnatamente all'insieme di fattori umani che lo studioso definì come costitutivi della regione stessa. In particolare, il relatore ha evidenziato come le regioni consentano spesso di anticipare i progetti di costruzione politica regionale, anche se in certi casi l'azione progettuale di una figura politica può aver reso possibile l'emersione di uno spazio regionale autonomo (Lotaringia di Carlo il Temerario).

In conclusione, il relatore ha insistito sull'impossibilità di definire le regioni prescindere dal rapporto dialettico con l'insieme politico in cui sono inglobate, anche nei termini conflittuali in cui esso si può realizzare. In quest'ottica, Somaini ha inquadrato l'emersione degli stati regionali nell'età basso-medievale, in quanto reazione locale al tentativo degli emergenti stati moderni di definirsi compiutamente.

4. L'ultima sessione del convegno, presieduta da Francesco Panarelli (Università della Basilicata), si è aperta nel primo pomeriggio con l'intervento *Tiberio Gracco, paesaggio agrario e riforma: appunti sulla distribuzione delle terre e sulle forme di sfruttamento in Etruria (II sec. a.C.)*, tenuto da Juan Gerardi (Universidad de Mar del Plata).

L'obiettivo della comunicazione è stato riflettere sulla trasformazione agraria in Etruria e rivedere il valore euristico delle interpretazioni costruite a partire dalle condizioni economico-sociali che le riforme di Tiberio Gracco promossero. L'intervento ha proposto un ripensamenti dell'interazione tra i processi di cambiamento sociale avvenuti con l'espansione territoriale romana e le forme di sfruttamento del territorio che combinavano una complessa varietà di fattori.

Il relatore ha sottolineato come il paesaggio agrario si sia lentamente formato tenendo conto delle dinamiche sociali, delle condizioni ambientali, delle forme di produzione e delle politiche istituzionali. In questo senso, ha preso in esame tali dimensioni dimostrando come i dati desunti dalla letteratura abbiano contribuito a consolidare il modello della villa, basato sullo sfruttamento del lavoro degli schiavi, un modello che oggi ha lasciato il posto ad uno schema interpretativo più articolato per la comprensione della struttura agraria. Sono state così illustrate recenti piste di ricerca basate nuove pubblicazioni archeologiche che hanno evidenziato la diversità delle situazioni storiche di occupazione del territorio in Etruria rispetto al resto d'Italia.

La sessione pomeridiana è proseguita con l'intervento di Kristjan Toomaspoeg (Università del Salento), dal titolo *Una realtà alternativa: modelli di gestione territoriale nella rete degli insediamenti religioso-militari dei Templari, Teutonici e Giovanniti*. Il relatore ha cominciato indicando gli ordini religioso-militari come uno dei fenomeni tipici dell'età basso-medievale, partendo dal contesto del XII secolo, quale periodo di normalizzazione della società medievale e insistendo sugli effetti di tale processo sulla conformazione stessa del territorio.

Toomaspoeg ha successivamente posto attenzione sui processi di territorializzazione propri del Mezzogiorno in età basso-medievale, sottolineando l'impatto che gli ordini monastico-medievali ebbero all'interno di tali processi, segnatamente nell'area della Capitanata. L'intervento ha mostrato come l'insediamento degli ordini monastico-cavallereschi complicò inizialmente il quadro ecclesiastico locale, esautorando i poteri vescovili. È stato analizzato il caso studio di San Leonardo di Siponto che divenne precettoria dell'ordine teutonico, per evidenziare il ruolo svolto dalle precettorie all'interno di tale dialettica.

Il relatore ha proposto riflessioni sulla natura e sulla distribuzione spaziale delle precettorie nel Mezzogiorno, mostrandone la diffusione extra ed interurbana, diversamente da precedenti interpretazioni che, avevano insistito soprattutto sulla loro collocazione esterna alle aree urbane. L'intervento si è poi soffermato sulle forme di strutturazione delle dipendenze monastico-militari in Italia, mettendo in evidenza non solo la loro particolarità nel contesto peninsulare rispetto agli obiettivi dei medesimi ordini in altri contesti geografici (area baltica, penisola iberica), ma anche l'assenza di un modello di struttura amministrativa unico condiviso dai diversi ordini.

Tale strutturazione è stata messa in relazione alle dinamiche territoriali locali, sottolineando la mancanza di una rete logistica tra le varie dipendenze, ma sottolineando il ruolo svolto dai rapporti con le città più prossime ai singoli fondi o feudi.

L'ultimo intervento è stato tenuto da Paul Arthur (Università del Salento) ed ha riguardato *Bisanzio e il suo ruolo nella formazione delle due Italie*. Il relatore ha presentato i risultati del progetto PRIN da lui coordinato dal titolo *'Il patrimonio bizantino dell'Italia meridionale. Insediamenti, economia e resilienza di contesti territoriali e paesaggistici in mutamento'*. Arthur ha cominciato riflettendo sulla problematicità del concetto di 'due Italie', sottolineando il ruolo che l'invasione longobarda ha avuto in tale processo di formazione. All'interno di tale dialettica, il relatore ha evidenziato il maggior peso assunto nel discorso pubblico dall'Italia meridionale, ricordando l'importanza dell'elemento bizantino nell'evoluzione storica di quest'ultima.

L'intervento ha offerto una panoramica della storia della presenza bizantina in Italia meridionale, sottolineando la resilienza mostrata dall'Impero orientale nel mantenere il controllo sulle proprie province peninsulari. In particolare, si è fatto riferimento alle capacità di adattamento dei funzionari bizantini nella gestione dei singoli territori, analizzando nello specifico il caso del Salento, trasformato in stazione e punto di approdo delle rotte commerciali che collegavano la Sicilia ai centri nevralgici dell'Impero.

Il relatore ha quindi concluso mostrando le varie forme con cui il patrimonio bizantino condiziona i luoghi del Mezzogiorno ancora oggi, utilizzando a titolo di esempio la presenza di dialetti greci in determinate aree, l'assenza di toponimi longobardi, la presenza del rito greco, la sovrapposizione fra i confini amministrativi di specifici comuni meridionali con i loro corrispettivi bizantini. Tale eredità bizantina è stata individuata come fattore all'interno del processo di formazione della meridionalità.

Infine, la discussione coordinata dal presidente Panarelli ha chiosato la seconda giornata di studi del convegno. Le conclusioni di Luigi Capogrossi Colognesi (Accademia Nazionale dei Lincei), al fine di tirare le fila di un discorso interdisciplinare e stimolante che, partendo dal dibattito recente sullo studio delle diverse declinazioni della 'territorialità', ha permesso di presentare gli ultimi risultati della ricerca auspicando, per il futuro, l'emergere di risultati ancora più completi per superare categorie interpretative che, ad oggi, sembra difficile sovrapporre ai nuovi dati emergenti dalla ricerca archeologica.

Lorenzo Serino
Andrea Petruccione
Università del Molise

Abstract

Pierangelo Buongiorno, *BGU II 611 e 628r: fra diritto, processo e potere normativo imperiale*

The paper takes as its starting point the historiographical aspects of the *editio princeps* of the two papyri BGU II 611 and 628 and then sets out to investigate the legal profiles of the measures reproduced in them, both relating to judicial reforms carried out during the age of Claudius and later Nero. This investigation also allows us to make some considerations on the relationship between *senatus consulta* and normative measures of the imperial chancellery.

El trabajo parte de los aspectos historiográficos de la *editio princeps* de los dos papiros BGU II 611 y 628 para, a continuación, investigar en los perfiles jurídicos de las medidas en ellos reproducidas, ambas relativas a reformas judiciales llevadas a cabo durante la época de Claudio y posteriormente de Nerón. Esta investigación también nos permite hacer algunas consideraciones sobre la relación entre las *senatus consulta* y las medidas normativas de la cancillería imperial.

Parole chiave

Editio princeps, Claudius, Nero, *senatus consulta*.

Editio princeps, Claudio, Nerón, *senatus consulta*.

Lorenzo Lanti, *Per una ricostruzione del regno e dell'attività normativa di Treboniano Gallo (251-253)*

The contribution aims to retrace the period of Trebonianus Gallus' rule (251-253) by focusing on the evidence of his normative activity. Beyond two rescripts concerning private matters, literary and documentary sources will be analyzed to better understand the actions of this emperor within a broader framework characterized by crises on multiple fronts (religious, diplomatic, and military).

La recherche se propose de retracer la période du règne de Trebonianus Gallus (251-253) sur la base des témoignages de son activité normative. Au-delà de deux rescrits sur des questions privées, des sources littéraires et documentaires seront examinées pour tenter de comprendre l'action de cet empereur dans un cadre plus large, marqué par des crises sur plusieurs fronts (religieux, diplomatique et militaire).

Parole chiave

Trebonianus Gallus, Rescripts, Soldatenkaiser, Anarchy, *mandatum*, Plague.

Trebonianus Gallus, Rescrits, Empereurs-soldats, Anarchie, *mandatum*, Peste.

Ines de Falco, *Interrogationes in iure: un'ipotetica estensione*

Starting from the case in D. 46.3.36 (Iul. 1 *ad Urs. Fer.*), the present study questions the possibility of extending the use of *interrogatio in iure* beyond the original cases. In particular, it analyses whether the hypotheses contained in Book XI of Justinian's Digest, Title I *De interrogationibus in iure faciendis et interrogatoriis actionibus*, constitute a *numerus clausus* or whether, on the contrary, the praetorian remedy can find further applications, with particular reference to the condition of the debtor-inheritor.

Partendo dalla fattispecie racchiusa in D. 46.3.36 (Iul. 1 *ad Urs. Fer.*), il presente studio si interroga sulla possibilità di estendere l'utilizzo dell'*interrogatio in iure* al di là dei casi originari. In particolare, si analizza se le ipotesi contenute nel libro XI del Digesto di Giustiniano, al titolo I *De interrogationibus in iure faciendis et interrogatoriis actionibus* configurino un *numerus clausus* o se,

al contrario, il rimedio pretorio possa trovare ulteriori applicazioni, con particolare riferimento alla condizione del debitore ereditario.

Parole chiave

Interrogatio in iure, praetorian remedy, debtor-inheritor.

Interrogatio in iure, rimedio pretorio, debitore ereditario.

Francesca Lamberti, Testamenta e propinquitas nella declamatio minor 308 (Duo testamenta)

The paper deals with a *Declamatio minor*, No. 308. The Declamations are a literary genre that usually consisted of exercises for students in rhetorical schools. *Declamatio minor* 308 deals with the case of a testator who had made two wills, one after the other: in each of them he had named a different friend as heir. The dispute arose in the event that the second will was declared invalid. The arguments discussed in this text are also of interest to legal historians and may help to clarify certain issues concerning the validity and invalidity of wills in the debate at the end of the 1st century AD.

Die Arbeit beschäftigt sich mit einer *Declamatio minor*, die Nr. 308. Die *Declamationes* sind eine literarische Gattung, die i.d.R. aus Übungen fuer Studenten in der rhetorischen Schulen bestanden. Die *Declamatio minor* 308 behandelt den Fall eines Testators, der zwei Testamente nacheinander angefertigt hatte: in jedem von beiden hatte er einen unterschiedlichen Freund als Erbe eingesetzt. Die Kontroverse entstand für den Fall, dass das zweite Testament als ungültig erklärt worden war. Die in diesem Text behandelten Argumenten sind auch für den Rechtshistoriker von Interesse und helfen möglicherweise dazu, einige Fragen aus der Debatte (am Ende des 1. Jhdts. n. Chr.) über Gültigkeit und Ungültigkeit von Testamenten zu klären.

Parole chiave

Declamatio minor, valid/invalid will, *propinquitas*.

Declamatio minor, gültig/ungültig Testament, *propinquitas*.

Johannes Platscheck, Zur Ersetzung von sodalicium durch societas in den Digesten und zum Phänomen des collegium sodalicium. Mit Nebenbemerkungen zur so genannten societas publicanorum

In 1873 Max Cohn suggested replacing the word *societas* with *sodalicium* in D. 3.4.1 pr.-1 in order to reconstruct the original Gaius text. The result is the expression *collegium sodalicium* – ‘sodalician association’ in D. 3.4.1.1, which is confirmed by D. 47.22.1 pr. and perhaps also by two inscriptions from the imperial period. Cohn’s suggestion was sometimes met with approval, sometimes with harsh rejection, and often with simple disregard. The article supports Cohn’s assumption, takes it further and explores the question of what is meant by a *collegium sodalicium*, why it is rarely documented and why *sodalicium* was consistently replaced by *societas* in the Digest.

Nel 1873 Max Cohn propose di sostituire la parola *societas* con *sodalicium* in D. 3.4.1 pr.-1 per ricostruire il testo originale di Gaio. Il risultato è l’espressione *collegium sodalicium* – ‘associazione di sodali’ in D. 3.4.1.1, che è confermata da D. 47.22.1 pr. e forse anche da due iscrizioni del periodo imperiale. Il suggerimento di Cohn è stato talvolta accolto con favore, talvolta con un duro rifiuto e spesso con un semplice disinteresse. L’articolo sostiene l’ipotesi di Cohn, la approfondisce ed esplora la questione di cosa si intenda per *collegium sodalicium*, perché sia raramente documentato e perché *sodalicium* sia stato costantemente sostituito da *societas* nel Digesto.

Parole chiave

Collegium sodalicium, *societas*, *publicani*, legal person, interpolations, *Littera Florentina*, *Basilika*.

Collegium sodalicium, *societas*, *publicani*, persona giuridica, interpolazioni, *Littera Florentina*, *Basilika*.

Andreas Wacke, *Ne optimus vel pessimus accipitur. Die Qualitätsanforderungen an Gattungsschulden (unter Einschluss von vertretbaren und verbrauchbaren Sachen)*

What constitutes fungible property is determined by the general view of the market, what constitutes generic debts is determined by the parties' agreement, and in the case of legacies by the testator's instructions. The Roman legal sources do not contain a generic term for fungible things; they speak of *res quae pondere numero mensura consistunt*. Consumable goods (*res quae usu consumuntur*) form a sub-category of fungible goods; the foodstuffs *vinum oleum frumentum* are mentioned. As objects of a loan, modern laws refer to 'fungible items' (apart from money); but in practice these are only consumable items.

The opposite of a generic debt is a specific obligation. In German legal terminology, the distinction was made between *genus* debt and *species* debt. However, the ambiguous term *species* should be avoided. *Species* is also a *subgenus*.

According to the prevailing view, a Roman debtor could fulfil a generic debt with the worst non-defective item. One can agree with this view if a creditor did not have the best quality guaranteed by stipulation. However, a legatee cannot, as a rule, be promised the quality of the bequest. If a slave was bequeathed in general terms (without specifying names, qualities or abilities), then it must be assumed (*accipitur*) as the will of the testator that neither the legatee had the right to choose the best nor the heir to choose the worst quality. Justinian confirmed these results from three digest fountains in decrees from the years 530/531, according to which the *mediocritas* must be observed and a thing *mediae aestimationis* must be provided.

According to classical sources, it was controversial whether the quality owed in the bequest of consumable goods was to be determined according to the testator's custom of consumption or according to his region. The affirmative view is preferable.

According to modern codifications, a person who owes a thing defined only by class is to supply a thing of average kind and quality. Instead of this positive formulation, the negative formulation is more precise, according to which the items owed must not be below the average quality. The fulfilment of generic legacies should sometimes be determined by the needs or circumstances of the beneficiary. The object owed might then be of above-average quality. However, the legatee may not choose the most valuable item if this would harm the legitimate interests of the burdened heir.

Lo que constituye bienes fungibles viene determinado por la opinión general del mercado, lo que constituye deudas genéricas viene determinado por el acuerdo de las partes y, en el caso de los legados, por las instrucciones del testador. Las fuentes jurídicas romanas no contienen un término genérico para las cosas fungibles; hablan de *res quae pondere numero mensura consistunt*. Los bienes consumibles (*res quae usu consumuntur*) forman una subcategoría de los bienes fungibles; se mencionan los alimentos, *vinum oleum frumentum*. Como objetos de un préstamo, las leyes modernas se refieren a 'artículos fungibles' (aparte del dinero); pero, en la práctica, solo se trata de artículos consumibles.

Lo contrario de una deuda genérica es una obligación específica. En la terminología jurídica alemana se distingue entre deuda de *genus* y deuda de *species*. Sin embargo, debe evitarse el término ambiguo '*species*'. *Species* también es un *subgenus*.

Según la opinión predominante, un deudor romano podía cumplir una deuda genérica con el peor artículo no defectuoso. Esta opinión es aceptable si el acreedor no tenía garantizada la mejor calidad por estipulación. Sin embargo, a un legatario no se le puede prometer, por regla general, la calidad del legado. Si se legó un esclavo en términos generales (sin especificar nombres, cualidades o capacidades), entonces debe asumirse (*accipitur*) como voluntad del testador que ni el legatario tenía derecho a elegir la mejor calidad ni el heredero a elegir la peor. Justiniano confirmó estos resultados con tres decisiones que datan de 530/531.

Según las fuentes clásicas, era controvertido si la calidad debida en el legado de bienes consumibles debía determinarse según la costumbre de consumo del testador o según su región. La opinión afirmativa es preferible.

Según las codificaciones modernas, quien debe una cosa definida únicamente por su clase debe suministrar una cosa de clase y calidad medias. En lugar de esta formulación positiva, es más precisa la negativa, según la cual las cosas debidas no deben ser de calidad inferior a la media. En

ocasiones, el cumplimiento de los legados genéricos debe venir determinado por las necesidades o circunstancias del beneficiario. Por tanto, el objeto adeudado podría ser de calidad superior a la media. Sin embargo, el legatario no puede elegir el objeto más valioso si ello perjudica los intereses legítimos del heredero gravado.

Parole chiave

Fungible and consumable items as objects of general debts arising from contracts or legacies and their quality requirements.

Bienes fungibles y consumibles como objetos de deudas generales derivadas de contratos o legados y sus requisitos de calidad.

Lucio Parenti, «*Quia simile est, quasi perdituro pecuniam sciens credideris*» (D. 17.1.12.11, Ulp. 31 ad ed.)

The essay analyses the phrase «*quia simile est, quasi perdituro pecuniam sciens credideris*» present in D. 17.1.12.11 (Ulp. 31 ad ed.), which Ulpian inserts as a ratio to deny the *actio mandati contraria* in favour of someone who knowingly accepted a mandate to provide surety to a prostitute from a lustful adolescent. In particular, it has been found that the Severian jurist, with this expression, intended to refer not to the minor, as has been hypothesized, but, in general, to a subject who was *perditurus*, that is, a spendthrift, who, therefore, would have been relieved from returning what he had received as a loan, if the lender had been aware of his propensity to waste. Furthermore, the sources would suggest that the condition of *perditurus* justified particular treatments, aimed on the one hand at protecting their patrimonial position, and on the other at sanctioning those who, despite being aware of their tendency to waste, had nevertheless contracted with them.

Il saggio analizza la frase «*quia simile est, quasi perdituro pecuniam sciens credideris*» presente in D. 17.1.12.11 (Ulp. 31 ad ed.), che Ulpiano inserisce quale *ratio* per negare l'*actio mandati contraria* a favore di colui che scientemente avesse accettato un mandato a prestare fideiussione ad una meretrice da parte di un adolescente lussurioso. In particolare, si è riscontrato come il giurista severiano, con tale espressione, intendesse riferirsi non al minore, come è stato ipotizzato, ma, in via generale, ad un soggetto che fosse *perditurus*, cioè uno scialacquatore, il quale, quindi, sarebbe stato sollevato dal restituire quanto ricevuto in prestito, qualora il mutuante fosse stato consapevole della sua propensione allo sperpero. Dalle fonti, inoltre, risulterebbe che la condizione di *perditurus* giustificasse trattamenti particolari, miranti da un lato a tutelare la loro posizione patrimoniale, dall'altro a sanzionare chi, nonostante avesse contezza della loro indole allo sperpero, avesse comunque contratto con loro.

Parole chiave

Perditurus; *adulescens*; *meretrix*; *mandatum*; *mutuum*; *fideiussio*.

Perditurus; *adulescens*; *meretrix*; *mandatum*; *mutuum*; *fideiussio*.

Maria Vittoria Bramante, *Note minime in tema di contratti di allattamento*

The contribution highlights, about to motherhood and the breastfeeding, that in the wealthiest families, in Rome and in the provinces, the child was entrusted to a wet nurse. The mother's choice does not always appear to be free and dictated by aesthetic reasons and vanity, but prompted by social reasons or by the need arising from a condition of debilitation after childbirth, from illness or from the quality of the milk itself unsuitable to guarantee correct nutrition of the newborn, but also, given the spread of cot deaths, to become pregnant again. The onerous entrustment of the care and breastfeeding service to wet nurses, free or of servile rank, was deduced in specific contractual agreements, and regulated in the practice returned by the Egyptian papyri, on the basis of traditional medical prescriptions, also known in Rome. Among these was the limitation of the sexual freedom of women, who had the obligation not to damage their milk, πρὸς τὸ μὴ διαφθαρήναι τὸ ἐαυτῆς γάλα (*ex aliis*, P. Oxy 78.5168; CPG. I 10, 11), with inappropriate behavior, and not to have sexual intercourse or become pregnant.

Il contributo mette in evidenza, a proposito della maternità e del delicato momento dell'allattamento, che nelle famiglie più agiate, a Roma e nelle province, si ricorreva all'affidamento del bambino ad una nutrice. La scelta della madre appare non sempre libera e dettata da ragioni estetiche e per vanità, ma sollecitata da motivi sociali o dalla necessità derivante da una condizione di debilitazione dopo il parto, da malattia o per la qualità del latte stesso inadatto a garantire una corretta nutrizione del neonato, ma anche, stante la diffusione delle morti in culla, di restare incinte nuovamente.

L'affido oneroso a balie, libere o di rango servile, del servizio di cura e di allattamento era dedotto in apposite intese contrattuali, e regolamentato nella prassi restituita dai papiri egiziani, sulla base di tradizionali prescrizioni mediche, note anche a Roma. Tra queste era la limitazione della libertà sessuale della donna, che aveva l'obbligo di non danneggiare il suo latte, *πρὸς τὸ μὴ διαφθαρήναι τὸ ἐαυτῆς γάλα* (ex *aliis*, P. Oxy 78.5168; CPG. I 10, 11), con comportamenti inadeguati, di non avere rapporti sessuali né di rimanere incinta.

Parole chiave

Motherhood, Breastfeeding, Wet nurse, Paramonè, Contract, Medical prescriptions, Egyptian papyri, practice.

Maternità, Allattamento, Baliatico, Paramonè, Prescrizioni mediche, Contratti, Papiri Egiziani, Prassi.

Annarosa Gallo, *Le iscrizioni latine della collezione di Cristiano VIII di Danimarca tra Friedrich Münter e Giuseppe Capece Latro*

The paper is concerned with the five Latin funerary inscriptions belonging to the royal collection of Christian VIII of Denmark. It mainly reconstructs the antiquarian history of three of these inscriptions, with regard to their original belonging to the late 18th-century collection of the bishop of Taranto, Giuseppe Capece Latro, as well as to the role carried out by the German-Danish Lutheran bishop and scholar Friedrich Münter, who first drew up their epigraphic descriptions.

Il contributo si occupa delle cinque iscrizioni latine funerarie presenti nella collezione reale di Cristiano VIII di Danimarca.

Ricostruisce la vicenda antiquaria di tre di esse relativamente alla loro originaria appartenenza nella collezione tardo settecentesca del vescovo di Taranto, Giuseppe Capece Latro; e altresì al ruolo svolto dal vescovo luterano ed erudito tedesco-danese Friedrich Münter che per primo ne redasse le schede epigrafiche.

Parole chiave

Museum of Copenhagen; *CIL* IX, 6154; *CIL* VI, 27673; *CIL* X 2472; Friedrich Münter; Capece Latro collection.

Museo di Copenhagen; *CIL* IX, 6154; *CIL* VI, 27673; *CIL* X 2472; Friedrich Münter; collezione Capece Latro.

Leo Peppe, *Sulla frase 'partus sequitur ventrem' in Von der Poesie im Recht di Jacob Grimm*

In Jacob Grimm's *Von der Poesie im Recht* appears the phrase '*partus sequitur ventrem*'. Grimm claims that this is a rule (so Grimm) of archaic Roman law. But this is not the case. The 'rule' appears only in the Middle Ages, most likely based on Roman sources, with a wide diffusion. A particularly important context is that of slavery in the colonies, primarily British in North America (Virginia). Grimm probably uses the phrase for its expressive force.

In *Von der Poesie im Recht* di Jacob Grimm appare la frase '*partus sequitur ventrem*'. Grimm afferma che si tratta di una regola (così Grimm) del diritto romano arcaico. Ma non è così. La 'regola' appare solo nel Medio Evo, assai probabilmente sulla base di fonti romane, con un'ampia diffusione. Un contesto particolarmente importante è quello della schiavitù nelle colonie, in primo luogo britanniche nel Nord America (Virginia). Probabilmente Grimm usa la frase per la sua forza espressiva.

Parole chiave

Jacob Grimm, Roman law, *partus ventrem*, civil law, slavery, colonies.

Jacob Grimm, diritto romano, *partus ventrem*, civil law, schiavitù, colonie.

Francesco Arcaria, *Profili comparatistici del silenzio nell'esperienza giuridica romana e nel diritto civile ed amministrativo italiano*

The article examines the meaning, function and applications of silence in a comparative perspective that includes the Roman legal experience and Italian civil and administrative law, highlighting, in particular, the work of deciphering the multipurpose solutions inherent in this institution operated by Roman jurisprudence and Italian doctrine in theory and also in reference to practical needs.

L'article examine le sens, la fonction et les applications du silence dans une perspective comparative qui inclut l'expérience juridique romaine et le droit civil et administratif italien, en soulignant, en particulier, le travail de décryptage des solutions polyvalentes inhérentes à cette institution opérée par la jurisprudence romaine et la doctrine italienne en théorie et également en référence aux besoins pratiques.

Parole chiave

Silence, Roman law, Roman jurisprudence, Italian civil law, Italian administrative law, Italian doctrine.

Silence, droit romain, jurisprudence romaine, droit civil italien, droit administratif italien, doctrine italienne.

Quaderni Lupiensi di Storia e Diritto Norme redazionali

0.- Formattazione e suddivisione dei contributi

I contributi vanno sottoposti alla redazione in formato .doc (o .docx), carattere Times New Roman in corpo 12 (note corpo 10), interlinea singola. I testi greci vanno inseriti adoperando il font greek.ttf o fonts compatibili. Là dove siano presenti lunghi passi in greco o in altra lingua (anche moderna) che richiede altro set di caratteri è bene produrre anche un file in formato .pdf del manoscritto.

I contributi possono essere divisi in paragrafi con o senza titolo. Nel primo caso i titoli dei paragrafi dovranno essere numerati in cifra romana; altrimenti ciascun paragrafo dovrà essere preceduto da cifra araba, per essere seguito da sottoparagrafi con numero romano.

1.- Bibliografia

1.1.- Per la **prima citazione di monografie** indicare:

- Autore con l'iniziale o le iniziali del nome (non separate da spazio) e con il cognome (in tondo, minuscolo);
- titolo per esteso dell'opera, interamente in corsivo;
- eventualmente collana, fra parentesi tonde non precedute da virgola, e con numeri in cifre arabe;
- luogo di edizione, come sta in frontespizio (es: London, non Londra; Berolini, non Berlino); NON indicare la casa editrice;
- anno di edizione, eventualmente seguito, in esponente, dal numero indicante l'edizione;
- eventuale riferimento alle pagine (di regola non preceduto da p./pp.)

Es.:

V. Giuffrè, *Studi sul debito. Tra esperienza romana e ordinamenti moderni*, Napoli 1997², 124 ss.

F. Lamberti, *La famiglia romana e i suoi volti. Pagine scelte su diritto e persone in Roma antica*, Torino 2014.

1.2.- Per la **prima citazione di contributi inseriti in miscellanee** (raccolte di studi, atti), l'autore e il titolo del saggio vanno indicati secondo le regole generali; si aggiunge poi «in» (in tondo) preceduto da virgola e seguito dall'indicazione del volume in cui il saggio è contenuto (col titolo in corsivo), sempre seguendo le regole generali.

Es.:

G. Rizzelli, *La violenza sessuale su donne nell'esperienza di Roma antica. Note per una storia degli stereotipi*, in E. Höbenreich, V. Kühne, F. Lamberti (a c. di), *El Cisne 2. Violencia, proceso y discurso sobre género*, Lecce 2012, 295-377.

1.3.- Se si tratta di **contributi inseriti in riviste** o in **enciclopedie e dizionari**, al titolo dell'articolo o della voce di enciclopedia segue «in»; il titolo della rivista, dell'enciclopedia o dizionario, o la sua abbreviazione o sigla (in corsivo e senza virgolette); l'indicazione dell'annata in numero arabo; l'anno; il rinvio alle pagine di riferimento non preceduto da p. o pp. Fra tutti questi dati non vanno inserite virgole.

Es.:

G. Falcone, *Per una datazione del 'De verborum quae ad ius pertinent significatione' di Elio Gallo*, in *AUPA*. 41, 1990, 223 nt. 2.

F. Grelle, *Consoli e «datio tutoris» in I. 1.20.3*, in *Labeo* 13, 1967, 194 ss. [= *Diritto e società nel mondo romano*, a c. di L. Fanizza, Roma 2005, 113 ss.].

1.4.- Per le **citazioni successive alla prima** indicare:

- Cognome dell'autore (senza indicazione del nome);
- titolo dell'opera in corsivo, intero o abbreviato, seguito dall'abbreviazione 'cit.', in tondo, non preceduta né seguita da virgola;
- nel caso di opere in più volumi, quello da cui si cita dovrà essere indicato in numero arabo dopo il titolo e prima dell'abbreviazione 'cit.'.

Es.:

Giuffrè, *Studi sul debito* cit. 124 ss.

Rizzelli, *La violenza sessuale* cit. 315.

Bretone, *Usufrutto* 2 cit. 25 s.

Falcone, *Per una datazione del 'De verborum quae ad ius pertinent significatione'* cit. 223 nt. 2.

Grelle, *Consoli e «datio tutoris»* cit. 194 ss. [113 ss.].

2.- Citazioni di testi

Le citazioni di passi latini vanno in corsivo NON virgolettato; il greco non va mai in corsivo e mai fra virgolette.

Come segno di fine verso o di fine linea nelle epigrafi utilizzare la barra verticale |.

Le citazioni di autori moderni e le traduzioni vanno invece racchiuse fra virgolette basse a caporale (« »): non usare dunque i segni “ ”, ma quelli « ».

Per evidenziare le parole e all'interno di passo già virgolettato utilizzare gli apici (' ').

3.- Richiami di nota

I richiami di nota, in presenza di punteggiatura, PRECEDONO sempre il segno di interpunzione, senza spazio.

Es.: ... quanto sostenuto¹⁸.

4.- Punti di sospensione

Sono solo tre, e non sono preceduti da spazio, tranne che dopo altro segno di punteggiatura.

5.- Abbreviazioni e sigle

Per le sigle delle riviste, ci si attiene, di regola, a *L'Année Philologique*, con l'eccezione delle abbreviazioni correnti per le riviste romanistiche (es. la *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte - Romanistische Abteilung* è abbreviata in *ZSS.*, gli *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo* si abbreviano in *AUPA.*, e così via elencando). Tutte le abbreviazioni e le sigle sono seguite da un punto. Le riviste non universalmente note e le pubblicazioni non incluse fra le riviste scientifiche vanno indicate per esteso.

6.- Fonti

6.1.- Per le abbreviazioni relative ai testi greci ci si attiene al Liddell-Scott-Jones, *A Greek English Lexicon*, Oxford 1940.

Per le abbreviazioni relative ai testi latini ci si attiene al *Thesaurus linguae Latinae*, Lipsiae 1900.

Gli estremi dei passi vanno indicati sempre in cifre arabe.

Per separare libro, capitolo, paragrafo, versetto o rigo, si usi il **punto fermo**, non seguito da spazio.

Liv. 2.14.3.

Se si indicano più versetti/righi o paragrafi, o anche capitoli in presenza di una partizione superiore, separarli con **virgola** senza spazio:

Liv. 2.14.1,3-5,7

Liv. 2.14,16,18.

Fra capitoli, in assenza di una partizione superiore indicata, o fra libri inserire **punto e virgola** e spazio:

Liv. 2; 3

Tac. Agr. 1; 19; 21.

6.2.- Rassegna delle **principali abbreviazioni di fonti giuridiche**:

C. 10.16.2 (Valer. et Gallien., a. 260)

D. 2.8.5.1 (Gai. 7 ad ed. prov.)

Gai 1.47a

Coll. 1.2.1

Paul. l. s. iniur., Coll. 2.6.4

XII Tab. 3.5 (ed. Sch.) = Schoell; oppure: Br.(uns); Ricc.(obono); Cr.(awford)

Fragm. August.

I. 2.1.25

Nov. 128.18

Paul. Sent. (o PS.) 1.1a.12

Prob.

Sch. Sin.

Theoph. *Par.*

Tit. Ulp.

Vat. fragm. (o Vat.)

Bas. 20.1.60.8 (p. 997, A III Sch.)

sch. 15 *ad* Bas. 20.1.60.8 (p. 1208, B III Sch.)

gl. *extra naturam ad* D. 2.14.7.5, *de pactis* l. *Iuris gentium* § *quin immo*.

X.2.13.7 (*Liber Extra*)

Bartolo, *Comm. ad* D. 24.3.2.2, *soluto matrimonio* l. *Soluto Voluntatem*, Venetiis 1590, f. 104ra

D. 20, c. 1 (*Decretum*).

6.3.- Nella **citazione dei principali corpora epigrafici** (*CIL.*, *IG.* ...), indicare il volume in cifra romana e il numero di iscrizione in cifra araba (es.: *CIL.* XII 1288).

7.- Abstract e parole chiave

Ai contributi dovranno essere allegati abstract e parole chiave in inglese o in altra lingua differente da quella in cui è redatto il contributo (tedesco, latino, spagnolo, francese, italiano).

8.- Estratti

Ciascun autore riceverà il .pdf del proprio contributo e una copia della Rivista.

*Finito di stampare
nel mese di gennaio 2025
da Grafica 080 - Bari
per conto delle Edizioni Grifo
via Sant'Ignazio di Loyola, 37 - Lecce*