

€ 50,00



1
G. D'Angelo - M. De Simone - M. Varvaro (a cura di) - SCRITTI PER IL NOVANTESIMO COMPLEANNO DI MATTEO MARRONE

digi UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PALERMO

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

SCRITTI PER IL NOVANTESIMO COMPLEANNO DI MATTEO MARRONE

a cura di

Giacomo D'Angelo, Monica De Simone e Mario Varvaro



G. Giappichelli Editore



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PALERMO

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

SCRITTI PER
IL NOVANTESIMO COMPLEANNO
DI MATTEO MARRONE

a cura di

Giacomo D'Angelo, Monica De Simone e Mario Varvaro



G. Giappichelli Editore

© Copyright 2019 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

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

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-3407-2

ISBN/EAN 978-88-921-8816-7 (ebook - pdf)

La pubblicazione del presente volume è stata resa possibile grazie al contributo finanziario della Scuola delle Scienze Giuridiche ed Economico-sociali dell'Università degli Studi di Palermo, del Consorzio Universitario della Provincia di Trapani, del Dipartimento di Giurisprudenza, Economia e Scienze Umane dell'Università degli Studi Mediterranea di Reggio Calabria nonché del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Palermo.

Stampa: LegoDigit s.r.l. - Lavis (TN)

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

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

INDICE

	<i>pag.</i>
<i>Elenco delle abbreviazioni</i>	VII
<i>Presentazione della collana</i>	XI
<i>Presentazione del volume</i>	XIII
<i>Nota dei curatori</i>	XV
<i>Martin Avenarius</i> Gentilnamen, Grundstücke und Gedächtnis. Die Förderung der <i>memoria</i> als Zweck römischer Familienfideikommiss an Immobilienvermögen	1
<i>Mariagrazia Bianchini</i> Un'interpolazione 'ideologica' in CI. 8.11.5	27
<i>Luigi Capogrossi Colognesi</i> Gli antichissimi <i>sacra</i> dei popoli latini e le origini delle relazioni giuridiche romano-latine	33
<i>Giovanna Coppola Bisazza</i> Ancora una riflessione sulla successione di M. Anneo Carseolano	47
<i>Alessandro Corbino</i> La vendita di <i>arbores stantes</i> (D. 19.1.40)	57
<i>Felice Costabile</i> 'Tardoantico' ed era costantiniana: convenzione storiografica di un concetto moderno	91
<i>Norma Xóchitl Di Censo García</i> Innovación educativa utilizando el método de casos aplicado a la enseñanza de las instituciones de derecho privado romano en México	107
<i>Thomas Finkenauer</i> Riccobono und die Stipulation	113

	<i>pag.</i>
<i>Tomasz Giaro</i> Roman Law and Consensual Rationality	137
<i>Éva Jakab</i> Der letzte Wille eines Sonderlings?	155
<i>Umberto Laffi</i> Acquisto della cittadinanza romana da parte dello straniero: ruolo ed efficacia del <i>census</i>	169
<i>Rosalia Marino</i> Sulla mobilità verticale in età giulio-claudia tra intersezioni politiche e culturali	183
<i>Giovanni Nicosia</i> <i>Uno spiritu continentur</i>	193
<i>Salvatore Puliatti</i> Aspetti della riflessione giurisprudenziale in materia criminale. Un giurista di età severiana: Callistrato	199
<i>Gianfranco Purpura</i> <i>Varia de iure maris</i>	219
<i>Boudewijn Sirks</i> <i>Paelex, conubium</i> and the <i>lex Canuleia</i>	241
<i>Laura Solidoro</i> Strategie deflative nell'esperienza giuridica romana: la 'decarcerizzazione'	255
<i>Mario Varvaro</i> Alcune considerazioni sulla ricostruzione delle formule delle azioni divisorie	287
<i>Andreas Wacke</i> Die <i>senectus</i> in kaiserzeitlichen Rechtsquellen	333
<i>Elenco delle pubblicazioni di Matteo Marrone</i>	365
<i>Indice delle fonti citate</i>	373

ELENCO DELLE ABBREVIAZIONI

AARC	Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AE	Année Épigraphique
Aevum	Aevum. Rassegna di scienze storiche, linguistiche e filologiche
AG	Archivio giuridico "Filippo Serafini"
AJA	American Journal of Archaeology
AJPh	American Journal of Philology
ANA	Atti dell'Accademia di Scienze Morali e Politiche della Società nazionale di Scienze Lettere ed Arti in Napoli
Annaeus	Annaeus. Anales de la Tradición Romanística
ANRW	Aufstieg und Niedergang der römischen Welt. Geschichte und Kultur Roms im Spiegel der neueren Forschung
Anu. F.D.Univ. Cor.	Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña
Arch. pen.	Archivio Penale
Athenaeum	Athenaeum. Studi di Letteratura e Storia dell'Antichità
AUL. FI	Acta Universitatis Lodziensis. Folia Iuridica
AUPA	Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo
AUPE	Università degli Studi di Perugia. Annali della Facoltà di Giurisprudenza
BGU	Berliner griechische Urkunden
BIDR	Bullettino dell'Istituto di Diritto romano "Vittorio Scialoja"
Cass. pen.	Cassazione penale
Cato J.	Cato Journal
CGL	Corpus glossariorum Latinorum
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
Cornell L. Rev.	Cornell Law Review
CPL	Corpus papyrorum Latini
CRRS	Corpus der römischen Rechtsquellen zur antiken Sklaverei
DBGI	Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (sec. XII-XX)
DBI	Dizionario Biografico degli Italiani
DdA	Dialoghi di Archeologia
Dig. disc. pen.	Digesto delle Discipline Penalistiche
Dig. it.	Digesto italiano

Diritto@Storia	Diritto@Storia. Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana
DNP	Der Neue Pauly
DS	Ch. Daremberg / E. Saglio, Dictionnaire des Antiquités grecques et romaines, d'après les textes et les monuments
DZZ	Deutsche Zahnärztliche Zeitschrift
ED	Enciclopedia del diritto
Epigraphica	Epigraphica. Periodico internazionale di epigrafia
FC	Forum Classicum. Zeitschrift für die Fächer Latein und Griechisch an Schulen und Universitäten
FIRA	Fontes iuris Romani antejustiniani
Gnomon	Gnomon. Kritische Zeitschrift für die gesamte klassische Altertumswissenschaft
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
HAS	Handwörterbuch der antiken Sklaverei
Historia	Historia. Zeitschrift für Alte Geschichte
Historia et ius	Historia et ius. Rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna
HLL	Handbuch der lateinischen Literatur der Antike
HRG	Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte
IAH	Iuris Antiqui Historia. An International Journal on Ancient Law
IG	Inscriptiones Graecae
ILS	Inscriptiones Latinae Selectae
Index	Index. Quaderni camerti di studi romanistici
IPEDR	International Proceedings of Economics Development and Research
Iura	IVRA. Rivista internazionale di diritto romano e antico
J. Law Soc.	Journal of Law and Society
JRS	Journal of Roman Studies
Jus	Jus. Rivista di scienze giuridiche
Klio	Klio. Zeitschrift für alte Geschichte
Koinonia	KOINΩNIA. Rivista dell'Associazione di Studi Tardoantichi
Krit. Jbb.	Kritische Jahrbücher für Deutsche Rechtswissenschaft
Ktèma	Ktèma. Civilisations de l'Orient, de la Grèce et de Rome antiques
KViert.	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
Labeo	Labeo. Rassegna di diritto romano
LR	Legal Roots. The International Journal of Roman Law, Legal History and Comparative Law
LTUR	Lexicon Topographicum Urbis Romae
MedAnt	Mediterraneo antico. Economie, società, culture

MEFRA	Mélanges de l'École française de Rome – Antiquité
MEP	Minima Epigraphica et Papyrologica
Mètis	Mètis. Anthropologie des mondes grecs anciens
NDI	Nuovo Digesto Italiano
NNDI	Novissimo Digesto Italiano
OIR	Orbis Iuris Romani
OLD	Oxford Latin Dictionary
Origini	Origini. Preistoria e protostoria delle civiltà antiche – Prehistory and protohistory of ancient civilizations
Ostraka	Ostraka. Rivista di antichità
Pallas	Pallas. Revue d'études antiques
PdP	La Parola del Passato
PG	Patrologiae cursus completus. Series Graeca
PIR	Prosopographia Imperii Romani
Polis	Polis. Revista de ideas y formas políticas de la Antigüedad Clásica
PSI	Papiri della Società Italiana
QLSD	Quaderni Lupiensi di Storia e Diritto
RAC	Reallexikon für Antike und Christentum
RDN	Rivista della navigazione
RDR	Rivista di diritto romano. Periodico di storia del diritto romano, di diritti antichi e della tradizione romanistica medioevale e moderna
RDUNED	Revista de Derecho UNED
RE	Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft
RÉAug	Revue d'études augustiniennes et patristiques
REL	Revue des Études Latines
R.H.M.C.	Revue d'histoire moderne et contemporaine
RGDR	Revista General de Derecho Romano
RHD	Revue historique de droit français et étranger
RhM.	Rheinisches Museum
RHMC	Revue d'histoire moderne & contemporaine
RIDA	Revue Internationale de Droits de l'Antiquité
Riv. Arch. Crist.	Rivista di Archeologia Cristiana
RISG	Rivista italiana di Scienze giuridiche
RJ	Rechtshistorisches Journal
RS	Roman Statutes
RSCI	Rivista di Storia della Chiesa in Italia
RSDI	Rivista di storia del diritto italiano
RSI	Rivista storica italiana
SAA	Studia Antiqua et Archaeologica
SB	Sammelbuch griechischer Urkunden aus Ägypten

SCDR	Seminarios Complutenses de Derecho Romano
SDHI	Studia et documenta historiae et iuris
SHHA	Studia historica. Historia antiqua
Studi Senesi	Studi Senesi
StudStor	Studi Storici. Rivista trimestrale dell'Istituto Gramsci
Sudhoffs Archiv	Sudhoffs Archiv. Zeitschrift für Wissenschaftsgeschichte
VIR	Vocabularium iurisprudentiae Romanae iussu Instituti Savigniani compositum
ThLL	Thesaurus linguae Latinae. Editus iussu et auctoritate consilii ab academiis societatisque diversarum nationum electi
TPSulp.	Tabulae Pompenianae Sulpiciorum
TR	Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis. Revue d'histoire du droit. The Legal History Review
TSDP	Teoria e Storia del Diritto Privato. Rivista internazionale online – Peer reviewed Journal
VDI	Vestnik drevney istorii
Vergentis	Vergentis. Revista de Investigación de la Cátedra Internacional conjunta Inocencio III
ZfAW	Zeitschrift für Alterthumswissenschaft
ZfRG	Zeitschrift für Rechtsgeschichte
ZNR	Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte
ZPE	Zeitschrift für Papyrologie und Epigraphik
ZRG RA	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung
ZRG GA	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft

PRESENTAZIONE DELLA COLLANA

La decisione di dar vita a una Collana di Dipartimento non è scevra di rischi. Tra questi ultimi, il principale è che essa si trasformi in un mero contenitore di opere il cui unico *trait d'union* è il fatto di essere state scritte da studiosi e studiosi che lavorano fisicamente nello stesso posto. Se così fosse, la Collana in questione non sarebbe soltanto un pessimo biglietto da visita per il Dipartimento che la ospita ma, di fatto, disvelerebbe la realtà di una comunità di studiosi – questo dovrebbe essere un dipartimento universitario – solo apparente: se una collana di dipartimento è priva di anima, senz'anima sarà anche il dipartimento che la esprime. Benché in ambito umanistico i frutti dell'attività di ricerca (non mi rassegnò a usare il vocabolo “prodotti”) siano spesso l'esito di fatiche individuali, sarebbe un errore sottovalutare l'importanza di un *milieu* fertile. Una monografia o un saggio non sono mai scritti *in vacuo* ma presuppongono sempre una comunità di studiosi che accompagnano l'autrice e l'autore nel percorso, più o meno lungo ma sempre accidentato e faticoso, della ricerca. Insomma, una Collana di Dipartimento dice molto non soltanto del valore dei singoli studiosi che vi pubblicano ma anche del Dipartimento che la esprime.

Inaugurare la nostra Collana con gli scritti in onore del Professor Matteo Marrone, in occasione del compimento dei suoi novant'anni, è senz'altro partire col piede giusto. Se è vero che “una rondine non fa primavera”, è altresì altrettanto vero che il primo volume di una serie traccia la strada, indirizza verso una direzione e, in definitiva, impegna chi seguirà a tentare di esserne all'altezza.

Matteo Marrone, Professore emerito di diritto romano, è un elemento portante del nostro Dipartimento e, prima, della Facoltà di giurisprudenza di Palermo. Laureatosi in questa Facoltà nel 1950, a soli venti anni, Egli divenne Professore ordinario nel 1958, non ancora trentenne. A cavallo tra gli anni '70 e '80 del secolo scorso è stato Preside della Facoltà per circa un decennio. Nel 1992 fu chiamato a ricoprire la Cattedra di diritto romano alla 'Sapienza' di Roma ma vi rimase un solo anno, preferendo tornare a insegnare nella Sua Facoltà di Giurisprudenza. Esponente di primo piano della prestigiosa Scuola palermitana di diritto romano, è autore di ricerche – che i curatori di questo vo-

lume hanno meritoriamente elencato in chiusura – il cui rilievo è unanimemente riconosciuto dalla comunità (sì, ancora questa parola) dei romanisti e, più in generale, dei giuristi, soprattutto civilisti. Mi piace ricordare, anche per ragioni personali, che il Professor Marrone è autore di un celebre Manuale di *Istituzioni di diritto romano* su cui si sono formati generazioni di studenti, tra cui anche il sottoscritto; come avviene nel caso delle migliori espressioni del genere letterario della manualistica giuridica, il Manuale di Marrone non è “solo” un Manuale. Molti tra noi suoi colleghi di Dipartimento siamo anche stati suoi allievi e abbiamo avuto modo di apprezzare le Sue lezioni, rigorose e ben costruite sin nei dettagli, del tutto prive della prosopopea e del compiacimento che talvolta, e sovente quando davvero non ve ne sarebbe ragione, caratterizzano la didattica universitaria. Non aggiungo altro, anche per non macchiare la sobrietà del Professor Marrone. Mi limito a sottoscrivere le poche ma sentite parole scritte nella Presentazione di questo Volume dalla Professoressa Giuseppina Aricò Anselmo, Sua Collega e amica di una vita.

Aldo Schiavello

PRESENTAZIONE DEL VOLUME

Nel porgere a Matteo Marrone questa raccolta di studi, per incarico – a me assai grato – dei curatori, sento di dover in primo luogo cercare di farmi interprete delle motivazioni che hanno indotto tanti illustri Studiosi a partecipare con il loro contributo alla realizzazione della presente iniziativa. Motivazioni che ritengo tutte riconducibili, in essenza, al desiderio di ciascuno di render omaggio a un maestro unanimemente apprezzato per l'indiscusso valore dei suoi apporti alla scienza del diritto romano, nonché per quel particolare tratto di affabile signorilità che ne ha sempre caratterizzato il profilo umano.

A questo corale riconoscimento vorrei poi unire sommessamente una mia nota personale. Non tutti sanno dell'ammirevole modestia con cui Matteo Marrone suole insistere, ogni qual volta gliene si presenti l'occasione, nel professarsi discepolo di Bernardo Albanese, venendo in tal modo ad affratellarsi a noi, allievi di questo compianto e venerato Maestro, al quale pure lo legava, in un rapporto d'ideale parità, la comune, diretta discendenza da Lauro Chiazzese. Ora, in questa sua volontaria rinuncia a ciò che avrebbe potuto dargli titolo a una giusta pretesa di superiorità gerarchica – così contrastante, per inciso, con quel farisaico attaccamento al posto di prima fila, tanto diffuso purtroppo nell'Università di oggi – in questa rinuncia, dicevo, io non esiterei a ravvisare una commovente ragione in più per stringerci tutti intorno al Nostro, nel caloroso, augurale festeggiamento dei suoi onorati novant'anni.

Giuseppina Aricò Anselmo

NOTA DEI CURATORI

Il novantesimo compleanno del professore Matteo Marrone è un'occasione di festa che ci ha indotto a prenderci cura di questo volume. Abbiamo voluto esprimere anche così i sentimenti di affetto e di riconoscenza nei confronti di un Maestro che continua a costituire per noi un solido e sicuro punto di riferimento, un alto modello di amore per lo studio del diritto romano, di operosità a servizio del progresso degli studi giuridici e di passione per l'attività didattica.

Alla raccolta degli *Scritti* segue una lista completa delle Sue pubblicazioni. Esse rappresentano una testimonianza viva di una lunga vita spesa a servizio delle nostre discipline nel segno – sempre presente – dell'appartenenza alla Scuola palermitana, di cui il Maestro ha saputo essere, con il Suo esempio, un illustre continuatore. Alla professoressa Giuseppina Aricò Anselmo, che in questa stessa scuola si trova accomunata al professore Marrone, abbiamo chiesto di porgerGli, a nome di tutti, il presente volume.

Nel ringraziare gli Studiosi che hanno voluto manifestare all'unisono la propria adesione all'iniziativa, desideriamo ricordare anche coloro che purtroppo sono venuti a mancare mentre stavano scrivendo i loro contributi: Carlo Augusto Cannata, Vincenzo Giuffrè e Rolf Knütel.

Giacomo D'Angelo

Monica De Simone

Mario Varvaro

Martin Avenarius
(Universität zu Köln)

GENTILNAMEN, GRUNDSTÜCKE UND GEDÄCHTNIS.
DIE FÖRDERUNG DER *MEMORIA*
ALS ZWECK RÖMISCHER FAMILIENFIDEIKOMMISSE
AN IMMOBILIARVERMÖGEN*

I. Die Weitergabe des Vermögens in der Familie

Letztwillige Verfügungen dienten in der römischen Antike – nicht anders als in der Gegenwart – oftmals dem Ziel, das rechtliche Schicksal bestimmter Nachlaßgegenstände oder sogar eines ganzen Vermögens so zu steuern, daß nacheinander mehrere Personen begünstigt wurden, die vom Erblasser entweder individuell benannt oder aber nach Merkmalen bestimmt worden waren.¹ Ein wichtiges Instrument zu diesem Zweck war bekanntlich das *fideicommissum quod familiae relinquitur*.² Hierbei legte der Erblasser fest, daß der Begünstigte erhaltenes Vermögen nach bestimmten Regeln innerhalb der Familie weiterzugeben habe und nicht an Dritte gelangen lassen dürfe.³ Auf dieser Grundlage ersetzte ein neuer Berechtigter jeweils den bisherigen, so daß Angehörige mehrerer Generationen – begrenzt zunächst durch das Erfordernis der Bestimmtheit der Fideikommissare⁴ – als Inhaber des Vermögens aufeinander

* Herrn Prof. Matteo Marrone in dankbarer Erinnerung an ein Gespräch am 20. März 2012.

¹ M. Avenarius, s.v. *Fideicommissum*, in R.S. Bagnall u. a. (Hg.), *The Encyclopedia of Ancient History* 5, Malden 2013, 2669-2670. Für die Grundstruktur vgl. Gai 2.277; D. 31.32.6 (Mod. 9 reg.) sowie D. 31.67 pr. (Pap. 19 *quaest.*) und D. 31.69.3 (Pap. 19 *quaest.*).

² Im Interesse der sprachlichen Vereinfachung wird nachfolgend der Ausdruck „Familienfideikommiß“ gleichbedeutend mit „*fideicommissum quod familiae relinquitur*“ verwendet.

³ Vgl. R. Trifone, s.v. *Fedecommesso. Diritto romano*, in *NNDI* 7, Torino 1961, 192; P. Voci, s.v. *Fedecommesso (Diritto romano)*, in *ED* 17, Milano 1968, 105 f.; F. Longchamps de Bérier, *Il fedecommesso universale nel diritto romano*, Warszawa 1997, 217 f.

⁴ Erst in spätklassischer Zeit wurde die Begünstigung von Personen zugelassen, deren Geburt der

folgen konnten.⁵ Das Familienfideikommiß etablierte sich als Rechtseinrichtung im Laufe der klassischen Zeit. Zur dogmatischen Durchbildung des Begriffs trug besonders Papinian bei. Er konzipierte das Familienfideikommiß als bedingtes *fideicommissum* desjenigen Testators, der es ursprünglich begründet hatte.⁶

Während das Interesse an der Ordnung der Vermögensnachfolge auf längere Sicht heute regelmäßig das wichtigste oder sogar einzige Motiv des Erblassers bildet, der etwa die materielle Versorgung bestimmter Angehöriger oder eine geeignete Regelung der Nachfolge in die Führung eines Familienunternehmens sicherstellen möchte,⁷ lassen die entsprechenden Verfügungen in der römischen Antike vielfach darauf schließen, daß der Erblasser auch immaterielle Regelungsziele verfolgte. So zielt die Anordnung der Weitergabe von Vermögen unter Nachkömmlingen nicht selten auf eine Festigung der Beziehung ab, die der Bewahrung von Identität dienen soll.⁸ Diese erfolgt im Wege der Fortsetzung der Familie, und zwar besonders durch diejenigen Personen, die das Gentilnomen des Erblassers tragen.⁹ Sie sind zugleich zuständig für die Pflege der *memoria* des Erblassers sowie der anderen Namensträger.¹⁰ Der Empfang hinterlasse-

Erblasser nicht mehr erlebt hatte, so daß sie für ihn *incertae personae* waren. Vgl. U. Babusiaux, *Papinians quaestiones. Zur rhetorischen Methode eines spätclassischen Juristen*, München 2011, 144. Die insofern zuvor bestehende rechtliche Unwirksamkeit betraf freilich nicht die „verpflichtende“ Wirkung des Appells an die *fides* des Beschwerden; vgl. M. Avenarius, *The Pre-Classical fidei committere and the Order to be Established Upon Death. Emotion as the Basis of the Legal Bindingness of the Decedent's Last Wishes*, in A. Bettenworth / J. Hammerstaedt (Hg.), *Order and Emotion*, Hildesheim 2020 (im Druck).

⁵ Vgl. insbesondere D. 31.32.6 (Mod. 9 *reg.*). Grundlegend für das Recht der klassischen Zeit P. Voci, *Diritto ereditario romano*², 2. *Parte speciale*, Milano 1963, 245; L. Desanti, *La sostituzione fideicommissaria*, Torino 1999, 79-87; dies., *Restitutio post mortem onus*, Milano 2003, 191-451; A. Torrent, *Fideicommissum familiae relictum*, Oviedo 1975; D. Johnston, *The Roman Law of Trusts*, Oxford 1988; A. Söllner, *Zur Rechtsgeschichte des Familienfideikommisses*, in D. Medicus / H.H. Seiler (Hg.), *Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag*, München 1976, 657-669.

⁶ D. 31.67 pr.-10 (Pap. 9 *quaest.*) und dazu eingehend Babusiaux, *Papinians quaestiones* (Fn. 4) 144-152.

⁷ Vgl. M. Avenarius, *Vorbem. zu §§ 2100-2146 BGB*, in J. v. Staudingers *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bearbeitung Berlin 2019, Rn. 11-16.

⁸ Zur raum-zeitlichen Dimension von Verwandtschaftsbeziehungen vgl. M. Bettini, *Familie und Verwandtschaft im antiken Rom*, Frankfurt a.M. u. a. 1992, 135 ff.

⁹ Zum römischen Namenwesen vgl. grundlegend Th. Mommsen, *Die römischen Eigennamen der republikanischen und augusteischen Zeit*, in *N. RhM. für Philol.* 15, 1860, in ders., *Römische Forschungen*, I, Berlin 1864 (Nachdr. Hildesheim 1962), 1-68; B. Doer, *Die römische Namengebung. Ein historischer Versuch*, Stuttgart 1937.

¹⁰ Vgl. E. Champlin, *Final Judgments. Duty and Emotion in Roman Wills 200 B.C. – A.D. 250*, Berkeley u. a. 1991, 145 f.; D. Johnston, *Succession*, in *The Cambridge Companion to Roman Law*, Cambridge 2015, 199-212 (210).

nen Vermögens begünstigt die Erfüllung dieser Aufgaben in verschiedener Hinsicht,¹¹ und so eignet sich das Fideikommiß als Instrument zur Förderung und Steuerung des angestrebten Verhaltens.¹² Die nachfolgenden Bemerkungen verstehen sich als Versuch, aus bestimmten typischen Eigenarten der Familienfideikommisse auf ihre Anordnung mit dem Ziel einer Verstetigung der *memoria* zu schließen.¹³

1. Die Weitergabe unter Abkömmlingen und anderen Verwandten

Im Rahmen der relativ freien Vorgaben für die Anordnung des Familienfideikommisses sind einige typische Formulierungen belegt. So erörtert Papinian z.B. verschiedene Verfügungen (19 *resp.*, D. 31.67 pr.-6), nach denen der Erbe „*unum ex familia*“ als Fideikommissar wählen soll oder durch die der Erblasser eine spätere Zuwendung an andere Personen ausschließt (§ 5): „Ich bitte dich, das Landgut, wem aus der Familie du willst oder welchen du willst, zu hinterlassen“, „Ich verlange, daß das Landgut nicht aus dem Vermögen der Familie ausscheidet“, oder (§ 6) „daß das Landgut ... zurückgegeben wird, falls es nicht in rechtsbeständiger Weise (*cum effectu*) innerhalb der Familie hinterlassen worden ist“.¹⁴ Bei Scaevola 19 *dig.*, D. 32.38.3 nennt der Erblasser als Motiv für eine solche Verfügung das Nichtausscheiden aus dem Kreis der Namensträger.¹⁵ Wiederum andere Anordnungen lassen es unmittelbar auf die Führung des Namens ankommen. So behandelt Papinian 8 *resp.*, D. 31.77.11 die Bestimmung, daß die Erben „das tusculanische Landgut nicht veräußern sollen und daß es nicht aus dem Vermögen der Familie meines Namens ausscheidet“.¹⁶

Zugehörigkeit zur Familie und Führung des Namens fallen in vielen Fällen zusammen. Wie selbstverständlich im Fall des Familienfideikommisses das In-

¹¹ Vgl. Champlin, *Final Judgments* (Fn. 10) 145 f.; Johnston, *Succession* (Fn. 10) 210.

¹² Die Verstetigung des Familiennamens als Ziel verschiedener Formen des Fideikommisses ist für spätere Epochen bekanntlich vielfach belegt. Vgl. nur B. Bayer, *Sukzession und Freiheit*, Berlin 1999, 70 u. 272 mit Nachweisen.

¹³ Eine andere Weise, in der ein Erblasser seine *memoria* über ein *fideicommissum* befördern konnte, bestand freilich in der Festlegung bestimmter Anordnungen für Totenfeiern und Grabstätte; vgl. J.W. Tellegen, *The Immortality of the Soul and Roman Law*, in O. Tellegen-Couperus (Hg.), *Law and Religion in the Roman Republic*, Leiden u. a. 2012, 181-202 (185).

¹⁴ Vgl. noch D. 31.69.3 (Pap. 19 *quaest.*) und D. 30.114.15 (Marc. 8 *inst.*).

¹⁵ Vgl. noch D. 31.77.15 und 28 (Pap. 8 *resp.*).

¹⁶ Grabinschriften verbieten die Veräußerung, „*ne de nomine exeat familiae suae*“ (CIL VI 13203). Weitere Beispiele bei Desanti, *Restitutionis post mortem onus* (Fn. 5) 212; Torrent, *Fideicommissum* (Fn. 5) 22.

teresse an einer Begünstigung von Namensträgern angenommen werden konnte, erweist sich an Modestins Standpunkt,¹⁷ wenn einer Familie ein Fideikommiß hinterlassen worden sei, dann könnten es diejenigen beanspruchen, die namentlich benannt wurden, oder, wenn sie alle verstorben sind, diejenigen, die den Gentilnamen des Verstorbenen zu dem Zeitpunkt trugen, als der Erblasser starb, und die von ihnen im ersten Grad abstammen, außer wenn der Verstorbene die letzteren ausdrücklich ausgeschlossen hat. Nach dieser auf den Willen abstellenden Zweifelsregel rechnet man zur Familie also Namensträger. Hiervon kann die Interpretation solcher Verfügungen ausgehen.¹⁸

Wir können hier zunächst festhalten, daß ein Familienfideikommiß fast immer Träger des Familiennamens – genauer: des *nomen gentile* – begünstigen soll. Der Name steht für Identität und Status eines Menschen und seiner Abstammungslinie.¹⁹ Vor allem für Angehörige der Oberschicht belegen viele Quellen das Interesse, ihn möglichst weiterzugeben.²⁰

2. Die Weitergabe im Kreis der Freigelassenen

Für die Weitergabe des Namens war biologische Verwandtschaft bekanntlich nicht erforderlich. Auch die Adoption bot vielmehr einen Weg zur Schaffung von Nachfolgern in der Namensführung.²¹ Ähnlich lag es, wenn die Weitergabe des Vermögens unter Freigelassenen des Erblassers erfolgen sollte.²² Diese tradierten den Erblassernamen insofern, als sie ihn seit ihrer Freilassung selbst trugen, und dies nicht selten voller Stolz, brachte der Name doch zum Ausdruck, daß sie zu Freiheit und Bürgerrecht gelangt waren. Daher kamen sie wie Söhne als Nachfolger in Betracht, und nicht wenige Quellen überliefern die Wahrnehmung von Freigelassenen als Quasi-Söhne.²³

¹⁷ D. 31.32.6 (Mod. 9 *reg.*).

¹⁸ Anders später CI. 6.38.5 (Iust., a. 532).

¹⁹ Desanti, *Restitutionis post mortem onus* (Fn. 5) 231 mit Nachweisen.

²⁰ Zur Bedeutung der Weitergabe vgl. B. Rawson, *The Roman Family*, in dies. (Hg.), *The Family in Ancient Rome. New Perspectives*, London 1986, 42 f.; R.P. Saller, *Patriarchy, Property, and Death in the Roman Family*, Cambridge 1994, 79 f.; B. Salway, *What's in a name? A survey of Roman onomastic practice from c. 700 B.C. to A.D. 700*, in *JRS* 84, 1994, 126 ff.

²¹ A. Seelentag, *Ius pontificium cum iure civili coniunctum*, Tübingen 2014, 321 mit Nachweisen.

²² Vgl. nur D. 31.77.27 (Pap. 8 *resp.*) und Desanti, *Restitutionis post mortem onus* (Fn. 5) 232-234; D. Johnston, *Prohibitions and perpetuities: family settlements in Roman law*, in *ZRG RA* 102, 1985, 236 f. u. 271.

²³ Für die Wahrnehmung von Freigelassenen als sozusagen eigene Kinder vgl. die Grabinschrift aus Margum (Dubravica / Serbien) *CIL* III 8143 mit dem Wortspiel: *Non fui maritus et reliqui liberos* ... – „Ich war zwar nicht Ehemann, ließ aber Kinder / Freie (nämlich Freigelassene) zurück“.

Eine jener typischen Verfügungen, mit denen der Erblasser sicherstellen möchte, daß sein Vermögen, insbesondere ein Grundstück, im Kreis der (freigelassenen) Träger seines *nomen gentile* weitergegeben wird,²⁴ erörtert Scaevola 3 *resp.*, D. 31.88.6: „*praediolum meum dari volo libertis libertabusque meis et quos hoc testamento manumisi et Seiae alumnae meae, ita ne de nomine familiae meae exeat, donec ad unum proprietas perveniat*“.²⁵ Auch hier wird die Pflicht zur Weitergabe über mehrere Personen²⁶ bis zum letzten Namensträger begründet,²⁷ werden Namensträger also auf Dauer begünstigt.²⁸ Der Erblasser überantwortet also – offenbar mangels leiblicher Kinder – seinen ehemaligen Sklaven, die nun seinen Namen tragen, die Fortführung der *familia* und die Pflege seiner eigenen *memoria*.²⁹

Ein Auslegungsproblem mochte sich ergeben, wenn ein weiblicher Namens-träger als möglicher Begünstigter in Betracht kam. Scaevola 19 *dig.* D. 32.38.1 erörtert einen Fall,³⁰ in dem der Erblasser seinen Freigelassenen ein Grundstück

Vgl. Publil. P 1: *probus libertus sine natura est filius*; ferner Ch. Kunst, *Identität und Unsterblichkeit: Zur Bedeutung des römischen Personennamens*, in *Klio* 81, 1999, 156-179 (159).

²⁴ Johnston, *The Roman Law of Trusts* (Fn. 5) 88 ff.; E. Champlin, *Final Judgments* (Fn. 10) 134 f.; s. auch D. 32.38.1 u. 2 (Scaev. 19 *dig.*) (= *Corpus der römischen Rechtsquellen zur antiken Sklaverei [CRRS]*, Teil IV.3. *Erbrecht. Aktive Stellung, Personeneigenschaft und Ansätze zur Anerkennung von Rechten*, bearb. von M. Avenarius, Stuttgart 2017, Nrn. 263 f.).

²⁵ CRRS IV.3, Nr. 253.

²⁶ Vgl. D. 31.88.12 (Scaev. 3 *resp.*) (CRRS IV.3, Nr. 255).

²⁷ S. Di Salvo, *Il legato modale in diritto romano*, Napoli 1973, 266; ferner D. Liebs, *Ewiges Gedenken durch freigelassene Sklaven. Römisches Recht und römische Sitten*, in A. Gulczyński (Hg.), *Leben nach dem Tod. Rechtliche Probleme im Dualismus: Mensch – Rechtssubjekt*, Graz 2010, 52 f.; ergänzte Fassung: <https://d-nb.info/1123468982/34>.

²⁸ Begünstigt sind die Freigelassenen des Erblassers sowie seine *alumna*. Es handelt sich um ein (üblicherweise aus dem Sklavenstand hervorgegangenes) Pflegekind, das der *paterfamilias* aufgrund eines persönlichen Näheverhältnisses dauerhaft versorgen will. Vgl. H. Sigismund Nielsen, *Alumnus: A Term of Relation Denoting Quasi-Adoption*, in *Classica et Mediaevalia* 38, 1987, 141-188; Á. D’Ors, *La afiliación del alumnus*, in M.J. Schermaier u. a. (Hg.), *Iurisprudentia universalis. Festschrift für Theo Mayer-Maly zum 70. Geburtstag*, Köln u. a. 2002, 141-157.

²⁹ Vgl. D. 32.38.2 (Scaev. 9 *dig.*) (CRRS IV.3, Nr. 264). Vgl. die Klausel in dem durch eine Grabinschrift überlieferten Testament der Iunia Libertas (bei M. Amelotti, *Il testamento romano attraverso la prassi documentale*, I. *Le forme classiche di testamento*, Firenze 1966, 253), nach der bestimmtes Grundvermögen, wenn irgendwann niemand aus dem Kreis der Freigelassenen oder von deren Abkömmlingen mehr vorhanden sein sollte, den Bürgern der *res publica* von Ostia zufallen soll, die aus den Erträgen den Grabkult finanzieren sollen. Dazu F. De Visscher, *La fondation funéraire de Iunia Libertas d’après une inscription d’Ostie* (1948), in ders., *Le droit des tombeaux romains*, Milano 1963, 240 ff. und G. Calza, *Epigrafe sepolcrale contenente disposizioni testamentarie*, in *Epigraphica* 1, 1939, 160-162.

³⁰ CRRS IV.3, Nr. 263.

hinterlassen und verboten hatte, daß es aus dem Kreis seiner Namensträger ausscheide („*fundum Cornelianum de nomine meorum exire veto*“). Der Miterbe Stichus ließ nun in seinem eigenen Testament seine Sklavin Arescusa frei und vermachte ihr seinen Anteil am Grundstück. Die Frage, ob die anderen Mitfreigelassenen nun von den Erben des Stichus dessen Grundstücksanteil aufgrund des Fideikommisses verlangen konnten, beantwortete Scaevola dahingehend, daß das Vermächtnis an Arescusa nicht dem Verbot unterfalle. Stichus hatte als *libertus* des Erblassers dessen (uns unbekannt) Vor- und Gentilnamen übernommen und seiner eigenen Freigelassenen nun das *nomen gentile* in der weiblichen Form weitergegeben. Dies genügte für Scaevola offenbar, um Arescusa als Namensträgerin im Sinne des mutmaßlichen Erblasserwillens erscheinen zu lassen.³¹

3. Die Begünstigung unter der Bedingung der Annahme des Namens

Überliefert sind auch Verfügungen, durch die die Vergabe von Grundvermögen sogar mit der Bedingung verknüpft wird, daß der Begünstigte den Namen des Erblassers annehmen werde.³² Hierdurch werden im Hinblick auf die Namensführung offenbar ähnliche Folgen ausgelöst wie durch die Adoption, die ja nicht selten um der Fortsetzung der Familie willen vorgenommen wird. Das Interesse daran, das Vermögen gerade an Träger des eigenen Namens weiterzugeben, bewegte offenbar den Urheber des sog. *testamentum Dasumii*,³³ einen Freund unter der Bedingung als Miterben zu berufen, daß dieser innerhalb von 30 Tagen verspreche, er werde den Namen des Testators annehmen und auch an seine Nachkommen weitergeben.³⁴

II. Fortsetzung der Familie, *memoria* und Namensführung

Verfügungen, durch die andere oder künftige Träger des eigenen Namens

³¹ Torrent, *Fideicommissum* (Fn. 5) 23. Vgl. noch D. 31.77.28 (Pap. 8 resp.).

³² Vgl. etwa D. 36.1.65.10 (Gai. 2 *fideic.*); Kunst, *Identität* (Fn. 23) 160 f.

³³ Für das sogenannte (vgl. W. Eck, s.v. *Dasumius* [1], in *DNP* 3, Stuttgart 1997, Sp. 332; ders., *Zum neuen Fragment des sogenannten testamentum Dasumii*, in *ZPE* 30, 1978, 277-295) „Testament des Dasumius“ von 108 n. Chr. vgl. die überarbeitete und gegenüber den älteren Editionen um das bei A. Ferrua, *Ultime scoperte a S. Callisto*, in *Riv. Arch. Crist.* 52, 1976, 211-212, publizierte Fragment aus der Calixtus-Katakombe ergänzte Version des Textes in der Epigraphischen Datenbank Heidelberg [<http://www.uni-heidelberg.de/institute/sonst/adw/edh/index.html.de>], n. HD000721); nun auch in G. Purpura (Hg.), *Revisione ed integrazione dei Fontes Iuris Romani Anteiusiniani (FIRA). Studi preparatori*, II. *Auctores – Negotia*, Torino 2012, 153-164.

³⁴ *Testamentum Dasumii*, Zl. 3 u. 4.

begünstigt werden, entspringen dem Wunsch des Erblassers, in einer bestimmten Weise über den Tod hinaus „fortzuleben“. Dieses menschheitsgeschichtlich vielfach nachgewiesene Bedürfnis findet auch in der römischen Kultur Ausdruck.³⁵ Aus ihm erwachsen die Bemühungen um Fortsetzung der Familie.³⁶ Setzt die Natur dem Leben des einzelnen Menschen auch eine zeitliche Grenze, ist ein Fortleben doch in Form dauerhafter Pflege der Erinnerung durch die Lebenden möglich.³⁷ Hierfür kommen besonders solche Personen in Betracht, bei denen die Fortführung des Namens ihre Verbindung mit dem Verstorbenen und früheren Angehörigen der *gens* ausdrückt.³⁸

Der Name ist Anknüpfungspunkt der Erinnerung an Personen.³⁹ Er dient insoweit nicht nur der Individualisierung, sondern auch der Kennzeichnung von Zugehörigkeit.⁴⁰ Insbesondere weist er auf den Zusammenhang zwischen lebenden und verstorbenen Namensträgern hin. Dies hilft, bereits vorhandenes Sozialprestige für nachfolgende Generationen zu bewahren und neu errungenes mit dem Verstorbenen zu verbinden: Dieser wird in den Bedeutungszusammenhang der Lebenden einbezogen, und die letzteren wiederum haben am Ansehen der Vorfahren teil. Cicero zählt die *propagatio nominis* neben der Hervorbringung von Nachkommen und der Ordnung des Nachlasses zu den wichtigsten Instrumenten, mit denen ein Mensch das Andenken an sich selbst sichert.⁴¹ Zeugnis von dieser Vorstellung legt auch ein Brief ab, den Plinius d.J. nach einer miß-

³⁵ Im satirischen „*testamentum porcelli*“ ordnet das Ferkel M. Grunnius Corocotta bestimmte Maßnahmen an, die gewährleisten sollen, „daß mein Name genannt werde in alle Ewigkeit!“. Es handelt sich um eine Anspielung auf die Absicht zahlreicher Testatoren. Vgl. Á. D’Ors, *El „Testamentum Porcelli“ y su interés para la historia jurídica*, in *RIDA* 3 sér. 2, 1955, 220 f.

³⁶ Kunst, *Identität* (Fn. 23) 156 Fn. 5 mit Quellen-Nachweisen.

³⁷ Das entgegengesetzte Ziel verfolgen Gedächtnisstrafen, die mit der Unterdrückung des Namens einhergehen. Sie trafen ihren Adressaten u.U. schwerer als der Tod; H.I. Flower, *The Art of Forgetting*, Chapel Hill 2006, 137 f.

³⁸ Dieser Zweck wurde auch mit Hilfe von Stiftungen verfolgt. Vgl. E. Bruck, *Die Stiftungen für die Toten in Recht, Religion und politischem Denken der Römer* (1949), in *Über römisches Recht im Rahmen der Kulturgeschichte*, Berlin u. a. 1954, 61-63 und unten Fn. 79.

³⁹ Christliche Autoren kontrastierten die römischen Bemühungen, über Monumente, Statuen und Namen „eine Art Auferstehung“ zu erlangen, mit der „wahren“ Unsterblichkeit und dokumentierten gerade dadurch, daß sie das notorische Interesse der Römer in diesem Sinne verstanden. Vgl. Tert. *apol.* 50.11 (*quodammodo mortuis resurrectionem*); ferner Eus. *Caes. hist. eccl.* 1.7.2-5 und Kunst, *Identität* (Fn. 23) 168 u. 170.

⁴⁰ Kunst, *Identität* (Fn. 23) 158.

⁴¹ Cic. *Tusc.* 1.14.31. Daß die Erinnerung an einen Menschen insbesondere an seinem Namen festgemacht wird, ist auch aus romanistischer Sicht schon beobachtet worden; vgl. F. De Visscher, *Les fondations privées en droit romain classique*, in *RIDA* 3 sér. 2, 1955, 201. Strategien zur Namensperpetuierung kennen auch andere Kulturen des Altertums; vgl. für den alten Orient K. Radner, *Die Macht des Namens. Altorientalische Strategien zur Selbsterhaltung*, Wiesbaden 2005.

glückten Schwangerschaft seiner Frau Calpurnia an deren Großvater C. Calpurnius Fabatus schrieb. Er rät Calpurnius, dieser möge seine Enttäuschung, im Alter womöglich keine *posterī* zu haben, abmildern: „Du wünschst Dir Urenkel nicht mehr als ich mir Kinder wünsche, denen ich von meiner Seite der Familie und von Deiner einen leichten Weg zu Ehren, weitbekannte Namen (*audita latius nomina*) und Ahnenmasken von respektablem Alter hinterlassen möchte“.⁴² Kinder als Erinnerungsträger bilden insoweit ein „Denkmal“ für den einzelnen Vorfahren wie für die *gens*, deren Namen sie führen.⁴³ Manche Quellen bezeugen die Wahrnehmung, sie seien gewissermaßen Fortsetzung ihrer Eltern und Vorfahren. Die Abkömmlinge bilden insoweit eine theoretisch endlose „Kette des Seins“, die nicht unterbrochen werden soll.⁴⁴ Zur Fortsetzung der Familie führt das aber nur, wenn auch der Name weitergetragen wird. Er bleibt durch Kinder erhalten, insbesondere durch Söhne, die ihn ihrerseits weitergeben können. Noch im 2. Jh. n. Chr. geht der Zusammenhang in Artemidors Erörterung prophetischer Träume ein: „Jemand träumte, er habe seinen Namen verloren (οἷον ἔδοξέ τις τὸ ἑαυτοῦ ὄνομα ἀπολωλέκεναι). Es geschah, daß er seinen Sohn verlor (nicht nur, weil er das Teuerste verlor, was er besaß, sondern weil der Sohn denselben Namen führte wie der Vater – ὅτι καὶ ταὐτὸ ὄνομα καλοῦμενος ἔτυχεν ὁ παῖς).“⁴⁵ Fortsetzen können die Familie in diesem Sinne auch ein adoptierter Erbe⁴⁶ oder ein Testamentserbe, dem man den eigenen Namen hinterließ, oder schließlich ein Freigelassener.⁴⁷

Auch angesichts des Befundes, daß Familienfideikomisse regelmäßig Namensträger begünstigen, ist als Hauptzweck solcher Anordnungen im Schrifttum meistens die Ordnung der Vermögensnachfolge hervorgehoben worden, während der Namensperpetuierung selbst allenfalls ein geringerer Stellenwert eingeräumt worden ist. Declareuil hatte immerhin in Betracht gezogen, daß sich Testatoren mit solchen Anordnungen bemühten (*s'efforceraient*), entweder das Vermögen in der Familie zu halten oder eine Gruppe von Freigelasse-

⁴² Plin. *ep.* 8.10.3; vgl. Saller, *Patriarchy* (Fn. 20) 161.

⁴³ Catull. *carm.* 61.212-5 fordert, ein bestimmter, so alter Name dürfe nicht ohne Nachkommen sein, er solle sich immer neu verjüngen (*non decet tam vetus sine liberis nomen esse, sed indidem semper ingenerari*); vgl. Plaut. *Mil.* 703-704: *At illa laus est, magno in genere et in divitiis maxumis liberos hominem educare, generi monumentum et sibi*. Für Kinder als Anknüpfungspunkt für *memoria* in der Rechtsliteratur vgl. D. 50.16.220.3 (Call. 2 *quaest.*).

⁴⁴ Vgl. Kunst, *Identität* (Fn. 23) 176 f.

⁴⁵ Artem. *oneir.* 1.4.

⁴⁶ Hierher gehört die sog. testamentarische Adoption, die keine Adoption im technischen Sinne ist, sondern eher die Einsetzung eines Nachfolgers durch Testament, die mit Namensübertragung einhergeht. Vgl. Cic. *ad Att.* 3.20 u. *Nep. Att.* 5 für Q. Caecilius; Plin. *ep.* 5.8.5 für Plinius d. Ä.

⁴⁷ S. oben S. 4 f.; vgl. Kunst, *Identität* (Fn. 23) 157.

nen zu etablieren, welche Namen und Vermögen dauerhaft erhalten.⁴⁸ Für Torrent, der sich die Frage nach der Bedeutung der Namenstradition immerhin stellt, steht die Regelung der Vermögensnachfolge im Vordergrund, weil er dem Namen im 2. Jh. n. Chr., als die spätclassischen Juristen schrieben, kaum noch selbständige Bedeutung einräumen wollte.⁴⁹ Man wird hier immerhin einwenden können, daß das Bedürfnis nach Erinnerungspflege keineswegs nachgelassen hatte. Auch für Bürge tritt das Ziel der Verstetigung des Namens hinter dem der Versorgung zurück.⁵⁰ Demgegenüber gesteht Johnston der Namensperpetuierung eine wichtige Bedeutung zu; für ihn sind die „nomen clauses“ allerdings auch ein Gestaltungsinstrument zur Erreichung ökonomischer Regelungsziele.⁵¹ Die Aufmerksamkeit der sozialgeschichtlichen Forschung ist eher noch weniger auf die Vermögensnachfolge fokussiert: Hier nimmt man teilweise durchaus den aus zahlreichen letztwilligen Anordnungen zur Wahrung des Namens als Kernelement der *memoria* ersichtlichen, selbständigen Wunsch nach Tradierung des *nomen* wahr.⁵²

Wir dürfen tatsächlich vermuten, daß dem Erblasser, der sich des *fideicommissum quod familiae relinquitur* bediente, die Erhaltung des Namens und damit der *familia* nicht selten mindestens so wichtig war wie die Bereicherung der Begünstigten durch die materielle Zuwendung. Auf die selbständige Bedeutung dieses immateriellen Regelungszwecks dürfte die Tendenz des Kaiserrechts hindeuten, denselben zurückzudrängen. Marcian (8 *inst.*, D. 30.114.14) zitiert aus einer Konstitution von Septimius Severus und Caracalla, nach der ein reines Veräußerungsverbot, wie es in Familienfideikommissen auftritt, unwirksam sein soll. Die Konstitution legte fest, daß eine bestimmte Person als Begünstigter erkennbar sein müsse, daß das Motiv der Verfügung also offenbar in der Fürsorge für bestimmte Angehörige zu liegen habe. Die Forderung, daß es dem Erblasser auf materielle Zuwendungen ankommen müsse, läßt vermuten, daß in der Praxis offenbar auch andere Interessen bestanden.⁵³

⁴⁸ J. Declareuil, *Quelques notes sur certains types de fidéicommissis*, in *Mélanges Gérardin*, Paris 1907, 140.

⁴⁹ Torrent, *Fideicommissum* (Fn. 5) 19.

⁵⁰ A. Bürge, *Cum in familia nugas: Zur wirtschaftlichen und sozialen Bedeutung der familia libertorum*, in *ZRG RA* 105, 1988, 325 f., hauptsächlich im Hinblick auf die Begünstigung von Freigelassenen. Sein Hauptargument bilden solche Verfügungen, die für den letzten verbleibenden Namensträger keine Beschränkungen mehr vorsehen.

⁵¹ Johnston, *Prohibitions and perpetuities* (Fn. 22) 96.

⁵² Saller, *Patriarchy* (Fn. 20) 79 Fn. 14; E. Gebhardt-Jaekel, *Mors omnibus instat – Der Tod steht allen bevor. Die Vorstellungen von Tod, Jenseits und Vergänglichkeit in lateinischen paganen Grabinschriften des Westens*, Diss. phil. Univ. Frankfurt am Main 2006-2007, 118 Fn. 80.

⁵³ Eine ähnliche restriktive Tendenz ist von den Regelungen zur Verhinderung willkürlicher

III. Der Gegenstand der Verfügung

Das Interesse vieler Erblasser an einer Perpetuierung des Namens und einer Begünstigung der *memoria* führte also dazu, daß die Verfügung über Vermögen nicht selten in diesem Sinne instrumentalisiert wurde. Hier rückt der typische Gegenstand des Familienfideikommisses in den Blick. Wenn wir davon erfahren,⁵⁴ handelt es sich praktisch immer um eine Immobilie und nicht etwa z.B. um einen Viehbestand, einen Geldbetrag, ein Inventar oder sonstige Wertgegenstände. Als *fundus* wird der Gegenstand bezeichnet bei Valens 2 *fideicomm.*, D. 32.94; Scaevola 2 *resp.*, D. 19.1.48 und 3 *resp.*, D. 31.88.12; Marcian 8 *inst.*, D. 30.114.15; Papinian 8 *resp.*, D. 31.77.11 und 19 *resp.*, D. 31.67.3-7; Ulpian 5 *ad Sab.*, D. 30.4 pr. und Paulus 14 *resp.*, D. 31.87.2. Um ein *praedium* bzw. *praediolum* handelt es sich jeweils bei Scaevola 3 *resp.*, D. 31.88.6; Papinian 19 *quaest.*, D. 31.69.1;⁵⁵ 8 *resp.*, D. 31.77.15 u. 27-28 sowie 9 *resp.*, D. 31.78.3.⁵⁶ Bei Papinian 19 *quaest.*, D. 31.69.3 betrifft das Fideikommiß eine *domus*. In den verschiedenen bei Scaevola 19 *dig.*, D. 32.38 pr.-5 u. 7 erörterten Konstellationen handelt es sich jeweils um einen *fundus*, ein *aedificium* oder ein *praedium*. Als weitere Beobachtung zum typischen Einsatz des Familienfideikommisses können wir also festhalten, daß sein Gegenstand fast immer Grundvermögen ist.⁵⁷ Dieser Befund beruht nicht auf Zufall, sondern weist auf eine verbreitete, mit der Verfügung verbundene Zwecksetzung.

Freilassungen bekannt, mit denen der Freilasser weniger Verdienste der Sklaven belohnen als vielmehr seinen eigenen Nachruhm fördern will. Vgl. M. Carroll, „The mourning was very good“. *Liberation and Liberality in Roman Funerary Commemoration*, in V.M. Hope / J. Huskinson (Hg.), *Memory and Mourning. Studies on Roman Death*, Oxford 2011, 126-149. Nach Cass. Dio 55.13.7 reagierte Augustus mit den Bestimmungen über das Mindestalter auf bestimmte Fälle, in denen die Freilassungen „unkritisch“ (ἀκρίτως) erfolgt waren.

⁵⁴ D. 31.32.6 (Mod. 9 *reg.*) liefert ausnahmsweise keine Angabe.

⁵⁵ Vgl. zu dieser Stelle S. Solazzi, *D. 31.69.1: 'actio serviana' e preferenze concorsuali*, in *SDHI* 5, 1939, 228 ff.

⁵⁶ Nicht hierher gehört wahrscheinlich, der Ausdrucksweise zum Trotz, Val. Max. 4.2.7 der mitteilt, Q. Pompeius' Mutter Cornelia habe sich geweigert, ihrem Sohn bestimmte *fidei commissa praedia* herauszugeben. Der Vermutung, hier sei die Erfüllung eines *fideicommissum* durchgesetzt worden, dürfte entgegenstehen, daß Caelius Rufus die Angelegenheit vor Gericht (*in <ius> dicio*) vertrat. Erst Augustus führte aber ein (außerordentliches) Verfahren zur Durchsetzung der Fideikommissie ein. Vgl. Avenarius, *The Pre-Classical fidei committere* (Fn. 4) Fn. 32 mit Nachweisen.

⁵⁷ So bereits M. Kaser, *Das Römische Privatrecht*², II, München 1975, 554. Vgl. noch das Testament des Hierios, mitgeteilt in der Novelle 159 (a. 555), mit der Justinian die Geltungsdauer der Anordnungen auf maximal vier Generationen begrenzte.

1. Die räumlich-gegenständliche Manifestation der bürgerlichen Stellung

Man wird sicherlich vermuten dürfen, daß die Zuwendung einer Immobilie, insbesondere des Erblasserwohnsitzes, die Neigung des Empfängers bestärken mochte, das Andenken des Erblassers und der anderen Namensträger zu pflegen.⁵⁸ Besonders wenn es sich um ein Haus handelte, hatte der Begünstigte mehr als nur Vermögen übernommen. Das Haus stand zunächst für die räumliche Verortung der Familie. In einem weiteren Sinne wird der Ausdruck „*domus*“ für die Familie selbst verwendet.⁵⁹ Hier zeigt sich die Symbolkraft der räumlich-gegenständlichen Verkörperung ihrer Stellung. Dies erweist sich an zahlreichen Quellen. So berichtet Plutarch, Caesar habe dem jungen Gaius Octavius in seinem Testament sein Vermögen „und sein Haus“ (καὶ τὸν οἶκον) hinterlassen.⁶⁰ Gemeint sind sowohl das Gebäude als auch das „Haus“ im metaphorischen Sinn – und damit die spezifische Stellung als umfassender Nachfolger in der familiären und gesellschaftlichen Position.⁶¹ Nicht ohne Grund schreibt Cicero 58 v. Chr. im Hinblick auf den Abriß seines Hauses am Palatin an Terentia, er werde sich nach der Verbannung erst dann „wiederhergestellt“ (*restitutus*) fühlen, wenn er sein Hausgrundstück in Rom zurückerhalten habe.⁶² Cicero verfügte durchaus noch über andere Immobilien, doch hing für ihn die Wiedererlangung seiner Stellung in der Gesellschaft mit der Restitution des repräsentativen Wohnsitzes am Palatin zusammen.⁶³ In seiner Rede *de domo sua* nennt Cicero Beispiele für die Zerstörung von Häusern, die jeweils mit dem Ziel erfolgt war, den Eigentümer *gesellschaftlich* auszuschalten.⁶⁴ Er macht seinerseits Antonius damit lächerlich, daß dieser auch vor

⁵⁸ Einen älteren, griechischen Beleg für den Versuch, im Wege der langfristigen Verfügung über ein Grundstück dessen Zweckbestimmung – das Lebenswerk des Testators – zu perpetuieren, bietet nach Diog. Laert. 10.16-21 das Testament Epikurs, der seinen berühmten „Garten“ in Athen, die Stätte seiner philosophischen Schule, mit der Bestimmung vererbt haben soll, daß seine unmittelbaren und mittelbaren Rechtsnachfolger den Ort für Studien und Gedenkveranstaltungen bewahren müßten.

⁵⁹ Vgl. nur K.-J. Hölkeskamp, *Under Roman Roofs: Family, House, and Household*, in H.I. Flower (Hg.), *The Cambridge Companion to the Roman Republic*, Cambridge 2004, 113-138.

⁶⁰ Plut. *Cic.* 44.5.

⁶¹ Man schließt hieraus bekanntlich darauf, daß C. Octavius von Caesar testamentarisch adoptiert worden sei. B. Perrin übersetzt in der Loeb-Ausgabe: „and his family name“.

⁶² Cic. *ad fam.* 14.2; vgl. *ad Att.* 3.23.2.

⁶³ Plaut. *Trin.* 106 ff.: Megaronides wirft Callicles vor, dem Charmides dessen Haus abgekauft zu haben, so daß dieser nun ruiniert sei. Gemeint ist kein materieller Ruin, denn Callicles bezahlt einen Preis. Vielmehr ist Charmides' gesellschaftliche Stellung durch die Aufgabe des Hauses beeinträchtigt.

⁶⁴ Cic. *de domo* 38.101-102. Vgl. M. Avenarius, *Vom théâtre zur Bühne totalitärer Gesellschafts-*

Cäsars Konfiskationen keine eigene *domus* gehabt habe, als fast alle anderen eine hatten.⁶⁵

Die Wohnsitze bedeutender Familien verdeutlichen den jeweiligen bürgerlichen Status ihrer Bewohner.⁶⁶ An ihnen haftet dauerhaftes Prestige. Daß dies im gesellschaftlichen Bewußtsein fest verankert ist, erweist sich am Bericht Juvenals, wenn das Haus eines Aristokraten abgebrannt sei, habe dies die ganze Oberschicht erschüttert.⁶⁷ Der Betroffene habe mit vielfältiger Hilfe rechnen dürfen, die einem normalen Menschen sicherlich nicht zugute gekommen wäre.⁶⁸ Aber auch für weniger privilegierte Bürger gilt, daß gerade Grundvermögen für die gesellschaftliche Stellung eines Menschen steht. Auf die Wichtigkeit, eigenen Boden zu haben, weist die berühmte, für Tiberius Gracchus überlieferte Rede hin, in der er mißbilligt, daß diejenigen, die für Rom kämpften, selbst nicht einmal eine Scholle Landes zu eigen hätten.⁶⁹ Die Bemerkung zielt nicht allein darauf ab, daß es diesen Menschen an einer angemessenen Lebensgrundlage mangelt. Beklagt wird vielmehr gleichzeitig der Umstand, daß es dem Landlosen an einer grundsätzlichen Qualität fehlt, an einem bestimmten sozialen Status, der nur dem Grundeigentümer zukommt.

2. Die Bedeutung von Haus und Grundvermögen für die *memoria*

Die Weitergabe eines Wohnhauses begünstigt auch die Kontinuität der Erinnerungsrouten. Denn es ist das *atrium* des Hauses, in dem ein bestimmtes Arrangement für zentrale Aspekte steht, die die (rechtliche und außerrechtliche) Stellung eines Menschen in der Gesellschaft ausmachen: Familie, Kult und Vermögen.⁷⁰ Die Familie zeigt, woher Kult und Vermögen gekommen wa-

strukturen. Die Rezeption griechischer Elemente in die Theaterordnung des Prinzipats, deren Instrumentalisierung zur politischen Einvernahme der Gesellschaft und die staatsbezogene Ausgestaltung des Ehe- und Familienrechts, in F. Lamberti u. a. (Hg.), *Il diritto romano e le culture straniere. Influenze e dipendenze interculturali nell'antichità*, Lecce 2015, 59-121.

⁶⁵ Cic. *Phil.* 2.19.48; vgl. noch Saller, *Patriarchy* (Fn. 20) 89.

⁶⁶ Näher E. Stein-Hölkeskamp, *Das römische Haus – die memoria der Mauern*, in K.-J. Hölkeskamp / E. Stein-Hölkeskamp (Hg.), *Erinnerungsorte der Antike. Die römische Welt*, München 2006, 300-320; vgl. noch S. Hales, *The Roman House and Social Identity*, Cambridge 2003, 40 ff.

⁶⁷ *Iuv.* 3.212 ff.

⁶⁸ G. Alföldi, *Römische Sozialgeschichte*⁴, Stuttgart 2011, 154.

⁶⁹ *Plut. Ti. Gracch.* 9.5.

⁷⁰ Das gilt natürlich vor allem für die Zeit der Republik, später dagegen nur noch unter dem Vorbehalt, daß der *princeps* die Familienverbände entmachtet und ihre gesellschaftliche Konkurrenz beschränkt und kontrolliert hat.

ren und wer – durch die Tradition legitimiert – nun in der Verantwortung steht.⁷¹ Das *atrium* enthält eine Präsentation der Vorfahren, also Stammbäume sowie Büsten oder Masken der Ahnen (*imagines maiorum*) mit *tituli* und in der Vergangenheit errungenen Auszeichnungen. Die Bildnisse dienen dazu, die individuelle Idee des einzelnen Menschen zu tradieren, also ihre *memoria* aufrecht zu erhalten.⁷² Auf diese Weise präsentiert die Familie die kontinuierliche Fortsetzung, und dies auch nach ihrer sakralen Seite: So befindet sich im *atrium* eine Kultstätte, nämlich ein Hausaltar mit Bildsymbolik, Kultgeräten sowie Figuren der Laren, Penaten und Genien.

Es ist insbesondere der Kult, der den Ort seiner Pflege symbolisch hervorhebt und mit dem Heil eines *pater familias* und seiner Angehörigen verknüpft. Die Kultstätte bewirkt, daß die *domus* eines Mannes mit dem Ort identifiziert werden kann, an dem sich sein *lar* befindet.⁷³ Cicero verknüpft den räumlich-gegenständlichen Herrschaftsbereich des Bürgers mit der kultischen Sphäre, um die Bedeutung des Schutzes und die Schwere einer Verletzung herauszustellen. Er fragt, was denn unantastbarer, was stärker durch religiöse Bräuche aller Art geschützt sei als das Haus des Bürgers:⁷⁴ „Hier sind die Altäre, die Herdfeuer, die Penaten; hier finden die Opfer, die Kulthandlungen, die Riten statt; hier ist ein Asyl, für jedermann so heilig, daß man niemanden von dort wegführen darf.“⁷⁵ Ein Beispiel, in dem jemand nicht einfach bestimmten Vermögens beraubt, sondern durch Vertreibung aus allem, was seine Stellung ausmacht, geradezu vernichtet wird, bietet Sextus Roscius aus Ameria. Sein Vater wurde, wie Cicero berichtet, ermordet und als proskribiert eingetragen, der trauernde Sohn, der noch nicht einmal alle herkömmlichen Verpflichtungen für das Begräbnis seines Vaters erfüllt hatte, mittellos aus dem Haus, „vom Herd seiner Väter und von seinen Penaten“ vertrieben, sein sonstiges Vermögen entwendet, sein Leben bedroht.⁷⁶

⁷¹ M. Avenarius, *Römisches Erbrecht und Religion: Interdependenzen von Herrschafts-, Vermögens- und Kulturperpetuierung in Pontifikaljurisprudenz sowie Dogmatik und Praxis des ius civile*, in R. Zimmermann (Hg.), *Der Einfluss religiöser Vorstellungen auf die Entwicklung des Erbrechts*, Tübingen 2012, 37.

⁷² Cic. *pro Rab. post.* 7.16; *in Pis.* 1-2; *pro Planc.* 7.18; vgl. Hales, *The Roman House* (Fn. 66) 46 u. 57.

⁷³ D. 25.3.1.2 (Ulp. 34 *ad ed.*): *Domum accipere debemus hospitium, si in civitate maneat: quod si non sit, sed in villa vel in municipio, illic ubi larem matrimonio collocarent.* Vgl. noch Plaut. *Merc.* 834-835 u. *Trin.* 39-41 sowie Saller, *Patriarchy* (Fn. 20) 89.

⁷⁴ Haus und Hauskult bilden den Kern der Existenz, noch wichtiger als das Vermögen als solches. Die Aufgabe des Kultes wird als äußerste Maßnahme wahrgenommen. Vgl. D. 6.1.38 (Cels. 3 *dig.*); Tibull. *eleg.* 2.4.53-54.

⁷⁵ Cic. *de domo* 41.109; vgl. ferner 40.106 u. 56.143.

⁷⁶ Cic. *pro Sex. Roscio Am.* 8.23; 11.30; 11.32. In den beiden letztgenannten Stellen bringt die

Besonders an dem Ort, wo sich der Status eines Menschen in handgreiflicher Weise manifestiert und wo er nach seinem Tod als Wachsbildnis und im Familienstammbaum verewigt bleibt, wird also richtigerweise an ihn erinnert.

IV. Die direkte Verbindung von Grundvermögen mit dem Namen, um dessen Verstetigung zu begünstigen

Die in ein Familienfideikommiß eingekleidete Anordnung des Erblassers, daß sein Haus oder Grundstück im Kreise der Träger seines Namens weitergegeben werden solle, bereitet aber nicht nur einer kontinuierlichen Pflege des Familienkultes den Weg, indem der angestammte Kultort in den Händen der Verantwortlichen bleibt. Sie begünstigt vielmehr auch weitere Effekte, nämlich einerseits eine Erstreckung der Erinnerung über den Kreis der Familienangehörigen hinaus, und andererseits eine Fortwirkung der *memoria* selbst noch nach dem Zeitpunkt, an dem die Reihe der Namensträger irgendwann einmal abbrechen mag. In diesem Sinne kann eine Verfügung offenbar darauf abzielen, das betreffende Grundstück *selbst* in der öffentlichen Wahrnehmung mit dem eigenen Namen zu verknüpfen.⁷⁷ Es handelt sich nicht um einen rechtlich geregelten Vorgang, sondern um einen Effekt, der sich zuweilen wegen der besonderen Prominenz eines bestimmten Bewohners einstellt, aber auch dann eintreten kann, wenn ein Grundstück über längere Zeit oder sogar mehrere Generationen einer Familie gehört. Wenn es gelingt, diese Verbindung zu etablieren, sind besonders günstige Voraussetzungen für die Tradition des Namens in der kollektiven Erinnerung gegeben.⁷⁸

Während nämlich Menschen sterben oder sich zurückziehen können und bewegliche Sachen zwar Erinnerungsträger sein, aber in Verlust geraten können, gewährleisten Grundstücke unvergleichliche Kontinuität. Sie bleiben, wenn nicht ausnahmsweise durch Naturereignisse wie Erdbeben oder Hochwasser eine ganze Gegend völlig verändert wird, ohne zeitliche Grenze an demselben Ort bestehen. Sie behalten ihre Identität sogar, wenn der darauf befindliche Gebäudebestand wechselt. Unter diesen Bedingungen weisen Grund-

Voranstellung des Hauses (*domus*) unter den entrissenen Gütern dessen Bedeutung zum Ausdruck. Gemeint ist nicht nur der Vermögensgegenstand, sondern vor allem das „Haus“ im übertragenen Sinne.

⁷⁷ Daß die Dauerhaftigkeit eines Grundstücks eine mit diesem verbundene Namenstradition stützen kann, beobachtet zutreffend Ch. Paulus, *Die Idee der postmortalen Persönlichkeit im römischen Testamentsrecht*, Berlin 1992, 202 f.

⁷⁸ Kein Beleg hierfür ist natürlich die Bezeichnung eines Hauses mit dem Namen des jeweils aktuellen Eigentümers, wie z.B. wenn Cic. *Phil.* 11.3.7 die *domus Treboni* erwähnt.

stücks- und Flurnamen bemerkenswerte Kontinuität auf. Und so wird nicht selten ein von Menschen abgeleiteter Name sogar dann noch tradiert, wenn keine Namensträger mehr am Leben sind.⁷⁹

Cicero bezieht sich auf diese Wahrnehmung, wenn er gerade Orten eine besondere Kraft der Erinnerung (*vis admonitionis*) zuerkennt.⁸⁰ Er erklärt, daß eine spezifische Wirkung der Orte gerade darin bestehe, daß sie die Erinnerung an bestimmte Persönlichkeiten schärfen, die dort gelebt oder gehandelt hätten.⁸¹ Die Kulturhistorikerin Aleida Assmann verbindet diese Wirkung besonders mit der festen und langfristigen Verknüpfung von Orten mit Familiengeschichten.⁸² Das ist zweifellos richtig, doch wollen wir den Gedanken über die Erinnerung an Familiengeschichten hinaus, die normalerweise auf die Familie selbst begrenzt ist, auch auf die Erinnerung *an* die Familie und deren Mitglieder, die deren ehemaliger Wohnsitz in weiteren Kreisen lebendig halten kann, erstrecken.

Daß ein Gentilname aufgrund der Verknüpfung mit einem bestimmten Ort die Erinnerung an seinen (oder seine) Träger bewahrt, ist für römische Verhältnisse verschiedentlich belegt. In Rechtstexten überliefert sind z.B. verschiedene von Gentilnamen abgeleitete Bezeichnungen bestimmter Grundstücke, etwa als *praedia Gabiniana*, *Lutatiana* oder *Potitiana*.⁸³ Naheliegenderweise sind es überwiegend Persönlichkeiten der Oberschicht, auf die sich Berichte über den Erinnerungswert, der durch die Verbindung eines Grundstücks mit einem Namen geschaffen wird, beziehen.⁸⁴

⁷⁹ In ähnlicher Weise kann ein Sondervermögen die Namensperpetuierung und damit die Verfestigung der *memoria* ermöglichen, wenn etwa eine Stiftung errichtet wird. So verbindet die sog. *donatio Flavii Syntrophii* (FIRA III 298-301 [nr. 94]) die Zuwendung bestimmter Immobilien an Freigelassene des Stifters mit der (zivilrechtlich unwirksamen) ‚*condicio*‘, daß der zuletzt lebende Begünstigte testamentarisch den dauerhaften Verbleib im Kreis der Namensträger anzuordnen habe. Vgl. Johnston, *The Roman Law of Trusts* (Fn. 5) 86; Bruck, *Die Stiftungen* (Fn. 38) 77-79 und W. Lewis, *Das Recht des Familienfideicommisses*, Berlin 1868, 4 ff.

⁸⁰ Cic. *de fin.* 5.2: *tanta vis admonitionis inest in locis, ut non sine causa ex iis memoriae ducta sit disciplina*. Vgl. A. Assmann, *Erinnerungsräume. Formen und Wandlungen des kulturellen Gedächtnisses*⁵, München 2010 (Ausg. 2018), 298. Daß bestimmte Orte den Betrachter an damit verbundene Persönlichkeiten und Ereignisse denken lassen, liefert, wie Cicero berichtet, den Grund dafür, daß die Mnemotechnik nach Orten ausgerichtet ist. Als Hauptquellen für die entsprechend arbeitende römische Mnemotechnik nennt F.A. Yates, *The Art of Memory*, Chicago 1966, 1-26: Cic. *de orat.* 2.86.351-354; Auctor ad Her. 3.16-24 und Quint. *inst.* 11.2.17-24. Vgl. ferner U. Walter, *Memoria und res publica. Zur Geschichtskultur im republikanischen Rom*, Frankfurt a.M. 2004, 155 ff.

⁸¹ Cic. *de fin.* 5.4: *Ego autem tibi, Piso, assentior usu hoc venire, ut acrius aliquanto et attentius de claris viris locorum admonitu cogitemus*.

⁸² Assmann, *Erinnerungsräume* (Fn. 80) 301.

⁸³ D. 32.91.3 (Pap. 7 *resp.*); D. 33.1.12 (Paul. 13 *resp.*).

⁸⁴ Dies ist bedingt durch das einseitige Interesse der Quellen an vermögenden und einflußrei-

Einen Sonderfall, in dem sich der beabsichtigte Effekt vielfach einstellt, bildet die Grabstätte. Hier zeigt sich eine spezifische Form der Verbindung von Grund und Boden mit dem eigenen Namen, denn es ist bekanntlich überaus häufig belegt, daß Menschen ihren Namen am Grab festhalten ließen. Am Beispiel der Inschriften beschreibt Beard die Bedeutung der Kennzeichnung von Orten mit Personennamen: Die Grabinschrift vergegenwärtigt den Menschen durch die Nennung seines Namens an diesem Ort.⁸⁵ Grabstätten dienen also als wichtige Grundlage der *memoria*-Pflege,⁸⁶ weil der Name verstetigt wird.⁸⁷ Nicht selten sind grabrechtliche Anordnungen, etwa die Einrichtung eines Erbbegräbnisses, Bestandteil letztwilliger Verfügungen. Declareuil meint sogar, daß gerade der Ursprung der Familienfideikommisse mit der Regelung der Grabweitergabe verknüpft gewesen sei.⁸⁸ Kaser verweist darauf, daß die Anordnungen über die Weitergabe von Grabstätten oftmals stark den Formulierungen eines Familienfideikommissses ähnelten,⁸⁹ beobachtet aber insoweit eine „Zweckverschiedenheit“, als die Grabstätte dem sakralen Recht unterfällt, während sich der ökonomische Effekt der Vermögenszuwendung nur auf dem Gebiet des Privatrechts entfalten kann.⁹⁰ Im Hinblick auf die Begünstigung der *memoria* kommt es hierauf freilich nicht an.

Vom Sonderfall der Grabstätte abgesehen, kann die hier interessierende Verbindung eines Gentilnamens mit einem bestimmten Ort vor allem bei Häusern, Gartenanlagen und Landgütern erfolgen.⁹¹

chen Menschen; über die Lebensverhältnisse der Normalbevölkerung wird viel weniger berichtet. Vgl. R. Knapp, *Invisible Romans*, London 2011, 1 ff. Wahrscheinlich waren einfache Menschen auch weniger daran interessiert, einen Anspruch auf *memoria* zur Schau zu stellen; H. v. Hesberg, *Römische Grabbauten*, Darmstadt 1992, 237.

⁸⁵ M. Beard, *Writing and religion: Ancient Literacy and the Function of the Written Word in Roman Religion. Question: What was the Rôle of Writing in Graeco-Roman Paganism?*, in J.H. Humphrey (Hg.), *Literacy in the Roman World*, Ann Arbor MI 1991, 46 f.

⁸⁶ D. 11.7.2.6 (Ulp. 25 *ad ed.*): *memoriae servandae gratia*; D. 11.7.42 (Flor. 7 *inst.*): *memoriae causa*.

⁸⁷ Plin. *nat. hist.* 2.154 berichtet, Grabinschriften vermittelten dem Namen und dem Andenken eines Menschen ein längeres Leben (*nomenque prorogans nostrum et memoriam extendens*); vgl. M. Carroll, „*The mourning was very good*“. *Liberation and Liberality in Roman Funerary Commemoration*, in V.M. Hope / J. Huskinson (Hg.), *Memory and Mourning. Studies on Roman Death*, Oxford 2011, 138-140.

⁸⁸ J. Declareuil, *Quelques notes sur certains types de fidéicommissis*, in *Mélanges Gérardin*, Paris 1907, 139 f.

⁸⁹ S. oben S. 3 u. 5 (*Kaiserrecht*).

⁹⁰ M. Kaser, *Zum römischen Grabrecht*, in *ZRG RA* 95, 1978, 46 f.

⁹¹ Aus Raumgründen beschränkt sich die nachfolgende Darstellung auf Beispiele, die Literatur auf eine Auswahl.

1. Wohnhäuser (*domus, aedes*)

Daß ein Haus langfristig mit dem Namen bestimmter früherer Bewohner verbunden wurde, ist in den Quellen öfter belegt, ohne daß dies freilich notwendigerweise auf die Weitergabe innerhalb der Familie zurückgehen mußte. Oft verliehen einzelne Personen dem Ort Prestige. Cicero z.B. erwarb 62 v. Chr. das Hausgrundstück des im Jahr 91 ermordeten Volkstribunen M. Livius Drusus. Es hatte zwischenzeitlich einem Licinius Crassus gehört.⁹² Für Cicero kam es auf das symbolische Kapital im Sinne Bourdieus an,⁹³ das sich ebenso aus der prominenten Lage am Palatin ergab wie aus dem „Nimbus der Vorbesitzer“.⁹⁴ Cicero ließ hier seinen eigenen Stadtsitz errichten, den nach seinem Tod ein *consul* Marcus Censorinus übernahm und anschließend Sisen-na Statilius Taurus, *consul ordinarius* 16 n. Chr.⁹⁵ Das alles war noch Velleius Paterculus in der frühen Kaiserzeit bekannt.⁹⁶ Das Prestige, das einem Haus durch die Verbindung mit einer Persönlichkeit anhaftet, die dort einmal gewohnt hat, bleibt also erhalten und bildet auch dann die Grundlage für die Erinnerung an den betreffenden Menschen, wenn es zur Weitergabe außerhalb der Familie kommt. Ähnliches gilt für das Haus des Cn. Pompeius Magnus im Viertel der *Carinae*,⁹⁷ das noch im 2. Jh. Sueton als solches bekannt war,⁹⁸ und für das Haus der Ummidia Quadratilla, von dem noch Plinius mitteilt, daß es früher einmal der Wohnsitz von C. Cassius Longinus gewesen war, nach dem die „Cassianische“ Rechtsschule benannt war.⁹⁹

In diesen und weiteren Fällen¹⁰⁰ war es die individuelle Bedeutung eines bestimmten früheren Bewohners, die das jeweilige Haus allgemein mit seinem

⁹² Cic. *ad fam.* 5.6.2; E. Papi, s.v. *Domus: Crassus*, in E.M. Steinby (Hg.), *Lexicon Topographicum Urbis Romae (LTUR)*, 2, Roma 1995, 90.

⁹³ Vgl. nur P. Bourdieu, *Sozialer Raum und „Klassen“*. *Leçon sur la leçon*, Frankfurt a.M. 1985, 10 f.

⁹⁴ Stein-Hölkeskamp, *Das römische Haus* (Fn. 66) 302.

⁹⁵ W. Eck, s.v. *Domus: Sisen-na Statilius Taurus*, in *LTUR* 2 (Fn. 92) 182.

⁹⁶ Vell. 2.14.3.

⁹⁷ Cic. *Phil.* 2.26.64-2.28.69; Cass. Dio 45.28.3-4; Plut. *Caes.* 51.

⁹⁸ Svet. *Tib.* 15.1.

⁹⁹ Plin. *ep.* 7.24.8. Vgl. M. Avenarius, *Sabinus und Cassius. Die Konstituierung der sabinianischen Schultradition in der Retrospektive und ihre vermuteten „Gründer“ im Wandel der Wahrnehmung*, in K. Muscheler (Hg.), *Römische Jurisprudenz – Dogmatik, Überlieferung, Rezeption. Festschrift für Detlef Liebs zum 75. Geburtstag*, Berlin 2011, 39 ff.

¹⁰⁰ In dem spätantiken *Curiosum Urbis Romae regionum XIII cum brebiariis suis* sind mehrere Häuser nach Personen benannt; vgl. die Edition bei A. Nordh, *Libellus de regionibus urbis Romae*, Lund 1949, 73-106.

Namen assoziieren ließ. Es darf freilich für nicht wenige Fälle vermutet werden, daß die Verknüpfung mit dem Namen gerade durch die Traditionspflege vor Ort herbeigeführt worden war. In anderen Fällen dürfte es auf die kontinuierliche Nutzung eines Hauses durch eine Familie insgesamt zurückgehen, daß das Haus mit deren Gentilnamen verbunden wurde.¹⁰¹ Gerade im Hinblick auf stadtrömische Wohnsitze von Senatoren ist allerdings eine kontinuierliche Nutzung durch Namensträger über mehrere Generationen nur relativ selten nachweisbar.¹⁰² Zwar gab es auch im Prinzipat zahlreiche Familien, deren Angehörige über Generationen dem Senat angehörten und an ihren repräsentativen Wohnsitzen in Rom festhielten. Bekannt ist dies z.B. für die Acilii Glabrones, die Scipiones Orfiti und die Neratii.¹⁰³ Aber die Prinzipatszeit erlebte einen ausgeprägten Wechsel in der Zusammensetzung des Senats. Nachdem zu Augustus' Zeit noch fast alle Mitglieder italischen Ursprungs gewesen waren, stammte zur Zeit der Severer nicht weniger als die Hälfte der Senatoren aus anderen Reichsteilen.¹⁰⁴ Neue Senatoren, die einen Wohnsitz in Rom begründen mußten, übernahmen gerne Häuser, denen frühere Bewohner bereits einiges Prestige verliehen hatten. Gerade bei senatorischen Familien bewirkte also der häufige Besitzerwechsel, daß Traditionsbildung an festliegenden Orten in vielen Fällen nicht möglich war.

Immerhin kam es vor, daß es etablierten Familien gelang, ihren Sitz jedenfalls in der Wahrnehmung bestimmter Kreise mit ihrem Namen als überindividueller Bezeichnung zu verknüpfen. So könnte es im Falle der *Bruttii Praesentes* gewesen sein.¹⁰⁵ Ein aus dem 4. Jh. herrührendes Verzeichnis von Gebäuden und anderen Orten in Rom nennt noch in der *regio III* eine *domus Britti Praesentis* bzw. *Brytti Praesentis*.¹⁰⁶ Da die Familie dafür bekannt war, daß sie in

¹⁰¹ Günstige Bedingungen bestanden naheliegenderweise im Falle der Wohnsitze von Kaiserdynastien. So berichten die spätantiken Verfasser der *Historia Augusta*, daß die *domus Gordianorum* und die *domus Tetricorum* noch zu ihrer Zeit existierten (Hist. Aug. *Gord.* 32.1; *trig. tyr.* 25.4).

¹⁰² E. Rawson, *Roman Culture and Society*, Oxford 1991, 204 ff.; W. Eck, *Cum dignitate otium. Senatorische Häuser im kaiserzeitlichen Rom*, in ders., *Monument und Inschrift: Gesammelte Aufsätze zur senatorischen Repräsentation in der Kaiserzeit*, herausgegeben von W. Ameling / J. Heinrichs, Berlin 2010, 237 ff.

¹⁰³ M. Dondin-Payre, *Exercice du pouvoir et continuité gentilice. Les Acilii Glabrones*, Rome 1993, 130 ff., 296 ff. u. *passim*; *PIR*², II, Berolini u. a. 1936, Nr. C 1442 ff.; V, Berolini u. a. 1937, Nr. N 51 ff.

¹⁰⁴ Siehe z.B. G. Barbieri, *L'albo senatorio da Settimio Severo a Carino*, Roma 1952, 432 ff.; W. Eck, *Die Umgestaltung der politischen Führungsschicht – Senatorenstand und Ritterstand*, in ders., *Die Verwaltung des römischen Reiches in der hohen Kaiserzeit*, 1, Basel 1995, 141 ff.

¹⁰⁵ Vgl. *The Prosopography of the Later Roman Empire*, I, Cambridge 1971, 721.

¹⁰⁶ *Curiosum Urbis Romae*, ed. Nordh, *Libellus de regionibus urbis Romae* (Fn. 100) 76.

ungewöhnlicher Kontinuität von der flavischen Zeit bis in das 4. Jahrhundert Mitglieder des Senats stellte, bietet sich die Vermutung an, daß die dauerhafte „Präsenz“ der Familie an diesem Ort zur Verbindung des Namens mit dem Haus führte.¹⁰⁷

Einen prominenten Fall, in dem dies auf lange Sicht erfolgreich war, bietet die Familie der *Laterani*: Nachdem ein Plautius Lateranus, *consul designatus*, etwa im Jahr 66 n. Chr. angeklagt worden war, an der Pisonischen Verschwörung gegen Nero beteiligt gewesen zu sein,¹⁰⁸ konfiszierte man das Vermögen der Familie einschließlich ihres Stadtsitzes.¹⁰⁹ Hieronymus bezeichnet das Haus zwar als *basilica quondam Laterani*,¹¹⁰ verweist mit dem Singular also möglicherweise nur auf den letzten Eigentümer vor der Konfiskation. Die im Prinzipat vorherrschende Sichtweise wird aber eher durch Juvenal wiedergegeben worden sein, der von dem „ehrwürdigen Haus der Lateraner“ (*egregias Lateranorum aedes*) spricht.¹¹¹ Einen Teil des Areals gab Septimius Severus an die *Laterani* zurück.¹¹² Der Name der Familie ist bis heute mit dem Gelände verbunden geblieben.¹¹³

Der Übergang eines Gentilnamens auf ein Haus infolge einer kontinuierlichen Nutzung durch Namensträger konnte auch im Wege der Weitergabe an eigene Freigelassene herbeigeführt werden, wie es die in verschiedenen Digestentexten behandelten Verfügungen dieser Art bewirken. Dies war möglicherweise der Fall bei dem Haus des T. Pomponius Bassus, Suffektkonsuls von 94 und 101, an der Kreuzung von *Alta Semita* und *Clivus Salutis* auf dem Quirinal. Hier hatte offenbar schon das Haus von Ciceros Freund T. Pomponius Atticus gestanden, welches bereits in der Familie vererbt worden war.¹¹⁴ Das gleiche Prae- und Gentilnomen könnte vermuten lassen, daß das Grundstück über mehr als ein Jahrhundert im Kreise der Namensträger verblieben wäre. Allerdings hatte Atticus keinen Sohn und wurde von seiner Tochter Caecilia beerbt.¹¹⁵ Eck weist darauf hin, daß die Namensgleichheit der beiden Pomponii

¹⁰⁷ Eck, *Cum dignitate otium* (Fn. 102) 236 f.

¹⁰⁸ Tac. *ann.* 11.36; 13.11; 15.49 u. 60.

¹⁰⁹ Vgl. L. Homo, *Le domaine impérial à Rome*, in *MEFRA* 19, 1899, 122 u. 126.

¹¹⁰ Hieron. *ep.* 77.4; vgl. dazu P. Liverani, s.v. *Domus: Laterani*, in *LTUR* 2 (Fn. 92) 127.

¹¹¹ *Iuv.* 10.17.

¹¹² *Epitome de Caesaribus* 20.6.

¹¹³ Auf dem Gelände stehen bekanntlich die Basilika San Giovanni in Laterano sowie der Palazzo del Laterano. Vgl. Chr. Gnllka, *Aedes Laterani*, in *ZPE* 188, 2014, 70-80 mit weiteren Nachweisen.

¹¹⁴ *Nep. Att.* 13.

¹¹⁵ J.-M. Roddaz, *Marcus Agrippa*, Rome 1984, 81-83.

unter diesen Umständen mit der Weitergabe des Hauses an einen Freigelassenen des Atticus zu erklären sein könnte,¹¹⁶ dessen Nachfahren – noch immer Namensträger – nach einigen Generationen in den Senatorenstand aufgestiegen wären.¹¹⁷ Dies kam, wie Tacitus mitteilt, nicht selten vor.¹¹⁸

Gemeinsam haben diese Fälle, daß das Prestige der Menschen zusammen mit ihrem Namen auf das Haus übergegangen ist. Unmittelbar zum Ausdruck kommt diese Vorstellung, wenn Cicero das Haus des Cn. Octavius, des Konsuls von 165 v. Chr., als eine *domus praeclara et plena dignitatis* beschreibt: Das Haus selbst war „voller Würde“.¹¹⁹ Im Falle von Wohnhäusern bedeutender Persönlichkeiten konnte diese Würde – und damit die dauerhafte Anknüpfung der Erinnerung – auch dadurch begünstigt werden, daß zum Schmuck die Zeichen bestimmter für den Staat erworbener Verdienste angebracht werden konnten, etwa Symbole für errungene Erfolge wie Beutestücke aus dem Krieg. Solche Auszeichnungen durften noch nicht einmal entfernt werden, wenn das Haus veräußert wurde.¹²⁰ Hierher gehören z.B. der bei Caesar installierte Firstschmuck (*ἀκρωτήριον*)¹²¹ und der über der Tür zum Haus des Augustus angebrachte Ehrenkranz (*corona civica*).¹²² Wir erfahren dies von Angehörigen der Oberschicht, doch muß es nicht nur für diese gegolten haben, denn insbesondere das Militär bot auch weniger Privilegierten vielfältige Möglichkeiten zum Erwerb von Ehrenzeichen. Hier dürfte sich vielmehr die einseitige Ausrichtung des Interesses der Quellen auswirken.

2. Gartenanlagen (*horti*)

In ähnlicher Weise für lange Zeit mit dem Namen bestimmter dort ansässiger Personen oder Familien verbunden blieben auch bestimmte *horti*, also große Gartenanlagen mit Gebäudebestand: Cicero berichtet von den *horti* des P. Cornelius Scipio Africanus (cos. 205), die noch 163 v. Chr. im Eigentum der Familie gestanden haben sollen.¹²³ Sie lagen am südlichen Hang des Quirinal. Auch Caesar hatte auf diesem Hügel *horti*;¹²⁴ er richtete hier einen Kult für

¹¹⁶ Eck, *Cum dignitate otium* (Fn. 102) 207 ff.

¹¹⁷ W. Eck, s.v. *Domus: T. Pomponius Atticus*, in *LTUR* 2 (Fn. 92) 161 f.

¹¹⁸ Tac. *ann.* 13.27.1.

¹¹⁹ Cic. *de off.* 1.39.138; vgl. E. Papi, s.v. *Domus: Cn. Octavius*, in *LTUR* 2 (Fn. 92) 147.

¹²⁰ Vgl. Stein-Hölkeskamp, *Das römische Haus* (Fn. 66) 302 f.

¹²¹ Plut. *Caes.* 63.6.

¹²² *RGDA* 34.

¹²³ Cic. *de nat. deor.* 2.4.11.

¹²⁴ Vgl. *Obsequ. prod.* 71.

Venus als Stamm-Mutter der Julier ein. Nachdem C. Sallustius Crispus später die Gärten erworben hatte, wurde das Heiligtum „*aedes Veneris hortorum Sallustianorum*“ genannt.¹²⁵ Von dem Schriftsteller Sallust gingen die Gärten (etwa 35 v. Chr.) über auf dessen gleichnamigen Großneffen und Adoptivsohn, einen *amicus* des Augustus (gest. 20 n. Chr.),¹²⁶ der dort offenbar auch wohnte.¹²⁷ Wahrscheinlich unter Tiberius gelangten die *horti Sallustiani* dann in das kaiserliche Vermögen.¹²⁸ Noch die spätantike *Historia Augusta* verwendet den Namen, wenn sie berichtet, Aurelian habe in den *horti Sallustii* eine *porticus* errichten lassen.¹²⁹ Die Namenstradition wird bis heute aufrechterhalten, wenn auch nur durch die (vergleichsweise kleine) Piazza Sallustio in Rom.

In den *horti* des C. Cilnius Maecenas auf dem Esquilin,¹³⁰ die als *Maecenatiani* mit dem Cognomen des schwerreichen Beraters des Augustus gekennzeichnet wurden, lebte nicht nur Tiberius vorübergehend,¹³¹ sondern auch Cornelius Fronto richtete später seinen Wohnsitz an diesem Ort ein, den er noch immer mit dem Namen des Maecenas verband.¹³²

3. Landgüter (*fundi*)

Besondere Bedingungen galten für den Namen des *fundus*. Der Ausdruck ist die technische Bezeichnung für das vom Staat einem Bürger assignierte, also in sein Privateigentum übertragene und unter dem Namen des ersten Berechtigten registrierte Grundstück.¹³³ Im allgemeinen Sprachgebrauch wurde das *nomen gentile* des ursprünglichen Eigentümers mit der Endung *-anus* vielfach dauerhaft als Grundstücksname verwendet.¹³⁴ Diesem *vocabu-*

¹²⁵ Ps.-Cic. *in Sall.* 7.19-20; vgl. *CIL* VI 122, VI 32451 u. VI 32468.

¹²⁶ Vgl. Tac. *ann.* 3.30.

¹²⁷ A. Stein, s.v. *Sallustius* 11, in *RE*, 2. Reihe, 2. Halbbd., Stuttgart 1920, Sp. 1955 f. (1956).

¹²⁸ D. 30.39.8 (Ulp. 21 *ad Sab.*); vgl. D. 31.45 (Gai. 14 *ad leg. Iul. et Pap.*).

¹²⁹ Hist. Aug. *Aurel.* 49.1.2.

¹³⁰ Als weitere mit Eigennamen verbundene Gärten sind auf dem Esquilin die *horti Cabyclani*, *Pallantiani*, *Epaphroditiani*, *Liciniani* sowie *Lamiani et Maiani* belegt. Vgl. O. Hirschfeld, *Der Grundbesitz der römischen Kaiser in den ersten Jahrhunderten* (1902), in ders., *Kleine Schriften*, Berlin 1913, 528-533 mit weiteren Nachweisen. Zahlreiche nach anderen Personen genannte *horti* im kaiserlichen Vermögen nennt auch Homo, *Le domaine impérial* (Fn. 109) 115-127.

¹³¹ Svet. *Tib.* 15.1.

¹³² Front. *ad M. Caes.* 1.8.

¹³³ Th. Mommsen, *Die italische Bodenteilung und die Alimentartafeln* (1884), in ders., *Historische Schriften*, II, 1908, Berlin u. a. 1965, 123-125; A. Schulten, s.v. *Fundus*, in *RE* 13. Halbbd., Stuttgart 1920, Sp. 296.

¹³⁴ Vgl. Mommsen, *Die italische Bodenteilung* (Fn. 133) 124.

*lum fundi*¹³⁵ lag aber keine Rechtsregel, sondern eine gehandhabte Praxis zugrunde, die an die förmliche Registrierung anknüpfte.

Als Grundstücksbezeichnungen sind in den Quellen z.B. *Aebutianus*,¹³⁶ *Cassianus*,¹³⁷ *Iulianus*,¹³⁸ *Livianus*,¹³⁹ *Nonianus*,¹⁴⁰ *Rutilianus*¹⁴¹ und *Trebatianus*¹⁴² überliefert. Die entsprechenden *fundi* sind nach den Namen der *gentes* (*Aebutia*, *Cassia*, *Iulia* usw.) benannt. Nicht alle Namen leiten sich freilich von der registrierten Bezeichnung ab. Manche *fundi* werden vielmehr im Testament von einem Angehörigen der *gens* hinterlassen worden sein, andere wurden wohl von einem bekannten Namensträger erworben.¹⁴³ Nur wenige Grundstücksnamen gehen auf ein Cognomen zurück.¹⁴⁴ Die Verknüpfung erfolgt also regelmäßig nicht mit dem Namen eines Individuums, sondern mit dem einer *gens*.

In anderen Fällen überliefern die Rechtstexte offenbar Blankettnamen. Dies gilt im Zweifel etwa für *Maevianus*, *Seianus* und *Titianus*. Denkbar ist dies auch im Falle der in Rechtstexten häufig verwendeten Bezeichnungen *fundus Cornelianus* und *Sempronianus*, wie etwa bei Ulpian 5 *ad Sab.*, D. 30.4 pr. Nun waren die *Sempronii* und die *Cornelii* zwei alte *gentes* mit bedeutendem Grundvermögen. Daß sich also Rechtsprobleme auf Grundstücke bezogen, die mit ihrem Namen verbunden waren, wird nicht selten vorgekommen sein. Allerdings war die Hauptbedeutung der beiden *gentes* in die Zeit der Republik gefallen und lag für Ulpian, also im 2./3. Jh. n. Chr., schon lange zurück.¹⁴⁵ Falls spätklassische Juristen daher jeweils eine historisch zutreffende Bezeichnung verwendeten, erweise sich daran die lange Beharrungskraft der Grundstücksbezeichnungen. Nicht nur das Bewußtsein, daß ein Grundstück einmal von Angehörigen einer bestimmten *gens* bewohnt worden war, sondern auch der Name konnte einen späteren Eigentümerwechsel überstehen. So behandelt Scae-

¹³⁵ D. 30.4 pr. (Ulp. 5 *ad Sab.*).

¹³⁶ D. 33.2.38 (Scaev. 3 *resp.*).

¹³⁷ D. 33.7.27.5 (Scaev. 6 *dig.*).

¹³⁸ D. 32.38.8 (Scaev. 19 *dig.*); D. 32.93.5 (Scaev. 3 *resp.*).

¹³⁹ D. 28.5.35 pr. (Ulp. 4 *disp.*).

¹⁴⁰ D. 33.7.27.5 (Scaev. 6 *dig.*).

¹⁴¹ D. 4.4.38 (Paul. 1 *decr.*).

¹⁴² D. 32.35.2 (Scaev. 17 *dig.*).

¹⁴³ *Antonii Augustini Opera Omnia*, I, Lucae 1765, 477 f. Fn. c.

¹⁴⁴ Dies gilt etwa für *Caesarianum* von Caesar, *Sosianum* von Sosia und *Speratianum* von Speratus.

¹⁴⁵ Grundstücke, deren Bezeichnung einfach mit ihrer geographischen Lage zusammenhängt, bleiben hier außer Betracht. Über ein „tusculanisches“ Landgut verfügte z.B. Cicero, über ein weiteres Plinius, und ein mutmaßlich drittes behandelt D. 31.77.11 (Pap. 8 *resp.*).

vola 6 *dig.*, D. 33.7.27.4 das „*legatum*“¹⁴⁶ eines mutmaßlichen Septicius über einen „Seianischen“ *fundus*, den er von seinem Vater übernommen hatte.

Andererseits boten auch die Bedingungen, unter denen die *fundi* ihre Namen führten, Raum für die Etablierung neuer Bezeichnungen. Die tradierten, an Gentilnamen ursprünglicher Eigentümer angelehnten Bezeichnungen waren nicht die einzigen im Verkehr verwendeten. Sogar wenn das Grundstück bereits mit einem anderen *nomen gentile* verknüpft war, konnte ein neuer Name eingeführt und im überindividuellen Bewußtsein verankert werden. Hierauf zielten letztwillige Verfügungen ab. Dies zeigt sich bei Scaevola 19 *dig.*, D. 32.38.1, wo ein bereits als „*fundus Cornelianus*“ bezeichnetes Grundstück an Träger des Testatornamens weitergegeben werden soll. Offenbar ist die tradierte Benennung schon so unspezifisch geworden, daß eine künftige Verknüpfung des Grundstücks mit einem bestimmten anderen Gentilnamen angestrebt werden kann. Schließlich bezeugen die Quellen auch, daß zu dem tradierten Ersteigentümer-Namen mitunter noch der Name des gegenwärtigen Eigentümers hinzugesetzt wurde, z.B. im Falle des „*f. Seianus C. Octavi*“.¹⁴⁷ Diese Namensbildung mag sicherlich praktische Gründe gehabt haben, wenn etwa in einer Feldmark mehrere ursprünglich derselben *gens* zugewiesene Grundstücke an verschiedene Eigentümer gelangten. Aber es zeigt gleichzeitig, daß die Möglichkeit der Etablierung eines bestimmten Namens bestand.

Einmal aufgrund der anfänglichen Assignation oder durch abweichende spätere Praxis eingeführt, konnten sich Grundstücksnamen sehr lange halten. So schreibt Hieronymus 380 n. Chr., jener *fundus*, welcher dem republikanischen Tragödiendichter L. Accius (ca. 170-ca. 90 v. Chr.) einst bei der Assignation der Kolonie Pisaurum zugewiesen worden sei, werde nach seinem Namen *Accianus* genannt.¹⁴⁸ Manche Grundstücke haben die mit ihnen verbundenen Personennamen sogar noch über das Ende der Antike hinaus bewahrt. In früh- und hochmittelalterlichen Urkunden, die die römische Campagna betreffen, werden nicht wenige Güter mit den Namen ihrer alten Eigentümer bezeichnet.¹⁴⁹ Niebuhr be-

¹⁴⁶ Tatsächlich handelte es sich offenbar um ein Fideikommiß („*dari volo*“, vgl. Ps.-Ulpian *reg.* [Tit. Ulp.] 25.2).

¹⁴⁷ Schulten, s.v. *Fundus* (Fn. 133) Sp. 297.

¹⁴⁸ Hieron. *chron.* n. 1877 (Helm 145.1).

¹⁴⁹ A. Esch, *Römische Straßen in ihrer Landschaft*, Mainz 1997, 9 u. 11 mit Nachweisen. Vgl. etwa jene Inschrift (wohl 8. Jh.) über eine Schenkung an Santi Giovanni e Paolo in Rom, die bestimmte Landgüter beim 22. Meilenstein der via Appia in der Nähe von Velletri aufführt; *Scoperte nell'Arenaria*, in *Bullettino di Archeologia Cristiana* 4 (3^a serie), 1873, 36-41, und G. Tomassetti, *La Campagna Romana antica, medioevale e moderna*, II, Roma 1910-1926 (Nachdr. Bologna 1976), 353 f. Zu möglichen Aussagen solcher Toponyme vgl. A. Esch, *Antike in der Landschaft: Römische Monumente in mittelalterlichen Grenzbeschreibungen um Rom*, in C.L. Striker (Hg.), *Architectural Studies in Memory of Richard Krautheimer*, Mainz 1996, 61-65.

richtet, daß es sogar noch zu Beginn des 19. Jahrhunderts hunderte Grundstücke gegeben habe, deren Bezeichnungen auf ihre römischen Namen zurückgingen.¹⁵⁰ Er beruft sich dafür u. a. auf die Beobachtung von Dionigi, zwei der vier Landgüter, die in der Inschrift über die Schenkung des A. Quinctilius Priscus bei Ferentinum genannt seien, führten noch immer ganz ähnliche Namen wie in der Antike:¹⁵¹ *fundus Roianus* und *fundus Ceponianus* seien dieselben Grundstücke, welche nunmehr als „la Roana“ und „la Cipollara“ bekannt seien.¹⁵²

V. Namenführende Grundstücke als Erinnerungsorte

Wir haben beobachtet, daß Erblasser bei der Errichtung eines Familienfideikommisses zwei Zeitabschnitte im Blick haben konnten: eine erste Phase, in der nahe Angehörige, möglichst Namensträger, die *memoria* des Verstorbenen im Rahmen des Haus- und Ahnenkultes pflegten, und eine spätere, in der das Haus oder Grundstück der Familie – sei es um der Verdienste eines bestimmten Mitglieds willen oder wegen der kontinuierlichen Nutzung durch die Familie über mehrere Generationen – in der Wahrnehmung weiterer Kreise mit deren Gentilnamen verbunden war, so daß die Erinnerung an die Namensträger anschließend im kollektiven Gedächtnis verankert blieb.

Der zuletzt genannte Schritt berührt den Gegenstand der Erforschung von „Erinnerungsorten“. Diese Forschungsrichtung, deren Grundlagen der französische Historiker Pierre Nora seit den 1980er Jahren etabliert hat,¹⁵³ nimmt bekanntlich die Bedeutung bestimmter Anknüpfungspunkte überindividueller Erinnerung, also deren „Kristallisationspunkte“, die körperlich oder unkörperlich sein können, für das historische Verstehen in den Blick.¹⁵⁴ Dabei richtet sich das Interesse weniger auf die historischen Sachverhalte selbst als darauf, wie ihre Bedeutung in Erinnerung und Traditionen konstituiert wird.¹⁵⁵

¹⁵⁰ B.G. Niebuhr, *Römische Geschichte*², II, Berlin 1830, 708-710; auch Schulten, s.v. *Fundus* (Fn. 133) Sp. 296 f.

¹⁵¹ *CIL* X 5853; dazu J. Fejfer, *Roman Portraits in Context*, Berlin u. a. 2008, 68 f.

¹⁵² M. Dionigi, *Viaggi in alcune città del Lazio*, Roma 1809, 18.

¹⁵³ Grundlegend P. Nora (Hg.), *Les lieux de mémoire*, 3 Teile, Paris 1984-1992. Vgl. ferner ders., *Zwischen Geschichte und Gedächtnis*, Berlin 1990; der Autor führt (S. 7) die Anregung zur Prägung des Ausdrucks „lieu de mémoire“ zurück auf F.A. Yates (Fn. 80).

¹⁵⁴ P. Nora, *From Lieux de mémoire to Realms of Memory. Preface to the English-Language Edition*, in ders. (Hg.), *Realms of Memory. Rethinking the French Past*, New York 1996, XVII: „a lieu de memoire is any significant entity, whether material or non-material in nature, which by dint of human will or the work of time has become a symbolic element of the memorial heritage of any community“.

¹⁵⁵ Nora, *From Lieux de mémoire* (Fn. 154) XXIV.

Soweit hierbei Orte im topographischen Sinne in Betracht kommen, unterscheidet man zwischen solchen Stätten, an denen traditionale Lebensformen bestehen, durch die Erinnerung gepflegt wird, und solchen, an denen in der Vergangenheit ein Lebenssachverhalt stattgefunden hat, an den der Ort selbst nun erinnert.¹⁵⁶ Ein Ort kann zuerst die eine und später die andere Bedeutung annehmen, so daß aus einem „milieu de mémoire“ ein „lieu de mémoire“ hervorgeht (Mora),¹⁵⁷ welcher die Bedeutung vergangener Sachverhalte verkörpert. Ebenso wie die Erinnerungen des einzelnen Menschen dessen Persönlichkeit formen, kann das kollektive Gedächtnis einer Gruppe, etwa der Bewohner einer Stadt oder der Angehörigen einer Gesellschaftsschicht, gemeinsame Erinnerungen bewahren und dadurch zur Herausbildung einer spezifischen Identität beitragen. Hierbei kommt Mnemotopen eine wichtige Funktion zu, wenn sie, mit symbolischer Kraft versehen,¹⁵⁸ die Erinnerung an Persönlichkeiten oder Ereignisse wachhalten, die eine Gemeinschaft als für ihre Identität relevant wahrnimmt.¹⁵⁹

Tatsächlich hat die römische Antike in großer Zahl Erinnerungsorte hervorgebracht.¹⁶⁰ Darunter sind solche, die, wie etwa die Milvische Brücke, ungeplant das Erinnern an ein vergangenes Ereignis an den Ort seines historischen Stattfindens knüpfen. Andere Erinnerungsorte sind als solche künstlich und bewußt geschaffen worden.¹⁶¹ Dies ist z.B. der Fall, wenn es gelungen ist, durch Verbindung eines Namens mit einem Haus oder Grundstück dasselbe zu einem Anknüpfungspunkt überindividueller Erinnerung zu machen. Freilich erweist sich erst im Laufe der Zeit, ob und wie lange die Menschen mit dem Ort den Namen assoziieren. Wo etwa über einige Generationen eine Familie ihren Stammsitz unterhalten hat, deren Mitglieder wichtige öffentliche Ämter versehen oder anderweitige Verdienste um den Staat erworben haben, dürfte zumindest für die Angehörigen ihres gesellschaftlich-politischen Beziehungsnetzwerks, wenn nicht sogar über diesen Kreis hinaus, wichtig gewesen sein. So konnte das individuelle Bedürfnis nach Begünstigung des Andenkens, das der Stifter eines Familienfideikommisses verfolgt haben mochte, mit dem überindividuellen Interesse an der Wahrung der Gruppenidentität zusammenfallen.

¹⁵⁶ Assmann, *Erinnerungsräume* (Fn. 80) 309.

¹⁵⁷ Nora, *Zwischen Geschichte* (Fn. 153) 11.

¹⁵⁸ *Op. ult. cit.* 26.

¹⁵⁹ Es ist gerade die Auslöschung solcher kollektiver Erinnerung, die man in der Kriegs- und Nachkriegszeit dadurch zu erreichen suchte, daß man Orte über die Zerstörung hinaus bis zur Unkenntlichkeit ihrer Strukturen einebnete. Flurbereinigung und Tagebau haben – ohne daß dies freilich bezweckt war – entsprechende Wirkungen entfaltet.

¹⁶⁰ K.J. Hölkeskamp / E. Stein-Hölkeskamp, *Einleitung: „Erinnerungsorte“ – Begriff und Programm*, in Hölkeskamp / Stein-Hölkeskamp (Hg.), *Erinnerungsorte der Antike* (Fn. 66) 11-14 und nun T. Chiusi, *Die Antike und Europas Erinnerungsorte*, in *FC* 3, 2018, 156-182.

¹⁶¹ Nora, *Zwischen Geschichte* (Fn. 153) 16 f.

Mariagrazia Bianchini
(Università degli Studi di Genova)

UN'INTERPOLAZIONE 'IDEOLOGICA' IN CI. 8.11.5

Accogliendo una disposizione di Valentiniano I, che affrontava problemi di edificabilità in Roma, i commissari giustiniani inseriscono, nel testo trådito dal Codice Teodosiano (CTh. 15.1.11), un breve ma significativo inciso: *Intra urbem Romam [veterem et novam] aeternam*. Si tratta di una costituzione del 364, destinata al *praefectus urbi* Simmaco,¹ che trova collocazione nel corrispondente titolo del Codice Giustiniano come CI. 8.11.5.²

Fin dalla sua fondazione, nel 330, Costantinopoli è stata giustapposta a Roma, della quale ripete strutture, privilegi e ruolo di sede imperiale (anche se, forse, diviene la sola residenza ufficiale solo con Teodosio I):³ una *aemulatio* prima che una *aequatio*.⁴ Secondo una tradizione ripresa dallo storico ecclesiastico Socrate, Costantino, con suo provvedimento da incidere su pietra, avrebbe attribuito alla sua città l'appellativo di *secunda Roma*.⁵ Il tema delle due Ro-

¹ CTh. 15.1.11 (Valent. et Valens AA. ad Symmachum p. u., a. 364): *Intra urbem Romam aeternam nullus iudicum novum opus informet, quotiens serenitatis nostrae arbitria cessabunt* rell.

² L'interpolazione pare esser stata trascurata dalla dottrina che si è occupata del testo, con l'unica eccezione, a quanto mi risulta, di P. Krüger, *Die Interpolationen im justinianischen Codex*, in *Festgabe für Dr. Karl Güterbock zur achtzigsten Wiederkehr seines Geburtstages*, Berlin 1910, 251, dal quale è richiamata come esempio di modifica volta ad estendere la portata di una disposizione. In realtà, i commissari giustiniani hanno di seguito inserito anche un altro inciso, irrilevante ai fini di questa breve nota: [*nisi ex suis pecuniis huiusmodi opus construere voluerit*].

³ In tal senso G. Dagrón, *Naissance d'une capitale. Constantinople et ses institutions de 330 à 451*, Paris 1974, 48.

⁴ Risultato raggiunto a fine IV secolo, come attesta la formulazione adottata dal can. 3 del Concilio di Costantinopoli del 381: così J. Irmscher, «Nuova Roma» o «Seconda Roma». *Translatio o Renovatio*, in P. Catalano / P. Siniscalco (a cura di), *Roma Costantinopoli Mosca*, I, Napoli 1983, 237, che richiama in nota E. Fenster, *Laudes Constantinopolitanae* (Diss.), München 1968, 55.

⁵ Socr. Schol. 1.16. V., in proposito, già F. Dölger, *Rom in der Gedankenwelt der Byzantiner*, in Id., *Byzanz und die europäische Staatenwelt*, Darmstadt 1964 (rist. anast. dell'edizione Ettal 1953,

me – la prima, l'antica, e la *secunda* o *nova Roma*, quali appellativi di Costantinopoli, alternativamente impiegati nelle fonti letterarie, specie retoriche,⁶ ma anche nell'iconografia monetale⁷ – è presente fin dalla seconda metà del IV secolo. Come opportunamente sottolinea Irmscher⁸ invitando alla cautela: “il passaggio dell'ideologia di Roma dall'antica Roma italica alla Nuova Roma sul Bosforo non fu un'azione unica, bensì il risultato di un lungo e mutevole processo su cui agirono i più svariati fattori.” Il processo di ‘trasferimento’ dell'idea di Roma da Occidente a Oriente sembra avere inizio nella seconda metà del IV secolo, ma conosce una marcata accelerazione nel V secolo, con il lento ma inarrestabile declino della prima Roma, non più sede imperiale e già facile preda di barbari, sia nel 410 (Visigoti), sia nel 455 (Vandali),⁹ di contro alla parallela rapida ascesa di Costantinopoli, ricca, vivace, potente e sede episcopale seconda, per rango, solo a Roma, come sarà ribadito dal concilio di Calcedonia del 451, can. 28: alla nuova Roma sono confermati tutti i privilegi già riconosciuti all'antica Roma, così come già aveva stabilito il concilio di Costantinopoli del 381, can. 3. Sembra perciò evidente un particolare interesse, non tanto della legislazione imperiale, quanto della chiesa costantinopolitana e del suo vescovo all'uso della locuzione ‘Nuova Roma’, soprattutto nei confronti delle chiese orientali di più antica tradizione e di maggior prestigio nel mondo cristiano, quali Antiochia e Alessandria.¹⁰

L'appellativo ‘Nuova Roma’ sembra esser stato impiegato, per la prima volta, da Temistio, in una orazione del 357,¹¹ ma viene, in un certo senso, ufficializzato solo con il can. 3 del concilio di Costantinopoli del 381.

Il passaggio da *secunda Roma* a *nova Roma* è denso di significato, in quanto, mentre la prima locuzione sottolinea la posizione privilegiata nel tempo, nel ruolo e nel prestigio rispetto a tutte le altre città dell'impero, la seconda esalta la

con aggiunte e correzioni dell'A., 383-386), 84 e nt. 26; Dagron, *Naissance* (nt. 3) 51 ss., e A. Biscardi, “*Constantinopolis nova Roma*”, in *Accademia Romanistica Costantiniana. Atti II Convegno Internazionale*, Perugia 1976, 19 s.

⁶ Per un'ampia rassegna di fonti cfr. Dölger, *Rom in der Gedankenwelt der Byzantiner* (nt. 5) 83. In proposito v. ancora Dagron, *Naissance* (nt. 3) 45 ss., cui si aggiunge il contributo di Biscardi, “*Constantinopolis nova Roma*” (nt. 5) 19 s. con nt. 46.

⁷ Come segnalato già da Dagron, *Naissance* (nt. 3) 49 ss. e, più di recente, illustrato da K. Longo, *Le Tychai di Roma e Costantinopoli e l'allegoria del potere imperiale tardo antico*, in R. Pera (a cura di), *L'immaginario del potere. Studi di iconografia monetale*, Roma 2005, 231-241.

⁸ Irmscher, «*Nuova Roma*» (nt. 4) 235.

⁹ Cfr. B. Ward-Perkins, *Old and New Rome Compared. The Rise of Constantinople*, in L. Grid / G. Kelly (a cura di), *Two Romes. Rome and Constantinople in Late Antiquity*, Oxford 2012, 54.

¹⁰ Di questo avviso già Irmscher, «*Nuova Roma*» (nt. 4) 236.

¹¹ Così, da ultimo, Ward-Perkins, *Old and New Rome Compared* (nt. 9) 53 ss.

cesura con il passato, del quale ha tuttavia raccolto l'eredità, assicurando nuova vita e potenza all'impero sulle rive del Bosforo, una volta che la *Roma vetus*, viva nel mito di fondazione dell'impero che perdurerà nell'età di mezzo,¹² ha perso importanza e centralità anche nella *pars Occidentis*, sostituita, nel ruolo di sede imperiale, da Milano e poi da Ravenna.

Un'altra significativa testimonianza, in un testo di rilevanza pubblica, ma non ufficiale, è rappresentata dal documento edito da O. Seeck, in appendice alla *Notitia Dignitatum*, come *Urbs Constantinopolitana Nova Roma*, la cui redazione si completa nella seconda metà del regno di Teodosio II.¹³

Nella legislazione accolta nel CTh. e nelle Novelle post-teodosiane l'appellativo mai ricorre, anche se sono riscontrabili incisi che pongono sullo stesso piano le due Rome: così, a es., in CTh. 2.8.19 del 389: *duae maximae urbes Roma et Constantinopolis*. Si incontra, tuttavia, anche la locuzione *Roma vetus*, che chiaramente sottintende, ma non esplicita, la preminenza di Costantinopoli: così in CTh. 16.2.45 del 421 (... *urbis Constantinopolitanae, quae Romae veteris praerogativa laetatur* rell.).¹⁴

Bisogna attendere la redazione della const. *Deo auctore* del 530 (inserita poi in CI. 1.17.1) perché si sancisca normativamente la posizione di *Constantinopolis nova Roma*: ... *Romam autem intelligendum est non solum veterem, sed etiam regiam nostram, quae deo propitio cum melioribus condita est auguriis* (const. *Deo auctore*, § 10). C'è, tuttavia, un precedente non trascurabile: un inciso contenuto in una *lex* di Giustiniano del 532, CI. 8.14.7, emanata all'indomani della riconquista di Roma ad opera di Belisario e durante il processo di formazione dei *Digesta*: ... *non solum in utraque Roma* rell.

¹² Soprattutto per iniziativa del vescovo di Roma, in modo particolare Leone Magno, che ne reinterpretava la storia in chiave cristiana, esaltandone la rifondazione ad opera di Pietro e di Paolo, dei quali celebra unitariamente la memoria nel giorno (29 giugno) che ricorda la dedicazione del tempio in onore di Quirino-Romolo. Sulla posizione di Leone Magno v., diffusamente, M. Maccarrone, *La concezione di Roma città di Pietro e Paolo: da Damaso a Leone I*, in Catalano / Siniscalco (a cura di), *Roma Costantinopoli Mosca I* (nt. 4) 63-85.

¹³ In proposito, oltre alla letteratura citata nelle note precedenti, v., da ultimo, J. Matthews, *The Notitia Urbis Constantinopolitanae*, in Grid / Kelly (a cura di), *Two Romes* (nt. 9) 81-115. Ma v., anche, Ward-Perkins, *Old and New Rome Compared* (nt. 9) 54.

¹⁴ La *lex*, come ricorda Biscardi, '*Constantinopolis*' (nt. 5) 17 con nt. 33, è stata inserita nel CI. in due diversi titoli: in 1.2.6 sostanzialmente immutata e in 11.21.1, in una sintetica redazione, opera dei commissari, come osservato da E. Volterra, *Il problema del testo delle costituzioni imperiali*, in *La critica del testo*, II, Firenze 1971, 1048. Per altre occorrenze della locuzione *Roma vetus*, nel Codice Giustiniano e nelle Novelle, cfr. la rassegna di F. Gorja, "*Romani*", *cittadinanza ed estensione della legislazione imperiale nelle costituzioni di Giustiniano*, in *La nozione di «romano» tra cittadinanza e universalità. Atti del II Seminario Internazionale di Studi Storici "Da Roma alla terza Roma"*. Campidoglio, 21-23 aprile 1982, Napoli 1984, 278 nt. 4, ora in Id., *Diritto romano d'Oriente*, a cura di P. Garbarino et al., Alessandria 2016, 22 nt. 4.

Presupposto della formulazione adottata nella const. *Deo auctore*, § 10, prima,¹⁵ e dell'interpolazione sopra citata, poi, è, senza dubbio, l'esperienza maturata negli anni della elaborazione dei *Digesta* e anche con la pratica adottata, con risultati ora efficaci ora modesti e discutibili, di 'aggiornamento' dei materiali giuridici di età classica messi a profitto. I commissari giustiniani, che, nel corso del 534, affrontano la redazione del *Codex repetitae praelectionis*, sono in grado di applicare i procedimenti già sperimentati sulle opere della giurisprudenza classica, anche ai testi della legislazione imperiale. Questo 'aggiornamento' difficilmente può esser stato realizzato dalla commissione incaricata di redigere il *Codex* del 529, che ha operato sulla falsariga delle precedenti raccolte, private (Codici Gregoriano ed Ermogeniano) e, soprattutto, ufficiali (Codice Teodosiano).

Le due costituzioni introduttive al primo Codice attribuiscono ai commissari il compito di modificare, ove opportuno, il dettato delle *leges* accolte: *adiicientes quidem et detrahentes, immo et mutantes verba earum, ubi rei commoditas exigebat* rell. (const. *Haec*, § 2); ... *detractis vel additis vel permutatis verbis* rell. (const. *Summa*, § 3).¹⁶

A ben vedere si riscontra una notevole corrispondenza con le istruzioni di Teodosio II ai commissari incaricati di realizzare il progetto del 435: ... *et demendi supervacanea verba et adiciendi necessaria et demutandi ambigua et emendandi incongrua tribuimus potestatem* rell. (CTh. 1.1.6.1).

Non si deve, peraltro, dimenticare che la compilazione del primo Codice Giustiniano è stata realizzata in troppo breve tempo per lasciar spazio ad una meditata valutazione dei materiali:¹⁷ come primo atto significativo, all'indomani dell'ascesa al trono, Giustiniano vuole dare un segno tangibile della sua

¹⁵ In proposito è forse il caso di non dimenticare che la redazione definitiva della const. *Deo auctore*, premessa ai *Digesta*, ha verosimilmente conosciuto modifiche e integrazioni in corso d'opera, come, a es., l'accenno ad un coevo progetto delle *Institutiones*, contraddetto dal testo della const. *Tanta*, § 11, che lo colloca, invece, in una fase avanzata della elaborazione dei *Digesta*. In tal senso M. Bianchini, *Osservazioni minime sulle costituzioni introduttive alla compilazione giustiniana*, in *Studi in memoria di Guido Donatuti*, I, Milano 1973, 103 ss., ora in Ead., *Temi e tecniche della legislazione tardoimperiale*, Torino 2008, 103 ss.

¹⁶ Su questi passaggi richiama particolarmente l'attenzione Krüger, *Die Interpolationen* (nt. 2) 240 ss., così come sui corrispondenti della const. *Cordi*, § 2: ... *quippe cum earum quaedam ex emeris postea factis aliqua meliore consilio permutationem vel emendationem desiderabant* rell. e § 3: ... *et si qua emendatione opus fieret* rell., con implicito rinvio alle precedenti costituzioni *Haec*, § 2 e *Summa*, § 3.

¹⁷ Di questo avviso sembra anche Krüger, *Die Interpolationen* (nt. 2) 241, quando afferma: "Die Hauptarbeit jener (*scil.* der ersten Kommission) bestand jedenfalls in der Streichung überflüssiger oder veralteter Konstitutionen", nella piena consapevolezza di quanto sia difficile distinguere gli interventi dell'una e dell'altra commissione.

politica legislativa e della sua sensibilità per i problemi pratici di buona amministrazione e buon funzionamento della giustizia, mettendo a disposizione degli 'operatori del diritto', nel più breve tempo possibile, uno strumento agile e valido. Né si deve dimenticare la composizione della commissione, modellata su quella teodosiana, cui partecipano alti funzionari e solo un maestro di diritto nella persona di Teofilo, che è, prima di tutto, un funzionario, così come Triboniano, ancora in ombra, la cui personalità emergerà prepotente in corso d'opera e sarà debitamente valorizzata da Giustiniano nella successiva produzione normativa. La commissione incaricata della seconda edizione del Codice, presieduta da Triboniano, è composta dall'*antecessor* Doroteo, già presente nelle due commissioni incaricate di redigere *Digesta* e *Institutiones*, e da tre avvocati del foro di Costantinopoli, di sperimentata preparazione, nominativamente indicati, forse scelti tra i componenti la commissione del 530-533: ben altre competenze!

Dopo la redazione del primo Codice, la produzione normativa giustiniana non si arresta, ma anzi conosce una cospicua fioritura anche in termini di compilazioni: come dicevo, è proprio l'esperienza maturata durante l'elaborazione dei *Digesta* (in parte anche delle *Institutiones*) che rende visibili e non più accettabili le carenze d'impianto e di scelte del primo Codice. Il limitato, ma efficace raffronto, che P. Oxy. XV 1814 permette di istituire fra i due Codici con riferimento ad alcuni titoli del primo libro, mostra come non solo siano inserite *leges* emanate dopo l'aprile 529 e omesse *leges* ora superate, ma come vengano operati spostamenti di titolo e anche di libro (a es. alcune *leges* in materia ecclesiastica, presenti nel libro XVI del CTh. sono state collocate nel I libro del CI., forse portando a compimento un disegno appena avviato nel 528-529). Non deve essere trascurata la circostanza che le due costituzioni introduttive al primo Codice sono espressamente richiamate dalla const. *Cordi*, pr. e, insieme a questa, premesse alla seconda edizione del Codice del 534.

In questo mutato contesto culturale possono spiegarsi le interpolazioni di testi provenienti dal CTh., ma anche di *leges* dello stesso Giustiniano (a es. il riferimento, in const. *Tanta*, § 22, ad una versione greca della const. *Omnem* è stato omissso in CI. 1.17.2.22). È possibile, come poc'anzi ipotizzato, che i tre avvocati commissari del 534 abbiano partecipato alla elaborazione dei *Digesta*, unitamente al più autorevole componente: Triboniano e con lui Doroteo. Gli avvocati del foro di Costantinopoli, anche se non hanno fatto l'esperienza dei *Digesta*, ne hanno assimilato la lezione, in ogni caso operando sotto la direzione di Triboniano, forse già al lavoro prima del 534: non abbiamo, del resto, la costituzione che investe la commissione della seconda edizione del Codice e niente impedisce di pensare che la revisione sia stata avviata per tempo, con il contributo di osservazioni e suggerimenti dei maestri di diritto e funzionari parti-

colarmente preparati e sensibili. Come si ritiene che la redazione delle *Institutiones*, forse già abbozzata agli inizi del 530,¹⁸ sia stata portata a termine nel corso del 533 da Teofilo e Doroteo, quando ormai i *Digesta* erano completati, parimenti si può pensare che i tre avvocati, sotto la guida di Triboniano e sulla base di annotazioni, correzioni, rinvii apposti al testo del primo Codice, abbiano cominciato a raccogliere e ordinare il materiale,¹⁹ da mettere poi a disposizione dei due più esperti commissari per la definitiva impostazione e articolazione dell'opera.

Non intendo dire che solo la seconda commissione ha apportato modifiche ai testi delle costituzioni trascelte dalla produzione normativa imperiale pregiustiniana, ma credo si possa affermare che l'inciso *veterem et novam (Romam)* presente in CI. 8.11.5, è opera della seconda commissione, sul presupposto del testo della const. *Deo auctore*, § 10.

L'impiego della locuzione *nova Roma* è riscontrabile solo altre due volte nella legislazione novellare:²⁰ Nov. 70.1 del 538, dove è prevista la liberazione dalla *condicio curialis* di chi sia stato inquadrato negli uffici della prefettura urbana tanto dell'antica quanto della nuova Roma, e Nov. 131.2 del 545, in tema di ruolo e prestigio del vescovo costantinopolitano, secondo per rango solo a quello di Roma. Come risulta evidente, non è più ritenuto necessario sottolineare una qualità ed una posizione di Costantinopoli rispetto all'antica Roma, se non per lo specifico interesse che la chiesa della capitale dell'impero d'Oriente vuole sia tutelato: ormai è fatto compiuto il trasferimento sulle rive del Bosforo dell'idea di Roma.

¹⁸ In tal senso, G. Luchetti, *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, Milano 1996, 587 ss.

¹⁹ A questa ipotesi sembra accedere Luchetti, *La legislazione imperiale* (nt. 18) 587, in una fugace annotazione.

²⁰ Come segnalato da Goria, "Romani" (nt. 14) 22 nt. 4, che riporta anche le poche occorrenze di 'utraque urbs' riscontrabili nelle Novelle.

Luigi Capogrossi Colognesi
(Università “La Sapienza” di Roma)

GLI ANTICHISSIMI SACRA DEI POPOLI LATINI E LE ORIGINI DELLE RELAZIONI GIURIDICHE ROMANO-LATINE

1. Tra i romanisti ottocenteschi, e ancora per tutta la prima metà del secolo scorso, era opinione corrente che, nel mondo antico, vigesse un rigido esclusivismo giuridico di ciascuna città e dei singoli ordinamenti politici. Nessuno, insomma, dubitava che il diritto proprio di ciascuna città avesse riguardato esclusivamente, almeno in partenza, solo i cittadini di questa.¹ Logica conseguenza di tale assunto è che questi stessi individui, al di fuori della propria città, fossero in origine privi di tutela giuridica.² Alla durevole fortuna di tale orientamento ha contribuito non poco l'autorità di Mommsen che, soprattutto nelle sue opere maggiori sulla storia romana aveva ribadito tale valutazione. Ancora nella prima metà del secolo scorso si continuò così a ripetere che solo con un apposito trattato, due o più città-stato sovrane potessero assicurare ai propri cittadini una sicura protezione legale nell'ambito dell'altro ordinamento.³ Questo, alme-

¹ Come del resto si poteva ricavare dalla stessa testimonianza dei giuristi romani, secondo quanto si legge in Gai 1.1: ... *quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium est vocaturque ius civile, quasi ius proprium civitatis*.

² C. Phillipson, *The International Law and Custom of Ancient Greece and Rome*, I, London 1911, 70-76, ma v. anche, per questa più antica stagione, G. Baviera, *I Feziali e il diritto feziale*, Milano 1898, 5-155, con un'ampia disamina sia della problematica relativa all'ipotizzata assenza di un'originaria tutela degli stranieri, sia in ordine al carattere personale e non territoriale del diritto da essi fruito. M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, 110, ha giustamente ricordato come quest'ultima distinzione si sia affermata in altri contesti storici, essendo poi largamente utilizzata a interpretare la realtà giuridica romana, ma non trovando tuttavia “riscontro nelle fonti”.

³ La vasta letteratura, piuttosto invecchiata peraltro, è richiamata, oltre che in A. Heuß, *Die Völkerrechtliche Grundlagen der römischen Außenpolitik in republikanischer Zeit*, in *Klio Beiheft* 31, 1933 (rist. Aalen 1963), 1-119, in P. Frezza, *Le forme federative e la struttura dei rapporti internazionali nell'antico diritto romano* (1938-1939), ora in Id., *Scritti* I, Roma 2000, 367-475, G. Sautel, *Essai*

no per un'epoca anteriore al formarsi, in Roma, di un vero e proprio *ius gentium*. È ciò che ancora la mia generazione ha appreso nei suoi studi universitari e che noi stessi abbiamo iniziato a trasmettere nelle nostre prime esperienze didattiche.

Un mutamento intervenne, tuttavia, quando nella letteratura più autorevole iniziò, nei tardi anni '50 e poi in modo sempre più deciso, ad affiorare un'opposta interpretazione.⁴ A partire da allora⁵ è divenuto ormai senso comune che i contatti pacifici tra le diverse comunità siano più antichi dell'istituzione di formali legami di carattere 'internazionale', posti in essere tra soggetti politici sovrani.⁶ Mentre maturava la piena consapevolezza del forte retroterra ideologico che aveva supportato l'antica convinzione del generalizzato e 'naturale' stato di ostilità tra popoli e stati. Dove, insieme alla forza dei grandi nazionalismi ottocenteschi, avevano giocato le latenze culturali dell'epoca, fortemente impastate di darwinismo sociale.

Da ultimo, i nuovi orientamenti hanno conosciuto un ulteriore e interessante sviluppo ad opera di uno dei maggiori romanisti europei che ha dominato i de-

sur la notion romaine de 'commercium' à l'époque ancienne, in G. Sautel et al. (a cura di), *Varia. Études de droit romain*, I, Paris 1952, 7-98, P. Catalano, *Linee del sistema sovranazionale romano*, Torino 1965, ed ora F. Cursi, 'Amicitia' e 'societas' nei rapporti di Roma con gli altri popoli del Mediterraneo, in *Index* 41, 2013, 195 e nt. v. In generale B. Kübler, s.v. *peregrinus*, in *RE* XIX.1, Stuttgart 1937, col. 643 s., con ampia citazione della letteratura.

⁴ Una delle prime prese di posizione contro tale orientamento si trova in Heuß, *Die Völkerrechtliche Grundlagen* (nt. 3) 1-119, dove si richiamano con puntualità anche le radici culturali dell'orientamento da lui fortemente criticato [ma v. già Baviera, *I Feziali* (nt. 2)]. Nel corso della seconda metà del secolo scorso, in un mutato contesto culturale, la vecchia idea della naturale ostilità tra i popoli tramontò pressoché integralmente: ne cogliamo le prime evidenze in F. Bona, *Postliminium in pace*, in *SDHI* 21, 1955, 249-275, F. De Visscher, *Droit de capture et Postliminium in pace*, in *RIDA* 3, 1956, ora in Id., *Études de droit romain public et privé*, Milano 1966, 120 s., 142 s.

⁵ Ancora nel secondo dopoguerra, in autorevoli esponenti della più vecchia generazione ancora persistono le vecchie concezioni ottocentesche, come vediamo in P. de Francisci, *Storia del diritto romano*, I, Roma 1931 (rist.), 288 s.; Id., *Sintesi storica del diritto romano*⁴, Roma 1968, 163 (dove, io credo, gioca il substrato culturale del grande maestro, che, per tanti versi, ne fa un epigono del vecchio positivismo, pur innovando la linea propria di Bonfante).

⁶ Sin dalla prima edizione, del 1954, della classica *Storia della costituzione Romana* di Francesco De Martino, si leggeva come sia da "correggere la teoria più consueta secondo la quale fu solo a partire dal 242 a.C. che vennero riconosciuti i negozi del traffico e si sviluppò il sistema del *ius gentium*", dovendosi piuttosto "ritenere che già prima, sul fondamento della *fides*, lo straniero abbia potuto essere ammesso alla protezione giuridica dei tribunali romani, in modi che ancora ci sfuggono, anche se non esistevano precisi trattati di commercio tra Roma e la sua patria". Cfr. ora F. De Martino, *Storia della costituzione romana*², III, Napoli 1973, 72: lo spaziato è mio, a sottolineare il carattere *de plano*, quasi come dato ovvio, con cui veniva enunciato un criterio generale che tanto differiva dalle premesse generalmente seguite dalle precedenti generazioni di romanisti.

cenni a cavallo del secolo, Dieter Nörr. Su di esso tornerò specificamente al termine di questo mio intervento, giacché esso può aiutarci a meglio comprendere le modalità con cui si definì la specificità dei rapporti giuridici romano-latini.

Sono questi, infatti, l'oggetto di questo mio intervento, volto a indagare il contenuto di queste relazioni, partendo da un'età addirittura anteriore alla più antica storia di Roma ed al mondo delle città-stato. Nell'esplorare quel poco – o quel molto – che sappiamo o possiamo ragionevolmente immaginare a proposito di questa fase 'precivica',⁷ mi focalizzerò pertanto sul luogo privilegiato di questa nostra storia: quella regione particolare del Lazio,⁸ indicata dai Romani più tardi come il *Latium vetus* e, anzitutto il cuore di esso, associato alla comunità albana. La stessa indicazione utilizzata dagli antichi, *nomen Latinum*, evoca certo un'entità territoriale, ma egualmente è incerta tra "une dénomination générale (un groupe ethnique) et un sens technique (un organisme politique)".⁹ In effetti, il *nomen Latinum*, in epoca storica, appare associarsi ad alleanze tra popoli e città specificamente individuate, preservando tuttavia una forte sua capacità d'evocazione dell'originaria unità etnica come fondamento ultimo della loro coesione, in contrapposizione alle realtà esterne, ostili, o, nel caso degli Ernici, alleate.¹⁰

Naturalmente esula, da questa mia riflessione, l'enorme problema della formazione delle unità etnico-politiche che, sin dalla tarda età del Bronzo s'avviano a connotare questa parte dell'Italia centrale, con il precoce sviluppo dell'area tirrenica, dall'Etruria meridionale alla Campania.¹¹ È in questo contesto che possiamo collocare la presenza dei nomi di comunità e popoli che al *nomen Latinum* sono comunque riferibili.¹² Dove tuttavia l'indicazione di Liv. 1.3.7,

⁷ È un riferimento che s'incontra in modo sistematico nei tanti studi dedicati a tali temi dalla generazione dei nostri maestri, soprattutto in Italia: da De Francisci a Coli, da Frezza a Luzzatto.

⁸ R. Almagià, *Le regioni d'Italia. Il Lazio*, Torino 1966, 2: "all'alba della storia il Lazio è un territorio molto ristretto, situato alla sinistra, ossia a sud del basso Tevere ... e compreso fra il Tirreno, la cinta esterna dei Colli Laziali e le radici dei colli Tiburtini. Tivoli non appartenne al primitivo Lazio; non vi appartennero neppure le località poste al margine meridionale dei Colli Laziali: Velletri e la scomparsa *Corioli* erano città volsche, Ardea ... era centro della piccola comunità dei Rutuli". Insomma "quel territorio era ... un quadrilatero irregolare di circa 30 km. per 40, ossia 1.200 kmq." In generale, sul variegato mosaico di popolazioni nel Lazio arcaico, v. G. Colonna, *I Latini e gli altri popoli del Lazio* (1988), in C. Ampolo / G. Sassatelli (a cura di), *Italia ante Romanum imperium*, I.2, Pisa / Roma 2005, 547-654.

⁹ S. Bourdin, *Les peuples de l'Italie préromaine*, Rome 2012, 279.

¹⁰ Per Th. Mommsen, *Römisches Staatsrecht*, III.2, Leipzig 1888, 608 nt. 1 (trad. franc. di P.F. Girard, *Le droit public romain*, VI.2, Paris 1889, 227 nt. 1) il *nomen* è espressione altrettanto "tecnica per la stirpe che *populus* per la città".

¹¹ M. Torelli, *Tota Italia. Essays in the Cultural Formation of Roman Italy*, Oxford 1999, 5 s.

¹² Singolare appare l'elenco delle leggendarie colonie albane fondate dal re Silvio riportato da Dio-

mostra come lo storico patavino si riferisse ad una realtà precivica: *Prisci Latini proprie appellati sunt, qui, priusquam conderetur, Roma, fuerunt*. Restando peraltro aperto il problema di una possibile originaria discrepanza tra l'identità di questi ultimi – forse originariamente riferiti agli abitanti della pianura – e i *populi Albenses*, la cui stessa denominazione evoca il riferimento indeuropeo alle alture. Anche se, in progresso di tempo, questi ultimi appaiono riassorbiti all'interno del più generale riferimento ai *prisci* o *casci Latini*.¹³

2. È oggi opinione abbastanza condivisa che, ben prima della piena affermazione della città-stato, il mondo dei villaggi e delle comunità fondate su forme sociali molto elementari, di tipo parentale e secondo strutture legate essenzialmente sulle classi d'età e su un embrione di forme patriarcali¹⁴ del *Latium vetus*, fosse già inserito nella rete dei traffici mediterranei. Ma, soprattutto, accanto ai circuiti trasmarini estesi sulle medie e lunghe distanze,¹⁵ è significativa la presenza degli empori e dei mercati anche locali. L'insieme di queste relazioni, infatti, favorì, con la circolazione di merci, ma anche di uomini ed idee, quei processi d'innovazione culturale essenziali a far maturare le condizioni entro cui s'avviò il processo di formazione della città.¹⁶ Quanto al ruolo di questi scambi

doro Siculo, 7.5.9, pervenuto attraverso la traduzione armena di Eusebio di Cesarea, dove compaiono i nomi di Tivoli, Palestrina, Gabi, Tuscolo, Cora, Pomezia, Lanuvio, Labico, *Scaptia*, Satrico, Ariccia, Teleno, Crustumero, Cenina, Fregelle, Cameria, Medullia e Bola. Cfr. Bourdin, *Les peuples* (nt. 9) 282.

¹³ Cfr. Fest. s.v. *Prisci Latini* (Lindsay 253) e Liv. 1.3.7, ma anche Ennio, in Varro *de ling. Lat.* 7.28, Liv. 1.32.11 e 13, 1.33.3, 1.38.4, Plin. *nat. hist.* 34.20, Serv. *Aen.* 5.598. Altri riferimenti al *Latium antiquum* si hanno in Plin. *nat. hist.* 3.56, e Strab. 5.3.4-7, nonché al *Latium vetus* in Serv. *Aen.* 7.38, e Tac. *ann.* 4.5; cfr. Catalano, *Linee del sistema sovranazionale romano* (nt. 3) 185 ss.

¹⁴ Restano tuttora fondamentali le indagini di A.M. Bietti Sestieri (a cura di), *La necropoli laziale dell'Osteria dell'Osa*, Roma 1992, e di G. Colonna, *Naissance de Rome* (1977), ora in Ampolo / Sassatelli (a cura di), *Italia ante Romanum imperium* I.2 (nt. 8) 481-492; Id., *I Latini* (nt. 8); M. Pacciarelli, *The earliest processes toward city-states, political power and social stratification in middle Tyrrhenian Italy*, in *Origini* 39, 2016, 178 s., e, per la protostoria italyca, G.L. Carancini, *Ricordo di Renato Peroni, maestro di un metodo innovativo per l'indagine protostorica: dall'ordinamento critico delle fonti archeologiche ai problemi interpretativi storici*, in *Ostraka* 24, 2015, 5-45.

¹⁵ Nelle forme di vita aristocratica, affermatesi in concomitanza con la prima età cittadina nel Lazio, rileva la presenza di beni, come l'ambra, frutto esclusivo dei commerci interlocali: cfr. R. Peroni, *Per uno studio dell'economia di scambio in Italia nei secoli intorno al 1000*, in *PdP* 125, 1969, 134 ss., A.M. Bietti Sestieri, *Contributo allo studio delle forme di scambio della tarda età del bronzo nell'Italia continentale*, in *DdA* 9-10, 1976-77, 201-241, V. Pugliese Carratelli, *Orizzonti mediterranei di Roma arcaica*, in *Italia omnium terrarum parens*, Milano 1989, 603-617. Tra le testimonianze relative a tali traffici, spicca la scoperta, più di mezzo secolo fa, delle lamine di Pirgi, su cui v. di recente M. Torelli, *Il destino di una polis etrusca. Caere dall'autonomia a municipium sine suffragio*, in *Ktèma* 24, 2015, 107-128.

¹⁶ Si rinvia al ricco materiale raccolto da M. Voigt, *Die Lehre vom jus naturale, aequum und bonum und jus gentium der Römer*, II, Leipzig 1858, 570-573.

tra aree estranee, è sufficiente richiamare la metallurgia, dipendente, per la disponibilità di materia prima, da scambi interlocali, su medie o lunghe distanze.¹⁷ Non dimentichiamoci, a tal proposito, come il metallo – l'*aes* pesato negli arcaici negozi del *ius civile* –, assumesse un ruolo fondamentale, affermandosi accanto ad un prodotto locale – la pecora – come unità di conto assunta a base della circolazione e dello scambio dei beni.¹⁸ Questo ci fa capire come, in queste società, non ancora sviluppate nella forma compiuta di centri urbani, alcuni settori essenziali dipendessero già, in misura sostanziale, da risorse non disponibili al loro interno.¹⁹

Tutto ciò ci permette di concludere che, con ogni probabilità, sin dai primi secoli dell'ultimo millennio a.C., nel Lazio, accanto agli indigeni, non ancora 'cittadini', si trovavano uomini di altre provenienze. Costoro non erano ancora 'stranieri', rispetto ad un diritto cittadino, che non c'era, ma lo erano rispetto ai villaggi, ai clan, dove venivano a commerciare. Ed, essendo tali, potevano essere 'ospiti': forse il più antico vincolo nei circuiti locali e mediterranei e, certo, figura antichissima destinata poi a sfociare nella *proxenia* greca e nell'*hospitium* romano.

Ma in questo tessuto di relazioni un ruolo insostituibile dovette essere svolto dagli innumerevoli centri di culto che, sin dall'età precivica, univano più comunità in un sistema predeterminato di relazioni.²⁰ In questi antichissimi cen-

¹⁷ Colonna, *I Latini* (nt. 8) 558.

¹⁸ Non si può dimenticare come, per lo stesso Mommsen, agli inizi della nostra moderna storiografia, Roma non nascesse come entità chiusa, ma proiettata verso una dimensione internazionale e mediterranea che coinvolgeva anche, se non soprattutto, la sfera degli scambi e del commercio. In questa stessa prospettiva, dopo più di un secolo, P. Frezza, *Corso di storia del diritto romano*³, Roma 1974, 202-204, inquadra il problema delle relazioni internazionali di Roma tenendo conto "del fatto che la penisola italiana era attraversata da un flusso di persone e di merci da e per i reami micenei [oggi, peraltro, noi amplieremo questo riferimento] negli ultimi secoli del secondo millennio a. C.". Il fatto che l'A. poi riducesse le questioni ingenerate "dalla presenza di mercanti, che attraverso lo scambio con merci prodotte oltremare (ceramica, oreficeria, argenteria, stoffe, profumi) venivano a procurarsi minerali e metalli", ad una questione di "mera tolleranza di fatto della presenza di mercanti" stranieri, cui assicurare "l'integrità della sua persona e delle merci", può non essere sufficiente: ma il problema era stato posto con grande chiarezza.

¹⁹ In Pacciarelli, *The earliest Processes* (nt. 14) 183, queste comunità protourbane sono associate a "large permanent markets if not only because of their size but also their strategic position on sea routes or rivers". Cfr. anche E. Isayev, *Polybius's Global Moment and Human Mobility through Ancient Italy*, in M. Pitts / M.J. Versluys (a cura di), *Globalisation and the Roman World*, Cambridge 2014, 128 s.

²⁰ Non è facile avere il quadro completo dell'insieme di culti e di luoghi ad essi deputati, rispetto a cui possiamo almeno ipotizzare anche una loro funzione di coagulo tra più *populi* e comunità. La grande quantità di riferimenti che incontriamo nelle fonti, contribuisce comunque ad ingenerare l'impressione di una molteplicità, ma anche di una frantumazione territoriale molto accentuata. Si può infatti sospettare la possibile compresenza di più processi aggregativi, tra loro eterogenei, se non

tri, spesso anteriori alla formazione delle nuove città, gli individui provenienti dai villaggi ed insediamenti vicini potevano incontrarsi, dando luogo ad un flusso costante di scambi di carattere religioso e latamente culturale, ma anche economico.²¹ Per questo essi costituiscono un prezioso punto d'osservazione tra l'oscuro mondo delle origini preciviche – molti di loro essendo d'origine antichissima – e la successiva realtà cittadina. Ignoriamo molto del tipo di aggregazioni tra popolazioni eterogenee che potessero far capo a ciascuno di questi santuari e luoghi di culto. Così come non è per nulla facile tracciare un quadro esaustivo dei tanti riferimenti religiosi, sparsi nell'area dei colli Albani e del *Latium vetus*, in una pluralità di località. La grande quantità di riferimenti che incontriamo nelle fonti contribuisce comunque, nel complesso, ad ingenerare l'impressione di una molteplicità, ma anche frantumazione territoriale molto accentuata. Essa può almeno in parte spiegarsi per la compresenza di più processi aggregativi, tra loro eterogenei, se non concorrenziali o addirittura conflittuali, all'interno di aree geografiche e insediative relativamente omogenee.²²

concorrenziali o addirittura conflittuali, all'interno di aree geografiche e insediative relativamente omogenee. Tra i vari centri cultuali, mi limito a richiamare il trattato tra Roma e Gabi, scritto su cuoio e conservato nel santuario di Sanco (Dion. Hal. 4.58): cfr. G. De Sanctis, *Storia dei Romani*², I, Firenze 1956, 28 e 355, ed il culto di Diana, presso Tuscolo, ricordato da Plin. *nat. hist.* 16.242: *est in suburbano Tusculani agri colle, lucus antiqua religione Dianae sacratus a Latio*, dov'è determinante il riferimento collettivo agli autori della consacrazione: il *Latium*, mentre Strab. 5.3.5, informa che in Ardea ed a Lavinio esistevano altari comuni a tutti i Latini (cfr. A. Grandazzi, *Alba Longa. Histoire d'une légende*, Roma 2008, 604), ma, in quell'area, è soprattutto importante il santuario di Giunone Sospita presso Lanuvio: Liv. 8.14.2, Cic. *pro Mur.* 41.90, associato alla peculiare relazione tra il *populus Romanus* ed il *populus Laurens*, con il culto comune dei penati (Varro *de ling. Lat.* 5.144; Liv. 5.52.8; *ILS* 5004) ed ubicato forse presso Lavinio, un luogo centrale nella memoria e per il senso d'identità latina, cfr. M. Torelli, *Lavinio e Roma*, Roma 1984. Va ricordato poi il santuario presso Cenina, dove avrebbe sacrificato Romolo, prima della fondazione di Roma (Dion. Hal. 1.79.3), cfr. anche *IG* III 623.7; 624.4, mentre, sempre nelle vicinanze di Roma, nel *lucus Feroniae* esisteva invece un culto comune ai Latini ed ai Sabini, mentre al peculiare rapporto tra Romani e Sabini, potrebbe anche associarsi il culto di *Volcanus* ad Ostia come forma comunitaria (A.N. Sherwin-White, *The Roman Citizenship*², Oxford 1973, 12). Probabilmente un rilievo maggiore ebbe il *lucus* di Diana presso il Monte Corne (Plin. *nat. hist.* 16.242). Sherwin White, *loc. ult. cit.*, attribuisce un valore specificamente romano ad esso, per la sua ubicazione (si tenga presente che esso si trova anche a metà strada rispetto a *Fideneae*, altro centro di grande strategico interesse per i Romani).

²¹ G. Alföldy, *Early Rome and the Latins*, Ann Arbor 1971, 29-36, e Torelli, *Lavinio* (nt. 20) 199 ss., associano l'ubicazione extraurbana dei più importanti santuari ad una qualche esigenza di extraterritorialità, atta appunto a favorirne il ruolo di punto d'incontro e di contatti tra le varie comunità, con una chiara funzione di scambio e di mercato. V. anche F. Coarelli, *I santuari, i fiumi, gli empori*, in A. Momigliano / A. Schiavone (a cura di), *Storia di Roma*, 1. *Roma in Italia*, Torino 1988, 127-151.

²² La ricchezza, ma anche la complessità delle indicazioni riferite a tali culti, spiega l'ampio dibattito sviluppatosi tra i moderni studiosi circa il significato di ciascun culto ed i possibili rapporti intercorrenti tra culti e centri religiosi apparentemente coincidenti o concorrenti, come appunto quello di Diana,

Dove non di rado la singola comunità dovette partecipare a più di un culto locale o federale. La verità è che ogni lega, ogni alleanza tra città ed *oppida*, di cui si serba ricordo per quest'epoca risalente, appare associata ad un culto e ad un luogo sacro. Tanto più numerose risultano poi le alleanze politiche e leghe religiose di cui resta la traccia, con elenchi più o meno artificiali di città e popoli ad essi aderenti, in quanto l'appartenenza ad essi non doveva impedire alla singola comunità di partecipare anche ad altri culti locali o federali.

Tra questi luoghi in cui i *sacra* sono celebrati in comune, presenti in un ambito relativamente ristretto come il mondo Albano, o entro i confini del *Latium vetus*, si staglia per indubbia importanza il culto comune a tutti i popoli Albani ed ai Latini, a *Iupiter Latiaris*, che si svolgeva sull'altura più elevata dai monti Albani. La sua storia si prolungherà sino all'età più avanzata, dopo che Roma, già sotto la monarchia etrusca, se non da prima, s'era imposta a governarne lo svolgimento. Sulla sua storia più antica una luce improvvisa è gettata da un notissimo e importantissimo passo di Plinio, nella sua *Naturalis historia*.

In Plin. *nat. hist.* 3.68-69, leggiamo dunque come

[68] *fuere in Latio clara oppida Satricum, Pometia, Scaptia, Politorium, Tellena, Tifata, Caenina, Ficana, Crustumeria, Ameriola, Medullum, Corniculum, Saturnia ubi nunc Roma est, Antipolis quod nunc Ianiculum in parte Romae, Antemnae, Camerium, Collatia, Amitinum, Norbe, Sulmo, [69] et cum iis carnem in monte Albano soliti accipere populi Albenses: Albani, Aesolani, Accienses, Abolani, Bubetani, Bolani, Cusuetani, Coriolani, Fidenates, Foreti, Hortenses, Latinienses, Longani, Manates, Macrales, Munienses, Numinienses, Olliculani, Octulani, Pedani, Poletaurini, Querquetulani, Sicani, Sisolenses, Tolerienses, Tutienses, Vimitellani, Velienses, Venetullani, Vitellenses.*

Ma, di tutto ciò, conclude Plinio, non resta più traccia: *ita ex antiquo Latio LIII populi interiere sine vestigiis*.

3. Una testimonianza del genere non poteva non suscitare un forte interesse negli studiosi moderni, dando luogo ad una numerosa serie d'indagini che ne hanno affrontato i più diversi aspetti, dove si stagliano le recenti, approfondite quanto vaste, ricerche condotte da Grandazzi, su Alba Longa e da Bourdin, sull'Italia preromana. Io qui mi concentrerò su alcuni aspetti particolarmente significativi del brano che credo ci possano aiutare a contestualizzarne il valore di riferimento.

in Ariccia, ma anche sull'Aventino, e di Giove, sul monte Cavo, ma anche sul Campidoglio. Cfr. G. Wissowa, *Religion und Kultus der Römer*², München 1912, 306, E. Täubler, *Imperium Romanum. Studien zur Entwicklungsgeschichte des römischen Reichs*, I. *Die Staatsverträge und Vertragsverhältnisse*, Leipzig 1913 (rist. Roma 1964), 310 s. Sull'intima connessione dei culti laziali con i processi federativi dove Roma svolse un ruolo centrale, è assata la prima parte del libro di Alföldy, *Early Rome* (nt. 21). Su tutto ciò è ancora utile C. Jullian, s.v. *Feriae Latinae*, in *DS* II.2, Paris 1896, 1067 s.

E partirò dall'assunto – sebbene, ancora di recente si siano autorevolmente avanzati dubbi in proposito, non potendosi definitivamente escludere che essi siano frutto di ricomposizioni tardive che pur abbiano utilizzato frammenti di notizie autentiche²³ – che gli elenchi introdotti da Plinio nel passo ora citato evocano una realtà molto risalente.²⁴ Parlo di elenchi, perché nel testo in questione è evidente una stratigrafia, in cui vengono sommandosi due liste, di diversa natura: una costituita dai nomi di venti *clara oppida*, seguita da quella dei trenta *populi Albenses*.²⁵ L'unità del testo – e il suo valore rispetto alla diversa profondità storica che i due gruppi potrebbero evocare – è rappresentata dalla frase di sutura: *et cum iis carnem in monte Albano soliti accipere populi Albenses*. Dove tutto fa pensare (anzitutto il numero rituale e ricorrente nelle antichissime tradizioni latine, di trenta)²⁶ che al nucleo originario del culto costituito dai *populi Albenses*²⁷ si sia venuta poi aggregando una serie crescente e indeterminata di *oppida*, genericamente riferibili a comunità latine, ma non necessariamente in modo esclusivo.²⁸

Di queste due liste, è fuor di dubbio la maggiore antichità della seconda – quella relativa ai *populi Albenses* – come si ricava dal plurale con cui veniva indicato ciascun *populus* della lega – *Albani*, *Aesolani*, *Accienses* etc. Questa forma

²³ Grandazzi, *Alba* (nt. 20) 709-713, discute in modo approfondito del problema, cercando di raggruppare i vari nomi presenti nella lista pliniana, riconducendoli ad ambiti territoriali occupati in seguito dalle città storiche del Lazio: Roma, anzitutto, ma anche Tivoli. Dove pesa, più delle antiche valutazioni di Schwegler, lo scetticismo di Beloch e di Ampolo. V. anche De Sanctis, *Storia*² I (nt. 20) 368 ss. e nt. 134.

²⁴ Sull'antichità delle celebrazioni *in monte Cavo*, v. già Wissowa, *Religion* (nt. 22) 124 s., e A. Steinwenter, s.v. *Ius Latii*, in *RE* X.1, Stuttgart 1917, col. 1263.

²⁵ Bourdin, *Les peuples* (nt. 9) 281, suggerisce che il numero cinquantatré indicato da Plinio, più che un errore, potrebbe essere la cifra ottenuta sommando i tre centri, della cui scomparsa Plinio dà notizia in altri passaggi, di *Aphrodisium*, *Amyclae* e *Pirae*, pur non essendo “*stricto sensu latins*”. Il che conferma appunto quanto da me ipotizzato nel testo circa il carattere non esclusivo, sotto il profilo dell'unità etnica, degli aderenti al culto.

²⁶ Cfr. Th. Mommsen, *Die untergangenen Ortschaften im eigentlichen Latium* (1882), ora in Id., *Gesammelte Schriften*, V, Berlin 1908, 69-84, Steinwenter, s.v. *Ius Latii* (nt. 24) col. 1263.

²⁷ Non condivido pertanto l'ipotesi di Grandazzi, *Alba* (nt. 20) 682-684, che tende a ravvisare in *Albenses* una duplicazione del primo popolo della lista: *Albani*. Ma *Alba* può considerarsi la comunità primaria della lega, ed è quindi probabile che *Albenses* qualifichi tutti i partecipanti, al seguito di essa, al culto *in monte Albano*. La difficoltà deriva dall'indicazione di Varro *de ling. Lat.* 8.35, che associa *Albenses*, non già ad *Alba Longa*, ma ad *Alba Fucens*. Una comunità assolutamente inimmaginabile per il contesto di riferimento di Plinio rispetto ai *triginta populi*.

²⁸ L'onomastica singolare dei venti *oppida* fa pensare ad un processo più avanzato, in grado di rappresentare la comunità unitariamente configurata, rispetto al plurale con cui sono indicati i singoli *populi Albenses* (forse identificabili in quei villaggi ancora affatto estranei all'avviarsi del sinicismo cittadino).

onomastica, in effetti, sembra esprimere una rappresentazione rudimentale della comunità, come una somma d'individui, incapace d'indicare la conseguita unità politico-territoriale.²⁹ A differenza, appunto, degli *oppida* del primo elenco, dove il singolare è identico a quello delle città: Roma, *Praeneste*, *Satricum*, *Pometia*, *Politorium* etc., un singolare che esprime a mio giudizio una rappresentazione unitaria della comunità, individuata come entità unitaria ed oggettivata nella sua esistenza territoriale. Tant'è che, in ragione di questa loro maggiore consistenza, la denominazione di questi *oppida*, a differenza della maggior parte dei *triginta populi*,³⁰ non si dissolse *sine vestigiis* con l'avvio dei sinecismi cittadini: in epoca storica questi nomi restano infatti ben presenti nella realtà territoriale del Lazio.³¹

V'è dunque una cesura tra le due liste, che grossolanamente potremmo associare anzitutto – ma non solo – alla loro corrispondenza a due 'stadi evolutivi' (ebbene, sì, usiamo questo volgarissimo parametro evoluzionista!). Il primo, quello dei *populi Albenses* pienamente identificabile con quella realtà di villaggi cui già s'è fatto cenno, il secondo, nel quale appaiono invece entità in parte nuove, con un maggior radicamento territoriale, dove sembra già affiorare un nucleo 'proto-cittadino', o che tale può divenire, avviandosi ad ulteriori salti organizzativi. E, tuttavia, entrambe queste liste si sono formate in un'età in cui né Roma, né *Aricia* o *Tusculum* s'erano già costituite come città. Ci troviamo dunque di fronte ad un sistema anteriore alla successiva fase di trasformazione della comunità di culto, con l'"adaptation of the Latin tribal collectivity to the

²⁹ Grandazzi, *Alba* (nt. 20) 676-709, offre un esame analitico molto dettagliato delle singole comunità appartenenti all'elenco dei *triginta populi*.

³⁰ Forse con l'eccezione dei soli *Albani*, *Bolani*, *Coriolani*, *Fidenates*, *Pedani* e *Vitellenses*. Interessante poi il riferimento ai *Querquetulani*, la cui denominazione appare derivata da un toponimo legato alla struttura del territorio, mentre i *Sicani* evocano stranamente un più ampio *ethnos*. Cfr. Grandazzi, *Alba* (nt. 20) 680-709.

³¹ La fase in cui si sarebbe verificato il passaggio dalla fase dei villaggi sparsi alla formazione di centri più importanti che segnano l'inizio di "a continuous process toward urbanization" (Pacciarelli, *The earliest processes* [nt. 14] 172) è collocata dai protostorici in una fase nettamente anteriore alla data tradizionale attribuita alla fondazione di Roma. Scrive sempre Pacciarelli, *The earliest processes* (nt. 14) 166, che già nel primo millennio a.C., l'Italia "was inhabited by a large plurality of indigenous centers of varying sizes (mostly between 40 and 2000 hectares, that is to say at least 2-3000 to 20000 and more inhabitants)" capaci di autogoverno, difesa militare e sfruttamento del territorio, in grado di dar vita a strutture organizzative relativamente stabili. Cfr. F. Di Gennaro, *Forme di insediamento fra Tevere e Fiora dal Bronzo finale al principio dell'età del ferro*, Firenze 1986; A. Guidi, *La presenza dell'uomo: dall'economia di sussistenza alla nascita dello stato*, in P. Sommella (a cura di), *Atlante del Lazio antico*, Roma 2000, 27-55, Id., *The Archaeology of Early State in Italy: New Data and Acquisitions*, in *Evolution & History* 92, 2010, 12-27, ma cfr. anche M. Pacciarelli, *Verso i centri proto-urbani. Situazioni a confronto da Etruria meridionale, Campania e Calabria*, in *Scienze dell'Antichità* 15, 2009, 371-416.

requirement of a league of city-states”, di cui parla Alföldy.³² Poi, solo più tardi, alle *feriae Latinae* sul monte Cavo, in onore di *Iupiter Latiaris*, prenderanno parte le città del *Latium vetus*, quando ormai gli antichi *populi Albenses* erano scomparsi senza lasciar traccia.³³ Sino appunto all’ interna trasformazione della fisionomia di questo stesso culto e della consociazione di popoli ad esso legati, sotto la pressione romana guidata da Tarquinio il Superbo, quando il significato politico prevalse o comunque s’ associò pesantemente agli antichi valori religiosi.³⁴

³² Alföldy, *Early Rome* (nt. 21) 25 s.

³³ Sul dibattito intorno alle possibili relazioni esistenti tra i diversi centri e le leghe religiose, rinvio alle citazioni fatte in L. Capogrossi Colognesi, *Cittadini e territorio*, Roma 2000, 36 nt. 21. È da segnalare il richiamo di Grandazzi, *Alba* (nt. 20) 661, al valore parallelo della fondazione sul Campidoglio, del grande tempio dedicato a Giove, e della ricostituzione del culto a *Iupiter Latiaris* sul monte Albano, egualmente riferita a Tarquinio il Superbo. Dionigi (Dion. Hal. 4.49.2), in seguito, ricorderà come a questo culto così ricostituito *in monte Albano*, avrebbero partecipato 47 città latine, con un mutamento di soggetti rispetto alla situazione evocata da Plinio: cfr. sul punto in modo convincente Jullian, s.v. *Feriae Latinae* (nt. 22) 1067 s. Infine si deve tornare al territorio d’ Ariccia, non lontano da quella che dovette esser l’ ubicazione di Alba, per richiamare la presenza di un altro riferimento politico e di un altro centro religioso, presso il *caput aquae Ferentinae*, anch’ esso non lontano da quel monte Cavo richiamato in proposito dagli antichi (forse propinquo all’ attuale località di Marino: cfr. già A. Nibby, *Viaggio antiquario nei dintorni di Roma*, II, Roma 1819, 76; Id., *Analisi storico-topografico-antiquaria della carta de’ dintorni di Roma*², II, Roma 1849, 319 s., ma più esattamente, H. Nissen, *Italische Landeskunde*, II.2, Berlin 1902, 558; cfr. anche Chr. Hülsen, s.v. *Ferentina aqua*, in *RE* VI, Stuttgart 1909, col. 2207, e J. Beloch, *Römische Geschichte bis zum Beginn der Punischen Kriege*, Berlin / Leipzig 1926, 182 s.) la cui importanza ed antichità, rispetto agli altri centri, era stata massimamente valorizzata da R. Thomsen, *The King Servius Tullius. A Historical Synthesis*, Copenhagen 1980, 212, su cui v. ora Grandazzi, *Alba* (nt. 20) 603 e nt. 330. Ed è appunto lì che si registra il definitivo passaggio dell’ egemonia della lega dalla vecchia Alba a Roma.

³⁴ Va tuttavia sottolineato il pericolo sotteso a questi riferimenti alle stesse considerazioni da me qui sviluppate, ove le ricollocasse in un’ ottica di tipo evolucionista, per cui s’ immagini un passaggio meccanico da uno stadio, dominato da forme prevalentemente religiose, ad uno successivo, dove intervengono fattori più squisitamente politici. A sua volta, l’ impostazione da me seguita è ispirata alla preoccupazione di non ricadere negli antichi schemi ottocenteschi che presuppongono, seppure con grandi variazioni tra Otto e Novecento, l’ esistenza originaria di uno ‘ stato-stirpe ’, dalla cui dissoluzione sarebbero nate singole entità politiche che avrebbero rinnovato l’ antica unità, ma ora su basi politiche come rapporto tra soggetti autonomi. È il modello perseguito anzitutto da Mommsen, *Römisches Staatsrecht* III.2 (nt. 10) 608 s. (*Le droit public* VI.2 [nt. 10] 227 s.), in cui si delinea, appunto, il passaggio dall’ originaria “ unità politica della stirpe ” (‘ Volkstammes ’), ad una comunità di città sovrane che costituivano, con la loro unione su un piano d’ eguaglianza. Essendo dunque, ciascuna d’ esse un “ selbständiger Staat ”, ma facendo parte di una confederazione politica, non solo per libera scelta politica, ma a ciò necessitata dalla loro comune origine: “ durch die Nothwendigkeit der Entwicklung ”. Sulla diversa posizione di J. Beloch, *Der italische Bund unter Roms Hegemonie. Staatsrechtliche und statistische Forschungen*, Leipzig 1880 (rist. Roma 1964), 188 ss., v. Täubler, *Imperium Romanum* (nt. 22) 287-302.

4. Ma questo slittamento di piano con l'emersione di un aspetto più decisamente politico, sempre su pressione romana, s'era già verificato al tempo di Servio Tullio, quando il culto di Diana era stato trasferito a Roma su sua iniziativa. Questo evento è particolarmente importante perché, per la prima volta, nelle fonti antiche, traspare un riferimento ai riflessi anche giuridici connaturati alle relazioni tra i popoli partecipanti al culto comune.

Uno dei casi più rilevanti è stato appunto lo spostamento del culto di Diana sull'Aventino ad opera di Servio Tullio. In quell'occasione, narra dunque Dionigi d'Alicarnasso come, nell'area sacra sull'Aventino, eretta a rifugio inviolabile e pacifico, le città del Lazio sarebbero convenute annualmente per celebrare sacrifici comuni, "e se qualche contrasto si fosse verificato tra loro lo avrebbero ricomposto durante tali sacrifici, attribuendo agli altri stati la valutazione degli atti oggetto di lamentela". A tal fine lo stesso Servio avrebbe redatto "le leggi che regolavano i rapporti tra le città, fissando anche le modalità d'attuazione per tutto ciò che concerneva la festività e l'adunanza solenne". E queste stesse "decisioni prese dai convenuti al consesso e [i nomi delle] città che avevano preso parte all'assemblea", conclude lo storico greco, furono iscritte in "una stele di bronzo ... rimasta sino ai miei tempi nel tempio di Diana, e i caratteri sono quelli che anticamente usava la Grecia."³⁵ Per la prima volta appaiono identificati e specificamente menzionati gli aspetti giuridici legati ai rapporti tra i membri di questo culto, mentre il riferimento ad un testo scritto su una stele di bronzo sembra anticipare una prassi che vedremo poi riproporsi in relazione al *foedus Cassianum*.³⁶

³⁵ Dion. Hal. 4.26.1-5: questa indicazione sembra presentarsi con un certo grado di verosimiglianza, anche se non ci permette poi di conoscere il contenuto che regolava la comune partecipazione dei Latini a tali incontri. Sostanzialmente concorde con la narrazione di Dionigi è la testimonianza di Liv. 1.45.2-3. Cfr. inoltre Varro *de ling. Lat.* 5.43, Fest. s.v. *nesi* (Lindsay 164.1), Zon. 7.9 (Melber). Cfr. anche *CIL* XII 4333.

³⁶ Appare tuttora persuasiva l'interpretazione proposta da Alföldy, *Early Rome* (nt. 21) 85 ss., circa il forte significato politico assunto da quella che a me sembra una 'duplicazione' del culto di Diana sull'Aventino rispetto all'originario culto presso il lago di Nemi: lo *specus Dianae*, cfr. R. Schilling, *Une victime des vicissitudes politiques: la Diane latine*, in *Hommages à Jean Bayet*, Bruxelles 1964, 651 s., F.H. Pairault-Massa, *Diana Nemorensis. Déesse Latine, déesse hellénistique*, in *MEFRA* 81, 1969, 425-472. Schema del resto mutuato dall'originaria impostazione di G. Wissowa, s.v. *Diana*, in *RE* V, Stuttgart 1905, col. 332 (cfr. anche Wissowa, *Religion* [nt. 22] 39), secondo cui "das aventinische Heiligtum eine Filiale des aricinischen war und durch seine Gründung der sakrale Mittelpunkt des Bundes (*scil.* dei popoli latini) von Aricia nach Rom verlegt wurde." Va tuttavia rilevato che il riferimento al centro politico-religioso di Ariccia, in questi autori, si fonda, ovviamente, sulla testimonianza di Catone (*Cato orig.* fr. 58 [Peter]), dove si richiama il *lucum Dianum in nemore Aricino*. Che però si colloca in età successiva al regno di Servio, probabilmente a ridosso della guerra romano-latina che portò al *foedus Cassianum*, come vedremo immediatamente di seguito. Cfr. anche G. Alföldy, *Diana Nemorensis*, in *AJA* 64, 1960, 137-144; K. Latte, *Römische Religionsgeschichte*, München 1960, 169-173.

E tuttavia io credo sia sostanzialmente sbagliato l'orientamento tradizionale seguito dai moderni – e pienamente adottato ancora da me pochi anni or sono – che tende a far discendere il tipo di relazioni che in età storica sembrerebbero intercorrere tra i Romani ed i *prisci Latini* da questo o da altri trattati stipulati tra Romani e Latini; sovente richiamandosi a quel fondamentale *foedus Cassianum*, or ora richiamato, e che si colloca, all'inizio della repubblica, come pietra miliare nel ricostituito rapporto tra questi popoli.³⁷ Mi riferisco anzitutto al *ius commercii* ed al *ius conubii* (mentre in altra sede intendo dimostrare che il cd. *ius migrandi* è un attributo tardivo, legato essenzialmente alla latinità colonaria).

Qui interviene la nuova apertura d'orizzonti che ci ha offerto Nörr che ci permette d'impostare in modo radicalmente nuovo l'intera questione, liberandoci, tra l'altro, dal continuo slittamento di piani che, in dottrina, e malgrado gli espliciti enunciati, è dato di cogliere tra un fondamento pattizio delle peculiari relazioni giuridiche romano-latine ed una loro origine dall'unità etnico-culturale.³⁸ La novità della ricostruzione proposta da Nörr deriva dalla linea di continuità delle relazioni tra individui appartenenti a popoli e comunità diverse che si può tracciare tra l'età dei villaggi dell'età del bronzo e la prima emergenza delle comunità politiche cittadine. Il fondamento di tale continuità, nella sua visuale, sarebbe dato, appunto, dalla *fides*, su cui egli fa leva per portare alle sue ultime conseguenze la liquidazione delle antiche idee sul valore dei trattati per il superamento dell'originaria assenza di relazioni o, addirittura, dell'ostilità naturale tra ordinamenti.

Assumendo invece l'idea che questi rapporti siano esistiti da sempre, il trattato tra città e popoli sovrani assume ora un significato nuovo e più complesso: finalizzato ad elevare e potenziare il grado di 'giuridicità' di rapporti già esistenti.³⁹ Essi, infatti, non avrebbero creato dunque, *ex nihilo*, la tutela della posizio-

³⁷ Quando invece, sulla scia di Mommsen, *Römisches Staatsrecht* III.2 (nt. 10) 607-613 (*Le droit public* VI.2 [nt. 10] 226-233), non s'insegua, come fanno ancora alcuni studiosi il fondamento di tali relazioni nel coagulo etnico anteriore alla città-stato, identificato con l'intero *nomen*, che avrebbe quindi costituito la matrice unitaria, anche giuridica e politica, oltre che culturale e linguistica, destinata a collegare individui e comunità nel corso dei successivi sviluppi cittadini, segnandone la fisionomia unitaria.

³⁸ Anche su questo punto mi riprometto di tornare a fondo nel mio lavoro su *Come si diventa Romani* che spero di riuscire a pubblicare tra non troppo tempo.

³⁹ Lo schema di fondo è enunciato in D. Nörr, *'Fides Punica'-'Fides Romana'. Bemerkungen zur 'demosia pistis' im ersten karthagisch-römischen Vertrag und zur Rechtsstellung des Fremden in der Antike* (2003), ora in Id., *Schriften 2001-2010*, Madrid et al. 2012, 265-309, trovando un'ancora più esplicita formulazione in Id., *Osservazioni in tema di terminologia giuridica predecemvirale e di ius mercatorum mediterraneo: il primo trattato tra Roma e Cartagine* (2005), ora in Id., *Schriften 2001-2010* (appena citato) 365-407.

ne giuridica dei cittadini appartenenti a ordinamenti diversi, limitandosi piuttosto a confermare e formalizzare le forme di tutela già sperimentate nella pratica.⁴⁰ I trattati avrebbero semplicemente elevato il valore delle pratiche commerciali vigenti, dando loro una forza nuova: elevandone, diciamo così, la ‘giuridicità’.⁴¹ Il vincolo politico fondato sui trattati tra città rappresenterebbe un salto in avanti, elevando le prassi mercantili precedenti a “piccola porzione di ordine internazionale”.⁴²

In questo modo, recuperando una continuità tra i circuiti d’ogni tipo che dovevano permettere incontri e scambi tra gli abitanti degli innumerevoli *pagi* e villaggi del mondo precivico e la stagione dei trattati stretti tra le città, s’illumina il ruolo assolto da quelle consociazioni religiose e da quei culti comuni su cui c’eravamo intrattenuti, come il terreno di cultura di rapporti anche economici e sociali intessuti in questa variegata realtà di *populi*, *oppida* e, infine, città. Da sempre, come ci ha ricordato di recente una brava studiosa palermitana, v’erano stati scambi matrimoniali tra gruppi gentilizi e clan parentali, e da sempre s’era comprato e venduto tra individui appartenenti ai diversi villaggi.⁴³ Il giuridicizzarsi di tali relazioni, in parallelo al rafforzamento della fisionomia politica delle antiche leghe religiose, sino alla formalizzazione dei trattati tra città, non creò nuovi tipi di relazioni, elevò, appunto, come ci ha detto Nörr, ad un più alto livello di certezza i rapporti di scambio ed i legami sociali esistenti da tempo immemorabile. Insomma, dobbiamo cessare di pensare, come abbiamo sempre fatto, che ci sono stati negozi e contratti, ma anche matrimoni, tra Romani e Latini, perché sussistevano tra loro il *ius commercii* e il *ius conubii*. Al contrario queste figure sono sorte perché c’erano e c’erano sempre stati affari e matrimoni tra costoro, consacrati infine – ulteriormente legittimati e potenziati – dai vari ordinamenti cittadini, ma non da loro introdotti *ex novo*.⁴⁴

Ciò avvenne, appunto, a seguito dell’affermarsi della città, favorito, almeno in Roma, dalle tecniche e dai saperi coltivati dai pontefici, in base a cui il primo embrione di una scienza giuridica fu in grado di registrare e riordinare anche le

⁴⁰ In questo contesto la presenza degli stranieri veniva così ad assumere una gamma di significati che va dal commercio alla pirateria, e che dev’essere concepita “come parte di un mondo pacifico ... fino alla parificazione dello straniero all’indigeno” (Nörr, *Osservazioni* [nt. 39] 372).

⁴¹ Nörr, *Osservazioni* (nt. 39) 147.

⁴² *Op. ult. cit.* 365, 376.

⁴³ M. De Simone, *Studi sulla patria potestas. Il filius familias ‘designatus rei publicae civis’*, Torino 2018, 23-25, 41, 202-207.

⁴⁴ Questi aspetti sono già accennati in L. Capogrossi Colognesi, *Ordinamenti familiari e sistema giuridico romano*, in L. Gagliardi (a cura di), *Antologia giuridica romanistica ed antiquaria*, II, Milano 2018, 53-72, e saranno ulteriormente sviluppati nel mio lavoro su *Come si diventa Romani* e in un articolo di prossima pubblicazione negli *Studi Casavola*.

forme degli scambi, spingendosi a disciplinare anche i rapporti matrimoniali. E, come appunto sostiene Nörr, tali sviluppi dovettero rendere possibile conseguire un più elevato livello di certezza (con gli accordi tra stati-città), il tessuto di rapporti già esistenti tra individui appartenenti a comunità diverse. Allora, e solo allora, le stesse istituzioni cittadine ed i loro custodi reinterpreteranno gli antichi rapporti in termini di *conubium* e di *commercium*, portando ad un più elevato livello di consapevolezza una storia più antica. Una storia che, sino ad allora, richiamando gli schemi ermeneutici di un altro dei grandi maestri del passato, Riccardo Orestano, s'era dovuta sostanziare, essenzialmente, come mera 'esperienza', non ancora filtrata da adeguati processi di concettualizzazione e d'astrazione.

Giovanna Coppola Bisazza
(Università degli Studi di Messina)

ANCORA UNA RIFLESSIONE SULLA SUCCESSIONE DI M. ANNEO CARSEOLANO

1. A Matteo Marrone, illustre e autorevole esponente della Scuola romanistica palermitana, dedico questa mia riflessione riguardante un tema a Lui caro: la *querela inofficiosi testamenti*.¹ Mi soffermerò, in particolare, su una testimonianza letteraria che proprio di recente è stata nuovamente fatta oggetto di attenzione.² Si tratta del brano di Valerio Massimo contenuto nel capitolo dei suoi *Facta et dicta memorabilia*, rubricato *de testamentis quae scissa sunt*, precisamente in 7.7.2.³

¹ Sull'argomento della *querela inofficiosi testamenti* v. infatti M. Marrone, *Sulla natura della 'querela inofficiosi testamenti'*, in *SDHI* 21, 1955, 74 ss.; Id., s.v. *Centumviri*, in *NNDI* 3, Torino 1959, 114 s.; Id., *Di nuovo in materia di querela inofficiosi testamenti*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, III, Milano 1962, 101 ss.; Id., s.v. *Querella inofficiosi testamenti*, in *NNDI* 14, Torino 1967, 670 ss. (ora anche in Id., *Scritti giuridici*, I, Palermo 2003, rispettivamente, 1 ss.; 65 ss.; 97 ss.; 141 ss.); adde, dello stesso A., *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, in *AUPA* 24, 1955, 32 ss., e il corso sulla *Querela inofficiosi testamenti (Lezioni di Diritto Romano)*, Palermo 1962.

² Cfr. in proposito G. Gulina, *Hereditatis petitio e querela inofficiosi testamenti nella successione di M. Anneo Carsolano (Val. Max. 7.7.2)*, in *IAH* 8, 2016, 59 ss.

³ Sul testo in esame cfr., tra i tanti, anche G. La Pira, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*, Firenze 1930, 415 nt. 1; 422 nt. 1; P. Voci, *Diritto ereditario romano*², II, Milano 1963, 671 ss. e ntt. 4-10; L. Di Lella, *Querela inofficiosi testamenti. Contributo allo studio della successione necessaria*, Napoli 1972, 52 s.; 97 ss.; C. Russo Ruggeri, *La datio in adoptionem*, I. *Origine, regime giuridico e riflessi politico-sociali in età repubblicana e imperiale*, Milano 1990, 133 ss.; 453 ss., con altra bibliografia precedente; adde ancora S. Querzoli, *I testamenti e gli officia pietatis. Tribunale centumvirale, potere imperiale e giuristi tra Augusto e i Severi*, Napoli 2000, 216 s. e nt. 68; M. Pérez Simeón, *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest. El principio de incompatibilidad entre la sucesión testamentaria y la intestada en el Derecho romano*, Madrid 2001, 296 s.; G. Gulina, *Il pretore «qui centumviralibus praesidet» in Plin., epist., 5.9.1-5*, in C. Russo Ruggeri (a cura di), *Studi in onore di Antonino Metro*, III, Milano 2010, 266 s.; P. Sciuto, *Concetti giuridici e categorie assiomatiche: l'uso di rescindere nell'esperienza di Roma antica*, Torino 2013, 196 ss.

Prima però di riportare il testo e di affrontare la discussione ritengo sia opportuno partire da alcune considerazioni propedeutiche.

È a tutti noto che la *querela inofficiosi testamenti*⁴ rappresentò il mezzo giudiziario volto a rendere ancora più incisiva la difesa delle aspettative successorie dei parenti prossimi del *de cuius* che fossero stati ingiustamente diseredati o trascurati. Quest'azione aveva assunto una sua stabile fisionomia già alla fine del I secolo d.C.,⁵ in concomitanza con la definitiva affermazione di una certa prassi del Collegio centumvirale, competente a giudicare in materia ereditaria, sviluppatasi da quando, a partire dall'ultima età repubblicana, plausibilmente col diffondersi della consuetudine di istituire *heredes* degli *extranei*,⁶ ci si avvalese dell'espediente retorico del *color insaniae* che avrebbe colpito il testatore che avesse redatto un testamento escludendo dalla successione i prossimi parenti, non agendo così in maniera conforme al suo dovere di affetto (*officium pietatis*) verso costoro.⁷

Come ho avuto occasione anch'io di evidenziare,⁸ infatti, il parente prossimo, non possessore dei beni ereditari, che era stato preterito o diseredato senza un giusto motivo, avrebbe potuto esperire la *vindicatio hereditatis* contro l'erede testamentario possessore, sostenendo l'invalidità del testamento sulla base dell'insania del *de cuius*.

Si trattava di istanze che sarebbero state decise dall'apposito collegio di giudici privati: i Centumviri; anche se tali cause, ancora avanzate ricorrendo all'antico rituale delle *legis actiones*, pure quando Augusto ufficializzò il processo formulare

⁴ Il termine più antico è 'querela' e non 'querella'. La forma con il raddoppiamento della 'l' avrebbe assunto un'ampia diffusione solo nel tardo latino: cfr. fonti e bibliografia citati da C. Masi Doria, *Bona libertorum. Regimi giuridici e realtà sociali*, Napoli 1996, 63 nt. 3; adde L. Gutiérrez-Masson, 'Actio ad implendam legitimam firmitatem testamenti conservandi causa'. *La preterición testamentaria parcial en derecho romano*, in *BIDR* 103-104, 2000-2001, 187 nt. 12, con altra bibliografia.

⁵ In tal senso v. anche Marrone, *Sulla natura* (nt. 1) 4 e nt. 1.

⁶ Rinvio al riguardo a G. Coppola Bisazza, *La successione contra voluntatem defuncti tra vecchi principi e nuove prospettive*², Milano 2019, 15 ss.

⁷ Il qualificativo *inofficiosum* attribuito al testamento compare, infatti, già in Cicerone, precisamente nella seconda orazione contro Verre (Cic. in *Verr.* II 1.42.107), ove si legge: *Iure, legibus, auctoritate omnium qui consulebantur testamentum P. Annius fecerat non improbum, non inofficiosum, non inhumanum*. Su questa fonte cfr., oltre Di Lella, *Querela* (nt. 3) 99 ss., più di recente soprattutto G. Gulina, *Testamento e officium pietatis in Cicerone*, in G. Conte / S. Landini (a cura di), *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furguele*, II, Milano 2017, 77 ss., part. 81 s. Sull'argomento in generale v. da ultimi, D. Di Ottavio, *Ricerche in tema di «querela inofficiosi testamenti»*, I. *Le origini*, Napoli 2012, 1 ss., con una sintesi dello stato della dottrina precedente; Sciuto, *Concetti giuridici* (nt. 3) 194 ss.; L. Gagliardi, *Studi sulla legittimazione alla querela inofficiosi testamenti in diritto romano e bizantino*, Milano 2017, 1 ss. e nt. 3; D. Dursi, *Aelius Marcianus. Institutionum libri I – V*, Roma 2019, 92 s.; 192 ss.

⁸ Cfr. Coppola Bisazza, *La successione contra voluntatem defuncti* (nt. 6) 33 ss.

(Gai 4.31), poi affiancato con sempre maggiore frequenza⁹ dalla nuova procedura della *cognitio extra ordinem*, strumenti indispensabili per dare immediata esecutività ad una eventuale sentenza favorevole all'istante,¹⁰ erano sempre presentate, nella fase *in iure*, davanti al pretore (in seguito sostituito da un funzionario imperiale) al quale, alla fine, sarebbe toccato di accoglierle o meno. A quest'ultimo, dunque, sarebbe spettato decidere che controversie riguardanti l'invalidità di un testamento giungessero innanzi ai Centumviri, consentendo conseguentemente che tale Collegio di giudici privati emettesse le sue sentenze innovatrici. Il magistrato aveva pertanto il potere di paralizzare lo svolgimento di processi in cui venivano avanzate richieste non conformi al diritto, quali potevano essere quelle di soggetti non aventi uno stretto legame parentale col *de cuius*. I richiedenti, infatti, dovevano essere precipuamente persone che, in base alle norme decemvirali, erano chiamate in prima linea alla successione del testatore: *sui e adgnati*, di cui il più prossimo escludeva il più remoto.

Questo, però, solo in un primo tempo. In seguito, infatti, con l'introduzione della *legis actio per sponsionem*,¹¹ in cui sull'attore soltanto incombeva l'onere di affermare e provare quella titolarità, sarebbe stato possibile anche ai *cognati* far valere il *color insaniae* del testatore. Essi, invero, pure nel caso in cui non avessero rivestito la qualifica di possessori, e quindi di convenuti, l'avrebbero potuta ottenere, sempre grazie al pretore, attraverso la concessione di una *bonorum possessio contra tabulas*¹² che, attraverso un progressivo processo di perfezionamento, avrebbe assunto le caratteristiche della *bonorum possessio litis ordinandae gratia*.¹³

⁹ Plausibilmente già dall'età di Adriano: in tal senso da ultimi Di Lella, *Querela* (nt. 2) 13 ss.; L. Gagliardi, *Decemviri e Centumviri. Origini e competenze*, Milano 2002, 350 ss.; F. Arcaria, «*Septemviralia iudicia*». Contributo alla storia della querela inofficiosi testamenti, in C. Russo Ruggeri (a cura di), *Studi in onore di Antonino Metro*, I, Milano 2009, 91.

¹⁰ Il che vale non solo per la *cognitio*, ma anche per la *legis actio sacramenti in rem*, e ciò perché il processo esecutivo caratterizzante il procedimento per *legis actiones* era quello della *manus iniectio*; lo afferma del resto anche Gai 4.48: *Omniū autem formularum, quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est. Itaque et si corpus aliquod petamus, veluti fundum hominem vestem <aurum> argentum, iudex non ipsam rem condemnat eum cum quo actum est, sicut olim fieri solebat, <sed> aestimata re pecuniam eum condemnat*. Cfr. in proposito, sulla scia di J.M. Kelly, *Studies in the Civil Jurisprudence of the Roman Republic*, Oxford 1976, 29 ss., Gagliardi, *Decemviri* (nt. 9) 135 ss.

¹¹ Già conosciuta ai tempi di Cicerone: v. da ultimo Gagliardi, *Decemviri* (nt. 9) 128 ss.; 294 ss.

¹² Vedi in proposito il caso descritto da Val. Max. 7.7.5, citato oltre, nt. 20.

¹³ Le fonti che fanno riferimento a questa *bonorum possessio* sono infatti tutte di epoca classica avanzata: cfr. part. D. 5.2.8 pr. (Ulp. 14 *ad ed.*); CI. 3.28.2 (Sev. et Ant., a. 196), nonché le altre fonti citate da Marrone, part. *Di nuovo in materia* (nt. 1) 102 ss. Sull'argomento da ultimi Gagliardi, *Decemviri* (nt. 9) 297 ss., e R. Fercia, «*Querela inofficiosi testamenti*» e «*iudicatum*»: problemi e prospettive tra II e

L'eventuale rescissione del testamento per *color insaniae* del testatore, con la conseguente apertura della successione *ab intestato*, intendendosi con questa espressione ormai non solo quella regolata dall'*ius civile*, bensì anche quella introdotta dall'*ius honorarium*, sarebbe stata pronunciata comunque sempre dal Collegio centumvirale. E il risultato al quale si sarebbe pervenuti sarebbe stato quello di ottenere in ogni caso una successione *contra voluntatem defuncti*, indice della prevalenza della successione *ex lege* (non importava più se di *ius civile* o di *ius honorarium*) sulla successione testamentaria.

Bene, che già dagli ultimi decenni della repubblica i Centumviri non avessero avuto alcuna difficoltà a permettere pure ai parenti di sangue di ottenere in tal modo l'eredità del loro prossimo congiunto è confermato proprio dalla testimonianza letteraria su richiamata,¹⁴ alla quale in passato aveva del resto accennato anche il Maestro che oggi festeggiamo.¹⁵ Passo quindi a riferirla.

III secolo, in *Diritto@Storia* 12, 2013, 1 ss., che ritiene possa individuarsi nella *querela inofficiosi testamenti* un precedente della moderna figura di "giurisdizione costitutiva" ex art. 2908 c.c.

¹⁴ Interessante in proposito è anche la vicenda riferita da Val. Max. 7.8.2: *Vita Tuditani demens, Aebutiae autem, quae L. Meneni Agrippae uxor fuerat, tabulae testamenti plenae furoris: nam cum haberet duas simillimae probitatis filias Pletoniam et Afroniam, animi sui potius inclinatione propecta quam ullis alterius iniuriis aut officiis comota, Pletoriam tantum modo heredem instituit: filiis etiam Afroniae ex admodum amplo patrimonio XX nummum legavit. Afronia tamen cum sorore sacramento contendere noluit testamentumque matris patientia honorare quam iudicio convellere satius esse duxit, eo se ipsa indigniorem iniuria ostendens quo eam aequiore animo sustinebat*. L'autore racconta del testamento di Ebusia, moglie di un certo Lucio Menenio Agrippa (sicuramente non identificabile col famoso console Menenio Agrippa: v. Di Lella, *Querela* [nt. 3] 38 ss., part. nt. 3). A suo giudizio la donna si mostrò più *demens* di Tuditano, un pazzo conosciuto che però fece un testamento pienamente valido (Val. Max. 7.8.1). Infatti, nonostante avesse due figlie ugualmente oneste, Pletonia e Afronia, facendosi influenzare più dalla sua simpatia che spingere dalle offese o dagli interventi di altri, istituì erede solo Pletonia e legò, dell'amplessimo patrimonio che aveva, ventimila sesterzi anche ai figli di Afronia. Quest'ultima, pur potendolo fare, tuttavia, non volle contendere 'sacramento' con la sorella e ritenne che fosse meglio rispettare pazientemente la volontà testamentaria della madre che impugnarla in un processo, dimostrando di essere tanto meno degna di quell'affronto, quanto maggiore era la moderazione con cui lo sopportava. Ora, ciò che fa riflettere della narrazione dello scrittore latino è la possibilità data alla figlia esclusa, plausibilmente estranea sotto il profilo agnazio alla madre (essendo quest'ultima legata al marito da un matrimonio non accompagnato da *conventio in manum*, come prova anche l'utilizzo del termine *uxor*, normalmente riservato appunto alle donne non *conventae*: v. C. Fayer, *La famiglia romana*, II, Roma 2005, 189 ss.; 285 ss., con bibliografia), di poter ugualmente contendere *sacramento* con la sorella. Il che può giustificarsi appunto sulla base del fatto che il *color insaniae*, espediente utilizzato in una prima fase unicamente dagli eredi civili *ab intestato*, sarebbe stato impiegato in seguito anche dai *cognati*, i quali, pure nel caso in cui non fossero stati possessori dell'*hereditas del de cuius*, l'avrebbero potuta conseguire attraverso il conferimento della *bonorum possessio contra tabulas*. Sull'episodio rinvio comunque al mio corso su *La successione contra voluntatem defuncti* (nt. 6) 36 ss., ove letteratura.

¹⁵ Marrone, *Sulla natura* (nt. 1) 25.

2. Val. Max. 7.7.2: *Item M. Annei Carseolani splendidissimi equitis Romani filius, a Sufenate avunculo suo adoptatus testamentum naturalis patris, quo praeteritus erat, apud centumviros rescidit, cum in eo Tullianus Pompei Magni familiaris ipso quidem Pompeio signatore heres scriptus esset. Itaque illi in iudicio plus cum excellentissimi viri gratia quam cum parentis cineribus negotii fuit. Ceterum quamvis utraque haec adversus nitebantur, tamen paterna bona optinuit: nam L. quidem Sextilius et P. Popilius, quos M. Anneius sanguine sibi coniunctos eadem ex parte qua Tullianum heredes fecerat, sacramento cum adulescentulo contendere ausi non sunt, tametsi praecipuis eo tempore Magni viribus ad defendendas tabulas testamenti invitari poterant, et aliquantum adiuvabat heredes quod M. Anneius in Sufenatis familiam ac sacra transierat. Sed artissimum inter homines procreationis vinculum patris simul voluntatem et principis auctoritatem superavit.*

L'erudito narra di un testamento nel quale era stato preterito il figlio naturale dell'ereditando, un tal M. Anneo Carseolano, personaggio sicuramente appartenente a una famiglia di spicco dell'epoca, visto che Valerio Massimo usa nei suoi confronti l'espressione *splendidissimus eques*. Quest'ultimo lo aveva dato in adozione allo zio materno, un tal Sufenate, e nel suo testamento non aveva inteso nominarlo, favorendo invece tre altri soggetti. Tra essi un tal Tulliano, estraneo al *de cuius*, ma ammanigliato politicamente, legato com'era da un rapporto di *familiaritas*¹⁶ col potente Pompeo Magno, il quale, tra l'altro, era stato *signator* del testamento che vedeva appunto Tulliano istituito erede. Assieme a lui, poi, erano stati nominati Lucio Sestilio e Publio Popilio, entrambi però, diversamente da Tulliano, *sanguine coniuncti* al *de cuius*. Il giovane, secondo il racconto di Valerio Massimo, riuscì a rescindere il testamento del padre naturale nella parte in cui era stato nominato erede Tulliano, ottenendo il possesso dei beni paterni. Infatti, Sestilio e Popilio, nonostante il vincolo parentale che comunque li legava al defunto, non osarono *contendere* con lui, sebbene potessero essere invogliati a farlo sia per l'influenza allora preponderante che Pompeo Magno poteva esercitare sia per la circostanza, particolarmente rilevante agli occhi dell'erudito, che Marco Anneo, adottato dallo zio materno, sareb-

¹⁶ Secondo Gulina, *Hereditatis petitio* (nt. 2) 61 nt. 1, ivi la *familiaritas* tra i due personaggi sarebbe da intendere nel senso di amicizia, in quanto "il significato di appartenente alla *familia* degraderebbe ... Tulliano a un rango, se non servile, certo libertino". Il che, a suo giudizio, mal si accorderebbe col fatto che Pompeo sia stato *signator* di quel testamento. Ora, che il termine *familiaris* sia stato usato da Valerio Massimo nel significato di "amico" non è tanto da collegare alla motivazione addotta dall'A., quanto piuttosto al fatto che sia il padre naturale, Carseolano, *splendidissimus eques Romanus*, che il fratello della madre, Sufenate, a cui era stato dato in adozione, entrando così a far parte della sua *familia* e al culto dei suoi *sacra*, dovettero essere personaggi che godevano di un notevole prestigio sociale ai tempi dell'episodio, non certo degli appartenenti alla classe libertina. Il che, del resto, è stato messo in evidenza anche dallo stesso Gulina (v. *op. ult. cit.* 61 nt. 1 e 68 nt. 1).

be ormai entrato definitivamente a far parte della famiglia e del culto domestico di quest'ultimo. L'autore chiude con una riflessione che riflette la realtà dei nuovi tempi, quelli ai quali la vicenda si riferisce:¹⁷ il *vinculum procreationis*, e quindi il vincolo cognatizio, ebbe tuttavia la meglio e sulla volontà dell'ereditando e sull'autorità dello stesso Pompeo.

Recentemente c'è chi è tornato a interrogarsi sul percorso processuale seguito dal figlio per raggiungere l'esito a lui favorevole, rilevando come la fonte riferisca del concorso di due momenti distinti, legati da pregiudizialità.¹⁸ In un primo tempo il ricorrente avrebbe guadagnato un giudicato dichiarativo di annullamento del testamento: ... *M. Annei Carseolani ... filius ... testamentum naturalis patris ... apud centumviros rescidit*; mentre nel secondo avrebbe ottenuto finalmente il patrimonio ereditario: ... *(ille) paterna bona optinuit: nam L. quidem Sextilius et P. Popilius ... sacramento cum adulescentulo contendere ausi non sunt rell.*

Il passo sarebbe dunque “costruito secondo un'intima struttura bipartita, con concentrazione della prima parte sul momento centumvirale di inofficiosità, della seconda su quello dell'*agere sacramento*”, bipartizione “confermata anche dal fatto che il ricorso centumvirale è consumato, mentre il procedimento per *sacramento* è soltanto avviato”. Il che sarebbe provato proprio dall'inciso '*itaque illi in iudicio plus cum excellentissimi viri gratia quam cum paternis cineribus negotii fuit*', che farebbe appunto riferimento a una consumata fase *apud iudicem*. Chiusa la fase del giudizio centumvirale, che avrebbe portato alla rescissione del testamento, si sarebbe aperta la seconda, in riferimento alla quale l'autore avrebbe annunciato subito il risultato: *bona optinuit*, “per poi chiarire il mezzo con il quale” questo risultato sarebbe stato “perseguito”. Questa fase sarebbe stata concentrata tutta sul rito sacramentale, “diverso da quello” relativo al “giudizio centumvirale, di cui la fonte” avrebbe “detto in apertura”. Ciò sarebbe avvalorato dal fatto che gli altri due coeredi, Sestilio e Popilio per intenderci, *sacramento cum adulescentulo contendere ausi non sunt*; il suo mancato esperimento non avrebbe dunque portato a una *litis contestatio* introduttiva della fase *apud centumviros* della quale l'autore avrebbe riferito prima.

In ultima analisi, dalla fonte si ricaverebbe un ricorso al collegio centumvirale, esperito fuori dal contraddittorio con gli *heredes scripti*, volto all'ottenimento

¹⁷ L'episodio potrebbe verosimilmente farsi risalire al 52 a.C., anno indicato da Voci, *Diritto ereditario romano*² II (nt. 3) *loc. ult. cit.*, e accettato anche da Gulina, *Hereditatis petitio* (nt. 2) 60 ntt. 1-2; 61 nt. 1.

¹⁸ Cfr. Gulina, *Hereditatis petitio* (nt. 2) 59 ss. L'opinione è stata più di recente ribadita dall'A. nel suo contributo su *Il testamento inofficioso nella cognizione sommaria dei magistrati dell'ordo. Il caso di Terenzio (Val. Max. 7.7.5)*, in *IAH* 10, 2018, 107 ss.

del testamento inofficioso, seguito da un'azione in senso stretto promossa dal *praeteritus* contro i possessori *pro herede* dei beni ereditari. La bipartizione dell'iniziativa del giovane sarebbe dimostrata d'altronde dalla circostanza che, come si è detto, il ricorso centumvirale si sarebbe "consumato", mentre il procedimento per *sacramentum* sarebbe stato semplicemente "avviato".

3. L'ipotesi avanzata, che farebbe del rito descritto dal nostro autore un modo diverso e precedente di deduzione della querela, non penso però possa condividersi.

Non bisogna intanto sottovalutare che Valerio Massimo non fu un giurista; pertanto nella sua opera i riferimenti giuridici mancano di quella linearità e quel tecnicismo tipici dei giuristi.¹⁹

Si può, comunque, partire da un dato certo, già messo in luce nella ricostruzione riferita: la struttura bipartita dell'episodio narrato. Il brano può, infatti, scindersi in due momenti narrativi, che tuttavia sono tra loro logicamente concatenati dalla congiunzione 'nam', che li unisce, volta a introdurre la spiegazione del definitivo ottenimento dei *bona paterna*: il primo, che va dall'inizio: *item M. Annei Carseolani*, etc., a *optinuit*, e il secondo, che prosegue, appunto, da *nam L. quidem Sextilius*, etc., a *superavit*. Nella prima parte si afferma che il figlio dato in adozione ebbe la meglio *apud centumviros* riuscendo ad ottenere la rescissione del testamento e il conseguente conferimento dei beni paterni. Cosa ormai possibile alla fine della repubblica, epoca nella quale si colloca l'episodio esaminato, in quanto, anche chi, come il nostro protagonista, non era erede civile del *de cuius*, essendo stato dato in adozione a Sufenate, poteva ugualmente, attraverso la concessione della *bonorum possessio contra tabulas*,²⁰ litigare con un

¹⁹ In tal senso v. anche La Pira, *La successione ereditaria* (nt. 3) 415 nt. 1; 422 nt. 1; Marrone, *Sulla natura* (nt. 1) 25.

²⁰ Un altro esempio, più chiaro al riguardo, e risalente sempre all'età repubblicana, è fornito dall'episodio narrato da Val. Max. 7.7.5: *Egredia C. quoque Calpurni Pisonis praetoris urbis constitutio: cum enim ad eum Terentius ex octo filiis, quos in adulescentiam perduxerat, ab uno in adoptionem dato exheredatum se querellam detulisset, bonorum adulescentis possessionem ei dedit heredesque lege agere passus non est. Movit profecto Pisonem patria maiestas, donum vitae, beneficium educationis, sed aliquid etiam flexit circumstantium liberorum numerus, quia cum patre septem fratres impie exheredatos videbat*. Ivi Terenzio, avendo dato in adozione uno dei suoi otto figli, il quale, divenuto plausibilmente *sui iuris* e avendo fatto testamento, lo aveva diseredato, riuscì ad ottenere il possesso dei beni sulla base di una *egregia constitutio* di Calpurnio Pisone (pretore nel 70 a.C.: cfr. T.R.S. Broughton, *The magistrates of the Roman Republic*, II, New York 1952 [rist. 1984], 127), possesso che non avrebbe inoltre consentito agli eredi designati di *lege agere* con successo. Ad essi, infatti, in tal caso sarebbe toccato dimostrare di avere maggiore diritto all'eredità rispetto al padre di chi, seppure uscito dalla sua *potestas*, rimaneva pur sempre legato a lui da vincoli di *cognatio*, vincoli che il pretore era ormai pronto a tutelare apertamente. Del testo mi sono già occupata in altro luogo: v. Coppola Bisazza, *La successione contra*

erede testamentario assumendo *in iure* la posizione privilegiata di convenuto e, facendo valere l'*insania* del testatore, ottenere il definitivo godimento dei beni ereditari.

E questo è proprio quanto dovette accadere anche al nostro Marco, il cui risultato positivo egli ottenne in seguito al coinvolgimento però di uno solo degli eredi controinteressati, Tulliano: *testamentum naturalis patris ... apud centumvirosc rescidit, cum in eo Tullianus ... heres scriptus esset*. La connessione tra la rescissione del testamento che egli riuscì ad ottenere e la figura del familiare di Pompeo non può, invero, essere messa in dubbio. Né può dirsi che Tulliano non abbia esercitato alcuna attività di resistenza a suo favore, visto che, come afferma la fonte, nel giudizio che ne seguì, Marco *plus cum excellentissimi viri gratia quam cum parentis cineribus negotii fuit*.

A dispetto di ciò il nostro *praeteritus* conseguì ugualmente i *bona paterna*,²¹ in quanto – e qui entriamo nella seconda parte narrativa dell'episodio – gli altri due eredi designati, pur essendo anch'essi *sanguine coniuncti* al *de cuius*, non osarono *sacramento cum adulescentulo contendere*, espressione, quest'ultima, che chiaramente fa riferimento al rituale della *legis actio sacramento* a cui essi avrebbero dovuto partecipare per aver confermata la loro qualità di eredi e che invece era stata promosso unicamente da Tulliano.

In ultima analisi, il figlio naturale del *de cuius* si dovette vedere confutata la sua ottenuta posizione di possessore *contra tabulas* solo da Tulliano, plausibilmente spinto a ciò anche dalla situazione di vantaggio in cui si trovava, essendo legato al potente Pompeo, circostanza che Valerio Massimo sottolinea, come si è visto, in maniera molto marcata. Gli altri due coeredi, invece, non osarono litigare con lui, nonostante potessero avere dalla loro la validità *iure civili* di un

voluntatem defuncti (nt. 6) 29 s., con bibliografia. Su di esso si è comunque soffermato recentemente pure Gulina, *Il testamento inofficioso nella cognizione sommaria* (nt. 18) 89 ss., il quale attribuisce al termine *quere(l)la* in esso contenuto non il significato generico di 'doglianza giudiziaria', e quindi di 'denuncia' (significato che invece è plausibile, tenendo conto anche del fatto che Valerio Massimo, non essendo un giurista, può aver usato il vocabolo in questione nella sua accezione usuale), bensì quello tecnico di iniziativa tipica di apprezzamento della inofficiosità di un testamento. E poiché questo lo avrebbe portato ad anticipare al I sec. a.C. il relativo successivo procedimento unitario, in contrasto con quanto sostenuto a proposito del caso di cui stiamo discutendo, in cui l'A. invece afferma come il rito di Carseolano, svoltosi più tardi (50 circa a.C.), sarebbe stato articolato in due fasi: rescissione del testamento quale *prius* logico-giuridico e iniziativa petitoria quale *posterius*, egli è costretto a considerare la costruzione retorica di Valerio Massimo una "sineddoche".

²¹ L'inciso '*paterna bona optinuit*' potrebbe costituire una prova della forma specifica della sentenza di condanna del rito delle *legis actiones*. In tal senso v. part. A. Romano, *Economia naturale ed economia monetaria nella storia della condanna arcaica*, Milano 1986, 142 ss. Diversamente tuttavia A. Burdese, *Sulla condanna pecuniaria nel processo civile romano*, in *SCDR* 1, 1989, 175 ss., part. 180. Sul punto cfr. anche Gagliardi, *Decemviri* (nt. 9) 260 s. e Gulina, *Hereditatis petitio* (nt. 2) 62 nt. 5; 75 s. e nt. 4.

testamento siglato persino dall'autorevole personaggio, e nonostante potesse essere a loro favorevole il fatto che Marco Anneo era uscito dalla famiglia del *de cuius* per entrare a far parte della famiglia e del culto domestico della stirpe materna. Vinse pertanto il riconoscimento (da parte dei Centumviri) del *vinculum procreationis*, superiore alla volontà paterna e all'*auctoritas* di un *princeps* qual'era, per i suoi tempi, considerato Pompeo. Il che prova come il carattere anedddotico della vicenda nasconda un profilo didattico morale, al quale l'Autore vuol dare assoluto risalto, a prescindere da eventuali riferimenti propriamente tecnico-giudici che qua e là si possono cogliere, ma che per un non giurista assumono un ruolo secondario.

In ogni modo, se inteso nei termini che ho esposto, ritengo che anche quest'episodio confermi appieno l'insegnamento di Matteo Marrone, a giudizio del quale la *querela inofficiosi testamenti* altro non sarebbe stata, nella sua prima fase, che una speciale petizione di eredità con la quale il querelante perseguiva la sua quota *ab intestato*, quota che l'erede naturale avrebbe potuto ottenere già alla fine della repubblica divenendo possessore e vincendo in giudizio in qualità di convenuto.²²

²² Opinione, questa, ribadita dall'A. anche nel suo manuale di *Istituzioni di Diritto Romano*³, Palermo 2006, 625 ss.

Alessandro Corbino
(Università degli Studi di Catania)

LA VENDITA DI *ARBORES STANTES* (D. 19.1.40)

1. Un testo oggetto di non sopite¹ incertezze dottrinarie è quello che i compilatori inserirono in:

D. 19.1.40 (Pomp. 31 *ad Q. M.*): *Quintus Mucius scribit: dominus fundi de praedio arbores stantes vendiderat et pro his rebus pecuniam accepit et tradere nolebat: emptor quaerebat, quid se facere oporteret, et verebatur, ne hae arbores eius non viderentur factae. Pomponius: arborum, quae in fundo continentur, non est separatum corpus a fundo et ideo ut dominus suas specialiter arbores vindicare emptor non poterit: sed ex empto habet actionem.*

Il caso è quello dell'avvenuta vendita di '*arbores² stantes*' (dunque *in situ*), delle quali sia stato pagato il prezzo, ma delle quali il venditore rifiuti ora la consegna (*tradere nolebat*). Esso è presentato dai compilatori come già discusso da Quinto Mucio e Pomponio. Alla richiesta dell'*emptor* interessato, Quinto Mucio – si legge – aveva risposto in modo non netto (vedremo meglio più avanti). Ma Pomponio (la cui opinione i giustinianeî – per i quali il testo è ovviamente 'diritto vigente' – sposano con evidenza) aveva superato i suoi dubbi: non essendo le *arbores* un *corpus separatum*, il compratore non potrà considerarsi già proprietario e potrà dunque esperire solo l'azione contrattuale.

¹ Cfr. S. Viaro, *Corrispettività e adempimento nel sistema contrattuale romano*, Padova 2011, 39 ss., che – condividendo il giudizio espresso a suo tempo da S. Romano, *Nuovi studi sul trasferimento della proprietà e il pagamento del prezzo nella compravendita romana*, Padova 1937, 145 – lo introduce come testo 'oscurissimo'; S. Roncati, *Emere, vendere, tradere. La lunga storia della regola di I. 2.1.41 nel diritto romano e nella tradizione romanistica*, Napoli 2015, 30 ss.

² L'espressione richiama con certezza la 'pianta' e non quanto se ne può ricavare ('legna', ad esempio). Quando le piante vengono in considerazione da questo punto di vista, si parla infatti di *materia*, di *arbores succisae materiae causa* (Ulp. 25 *ad Sab.*, D. 32.55 pr., con citazione di Quinto Mucio) e comunque di *arbores caeduae* (Ulp. 31 *ad Sab.*, D. 24.3.7.12; ma v. anche, ad esempio: Ulp. 17 *ad Sab.*, D. 7.4.10.4; Ulp. 31 *ad Sab.*, D. 24.3.7.6-7). Su questi aspetti di linguaggio cfr. ora: L. Capogrossi Colognesi, «*Silvae*» and «*compascua*» in *Roman Legal Landscape*, in *Index* 46, 2018, 301 ss.

Il testo ha ricevuto considerazione soprattutto³ nell'ambito delle discussioni generate dal dettato di I. 2.1.41⁴ circa la subordinazione *ab antiquo* dell'efficacia traslativa della *traditio venditionis causa* all'avvenuto 'soddisfacimento' del venditore (nelle varie modalità possibili: che nel testo istituzionale⁵ vanno, com'è noto, dal ricevuto pagamento del prezzo alla semplice acquiescenza del venditore all'effetto traslativo, anche in difetto di pagamento), ma esso coinvolge, con evidenza, anche l'ulteriore questione della risalente possibilità di una *traditio* senza spostamento fisico del suo oggetto, a lungo ritenuta,⁶ a sua volta, solo un approdo se non tardo, almeno maturo. Evidenti presupposti logici dei ragionamenti attorno ai quali si sviluppa l'impianto e la soluzione del quesito discusso nel testo sono infatti non solo il fatto che si dia come 'possibile' (se anche per escluderlo) un già maturato trasferimento del *dominium* (in seguito alla vendita conclusa ed eseguita *ex parte emptoris*: pagamento del prezzo), ma anche la proponibilità di una intervenuta *perfectio* (a fini traslativi) della *traditio* di *arbores stantes*, cioè nella materiale condizione locativa originaria. Questione, questa seconda, che, in prospettiva storica, ha un'ulteriore ricaduta. Costringe a interrogarsi anche – essendo la *traditio* in discussione intervenuta *venditionis causa* – sulla risalenza della conseguente diretta efficacia reale di un'*emptio-venditio*, che si compenetri con l'atto traslativo che le dà esecuzione.⁷

³ Oltre ai lavori ricordati *supra* a nt. 1, si vedano comunque: Ph. Meylan, *Interprétation de la loi 40, Dig. 19.1 (Pomponius lib. 31 ad Q. Mucium)*, in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, II, Paris 1963, 795 ss. (ivi – 796 nt. 1 – ulteriore bibliografia; nonché – 797 s. – la considerazione delle ragioni che indicherebbero l'intervenuta manipolazione del testo); A. Watson, *The Law of Obligations*, Oxford 1965, 61 ss.; F. Bona, *Società universale e società questuaria generale in diritto romano (a proposito di Bianchini, Studi sulla societas)*, in *SDHI* 33, 1967, 366 ss.; V. Kurz, "Emptio rei speratae" "pura" oder "sub condicione"?, in *Labeo* 20, 1974, 195 ss.; J.A.C. Thomas, *Sale Actions and other Actions*, in *RIDA* 26, 1979, 434.

⁴ Sul quale ora: M. Humbert, *Transfert de la propriété et paiement du prix: la tradition décennivale, mille ans après*, in E. Chevreau et al. (a cura di), *Liber amicorum. Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Coriat*, Paris 2019, 393 ss. (v. anche, dello stesso autore: *La loi des XII Tables. Édition et commentaire*, Rome 2018, 385 ss.).

⁵ *Sed si quidem ex causa donationis aut dotis aut qualibet alia ex causa tradantur, sine dubio transferentur: venditae vero et traditae non aliter emptori adquiruntur, quam si is venditori pretium solverit vel alio modo ei satisfecerit, veluti expromissore aut pignore dato. quod cavetur quidem etiam lege duodecim tabularum: tamen recte dicitur et iure gentium, id est iure naturali, id effici. sed et si is qui vendidit fidem emptoris secutus fuerit, dicendum est statim rem emptoris fieri.*

⁶ Come può facilmente osservarsi scorrendo la manualistica corrente, che tale la considerava ancora nel corso avanzato del secolo scorso. Così, ad esempio: V. Arangio-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, Napoli 1960, 204 s.; B. Biondi, *Istituzioni di diritto romano*⁴, Milano 1965, 259 ss.; A. Burdese, *Diritto privato romano*³, Torino 1987, 310; M.J. García Garrido, *Diritto privato romano* (ed. ital. a cura di M. Balzarini), Padova 1992, 195 ss.; A. Guarino, *Diritto privato romano*¹², Napoli 2001, 657; J. Iglesias, *Derecho romano*¹³, Madrid 2001, 179 ss.

⁷ Questione che ha per altro non poco impegnato – nell'ultimo cinquantennio – la dottrina,

Non intendo aprire qui una discussione a tutto campo. Sulle vicende appena evocate ho già avuto modo, per altro, di esprimere il mio punto di vista. Netto per quanto riguarda la risalente possibilità (largamente ormai, del resto, riconosciuta) di una *traditio* senza spostamento fisico della cosa⁸ e di quella anche di un' *emptio-venditio* a struttura *ab antiquo* consensuale (e dunque con immediato 'possibile' effetto traslativo, per le *res nec mancipi*, quando essa si immedesima con la *traditio* che la attua).⁹ Meno netto invece quanto alla generalità della subordinazione della efficacia reale della *traditio venditionis causa* alle sole (tutte o alcune almeno) condizioni previste in I. 2.1.41. Se non si può trascurare infatti la compatibilità dogmatica dell'evenienza con la risalente struttura insuperabilmente consensuale dei due atti (*traditio* ed *emptio-venditio*),¹⁰ non si può trascurare nemmeno tuttavia che essa debba misurarsi anche con la vigenza di un principio (*periculum est emptoris*) che vale solo per il secondo e che in tanto poteva avere senso in quanto l'intervenuta perfezione del contratto non comportasse 'anche e sempre' *ipso iure* il trasferimento dell'oggetto.¹¹

Il mio proposito è molto più modesto.

Lo scopo di queste brevi considerazioni – che dedico con affetto e ammirazione al Maestro carissimo che onoriamo – è piuttosto quello di porre una domanda che la dottrina (per quanto almeno ho potuto constatare) non si è fin ora posta: perché mai il nostro *emptor* preferiva (il fatto è sicuro alla luce del tenore del testo) rivendicare piuttosto che esercitare l'azione contrattuale? La risposta alla quale mi appare di un certo interesse da più punti di vista, ivi compreso quello della configurabilità o meno di un eventuale uguale interesse di un compratore del tempo di Quinto Mucio.

Non seguirò perciò l'ordinario approccio al testo. Guarderò ad esso (in prima battuta) da una prospettiva più direttamente dogmatica. Dal punto di vista dal quale il testo va cioè considerato in ottica intanto giustiniana (seguendo dunque

dando luogo a posizioni anche decisamente contrapposte. Ricorderò, sui due versanti: F. Gallo, *Il principio «emptio dominium transfertur» nel diritto pregiustiniano*, Milano 1960, da un lato; M. Talamanca, s.v. *Vendita (Diritto romano)*, in *ED* 46, Milano 1993, 462 ss.; Id., *Considerazioni sul «periculum rei venditae»*, in *SCDR* 7, 1995, 218, dall'altro. Una riconsiderazione recente in Roncati, *Emere, vendere, tradere* (nt. 1) 146 ss.

⁸ A. Corbino, *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana*², Torino 2006; Id., *Diritto privato romano*⁴, Padova 2019, 500 s.

⁹ A. Corbino, *La risalenza dell'emptio-venditio consensuale e i suoi rapporti con la mancipatio*, in *Iura* 64, 2016, 88 ss.

¹⁰ Oltre allo scritto citato nella nota precedente, v. anche A. Corbino, *La pignoris capio accordata dalle XII tavole al venditore di un'hostia (Gai. 4.28)*, in Chevreau et al. (a cura di), *Liber amicorum* (nt. 4) 173 ss.

¹¹ Corbino, *La risalenza* (nt. 8) 98 e nt. 357.

l'impianto attuale del problema). Dal cui chiarimento pieno potranno venire poi, semmai, alcune considerazioni di ordine storico (e anche forse metodologico).

Ma andiamo con ordine.

2. Comincerò da alcune questioncelle preliminari.

La prima riguarda il senso da attribuire al *'tradere'* di *'tradere nolebat'*.

La sola risposta possibile – almeno per diritto giustiniano (giacché viceversa il testo perderebbe di ogni senso) – è che qui *tradere* indichi la 'consegna materiale' in esecuzione di un contratto già concluso. Il che è per altro del tutto coerente con l'uso che dell'espressione si faceva da tempo¹² e continuava ancora a farsi.¹³

La circostanza non ha tuttavia un valore solo esegetico-letterale. Implica un'importante conseguenza sostanziale. Il tempo del contratto e quello del rifiuto di consegnare sono presupposti (nella descrizione dei fatti) come 'distanti'. Non possiamo dire quanto, ma sicuramente 'distanti'.

La seconda riguarda il senso di *'verebatur ne ...'*. Chi 'dubitava'?

In dottrina si è immaginato¹⁴ che a dubitare fosse il compratore 'consultante'. Ma la grammatica impone – come ha già esattamente osservato Alan Watson¹⁵ – di pensare che a dubitare fosse invece Quinto Mucio.¹⁶ Non avremmo letto *'eius'*. Senza dire della 'singolarità' di un dubbio – quello del compratore – in contrasto con l'interesse che manifestamente egli nutriva nel compulsare il giurista (come tutto l'andamento del testo lascia trasparire con evidenza).

Posto che a dubitare era dunque (nel dettato attuale del testo) Quinto Mucio, quale era allora la *ratio dubitandi* che egli faceva valere? Il testo non lo esplicita. Ma essa doveva apparire meritevole di considerazione ancora ai giustiniane, se appunto essi vi hanno fatto riferimento, sia pure per destituirli definitivamente di fondamento (attraverso l'adesione – che per essi non è opinione, ma indirizzo legislativo¹⁷ – al commento di Pomponio).

¹² Plaut. *Asin.* 661, 689; *Merc.* 278 (di particolare interesse la sottolineatura *'in manum'*: una 'consegna' non implica già dunque alcun necessario contatto fisico con l'oggetto).

¹³ Gai 2.41. V. anche D. 41.1.31 pr. (Paul. 31 *ad ed.*), nel quale non vedo quale altro senso possa ricevere l'espressione *'nuda traditio'* se non quella di alludere al mero atto materiale della consegna. Sugli usi di *tradere* v. comunque per tutti: L. Labruna, *Tradere ed altri studii*, Napoli 1998, 13 ss. Ed è certo per altro che il gesto (in sé neutro) comportava effetti giuridici diversi, in relazione alla causa che lo giustificava (A. Corbino, *La causa negoziale nel diritto privato romano*, Padova 2014, 110 ss.).

¹⁴ Così già F.P. Bremer, *Iurisprudentiae antehadrianae quae supersunt*, I, Lipsiae 1896, 68.

¹⁵ Watson, *The Law of Obligations* (nt. 3) 61.

¹⁶ Non può perciò accogliersi la traduzione di A.M. Giomaro / C. Brancati, *Percorsi guidati e metodologici di analisi giuridica*, Fano 2005, 214.

¹⁷ Sul punto comunque *infra*, § 11.

3. Le premesse di fatto della questione affrontata sono dunque di due ordini.

Da un lato, sono pacifiche l'intervenuta conclusione della vendita in oggetto e la 'sopraggiunta' indisponibilità del venditore a 'consegnare' gli oggetti pattuiti (le *arbores stantes*). La vendita non solo è stata perfezionata, quanto al consenso (del quale non si fa infatti questione sotto alcun profilo),¹⁸ ma è stata addirittura eseguita dal compratore, che ha già versato il prezzo concordato.

Dall'altro, è altrettanto evidente che non è in discussione l'azione contrattuale. La pretesa contrastata è quella del compratore di esercitare (in luogo della contrattuale) l'azione di rivendica.

La questione (a stare al testo, considerata già anche al tempo di Quinto Mucio e di Pomponio) riguardava dunque l'intervenuta o meno efficacia 'anche' traslativa del consenso manifestato, pacifico sia quanto alla sua 'causa' (vendita) che quanto all'assenza, nelle circostanze, di ostacoli (come quelli che avrebbero potuto insorgere in relazione alla 'rassicurazione' delle aspirazioni contrattuali del venditore).¹⁹ Essa coinvolge insomma aspetti di 'perfezionamento' dell'accordo relativi unicamente a quelli necessari per la produzione dell'effetto reale: il consenso su causa e 'oggetto' (nella materiale rappresentazione che ne hanno avuto le parti: *arbores stantes*)²⁰ è stato sufficiente a far considerare intervenuta (con esso) 'anche' la 'traditio' delle cose di riferimento (le *arbores* che ne sono state oggetto)?

La risposta dei giustinianei (che l'attribuiscono a Pomponio) è negativa: le *arbores stantes* non sono un 'corpus' identificabile come tale (distinto insomma – in quanto *separatum* – dal 'fondo' nel quale insistono). Ed è una risposta del tutto in linea con l'idea che non possa esservi 'oggetto' di un accordo negoziale se la 'res' che lo costituisce non sia stata (in quanto lo possa) materialmente identificata (come *res* 'in se'). Come accade infatti in materia di cose composte e anche per i frutti o per i parti. Né gli elementi delle prime né i secondi sono 'res' suscettibili di autonoma considerazione finché non si separano dal 'corpo' che li 'ingloba'²¹

¹⁸ Nessun cenno nel testo a errori, dolo delle parti, libera determinazione del prezzo.

¹⁹ I. 2.1.41.

²⁰ Che si presuppongono (in quanto 'vendute') anche individuate [cfr. D. 18.6.8 pr. (Paul. 33 *ad ed.*): perché, ad esempio, '*signatae*' singolarmente o perché insediate in un'area del fondo parimenti individuata e delimitata.

²¹ D. 6.1.23.5 (Paul. 21 *ad ed.*). Cfr. per altro: D. 41.3.23 pr. (Iav. 9 *ep.*); D. 41.2.30 pr. (Paul. 15 *ad Sab.*). Il diverso punto di vista che si legge in D. 41.3.30.1 (Pomp. 30 *ad Sab.*) è, con ogni probabilità, conseguenza di un aggiustamento empirico di origine compilatoria (così P. Voci, *Modi di acquisto della proprietà*, Milano 1952, 169), in relazione alla conservata individualità dell'oggetto. Non escluderei tuttavia una *ratio* più sottile: le cose in considerazione – tegole e colonne – avrebbero anche potuto non essere 'incorporate' all'edificio (essendo ad esso solo funzionalmente connesse). Circostanza che perciò, da un lato, poteva farle considerare 'parti' dell'edificio (concorrevano alla sua

o che li ‘genera’.²² Perché allora il dubbio (di Quinto Mucio e comunque dei giustiniani)? Cosa rendeva almeno ‘prospettabile’ l’opposto punto di vista?

Per comprenderlo, dobbiamo guardare ad alcuni aspetti delle discipline coinvolte nella nostra vicenda assolutamente notori, ma sulle cui implicazioni (per la soluzione dei problemi oggetto della fattispecie in discussione) non si è forse riflettuto a sufficienza.

4. È noto, e del tutto pacifico, che per diritto giustiniano (il solo al momento al quale desidero restare) fosse ben possibile la *traditio* di un *corpus* materialmente ‘identificato’ anche senza materiale spostamento di esso.

Lo leggiamo in un noto testo attribuito a Paolo (nel quale si richiama il pensiero di Giavoleno). Le cose non suscettibili di spostamento immediato si considerano *traditae* al momento del consenso espresso in loro presenza (vale per le *columnae* e vale anche per i vini, se il venditore ha consegnato *in praesentia* al compratore le chiavi della cella vinaria):²³

D. 41.2.1.21 (Paul. 54 *ad ed.*): *Si iusserim venditorem procuratori rem tradere, cum ea in praesentia sit, videri mihi traditam Priscus ait, idemque esse, si nummos debitorem iusserim alii dare. Non est enim corpore et tactu necesse adprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu argumento esse eas res, quae propter magnitudinem ponderis moveri non possunt, ut columnas, nam pro traditis eas haberi, si in re praesenti consenserint: et vina tradita videri, cum claves cellae vinariae emptori traditae fuerint.*

E lo leggiamo anche in un altro non meno noto testo (sempre di Paolo, ma con citazione ora di Alfeno):

D. 18.6.15(14).1 (Paul. 3 *epit. Alf. dig.*): *Materia empti si furto perisset, postquam tradita esset, emptoris esse periculo respondit, si minus, venditoris: videri autem trabes traditas, quas emptor signasset.*

Anche qui presupposto della intervenuta consegna *venditionis causa* (con ogni conseguenza: se ne considerano quelle di un furto sopraggiunto della cosa) è che la *trabes* sia stata ‘individuata’ specificamente (*signata*) dal compratore (il cui gesto non può dunque non essere avvenuto *in praesentia*).

Né certo sul punto potrebbero costituire ragione di incertezza²⁴ le discussioni

perfectio) – ed esposte perciò alle conseguenti limitazioni del relativo esercizio della ‘proprietà’ (disciplina del *tinum iunctum*) – e, dall’altro, poteva renderne tuttavia possibile, al contrario che per le parti ‘incorporate’, una contestuale indipendente ‘*possessio*’: cfr. del resto D. 41.3.23 (Iav. 9 *ep.*).

²² D. 7.1.68.2 (Ulp. 17 *ad Sab.*) – 69 (Pomp. 5 *ad Sab.*) – 70 (Ulp. 17 *ad Sab.*).

²³ V. *infra*, nt. 31.

²⁴ Sembrano invece ritenerlo: Watson, *The Law of Obligations* (nt. 3) 59 ss., R. Fercia, ‘*Emptio*

che avevano coinvolto la giurisprudenza tardo repubblicana e primo-imperiale, circa la sufficienza identificativa del *signum* apposto ad un *dolium*:

D. 18.6.1.2 (Ulp. 28 *ad Sab.*): *Si dolium signatum sit ab emptore, Trebatius ait traditum id videri: Labeo contra, quod et verum est: magis enim ne summutetur, signari solere, quam ut traditum videatur.*

Sia perché quelle incertezze non avrebbero potuto mantenere considerazione in ottica attualizzante (essendo ben difficile che testi rivolti a considerare la questione in via generale fossero stati inseriti dai giustiniani senza scioglierne la eventuale relativa varietà di orientamenti, come del resto leggiamo anche quanto al punto: ‘*quod et verum est*’).²⁵ E comunque perché la questione agitata nel testo riguardava una fattispecie della quale non potevano ignorarsi le peculiarità che la sottraevano alla soluzione generale. Come appunto non avevano trascurato di considerare i giuristi la cui opinione viene evocata. La correzione di Labeone a Trebazio non mette affatto in discussione la sufficienza del *signum* a fare considerare *traditum* l’oggetto al quale esso è apposto. L’opinione di Labeone richiama l’attenzione piuttosto sul fatto che il *signum* non può avere quelle conseguenze ‘ordinarie’ quando l’‘oggetto’ del contratto riguardi non il bene materiale al quale esso è apposto (nel nostro caso il recipiente: il *dolium*), ma (solo / anche) il suo contenuto (nella circostanza, il vino). E ciò perché il gesto del *signator* non si sarebbe potuto intendere (nonostante la sua provenienza)²⁶ come rivolto ad ‘identificare’ con esso il ‘contenuto’ (rendendolo immutabile) del *dolium*. L’apposizione del *signum* non poteva bloccare nel tempo il ‘contenuto’ del recipiente. Ne sarebbe rimasto insuperabilmente possibile quel ‘mutamento’ (spontaneo²⁷ o doloso) che l’apposizione del *signum* rendeva solo

perfecta e vendita di genere: sul problema del ‘tradere’ in C. 4.48.2, in L. Garofalo (a cura di), *La compravendita e l’interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, I, Padova 2007, 709 e nt. 34. Sulla questione si è molto soffermato, in un’ottica tutta centrata sul problema della dottrina del *periculum* – per la quale il compianto Maestro proponeva di considerare la possibilità di un intervenuto mutamento di indirizzo proprio ad iniziativa di Labeone – il Talamanca [*Considerazioni* (nt. 7) 233 ss.], alle cui conclusioni non mi pare di potere tuttavia aderire. Vi si oppongono, a mio sommo avviso, sia ragioni legate al dettato testuale (*infra*, nt. 28), sia il fatto che un mutamento di prospettiva così rilevante – come quello ipotizzato: spostamento tendenziale del *periculum* dal venditore al compratore – sarebbe stato troppo clamoroso per non lasciare esplicite tracce. Senza dire della compatibilità comunque dell’ipotizzato *ius controversum* (del quale i testi manterrebbero evidenza) con la prospettiva ‘legista’ dei compilatori (*infra*, § 11).

²⁵ Conforme alle direttive compilatorie (const. *Deo Auctore*, § 4) sia che lo si intenda come notazione dei giustiniani che come notazione invece già di Ulpiano.

²⁶ È stato materialmente eseguito dall’*emptor*, dal contraente cioè che aveva ovviamente interesse a identificare la ‘merce’ contrattata, della quale concordava una consegna differita.

²⁷ È il punto di partenza della questione esaminata (D. 8.6.1 pr.: *Si vinum acuerit vel quid aliud vitii sustinuerit*).

accertabile (ma non scongiurabile). Al gesto poteva attribuirsi dunque il solo scopo che esso poteva perseguire: *magis enim ne summutetur, signari solere*.²⁸ L'oggetto sul quale si formava il consenso non si prestava insomma a subire un

²⁸ Si consideri, d'altra parte, il contesto dell'intero squarcio che contiene il nostro frammento: D. 8.6.1 pr.-4 (Ulp. 28 *ad Sab.*): [pr.] *Si vinum venditum acuerit vel quid aliud vitii sustinuerit, emptoris erit damnum, quemadmodum si vinum esset effusum vel vasis contusis vel qua alia ex causa. Sed si venditor se periculo subiecit, in id tempus periculum sustinebit, quoad se subiecit: quod si non designavit tempus, eatenus periculum sustinere debet, quoad degustetur vinum, videlicet quasi tunc plenissime veneat, cum fuerit degustatum. Aut igitur convenit, quoad periculum vini sustineat, et eatenus sustinebit, aut non convenit et usque ad degustationem sustinebit. Sed si nondum sunt degustata, signata tamen ab emptore vasa vel dolia, consequenter dicemus adhuc periculum esse venditoris, nisi si aliud convenit. [1] Sed et custodiam ad diem mensurae venditor praestare debet: priusquam enim admetiatur vinum, prope quasi nondum venit. Post mensuram factam venditoris desinit esse periculum: et ante mensuram periculo liberatur, si non ad mensuram vendidit, sed forte amphoras vel etiam singula dolia. [2] Si dolium signatum sit ab emptore, Trebatius ait traditum id videri: Labeo contra, quod et verum est: magis enim ne summutetur, signari solere, quam ut traditum videatur. [3] Licet autem venditori vel effundere vinum, si diem ad metiendum praestituit nec intra diem admensum est: effundere autem non statim poterit, priusquam testando denuntiet emptori, ut aut tollat vinum aut sciat futurum, ut vinum effunderetur. Si tamen, cum posset effundere, non effudit, laudandus est potius: ea propter mercedem quoque doliorum potest exigere, sed ita demum, si interfuit eius inania esse vasa in quibus vinum fuit (veluti si locaturus ea fuisset) vel si necesse habuit alia conducere dolia. Commodius est autem conduci vasa nec reddi vinum, nisi quanti conduxerit ab emptore reddatur, aut vendere vinum bona fide: id est quantum sine ipsius incommodo fieri potest operam dare, ut quam minime detrimento sit ea res emptori. [4] Si doliare vinum emeris nec de tradendo eo quicquam convenerit, id videri actum, ut ante evacuantur quam ad vindemiam opera eorum futura sit necessaria: quod si non sint evacuata, faciendum, quod veteres putaverunt, per corbem venditorem mensuram facere et effundere: veteres enim hoc propter mensuram suaserunt, si, quanta mensura esset, non appareat, videlicet ut appareret, quantum emptori perierit. Come si vede, il testo prende in considerazione le due possibili evenienze: che le parti abbiano o meno convenuto un accollo del *periculum* a carico del venditore nonostante la perfezione del contratto. E definisce in conseguenza: il momento nel quale il *periculum* (volontariamente assunto) cesserà di gravare sul venditore (che fissa alternativamente: con la misurazione, fino alla quale graverà su di lui la 'custodia'; con la consegna dei contenitori: anfore / *dolia*). È solo a questo punto che Ulpiano introduce la questione. Per Trebazio il *signum* apposto dal compratore sul *dolium* ne implica avvenuta *traditio*; per Labeone no: esso può spiegarsi come apposto solo a scopo di 'identificazione' (in vista della futura consegna). E tutto il prosieguo del testo è in coerenza. Dai *dolia signata* il venditore può prelevare vino, purché informi il compratore (o almeno conservi la possibilità certa del successivo adempimento). E i *dolia* in questione vengono in considerazione come 'altro', rispetto all'oggetto venduto (vino): tanto appunto che di essi è ben concepibile ottenere dal compratore un canone locativo. L'intero andamento del testo sottolinea insomma come le conseguenze 'giuridiche' dell'accordo (*periculum* e *traditio*) vengano fatte dipendere da circostanze distinte: per la perfezione, varrà la determinazione del bene (*quid*: vino; *quale*: qualità concordata; *quantum*: misurazione stabilita); per gli effetti traslativi, varrà invece la consegna (che, nel caso, potrà avvenire solo mediante materiale sversamento del vino nei recipienti del compratore ovvero mediante materiale 'consegna' dei contenitori pieni: anfore / *dolia*).*

effetto ‘reale’ non legato all’immediato conseguimento della sua materiale disponibilità (altra cosa, infatti, se il *dolium* fosse stato ‘sigillato’).²⁹ Il *signum* sui recipienti avrà perciò solo l’effetto di circoscrivere la disciplina delle vicende successive nell’ambito della responsabilità obbligatoria dei contraenti. Il che, d’altra parte, è la sola spiegazione ‘normativa’ (giustiniana) che il testo può comunque ricevere.³⁰

Quel che valeva per le cose ‘individue’ (come la *columna*, la *trabes* o il *dolium*) valeva anche (il pensiero evocato è ora quello di Labeone e di Giavoleno) per quelle che – benché non considerabili un ‘*corpus*’ – costituissero tuttavia un ‘insieme’ identificato nei suoi elementi momentanei, come poteva essere un *acervum lignorum* (o comunque un diverso insieme, quali le *universae amphorae* dell’accordo). Con l’avvertenza che l’individuazione della cosa non avrebbe potuto ora essere (ovviamente) affidata ad un *signum* materiale, ma ad un fatto diverso (purché non meno univoco, come la determinazione appunto della relativa custodia):³¹

D. 41.2.51 (Iav. 5 *ex post. Lab.*): *Quarundam rerum animo possessionem apisci nos ait Labeo: veluti si acervum lignorum emerit et eum venditor tollere me iusserit, simul atque custodiam posuissem, traditus mihi videtur. Idem iuris esse vino vendito, cum universae amphorae vini simul essent. Sed videamus, inquit, ne haec ipsa corporis traditio sit, quia nihil interest, utrum mihi an et cuilibet iusserim custodia tradatur. In eo puto hanc quaestionem consistere, an, etiamsi corpore acervus aut amphorae adprehensae non sunt, nihilo minus traditae videantur: nihil video interesse, utrum ipse acervum an mandato meo aliquis custodiat: utrobique animi quodam genere possessio erit aestimanda.*

²⁹ D. 19.2.11.3 (Ulp. 32 *ad ed.*). Ma v. anche D. 19.2.31 (Alf. 5 *dig.*).

³⁰ Scopo della ‘identificazione’ dei *dolia* rimasti nel controllo materiale del venditore era, in altre parole, come osservava Labeone, quello di definire la ‘qualità’ del vino comprato. Il vino che sarebbe stato ‘consegnato’ avrebbe dovuto corrispondere a quello (di genere) ‘comprato’. Nella fattispecie, il *signum* aveva dunque a che vedere solo con il problema della ‘identificazione’ della merce venduta. Non poteva valere per una sua ‘individuazione’. Esso era rilevante in relazione al ‘*periculum emptoris*’ (che il testo risolve e mantiene sul piano dell’accordo contrattuale, legandolo al consenso su *quid, quale, quantum* e non escludendone un regime anche convenzionale diverso dall’ordinario). Ma irrilevante quanto alla *traditio* della merce, che – come abbiamo visto: *supra*, nt. precedente – il testo infatti lega, alternativamente, allo sversamento o alla consegna materiale, nei recipienti che lo contengono.

³¹ Il che spiega la cd. *traditio clavium*. Delle merci che si trovano in un *horreum* chiuso, la consegna si intende avvenuta solo (così infatti M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, 492) se le chiavi sono consegnate ‘presso’ [D. 18.1.74 (Pap. 1 *def.*)]. È questa la circostanza che la giustifica. Ne nasce un onere di (possibile: siamo appunto ‘presso’) verifica, che spiega il conseguente conferimento della loro custodia. Se negli altri testi in cui si accenna al caso non si dice ‘presso’ [D. 41.1.9.6 (Gai. 2 *rer. cott.*); D. 41.2.1.21 (Paul. 54 *ad ed.*)] è solo perché viene ricordata la possibilità, non anche la sua modalità rilevante. Si confronti del resto il dettato di I. 2.1.45 con il commento che ne faceva Teofilo (assente la precisazione nel testo istituzionale, essa compare invece – e comprensibilmente – in sede di commento esplicativo).

5. Sono parimenti note le conseguenze – per diritto giustiniano – del consenso intervenuto quando l'accordo che riguarda la 'cosa' identificata abbia causa di compravendita. Esso integra non solo il contratto, ma – ricorrendone i presupposti – anche la connessa *traditio*. Due fatti distinguibili, con ogni evidenza, solo da un punto di vista 'logico-dogmatico'. Non certo anche da quello materiale.³²

I due interessati – in presenza della cosa – manifestano i rispettivi consensi: il venditore a consegnare e il compratore a pagare / garantire il prezzo. Consensi che – ove ne ricorrano i rispettivi ('giuridicamente' distinti) presupposti (per la vendita: che essa non richieda forme e vi siano la identificazione dell'oggetto e la determinazione del prezzo;³³ per la *traditio*: la individuazione dell'oggetto, la legittimazione a trasferire e la *iusta causa*, con la speciale disciplina di quella di vendita)³⁴ – determineranno *ipso iure* entrambe le conseguenze. L'accordo (l'unico materializzatosi)³⁵ determinerà perfezione del contratto e trasferimento del bene al compratore.

Solo se mancheranno i presupposti per l'uno o per l'altro effetto, quell'accordo avrà considerazione differenziata. Potrà, ad esempio, comportare 'contratto', ma non 'trasferimento'. Il che non impedirà tuttavia (ancora una volta se ve ne siano i presupposti specifici)³⁶ uno spostamento del rischio (*periculum est emptoris*).³⁷ Si pensi al caso di intervenuta 'consegna' (*traditio* perciò), ma senza pagamento / garanzia – e forse anche di meno³⁸ – del prezzo. O si pensi a quello di un intervenuto consenso su tutti gli elementi del contratto³⁹ non accompagnato da materiale consegna tuttavia del bene (con conseguente ricaduta dell'onere di custodia sul venditore):⁴⁰ perché la cosa non ne può formare immediato 'oggetto' (come quando, ad esempio, essa sia futura⁴¹ e / o su-

³² Corbino, *La risalenza* (nt. 9) 88 ss.

³³ I. 3.23 pr.

³⁴ I. 2.40 ss.

³⁵ *Supra*, nt. 32.

³⁶ Talamanca, *Considerazioni* (nt. 7) 219 s., 225.

³⁷ *Supra*, nt. 28.

³⁸ I. 2.1.41.

³⁹ D. 18.6.8 pr. (Paul. 33 *ad ed.*): ... *si id quod venierit appareat quid quale quantum sit* rell.

⁴⁰ Come leggiamo infatti in D. 8.6.1.1 (Ulp. 28 *ad Sab.*) (*supra*, nt. 31).

⁴¹ Sicché [ove si tratti almeno di *partus*, valendo per i frutti un momento fattualmente dipendente anche da volontà: D. 33.2.42 (Iav. 5 *ex post. Lab.*)] la venuta in esistenza (nascita) determina il retroagire a quel momento del consenso prestato [D. 18.1.8 pr. (Pomp. 9 *ad Sab.*): ... *iam tunc ... venditio facta intellegatur* rell.].

bordinata a gradimento);⁴² perché essa – ancorché determinata nella specie – si trovi tuttavia in un luogo diverso: vino, ad esempio, contenuto in una ‘riserva / cantina’.⁴³

6. Possiamo finalmente venire al nostro caso.

La prima cosa da osservare è che le *arbores* sono ritenute nel nostro testo le ‘cose’ che hanno formato oggetto del contratto in discussione. Sono il ‘bene’ oggetto del preteso intervenuto mutamento di proprietà. Di esse è stata dunque considerata possibile (da parte almeno di chi ne ipotizza l’intervenuto anche ‘trasferimento’) una avvenuta ‘identificazione’ nella loro ‘attuale’ configurazione.

Il che costringe a respingere la possibilità (adombrata da qualche autore)⁴⁴ che il contratto le avesse prese in considerazione come ‘cosa futura’ (alla stregua insomma di frutti del fondo).

E ciò non perché in astratto non avrebbe potuto esserlo.

È nota la pratica (antica e ancora per altro odierna) di ‘vivai’⁴⁵ destinati alla produzione e al commercio, realizzati mediante tecniche di coltivazione che ricordano le tecniche della ‘fruttificazione’. Ne parlano gli scrittori *de re rustica*, i quali descrivono diffusamente pratiche di ‘coltivazione’ (per lo più, ma non necessariamente, in vaso)⁴⁶ relative a pianticelle delle quali fosse facilmente possibile (per lo sviluppo ancora embrionale del loro apparato radicale) un successivo (di anni,⁴⁷ periodo correlato talora con le opportune⁴⁸ dimensioni raggiunte dalla pianta in tronco o altezza)⁴⁹ ‘trapianto’ in diverso luogo.

⁴² V. Gai 3.147, sul quale da ultimo A. Corbino, *Ritorni su Gai. 3.147. La ratio del dissenso giurisdizionale circa la qualificazione causale dell'accordo di commissione di anelli da confezionare con materiali dell'artefice*, in L. Garofalo / L. Zhang (a cura di), *Diritto romano fra tradizione e modernità. Atti del convegno internazionale di Shangai (13-15 novembre 2014)*, Pisa 2017, 117 ss.

⁴³ Il che sottolinea ulteriormente l’insuperabile rilievo del luogo di consegna delle chiavi (*supra*, nt. 31).

⁴⁴ Così invero Kurz, “*Emptio rei speratae*” (nt. 3) 195 s.

⁴⁵ Plin. *nat. hist.* 17.12.65-66; Varro *de re rust.* 1.47 (ove se ne parla con riferimento a specie destinate ad un importante sviluppo dimensionale, quali ulivi e fichi).

⁴⁶ V. infatti Cat. *de agri cult.* 133.1 (non tutti i vivai sono in vaso), Plin. *nat. hist.* 17.15.78 (ove si allude a spostamenti da ‘*silvae*’).

⁴⁷ Di un anno si parla in Plin. *nat. hist.* 17.14.74, 15.76. Di due anni in 17.34.148 (ma v. già Cat. *de agri cult.* 51). Di tre anni si dice in Plin. *nat. hist.* 17.21.97. E addirittura di 5 anni in 17.15.77.

⁴⁸ Nella materia della coltivazione arborea si suggerisce per altro – come sottolinea Plinio (*nat. hist.* 17.2.24) – di affidarsi all’esperienza: ‘*quare experimentis optime creditur*’ (cfr. *nat. hist.* 17.16.83).

⁴⁹ Cfr. ad esempio, per l’altezza: Plin. *nat. hist.* 17.14.74, 15.77; Colum. 5.6.8; per la dimensione: Cat. *de agri cult.* 28.2; Colum. 5.9.10.

Le piante arboree – prima di trovare definitiva collocazione, come ‘*arbores*’ appunto mature ed idonee alla loro funzione (fruttificazione, ma anche ornamento⁵⁰ o, ancora, difesa / protezione⁵¹ del campo) – potevano bene insomma essere oggetto di un’attività di ‘coltivazione’ orientata a trasformare i ‘semi’ (o ciò comunque da cui esse avrebbero preso sviluppo)⁵² in un bene diverso, ma da esso dipendente, ‘cresciuto’. Che solo ad un certo momento del suo sviluppo avrebbe potuto essere oggetto di una nuova funzione economica (non più quella ‘predisponente’: la sua coltivazione nel ‘vivaio’), ma quella derivante da una ‘maturazione’ (età, altezza, dimensione del tronco) che ne rendeva possibile un’eventuale messa a dimora definitiva. Potevano insomma essere bene l’esito di un’attività stimolata e curata, in tutto analoga a quella relativa ai ‘frutti’ naturali.

Il che trova per altro puntuale riscontro nei testi giuridici, che non mancano infatti di parlare delle *arbores* come di ‘possibili’ (possono esserlo e non esserlo)⁵³ ‘*fructus*’:

D. 23.3.3 (Pomp. 16 *ad Sab.*): *Si ex lapidicinis dotalis fundi lapidem vel arbores, quae fructus non essent, sive superficium aedificii dotalis voluntate mulieris vendiderit, nummi ex ea venditione recepti sunt dotis.*

D. 24.3.7.12 (Ulp. 31 *ad Sab.*): *Si fundum viro uxor in dotem dederit isque inde arbores deciderit, si hae fructus intelleguntur, pro portione anni debent restitui (puto autem, si arbores caeduae fuerunt vel gremiales, dici oportet in fructu cedere), si minus, quasi deteriozem fundum fecerit, maritus tenebitur. Sed et si vi tempestatis ceciderunt, dici oportet pretium earum restituendum mulieri nec in fructum cedere, non magis, quam si thesaurus fuerit inventus: in fructum enim non computabitur, sed pars eius dimidia restituetur quasi in alieno inventi.*

Quando lo erano, ne seguivano ovviamente il regime.

Nulla impediva tuttavia che di esse si potesse disporre non solo come di beni ancora in formazione (germogli o fragili piantine non ancora giunte al punto di maturazione che ne consentisse l’eventuale ‘trasferimento’). Potevano formare

⁵⁰ Plin. *nat. hist.* 17.1.1-6.

⁵¹ Come accade dei filari di confine.

⁵² Varro *de re rust.* 1.40.43.

⁵³ Ne è presupposto fattuale, ad esempio, anche il fatto che i nuovi ‘impianti’ (destinati a sostituire le *arbores* / *fructus* alienate) avrebbero potuto attecchire nello stesso posto (ma non nello stesso anno: Varro *de re rust.* 1.44.4) che aveva ospitato le precedenti, come sottolinea (se anche indirettamente): D. 24.3.7.13 (Ulp. 31 *ad ed.*): *Si vir in fundo mulieris dotali lapidicinas marmoreas invenit et fundum fructuosiorez fecerit, marmor, quod caesum neque exportatum est, mariti et impensa non est ei praestanda, quia nec in fructu est marmor: nisi tale sit, ut lapis ibi renascatur, quales sunt in Gallia, sunt et in Asia.*

oggetto di transazioni commerciali anche come ‘piante’ ben consolidate e mature (con conseguente ‘apprezzamento’ del loro valore per la consistenza in essere).

Un eventuale espianto (a scopo di nuova collocazione) di queste sarebbe stato infatti (come lo sarebbe anche nel nostro tempo) sempre possibile⁵⁴ e sulla base (eventualmente) anche di una stima ‘monetaria’ del loro valore, come mostra un risalente episodio del quale danno notizia (se anche in versioni non in tutto coincidenti, per aspetti tuttavia irrilevanti ai nostri fini) Plinio *senior* e Valerio Massimo:

Plin. *nat. hist.* 17.1.1-6: [1] *Natura arborum terra marique sponte sua provenientium dicta est; restat earum, quae arte et humanis ingeniis fiunt verius quam nascuntur. sed prius mirari succurrit, quae retulimus paenuria pro indiviso possessa feris, depugnante cum his homine circa caducos fructus, circa pendentes vero et cum alitibus, in tanta deliciarum pretia venisse, clarissimo, ut equidem arbitror, exemplo L. Crassi atque Cn. Domiti Ahenobarbi.* [2] *Crassus orator fuit in primis nominis Romani. domus ei magnifica, sed aliquanto praestantior in eodem Palatio Q. Catuli, qui Cimbro cum C. Mario fudit, multo vero pulcherrima consensu omnium aetate ea in colle Viminali C. Aquili, equitis Romani, clarioris illa etiam quam iuris civilis scientia, cum tamen obiecta Crasso sua est.* [3] *nobilissimarum gentium ambo censuram post consulatus simul gessere anno conditae urbis DCLXII frequentem iurgiis propter dissimilitudinem morum. tum Cn. Domitius, ut erat vehemens natura, praeterea accensus odio, quod ex aemulatione avidissimum est, graviter increpuit tanti censorem habitare, [LX] HS pro domo eius identidem promittens, [4] et Crassus, ut praesens ingenio semper, ut faceto lepore sollers, addicere se respondit exceptis sex arboribus. ac ne uno quidem denario, si adimerentur, emptam volente Domitio, Crassus: Utrumne igitur ego sum, inquit, quaeso, Domiti, exemplo gravis et ipsa mea censura notandus, qui domo, quae mihi hereditate obvenit, comiter habentem, an tu, qui sex arbores [LX] aestimes?* [5] *haec fuere lotoe patula ramorum opacitate lascivae, Caecina Largo e proceribus crebro iuventa nostra eas in domo sua ostentante, duraveruntque – quoniam et de longissimo aevo arborum diximus – ad Neronis principis incendia cultu virides iuvenesque, ni princeps ille adcelerasset etiam arborum mortem.* [6] *ac ne quis vilem de cetero Crassi domum nihilque in ea iurganti Domitio fuisse licendum praeter arbores iudicet, iam columnas VI Hymetti marmoris, aedilitatis gratia ad scenam ornandam advectas, in atrio eius domo statuerat, cum in publico nondum essent ullae marmoreae. tam recens est opulentia, tantoque tunc plus honoris arbores domibus adferebant, ut sine illis ne inimicitarum quidem pretium servaverit Domitius.*

Val. Max. 9.1.4: *Cn. Domitius L. Crasso collegae suo altercatione orta obiecit, quod columnas Hymettias in porticu domus haberet. quem continuo Crassus quanti ipse domum suam aestimaret interrogavit, atque ut respondit ‘sexagies sestertio’, ‘qu<ant>o*

⁵⁴ Ne parla, ad esempio, con riferimento ad una vicenda che lo ha riguardato direttamente, anche Cicerone (*de domo* 24.62).

ergo eam' inquit, 'minoris fore existimas, si decem arbusculas inde succidero?' 'ipso tricies sestertio' Domitius. tunc Crassus: 'uter igitur luxuriosior est, egone, qui decem columnas centum milibus nummum emi, an tu, qui decem arbuscularum umbram tricies sestertii summa conpensas?' sermonem oblitum Pyrrhi, inmemorem Hannibalis iamque transmarinorum stipendiorum abundantia oscitantem! et quanto tamen insequentium saeculorum aedificiis et nemoribus angustiore† quam introduxerunt atque inchoatam a se lautitiam posteris relinquere quam a maioribus acceptam continentiam retinere maluerunt.

Il dato al centro dell'episodio (e comune ai due racconti) è che un proprietario (un personaggio storico vissuto agli inizi dell'ultimo secolo a.C.) – il quale discuteva della vendita della propria *domus* – chiedeva di poter trattenere per sé (per trapiantarle) imponenti piante da ombra che la ornavano, attribuendo alle stesse un 'prezzo' esagerato (anche sulla misura le due versioni non coincidono: ne definisce l'ammontare solo Valerio Massimo; Plinio si limita a presupporre invece un valore delle stesse così alto, che il trattenerle avrebbe reso non conveniente il prezzo richiesto, coincidente invece nell'ammontare totale). Non è importante che ad indurre il venditore fosse – come pensa Plinio – il proposito di sottrarsi (con un arguto espediente) alla trattativa ovvero invece – come pensa Valerio Massimo – la manifestazione di una riprovevole (quasi inconsapevole per la disinvoltura) smodatezza di costumi (che toccava anche la questione dell'uso dei marmi da abbellimento e in particolare delle colonne).⁵⁵ Rilevante è che il trapianto sia previsto come 'proponibile' e che esso lo potesse in conseguenza di una transazione economica, che presupponeva una 'stima' di quelle *arbores*.

Non è dunque una (inesistente) difficoltà legata ad una eventuale possibilità di considerazione commerciale delle *arbores* soltanto come '*fructus*' (dei *fundi* nei quali sono insediate) che impedisce di immaginare che la vendita di cui alla questione che ci occupa fosse una vendita di '*arbores*' intese come 'cose' prive (allo stesso modo dei frutti di una pianta) di una loro attuale 'identità', distinguibile da quella della cosa che li genera (il fondo nel quale sono insediate).

Le *arbores* potevano bene ricevere diretta considerazione commerciale anche quando non fossero considerabili (per le circostanze) '*fructus*'.

Nulla impedisce perciò di ritenere quelle oggetto del contratto discusso nel nostro testo *arbores* delle quali si presuppone (come nell'episodio narrato da Plinio e da Valerio Massimo) una considerazione quali beni di 'attuale' maturata conformità alla funzione che le rende oggetto di interesse del compratore. Non sono frutti non ancora 'maturi', ma cose delle quali è intervenuta 'indivi-

⁵⁵ V. anche Plin. *nat. hist.* 36.3.7.

duazione' materiale come beni specifici (dei quali sia perciò configurabile in astratto 'anche' una loro intervenuta *traditio* già nel momento di conclusione del contratto).

Il problema non ha nulla a che vedere insomma con la possibilità delle *arbores* di essere 'fructus'. Questione che infatti il testo completamente ignora.⁵⁶

Se le nostre *arbores* fossero state prese in considerazione nel contratto come 'fructus', il problema discusso non avrebbe, d'altra parte, neppure potuto porsi, essendo del tutto pacifico, anche per i giustiniani, che il 'fructus' diviene cosa (distinta da quella madre) solo con la materiale 'separazione'.⁵⁷ Nel testo, l'attenzione viene rivolta ad una possibilità (l'esperimento della *reivindicatio*) che non avrebbe avuto senso discutere relativamente a cose "future". Guardando al momento del contratto, esse non sarebbero state ancora 'esistenti'. E guardando al momento successivo della loro eventuale già avvenuta 'separazione', esse non avrebbero potuto essere considerate (per escludere la intervenuta *traditio*) un *corpus* 'non' *separatum*.

⁵⁶ Oltretutto, se la vendita si fosse configurata come di cosa futura ne sarebbero derivate implicazioni che non avrebbero potuto essere ignorate. Se il contratto oggetto del quesito in discussione fosse stato ritenuto relativo a beni futuri, questi lo sarebbero stati non in dipendenza del verificarsi di una circostanza 'oggettiva' (come la 'maturazione' di un frutto o la 'nascita' di un vivente) ma di una molto più 'soggettiva': la valutazione di convenienza / opportunità del venditore. Mentre nel primo caso (circostanza oggettiva), il sorgere del diritto del compratore sarebbe stato legato (ed avrebbe 'impegnato' il venditore) ad un momento 'certo' a lui opponibile [il tempo della raccolta o del parto: due fatti ai quali egli ha interesse indipendentemente dalla vendita conclusa: il non provvedervi potrà procurare infatti danno alla 'cosa madre': D. 9.2.27.25-27 (Ulp. 18 *ad ed.*)], nel secondo (rinvio alla convenienza / opportunità rimessa al venditore), sarebbe stato il venditore a stabilire 'quando' separare e consegnare. Ora, se è vero che nulla impedisce in astratto di pensare che si prevedesse nell'accordo un onere di separazione a carico del venditore, è vero anche che di esso il testo tace del tutto, nonostante l'indubbio rilievo che (considerando quella intervenuta una vendita di cosa futura) la sua previsione avrebbe avuto, non solo in ordine al momento nel quale l'azione contrattuale avrebbe dovuto ritenersi esperibile, ma anche in ordine al suo contenuto. In materia di frutti 'futuri' comprati, la 'perfezione' del contratto retroagisce (al maturare dei frutti) al momento del consenso (*iam tunc, cum contractum esset negotium*) e l'esperimento dell'*actio empti* non è rivolto, com'è noto, ad ottenere la consegna (previa separazione), ma solo a chiedere il danno derivante dalla mancata separazione (*ne nascantur aut fiant*): D. 18.1.8 pr.-1 (Pomp. 9 *ad Sab.*): [pr.] *Nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intellegi. Et tamen fructus et partus futuri recte ementur, ut, cum editus esset partus, iam tunc, cum contractum esset negotium, venditio facta intellegatur: sed si id egerit venditor, ne nascatur aut fiant, ex empto agi posse.* [1] *Aliquando tamen et sine re venditio intellegitur, veluti cum quasi alea emitur. Quod fit, cum captum piscium vel avium vel missilium emitur: emptio enim contrahitur etiam si nihil inciderit, quia spei emptio est: et quod missilium nomine eo casu captum est si evictum fuerit, nulla eo nomine ex empto obligatio contrahitur, quia id actum intellegitur.* E ciò quando invece nel nostro caso ciò che viene in discussione è un fatto del tutto diverso. Se cioè il bene – nella configurazione attuale che esso presenta (*arbores stantes*) – si possa ritenere 'identificato' (e perciò 'trasferito').

⁵⁷ D. 7.4.13 (Paul. 3 *ad Sab.*); D. 7.1.12.5 (Ulp. 17 *ad Sab.*).

Le *arbores* sono state vendute (nella presupposizione del testo di Pomponio di cui discutiamo) come *arbores* ‘*stantes*’, dunque ‘insediate’ e da ‘consegnare’ (non sappiamo – ma è irrilevante – se tagliate, per farne legna,⁵⁸ o espiantate per essere reimpiantate altrove). La questione da sciogliere è: possono essere, per questo, considerate (giuridicamente) un ‘bene’ in sé, dunque esistente, individuato e del quale perciò una vendita ‘*pretio soluto*’ comporta anche immediato trasferimento?

La risposta che leggiamo è negativa. E lo è per la stessa ragione che farebbe da ostacolo a considerare come cose in sé quelle che costituiscono elementi di una cosa che le incorpori. Una risposta, a prima vista, per altro del tutto convincente. Nessuno può negare che, in quanto ‘*stantes*’ le *arbores* in questione siano un bene ‘incorporato’ e dunque privo di autonomia giuridica.

Ma perché allora si adombra tuttavia (attribuendo il dubbio – e magari era anche così – a Quinto Mucio)⁵⁹ che in realtà la circostanza – in fatto innegabile e non contestata – poteva non essere così decisiva?

A me sembra che per comprenderlo sia necessario riflettere sui presupposti materiali che giustificano la disciplina che viene evocata (quella che riguarda dunque i beni “incorporati” con altri e, in particolare, con il fondo).

7. A ben guardare, la nostra fattispecie sembra invero distinguersi – per i suoi presupposti – da quelle che danno occasione alle discipline relative alle cose ‘incorporate’ (ad / con altre), in materia delle quali si distingue, com’è noto, non solo la disciplina generale da quella della incorporazione al fondo, ma anche (ora nell’ambito di questa seconda) il caso dell’*inaedificatio*⁶⁰ da quelli della semina (*satio*)⁶¹ e dell’impianto arboreo (*implantatio*).⁶²

Il caso dell’incorporazione riceve invero un trattamento articolato.

Occorre distinguere innanzitutto il caso che essa dia luogo ad una cosa non

⁵⁸ Scopo ben possibile (v. *infra*, nt. seguente), ma al quale si sarebbe fatto richiamo con diverso linguaggio (*supra*, nt. 2).

⁵⁹ Il quale anche altrove mostra per altro interesse per le questioni legate ad atti di disposizione che implichino la considerazione delle *arbores* come oggetto di attività economiche, come apprendiamo da D. 32.55 pr. (Ulp. 25 *ad Sab.*): *Ligni appellatio nomen generale est, sed sic separatur, ut sit aliquid materia, aliquid lignum. Materia est, quae ad aedificandum fulciendum necessaria est, lignum, quidquid comburendi causa paratum est. Sed utrum ita demum, si concisum sit an et si non sit? Et Quintus Mucius libro secundo refert, si cui ligna legata essent, quae in fundo erant, arbores quidem materiae causa succisas non deberi: nec adiecit, si non comburendi gratia succisae sunt, ad eum pertinere, sed sic intellegi consequens est.*

⁶⁰ I. 2.1.29-30. Cfr. Gai 2.73.

⁶¹ I. 2.1.32. Cfr. Gai 2.75.

⁶² I. 2.1.31-32. Cfr. Gai 2.74.

solo funzionalmente nuova,⁶³ ma le cui parti costitutive non possano inoltre più tornare 'indipendenti' (come, nell'esempio di scuola, accade quando esse siano legate da una saldatura a fuoco).

Nel primo caso (le cose-parte non possono riacquistare indipendenza), la parte costitutiva perde per sempre la possibilità di una distinta considerazione.⁶⁴ Nel secondo (possibile riacquisto di indipendenza), la cosa-parte costitutiva perde la possibilità di formare oggetto di distinte attuali pretese giuridiche soltanto finché non si verifichi separazione, casuale o volontaria (in questo secondo caso, distinguendosi ancora tra evenienza spontanea o indotta⁶⁵ del fatto). Ed è del tutto evidente che il caso della pianta 'incorporata' non può agevolmente ricondursi né alla prima ipotesi (incorporazione inscindibile), né alla seconda (incorporazione scindibile) senza valutazione in concreto.

Come abbiamo visto, la pianta può bene essere 'trasferita'. Ma essa lo può solo con accorgimenti tecnici particolari e in relazione a circostanze di fatto specifiche. Non basta la 'volontà' di farlo (dipende anche dal grado di compenetrazione delle sue radici), né la astratta compatibilità del nuovo sito con il precedente (dal momento che la terra che 'nutre' la pianta ha, a sua volta, un ruolo nell'assicurarle la vitalità che le è connaturata).⁶⁶

Ben si comprende perciò che la vicenda della incorporazione delle piante sia da sempre stata considerata 'speciale'. Certo, più prossima al caso della *inaedificatio*, che a quello delle unioni meccaniche.⁶⁷ Ma non per questo ad essa pienamente assimilabile. Le piante non sono materia 'inerte' (come lo sono i materiali da costruzione) e la loro 'compenetrazione' con il suolo è perciò molto più intensa. E tuttavia non ricevono, ciò nonostante, la stessa attenzione normativa dell'edificio. E ben si capisce. Sono anche un bene di molto più modesto rilievo economico e sociale. Mentre relativamente all'edificio si ritenne perciò *ab antiquo* opportuna (per difendere lo *status quo*, che la natura delle cose non assicu-

⁶³ Può esserlo (v. infatti Ulp. 24 *ad ed.*, D. 10.4.7 pr.-2) con complessità varia (carro, armadio, nave).

⁶⁴ Cfr. D. 6.1.23.5 (Paul. 21 *ad ed.*).

⁶⁵ Mediante esperimento dell'*actio ad exhibendum*.

⁶⁶ *Supra*, in questo paragrafo.

⁶⁷ Nel caso delle unioni meccaniche, la separazione materiale non è né sempre impossibile (si pensi alla ruota del carro), né sempre possibile (come quando esse siano state rese irreversibili, ad esempio, da una *ferruminatio*). E, rispetto alla *inaedificatio*, la separazione non implica sempre, d'altra parte, danno alla cosa altrui. Non accade con riferimento al suolo e può non accadere con riferimento all'edificio. Quest'ultimo può sempre infatti subire 'scorporo' di una sua parte, senza che per questo ne derivi comunque la necessaria distruzione o almeno un danno irreparabile. E tuttavia la scorporazione da questo di una sua parte ne compromette – pressoché sempre – il suo uso 'attuale'.

rava)⁶⁸ una norma generale preclusiva (come quella che – sin dalle XII tavole – fu adottata per il caso del *tignum iunctum*),⁶⁹ per la pianta, per la quale provvedevano già a scoraggiare la pretesa la natura (*coalitio*) ed il rilievo economico (molto vario e normalmente modesto) del bene (l'*arbor*), si lasciò alle circostanze la disciplina del possibile conflitto: non dal momento del suo impianto, ma solo da quello del *coalescere* delle radici la pianta non è più 'res', ma *pars* (compennetrata) *rei*.

Il che spiega assimilazioni e differenze di disciplina. Anche l'*arbor* compennetrata (*coalitio*) non può – come l'edificio – essere oggetto di 'proprietà' distinta da quella del suolo (può esserlo però anch'essa di un distinto diritto).⁷⁰ E può invece (come l'edificio) divenire oggetto di una commercializzazione diretta, praticata infatti, per i due beni, da sempre. Dell'edificio per attribuirne tuttavia soltanto il godimento.⁷¹ Dell'*arbor* per attribuirne anche l'eventuale 'proprietà' (nei limiti almeno che la rendessero giuridicamente configurabile: avvenuto 'espianto' e non ancora perfezionata successiva incorporazione al nuovo fondo).

Della speciale condizione in questione vi sono per altro esplicite evidenze.

La prima è costituita da un testo di Paolo, che (a prescindere dalla genuinità del dettato, da taluno messa in discussione)⁷² fa comunque indiscutibile stato per il diritto giustiniano (nell'ottica del quale stiamo per ora ragionando):

D. 41.1.26.1 (Paul. 14 *ad Sab.*): *Arbor radicitus eruta et in alio posita: priusquam coaluerit, prioris domini est, ubi coaluit, agro cedit, et si rursus eruta sit non ad priorem dominum revertitur: nam credibile est alio terrae alimento aliam factam.*

Un'*arbor radicitus eruta et in alio posita* non cessa di essere del primo *dominus* fino a quando non si sia compennetrata nel fondo del secondo (circostanza che interrompe per sempre la precedente condizione di appartenenza).

Una seconda evidenza ci viene da un testo attribuito ad Ulpiano (e con citazione di Alfeno⁷³ e Nerva):

⁶⁸ *Infra*, in questo stesso paragrafo.

⁶⁹ Sul quale per tutti F. Musumeci, *Inaedificatio*, Milano 1988, 13 ss.

⁷⁰ *Lex colonis fundi Villae Magnae data ad exemplum legis Mancianae* (FIRA I² 488 [nr. 100.IV]). V. anche: *Petitio colonorum, sermo procuratorum et epistula de agris rudibus aut desertis occupandis* (FIRA I² 491 [nr. 101.I]), *Ara legis Hadrianae* (FIRA I² 493 [nr. 102]). Sulla configurazione di tale speciale diritto non possediamo informazioni certe (cfr. F. De Martino, *Storia della costituzione romana*, IV.2, Napoli 1975, 881 ss.). Importanti chiarimenti (che ne confermano ampiamente la pratica) sono poi venuti comunque, com'è noto, dalla scoperta, nel 1928, nell'Africa Vandolica, delle *tablettes Albertini* (sulle quali, per tutti: H. Wessel, *Das Recht der Tablettes Albertini*, Berlin 2003).

⁷¹ D. 43.18.2 (Gai. 25 *ad ed.*).

⁷² Cfr. Voci, *Modi di acquisto* (nt. 21) 255 nt. 3.

⁷³ Cfr. per altro: D. 39.2.9.2 (Ulp. 53 *ad ed.*).

D. 6.1.5.3 (Ulp. 16 *ad ed.*): *De arbore, quae in alienum agrum translata coaluit et radices immisit, Varus et Nerva utilem in rem actionem dabant: nam si nondum coaluit, mea esse non desinet.*

Come vi leggiamo, la condizione di ‘proprietà’ dell’*arbor* eradicata e trasferita, se non poteva dirsi conservata senz’altro (viene negata la *reivindicatio* diretta), non poteva nemmeno dirsi definitivamente perduta per il fatto del suo nuovo mero ‘impianto’. Prima di attecchire, l’*arbor* era rimasta (come avevamo letto già nel testo di Paolo) del precedente proprietario. Il quale dunque poteva ancora reclamarla come propria. Ma: fino a quando? Fino a quando appunto si fosse verificata *coalitio*, una circostanza però incerta nel tempo e perciò determinabile solo in fatto. A lui si poteva consentire perciò solo un esercizio utile (con *intentio* dunque – sicuramente ancora proponibile per diritto giustiniano⁷⁴ – *in factum*).

Le conclusioni mi sembrano chiare.

L’*arbor* diveniva (con la *coalitio*)⁷⁵ una cosa di condizione prossima ma non identica a quella delle altre cose annesse / connesse / incorporate.

La sua condizione materiale non poteva dirsi uguale a quella in cui lo erano le *partes* di una cosa divenuta ‘semplice’ (come una statua le cui diverse parti fossero state rese indissolubili),⁷⁶ dal momento che l’*arbor* ‘poteva’ (materialmente) essere ‘eradicata’ senza compromissione dell’intero.⁷⁷ Non lo era nemmeno però nel senso nel quale lo erano quelle di una cosa ‘composta’ (un ar-

⁷⁴ I. 4.3.16, 4.5.3. Sul punto: G. Provera, *Lezioni sul processo civile giustiniano*, I-II, Torino 1989, 59 ss. (che sembra dare tuttavia rilievo alla circostanza da un profilo più esteriore, come la sottolineatura che avrebbe ricevuto ancora l’origine storica di alcuni rimedi), quando la distinzione sembra invece rilevare piuttosto (come mi è parso di potere osservare: A. Corbino, *Actio directa, actio utilis e actio in factum nella disciplina giustiniana del danno aquiliano*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, 3, Milano 2007, 1 ss.) sul piano della concreta differente disciplina processuale delle cose.

⁷⁵ Essenziale addirittura (per Pomponio) perché la pianta potesse considerarsi *arbor* [una questione che presentava anche ulteriori ragioni di interesse: Gai 4.11, D. 47.7.3 pr. (Ulp. 42 *ad Sab.*)] ma non anche perché potesse conservarne qualificazione nel corso di un espianto / impianto come leggiamo nel prosieguito dell’appena richiamato testo di Ulpiano: [3] *Sed si quis saligneas virgas instituendi salicti causa defixerit haecque, antequam radices coegerint, succidantur aut evellantur, recte Pomponius scripsit non posse agi de arboribus succis, cum nulla arbor proprie dicatur, quae radicem non conceperit.* [4] *Quod si quis ex seminario, id est stirpitus arborem transtulerit, eam, quamvis nondum comprehenderit terram, arborem tamen videri Pomponius libro nono decimo ad Sabinum probat.* [5] *Ideo ea quoque arbor esse videtur, cuius radices desinent vivere.* [5a] *Radix autem arboris non videtur arboris appellatione contineri, quamvis adhuc terra contineatur: quam sententiam Labeo quoque probat.* [6] *Labeo etiam eam arborem recte dici putat, quae subversa a radicibus etiam nunc reponi potest, aut quae ita translata est, ut poni possit.* Cfr. del resto I. 2.1.32.

⁷⁶ D. 6.1.23.5 (Paul. 21 *ad ed.*).

⁷⁷ D. 41.1.26.1 (riportato *supra*, in questo stesso paragrafo).

madio, una nave), dal momento che la sua possibile eradicazione non ne assicurava la ‘sopravvivenza’ (che sarebbe dipesa da un ‘attecchimento’ nel nuovo sito, non assicurabile preventivamente). E non lo era infine nemmeno nel senso nel quale lo erano le cose incorporate al suolo da *inaedificatio*,⁷⁸ dal momento che per esse non valeva il regime netto che l’eventuale separazione (voluta, o determinata anche da *diruitio*) apriva.⁷⁹ Valeva una diversa disciplina. La individualità ‘attuale’ del bene dipendeva da circostanze legate al tempo trascorso dopo l’incorporazione: l’*arbor* si era sviluppata vivendo, attraverso le radici, del nutrimento della terra e non poteva dunque considerarsi alla stessa stregua dei materiali da costruzione, che – ove integri, come poteva dirsi ad esempio di finestre e porte⁸⁰ – conservavano invece l’‘individualità’ (attualmente solo compressa⁸¹ / sospesa)⁸² che essi già avevano al momento dell’incorporazione. Differenze tutte che spiegano anche perché, nel caso che ci occupa, si adombri la rivendica, ma non anche l’*actio ad exhibendum*.⁸³

Di fronte a questa fittissima serie di coerenze, non mi sembra possa dirsi destituito di fondamento il dubbio che nel nostro testo serpeggia.

Se delle *arbores* è possibile materiale individua identificazione (è accaduto nel nostro caso e lo è anche in quello di D. 6.1.5.3), se di esse è possibile ‘tra-

⁷⁸ Cfr. anche, del resto: D. 8.2.7 (Pomp. 26 *ad Q. M.*).

⁷⁹ Le cose tornavano rivendicabili: I. 2.1.29. V. anche: D. 6.1.59 (Iul. 6 *ex Min.*); D. 7.1.15 pr. (Ulp. 18 *ad Sab.*); D. 9.2.27.32 (Ulp. 18 *ad ed.*); D. 24.1.63 (Paul. 3 *ad Ner.*); CI. 3.32.2.1 (Sev. et Ant., a. 213).

⁸⁰ D. 6.1.59 (Iul. 6 *ex Min.*).

⁸¹ Come accadeva quando l’unione determinava la nascita di una cosa nella quale gli elementi costitutivi perdevano (o potevano perdere) – finché l’assemblamento restava operante – ogni possibilità di considerarne attuale la funzione originaria [si pensi ai materiali impiegati per la costruzione di una nave, bene che avrebbe conservato una propria specifica identità anche nell’evenienza di una totale rinnovazione dei suoi elementi costitutivi: D. 5.1.76 (Alf. 6 *dig.*); o di una *domus*, considerata infatti anch’essa come cosa ‘altra’, rispetto all’intero insieme delle sue parti componenti: D. 41.3.23 pr. (Iav. 9 *ep.*); cfr. D. 41.2.30 pr. (Paul. 15 *ad Sab.*)].

⁸² Come accadeva invece quando le unioni realizzate permettevano di mantenere considerazione distinta a ciò che ne costituisse momentanea parte [come le finestre incorporate ad un edificio: D. 6.1.59 (Iul. 6 *ex Min.*); o come la gemma *in auro inclusa*: D. 10.4.6 (Paul. 14 *ad Sab.*)], con conseguente possibilità che ne nascesse disputa sulla individuazione di quale delle cose assemblate dovesse considerarsi la ‘principale’ (indiscutibile nell’esempio delle finestre; discutibile in altre, in relazione alle varie circostanze del caso). Il che spiega uno stato delle fonti che lascia emergere – ancorché nell’ambito di un orientamento tendenzialmente ispirato al punto di vista proculeiano [secondo cui si sarebbe dovuta considerare principale la cosa che imprimeva la funzione economico-sociale all’intero: D. 41.1.26 pr. (Paul. 14 *ad Sab.*)] – soluzioni di specie che, ancora in età giustiniana, vi si discostano: D. 34.2.19.13 (Ulp. 20 *ad Sab.*). Cfr. Talamanca, *Istituzioni* (nt. 31) 418.

⁸³ Prevista invece nel caso nel quale si posseggano *arbores* già *caesae*: D. 47.7.8.2 (Paul. 39 *ad ed.*). Sul punto: Meylan, *Interprétation* (nt. 3) 808 e nt. 1.

sferimento' di sito (è stato programmato nel caso di D. 19.1.40 ed è pratica agraria non solo possibile,⁸⁴ ma oggetto anche di attenzione giuridica, come nel caso di D. 6.1.5.3), se di esse si può discutere di un'appartenenza non elisa dall'intervenuto trapianto, perché non se ne dovrebbe potere configurare una considerazione 'individuante', e dunque perché dovrebbe escludersi di principio che – sussistendo i presupposti materiali – il consenso alla loro 'vendita' implicasse anche 'traditio' di esse?

La sola conclusione possibile allo stato della nostra informazione è allora che la complessità della valutazione da farsi nelle circostanze rendeva difficile una soluzione 'di principio' generale (capace dunque di sottrarsi alle aporie).

Il che spiegherebbe del tutto lo stato attuale del testo.

Se, in una prospettiva 'casistica', il 'dubbio' di Quinto Mucio poteva infatti avere senso (adombrava una 'possibilità', non enunciava una 'soluzione certa'),⁸⁵ in una 'legista' (come certamente è la giustiniana) ne aveva molto meno. Ed appare perciò ben comprensibile che i compilatori possano averne oscurato le ragioni (ammesso che Pomponio le esplicitasse nell'originale),⁸⁶ ripiegando su una soluzione semplificante (che non possiamo nemmeno, per altro, escludere essere già stata di Pomponio). Non va trascurato infatti che mentre dire che le *arbores* in questione non fossero (nel momento di conclusione del contratto) un *corpus separatum* è un fatto indiscutibile, dire che esse lo fossero non lo sarebbe stato. Avrebbero potuto esserlo e avrebbero potuto non esserlo. Sarebbe dipeso dalle circostanze (ad esempio: dai tempi dell'operazione di trasloco e / o dalle distinte proprietà organolettiche – e conseguenti compatibilità – di terra di impianto attuale e terra di destinazione).⁸⁷

Di certo, anche se oscurate, le ragioni del dubbio sussistevano ancora. Non si comprenderebbe altrimenti la versione attuale del testo. La fattispecie assume ragione di essere discussa solo se la si osservi dallo stesso punto di vista (possibile *perfectio* anche traslativa dell'accordo intervenuto) dal quale essa era stata proposta da Quinto Mucio. Non possiamo dire in che misura letterale, ma l'impianto originario del testo non può essere stato diverso da quello che oggi leggiamo. Il problema che esso discute non può non avere insomma le stesse

⁸⁴ *Supra*, § 6.

⁸⁵ Così almeno sembrerebbe in relazione allo stato del nostro testo. Pomponio ne ricorda il suo 'dubitare'. Come a dire insomma che il giurista non lo affermava, ma nemmeno lo escludeva in assoluto. Una posizione che appare del resto in linea con quanto l'intera documentazione disponibile sembra sottolineare, in relazione al distinguere che emerge tra il caso di una 'coalitio' consolidatasi e quello di una sola ancora *in fieri* [D. 47.7.3 pr. (Ulp. 42 *ad Sab.*)].

⁸⁶ Il che non può dirsi comunque con certezza.

⁸⁷ D. 41.1.26.1 (*supra*, in questo paragrafo).

ragioni pratiche che avevano sollecitato le considerazioni di Quinto Mucio e Pomponio.

8. Possiamo passare finalmente alla nostra domanda annunciata: cosa induceva il compratore a preferire la *reivindicatio*? Senza una convenienza in tal senso, la questione non avrebbe avuto senso. Il testo non nega che esperire l'una o l'altra delle due azioni non sarebbe stato indifferente per il compratore. Afferma che (nella fattispecie) sarebbe stata prospettabile con successo – per le ragioni esposte da Pomponio – solo l'azione contrattuale.

A me sembra possibile dare alla circostanza un senso soltanto. Il diverso regime processuale delle due azioni incideva sull'esito economico finale del loro vittorioso esperimento. Il che – a ben riflettere – non è affatto sorprendente. Corrisponde a ciò che sappiamo, sia sotto il profilo della *aestimatio litis*, sia (ma questo vale solo per Giustiniano) sotto quello delle possibilità esecutive a disposizione dell'attore vittorioso.

Dal primo punto di vista. È noto che – nella *reivindicatio* (*actio* con *intentio certa*) – si procedeva (ancora in età giustiniana) ad una *aestimatio rei* fissata al momento dell'azione (*litis contestatio*), ma rimessa all'attore (che vi provvedeva mediante *ius iurandum in litem*).⁸⁸ Il che non accadeva invece nell'azione contrattuale. In questa (azione – nel caso di vendita – con *intentio incerta*) era infatti il giudice che procedeva all'*aestimatio* in questione (se anche guardando ora all'*id quod interest*).⁸⁹ Lo faceva inoltre avendo come riferimento per la valutazione di base (in caso di mancata *traditio*, che è appunto il caso qui in discussione) il momento di conclusione del contratto e, tendenzialmente, il *pretium* (che costituiva, d'altra parte, il valore assegnato alla cosa concordemente dalle parti).⁹⁰

Dal secondo punto di vista. È non meno noto che – nel tempo che stiamo considerando – l'attore vincitore in rivendica aveva a disposizione anche la possibilità di fare eseguire il giudicato, ottenendo *manu militari* direttamente la cosa e non il suo valore stimato.⁹¹

Appare allora evidente che, in una situazione di fatto quale il testo presuppone (assoluta assenza di rischi di alienità del bene 'venduto' e sussistenza di una 'distanza' temporale tra conclusione del contratto ed esecuzione dello stesso *ex latere venditoris*), la convenienza per il compratore fosse, da entrambi i punti

⁸⁸ M. Marrone, s.v. *Rivendicazione* (*Diritto romano*), in *ED* 41, Milano 1981, 24 e nt. 14 (ove anche riferimenti di fonti ed ulteriore dottrina).

⁸⁹ Talamanca, s.v. *Vendita* (nt. 7) 430 ss.

⁹⁰ Talamanca, s.v. *Vendita* (nt. 7) 432 e nt. 1331.

⁹¹ Marrone, s.v. *Rivendicazione* (nt. 88) 20 e nt. 167.

di vista, quella di agire con l'azione di rivendica. Avrebbe conseguito o il bene (e non il suo valore) ovvero una *aestimatio* di esso superiore comunque al prezzo da lui già accettato (addirittura versato). Avrebbe cioè 'difeso' il lucro del suo affare: l'aver ottenuto, nell'accordo, un prezzo per lui conveniente.

Così come, d'altra parte, appare non meno comprensibile – se ci mettiamo ora nell'ottica contrapposta – la sopravvenuta 'resistenza' del venditore a consegnare le *arbores*. Lo sollecitava la maturata insoddisfazione per il prezzo conseguito. Una condanna per inadempimento lo avrebbe esposto ad una perdita inferiore a quella costituita dal valore reale delle *arbores* (ipotesi tanto più prospettabile, per altro, quanto più si supponga significativa la distanza temporale tra tempo del contratto e tempo della consegna).⁹²

La questione affrontata nel testo aveva dunque un interesse pratico non trascurabile. E la materia oggetto del contratto (le *arbores*) ne impediva una facile soluzione. Vi erano argomenti per pensare che la loro 'incorporazione' al fondo non ne precludesse la 'considerabilità' come beni 'esistenti' e specificamente 'individuabili'. Lo lasciava emergere con evidenza la pratica delle cose (si possono trapiantare e si possono anche facilmente 'signare'). E vi erano argomenti che tuttavia vi si opponevano: le *arbores* – per quanto beni individui – sono beni che 'vivono' grazie al fondo che lo permette (attraverso le loro radici). Argomenti, questi secondi, che non erano, a loro volta, tuttavia incontrastabili: esiste uno 'spazio' temporale (quello che intercorre tra espianto e nuovo impianto) nel quale l'*arbor* è 'viva' nonostante non sia attualmente *in situ*. Il suo dipendere dal fondo non è dunque assoluto.

Per quale ragione la soluzione prevalsa fu quella che leggiamo? A mio sommo avviso, non la dobbiamo immaginare. Come già accennavo prima, la leggiamo – in trasparenza – in un testo, che abbiamo già considerato:

D. 6.1.5.3 (Ulp. 16 *ad ed.*): *De arbore, quae in alienum agrum translata coaluit et radices immisit, Varus et Nerva utilem in rem actionem dabant: nam si nondum coaluit, mea esse non desinet.*

Quello 'spazio' (tra espianto e reimpianto) non è oggettivamente misurabile e spinge in una direzione estrema la valutazione 'casistica' della fattispecie. Un albero 'espantato' ma non ancora 'incorporato' (*coalitio in fieri*) 'può' e 'può non' essere un 'bene' ancora indipendente dal fondo. Una sua eventuale *vindictio* è giudicabile perciò *in factum* (e proponibile dunque solo in forma *utilis*).

Un conto è avere però considerazione di tale 'possibilità' nel caso di avvenuto trasloco 'illecito / inefficace'. Un altro averne nel caso invece di *arbores* ancora nel sito originario: il loro espianto non avrebbe assicurato anche il

⁹² *Supra*, § 2.

buon esito del successivo impianto. Meglio dunque sicuramente (almeno in ottica giustiniana) assumere una linea di demarcazione netta: quella suggerita dall'opportunità di rimettersi all'ordinario andamento delle cose. L'*arbor* è un bene 'vivente' e dunque tale, con certezza, solo se '*in situ*'. Essa deve ritenersi dunque '*pars fundi*' (ancorché materialmente individua e possibile oggetto perciò anche di separati diritti distinti dalla proprietà del fondo e compatibili con essa).⁹³

9. Ricostruiti i presupposti di fatto che possono spiegare la questione giuridica (possibilità o meno di *reivindicatio* delle *arbores* comprate *in situ*) e il presumibile contrasto di interessi che sta a fondamento della pretesa del compratore di agire con l'azione reale piuttosto che con la (pacifica) azione contrattuale (diversa misura della condanna ottenibile e, per l'epoca giustiniana, anche più efficace tutela esecutiva), possiamo tentare di rispondere ora anche al problema della genuinità integrale o meno del testo considerato.

Non lo potremo fare naturalmente con la pretesa di conseguire risultati di pari consistenza. Nessuno potrà dirci se il testo che i giustiniani hanno conservato corrisponde anche alla redazione che di esso ne fece l'autore al quale è attribuito. Di certo, possiamo però valutare in quale misura il ragionamento che ne costituisce la trama possa corrispondere a vedute già proprie del tempo dei giuristi le cui opinioni sono in esso richiamate.

Comincerò dalla questione relativa alla plausibilità delle rispettive ragioni economiche del contrasto. Che, da un lato, inducevano il compratore all'esercizio della *reivindicatio* piuttosto che dell'azione contrattuale e, dall'altro, sollecitavano il venditore a rifiutare la consegna delle *arbores* vendute.

Dal primo punto di vista, è ben vero che il vantaggio che ne sarebbe derivato all'interessato non avrebbe potuto sicuramente riguardare (al tempo al quale la questione viene fatta risalire) entrambi gli aspetti ipotizzati (maggiore *aestimatio* ed esecuzione in forma per così dire specifica). È certo infatti che ancora nell'età di Pomponio, il nostro compratore non avrebbe avuto alcuna possibilità di esecuzione diretta *in rem*.⁹⁴ E tuttavia è non meno vero che il meccanismo di determinazione della condanna (stima giurata dell'attore) fosse – già al tempo di Quinto Mucio – rimesso alle medesime modalità 'favorevoli' qui ipotizzate.⁹⁵ Lo

⁹³ *Supra*, nt. 70.

⁹⁴ *Supra*, in questo paragrafo.

⁹⁵ In regime formulare – quale ormai vigente nel tempo del nostro giurista – è certo infatti l'intervenuto superamento delle più antiche modalità di determinazione pecuniaria della condanna, e in particolare della possibilità di giungervi attraverso un *arbitrium litis aestimandae* (che Probo indica infatti come istituto specifico della procedura *per legis actiones*: Prob. 4.10).

indica il fatto che, in regime formulare,⁹⁶ la possibilità di sottrarsi alla condanna rilasciando la cosa (in virtù di una clausola arbitraria, che di quelle modalità di *aestimatio* costituiva evidente bilanciamento) deve essere stata ammessa abbastanza presto, se già i capiscuola sabiniani respingevano – per consentire al convenuto la possibilità in questione – la necessità di quella clausola.⁹⁷ Se dunque non può dirsi che (nell'età dei giuristi ai quali la questione è fatta risalire) esistesse già la possibilità per l'attore in rivendica di ottenere la cosa *manu militari*, esisteva già tuttavia un regime processuale che faceva considerare molto elevata la probabilità comunque di conseguirla.

Dal secondo punto di vista, le pratiche economiche osservabili (queste con la maggiore sicurezza che ne deriva dal poterlo fare attraverso riferimenti ora diretti, come sono le opere degli scrittori *de re rustica*)⁹⁸ giustificano sicuramente la proponibilità di una sopravvenuta resistenza del venditore a rispettare il contratto concluso. Nel tempo al quale ci riferiamo (Quinto Mucio), erano pratiche ben note e diffuse sia quella della coltivazione in vivaio anche di alberi *in situ*⁹⁹ sia quella del loro ordinario commercio, costituito da un acquisto di essi in vista di un successivo trapianto in luoghi distanti (che rende plausibile immaginare la interposizione di un qualche arco temporale tra le due operazioni, giuridica cioè e materiale). Senza dire che un 'pentimento' del venditore può bene essere ipotizzato comunque. Anche nell'ipotesi di un previsto trasloco praticamente immediato, è ben possibile pensare infatti che un malaccorto venditore che avesse accettato un prezzo inferiore al valore di mercato delle piante (senza potere invocare vizi di consenso)¹⁰⁰ non sarebbe stato comunque fuori dal mondo.

Il conflitto di interessi insomma che può ipotizzarsi (per comprendere le ragioni della questione insorta e finita sotto l'attenzione dei nostri giuristi) è del tutto compatibile con lo stato delle cose (giuridico-processuale e materiale) del tempo nel quale il testo costringe a collocarlo.

10. Veniamo al problema delle discipline sostanziali vigenti nel tempo dei nostri giuristi e che fanno da presupposto delle soluzioni ipotizzate.

⁹⁶ Secondo l'ipotesi più bassa [M. Talamanca, *Il riordinamento augusteo del processo privato*, in F. Milazzo (a cura di), *Gli ordinamenti giudiziari di Roma imperiale. Princeps e procedura dalle leggi giulie ad Adriano. Atti del Convegno internazionale di diritto romano e del III Premio romanistico "G. Boulvert"*, Napoli et al. 1999, 69 e 201 nt. 529] vigente come generale dalla fine del I secolo a.C.

⁹⁷ Gai 4.114.

⁹⁸ Delle quali abbiamo richiamato (*supra*, § 5) alcuni passaggi significativi.

⁹⁹ Ne lascia intendere l'esistenza già Catone (*supra*, nt. 46).

¹⁰⁰ Che per un venditore 'pentito' sarebbero stati i soli (o almeno i più plausibili) da invocare.

Come abbiamo visto, il primo di tali presupposti riguarda la possibilità che si potesse avere *perfectio* di una compravendita consensuale identificabile nella contestuale *traditio* di cosa e prezzo. L'alternativa – che il testo discute – tra *reivindicatio* e azione contrattuale impedisce, infatti, ogni possibilità di immaginare la questione come insorta nell'ambito di un eventuale ipotetico precedente regime 'reale' della compravendita.

Tale presupposto sussiste certamente. Benché molto discussa per l'età precedente,¹⁰¹ la pratica di una compravendita consensuale come quella evocata nel testo deve considerarsi, anche nel giudizio della dottrina più 'ribassista', certamente nota per l'età di Quinto Mucio.¹⁰²

Per quanto riguarda l'altro presupposto (possibilità di *tradere* senza spostamento fisico dell'oggetto), anch'esso appare ormai (nonostante il diverso avviso che un tempo condizionava la ricostruzione storica delle modalità attuative della *traditio*)¹⁰³ un dato anch'esso acquisito.¹⁰⁴

Pensare dunque che il caso trattato nel testo potesse non corrispondere a quello del quale si occuparono i giuristi che vi sono ricordati non ha giustificazione.¹⁰⁵ La questione si poneva per Quinto Mucio, si poneva per Pomponio ed era oggetto di discussione ancora nel tempo di Giustiniano (che non avrebbe altrimenti avuto ragione alcuna di evocarla ancora come attuale): lo dimostra l'attenzione alle possibili pretese rivendicative legate ad *arbores* già trapiantate, ma delle quali non si fosse ancora consolidata la *coalitio*¹⁰⁶ o delle quali fosse intervenuto un nuovo espianto.¹⁰⁷

E non si può inoltre trascurare che la discussione evocata (prospettabilità almeno della *reivindicatio* da parte di Quinto Mucio, negazione di essa da parte di Pomponio e adesione conclusiva alla soluzione negativa da parte dei compilatori) si alimentava di argomenti che appaiono ipotizzabili – come mi sono sforzato prima di mostrare¹⁰⁸ – solo tenendo presente la complessa e tutt'altro

¹⁰¹ Non avrei bisogno di ricordarlo. V. comunque: Corbino, *La risalezza* (nt. 9) 11 nt. 2.

¹⁰² Cfr. per tutti: Talamanca, s.v. *Vendita* (nt. 7) 303 ss.

¹⁰³ *Supra*, nt. 6.

¹⁰⁴ Talamanca, *Istituzioni* (nt. 31) 491 s.; M. Marrone, *Istituzioni di Diritto Romano*³, Palermo 2006, 311 ss.; M. Kaser / R. Knütel, *Römisches Privatrecht*²⁰, München 2014, 120 ss.

¹⁰⁵ E non si può trascurare, del resto, che l'ipotesi di un avvenuto stravolgimento della questione originariamente considerata è stata formulata in dottrina sulla base di prospettazioni individuali del tutto ipotetiche, rimaste perciò anche senza seguito [com'è stato, in particolare, della restituzione del testo proposta a suo tempo dal Meylan, *Interprétation* (nt. 3) 809 s.].

¹⁰⁶ D. 39.2.9.2 (Ulp. 53 *ad ed.*).

¹⁰⁷ D. 6.1.5.3 (Ulp. 16 *ad ed.*).

¹⁰⁸ *Supra*, § 7.

che uniforme disciplina della ‘unione di cose’, che faceva distinguere, in particolare, da sempre il caso di *implantatio* dagli altri. E ciò in ragione del carattere più ‘essenziale’ del rapporto di immedesimazione tra le cose che esso comportava, rispetto a quello che interveniva non solo nei casi di ‘unioni’ di cose mobili, ma anche in quello (più prossimo) di *inaedificatio*: la ‘*coalitio*’ determinava una relazione fondo / *arbor* ben più intima di quella che poteva determinare un’unione di cose inerti.¹⁰⁹

Dobbiamo dire allora che il testo è genuino o che esso non lo è?

Seguendo le coordinate correnti dovrei dire che il testo è genuino.

Ma io credo che sia invece più corretto concludere diversamente. Nel senso almeno che subito chiarirò e che mi dà occasione per alcune considerazioni di metodo che mi sembrano meritevoli di una qualche considerazione.

11. Dal punto di vista ‘disciplinare’, il nostro testo permette invero di constatare – in prospettiva diacronica – una differenza di non minore rilievo di quella che presentano testi nei quali ci viene descritto un regime radicalmente diverso da quello precedente (la sufficienza, ad esempio, della *traditio* per il trasferimento del *dominium* su un fondo).¹¹⁰

Quella che il testo indica non è più ‘una’ delle soluzioni possibili, ma ‘la’ soluzione da adottarsi. Benché quella proposta (la soluzione attribuita a Pomponio) non lo sia per il ‘contenuto’, essa è nuova per la ‘valenza’ che ora assume. Del che l’indagine storica non può non farsi carico di osservare.

Il nostro testo invita alla prudenza anche da un ulteriore punto di vista. Esso non ci permette infatti di affermare se gli argomenti a sostegno delle diverse opinioni in campo fossero veramente quelli qui ipotizzati. Né se essi fossero eventualmente esplicitati o tenuti invece in implicita considerazione (come doveva essere non inusuale per gli appartenenti ad una giurisprudenza in grado di dialogare attraverso un proprio – e selettivo¹¹¹ – codice). È una possibilità, ma non più che questo.

Di certo, la redazione giustiniana del testo esalta non la discussione, ma il suo punto di approdo finale (l’accolgimento del pensiero di Pomponio ad opera del legislatore). Si propone un obiettivo che appare con evidenza nuovo e

¹⁰⁹ Per la logica complessiva del fenomeno delle cd. accessioni, v. per altro la messa a punto che ne ho proposto in *Diritto privato*⁴ (nt. 8) 490 ss.

¹¹⁰ E non dimenticando che uno stato attuale nel senso ‘moderno’ non escluderebbe ancora la possibilità che il giurista si riferisse a situazioni già del suo tempo, come, nella materia, avrebbe potuto essere il riguardare, quello in questione, un trasferimento destinato ad operare sul piano dell’*in bonis habere*.

¹¹¹ Criptico dunque il tanto che ne impedisse l’accesso al profano.

diverso da quello perseguito dai giuristi nel loro tempo. Il loro proposito non era stato quello di eliminare il problema, ma quello di condurlo verso la soluzione più ‘convincente’.

Di una intervenuta ‘manipolazione formale’ del nostro dettato non mancano per altro indizi.

Rileggiamolo:

D. 19.1.40 (Pomp. 31 *ad Q. M.*): *Quintus Mucius scribit: dominus fundi de praedio arbores stantes vendiderat et pro his rebus pecuniam accepit et tradere nolebat: emptor quaerebat, quid se facere oporteret, et verebatur, ne hae arbores eius non viderentur factae. Pomponius: arborum, quae in fundo continentur, non est separatum corpus a fundo et ideo ut dominus suas specialiter arbores vindicare emptor non poterit: sed ex empto habet actionem.*

Prescindo dalle questioni di punteggiatura (che è notoriamente un fatto tutto moderno). Quale dobbiamo considerare essere la questione introdotta: quella della fattispecie proposta (da ‘*dominus fundi*’ a ‘*nolebat*’) o quella di cosa di essa riteneva Quinto Mucio? (e dunque considerandola introdotta dalle parole ‘*Quintus Mucius*’ e conclusa da quelle ‘*non viderentur factae*’). Tutto sembrerebbe suggerire in favore della seconda possibilità. La risposta attribuita a Pomponio guarda infatti al problema ‘*vindicatio* sì / no’ e non invece direttamente alla fattispecie materiale. Ma – se è così – dobbiamo allora anche registrare che lo scopo dei giustinianeî non era discutere (e risolvere) il caso, ma quello (prima ancora o, almeno, insieme) di eliminare dal campo la possibilità adombrata da Quinto Mucio. Lo fecero rispettando anche il dettato originario del testo di Pomponio? Non credo.

Mentre il tratto ‘*Pomp.-fin.*’ appare invero, grammaticalmente e sintatticamente, lineare, la parte del testo che lo precede presenta qualche ‘inciampo’: l’‘*et verebatur*’, in particolare, può essere riferito a Quinto Mucio solo in ragione dell’‘*eius*’ seguente.¹¹² Per i tempi verbali, il ‘*verebatur*’ non è coordinato con lo ‘*scribit*’ di esordio. Tutto il responso di Quinto Mucio viene inoltre presentato come una ‘riflessione’ del giurista piuttosto che come una risposta al quesito dell’interrogante. E nulla vieta in astratto di pensare che, nel testo che dà occasione al commento di Pomponio, Quinto Mucio articolasse in modo più compiuto il proprio pensiero, motivando, in particolare, le ragioni del proprio dubbio. A parte ogni altra considerazione,¹¹³ credo anche tuttavia che non possa ne-

¹¹² *Supra*, § 2.

¹¹³ Le opinioni del nostro vengono solitamente ricordate infatti (non solo nella compilazione) senza ordinario riferimento a ciò che le motivava [cfr. O. Lenel, *Palingenesia iuris civilis*, I, Lipsiae 1889 (rist. Roma 2000, a cura di L. Capogrossi Colognesi), coll. 757 ss. e, con specifico riferimento all’atteggiamento al riguardo di Pomponio, Bona, *Società universale* (nt. 3) 376 e nt. 22], anche se non man-

garsi comunque che – nella prospettiva ‘normativa’ dalla quale guardano con evidenza alla questione i compilatori – il sintetico richiamo del dubbio sia sufficiente a giustificare l’inclusione del testo nella compilazione. Quel dubbio, come sottolinea l’assertiva conclusione affidata al parere di Pomponio, non aveva ragione di porsi e andava perciò cancellato dall’orizzonte normativo.

Se non vi sono ragioni allora per dubitare della riferibilità a Quinto Mucio e a Pomponio della diversità di opinione che il testo evoca, ve ne possono essere invece per pensare che quella discussione non fosse stata condotta con la sinteticità con la quale essa ci viene rappresentata.

Se così fosse, come potremmo dire che il nostro testo è genuino? E tuttavia – alla luce delle considerazioni prima sviluppate – come potremmo dire che esso non riflette, allo stesso tempo, il genuino pensiero degli autori che esso richiama?

Un ultimo conseguente rilievo.

Nelle nostre pratiche di studio, abbiamo vissuto stagioni metodologiche diverse.

Con riferimento alla questione ‘interpolazioni’ siamo passati – come tutti sanno – da una esasperazione all’altra. Se a stare al pensiero dei Maestri di inizio secolo scorso, del pensiero giuridico pervenuto attraverso Giustiniano non si salvava praticamente nulla,¹¹⁴ a stare a quello dei contemporanei (per i quali tutti i testi sembrano ormai meritare affidamento)¹¹⁵ sembra quasi che Giustiniano abbia mentito quando avvertiva che ‘*multa et maxima sunt, quae propter utilitatem rerum transformata sunt*’.¹¹⁶

Non ho certo la pretesa di sciogliere una questione così rilevante e complessa.

Mi limito solo però a fare osservare che anche un semplice (faccio per dire) ‘riassunto’ di una questione giuridica (nella quale si elidano argomentazioni o si introducano gerarchie nelle opinioni riferite)¹¹⁷ costituisce (può costituire) un’al-

cano casi nei quali osserviamo un qualche abbozzo di argomentazione [v., ad esempio, il celebre responso ricordato in D. 9.2.31 (Paul. 10 *ad Sab.*)]. È comunque pressoché unico il caso (che non conosciamo per altro per il canale della compilazione: Gell. 3.2.12-13) nel quale, con la citazione del nostro, viene ricordata anche la specifica argomentazione che ne sosteneva l’opinione (è il non meno celebre responso sul *trinoctium*).

¹¹⁴ Come sottolineò, con graffiante ironia, Vincenzo Arangio-Ruiz, recensendo il primo volume degli studi di diritto romano di Emilio Albertario, in *AG* 113, 1935, 71 ss.

¹¹⁵ Cfr. F. Gallo, *Ius quo utimur*, Torino 2018, 37 ss.

¹¹⁶ Const. *Tanta*, § 10.

¹¹⁷ Fenomeni che sicuramente sono intervenuti e della cui imponente dimensione (in relazione al materiale disponibile) ha già dato inoppugnabile evidenza il Chiazzese, il cui pensiero è stato meritoriamente riportato di recente all’attenzione generale da Giuseppe Falcone, che ha recuperato e pubblicato il manoscritto della seconda parte dei suoi *Confronti testuali*: L. Chiazzese, *Confronti testuali. Contributo alla dottrina delle interpolazioni giustinianee. Parte speciale (Materiali)*, Torino 2018.

terazione molto significativa delle cose. Trasforma un pensiero ‘in movimento’ qual era (non diversamente per altro da quanto vale per ogni tempo) quello dei giuristi romani in un pensiero ‘statico’ (ordinante e dunque molto diverso da quel che esso era quando formulato), qual è quello che volle fare di esso Giustiniano.

Forse, dovremmo riflettere di più sulla ragione dei nostri studi. Che non dovrebbe essere (o almeno non dovrebbe essere solo) la registrazione delle soluzioni normative adottate nel tempo (per altro molto condizionate ovviamente da situazioni di contesto irripetibili) ma quella piuttosto di mantenere vivo il metodo ‘scientifico’ (che non orienta verso l’‘indiscutibile’, ma il ‘giustificato’) attraverso il quale vi si perveniva.

Sarebbe preferibile che – anziché lasciarsi sedurre dalla prospettiva di inseguire i mutamenti di disciplina anche oltre quelli resi certi dalle evidenze che ne possiamo osservare¹¹⁸ (fatto che si traduce spesso in una sorta di autolegittimazione a formulare ipotesi che spesso non hanno altra giustificazione che la nostra fantasia) – si guardasse ai testi della compilazione non per conoscere il loro dettato, ma per studiarne le ragioni. Tenendo bene a mente anche che, per il loro tempo (intendo quello della loro redazione attuale), essi non dovrebbero ammettere abusate sentenze di ‘incomprensibilità’, se non all’esito (molto eventuale) di una stringente esegesi del dettato, condotta alla luce degli altri dettati nel cui più generale contesto esso si iscrive (la compilazione) e non invece (come si è fatto per decenni) alla luce di supposte diverse dottrine vigenti nel tempo degli autori ai quali i testi sono attribuiti. Il fatto che i giustinianeî abbiano usato una tecnica ‘normativa’ fatta non di ‘enunciati’ ma di ‘casi’ non dovrebbe fare trascurare che quelli da loro raccolti ed ordinati sono casi che – almeno nel loro tempo – non possono non rispondere ad una logica di coerenze.

Se non può stupire che tra i due orientamenti – interpolazionista e conservativo – il secondo sia divenuto, negli ultimi decenni, dominante (tiene conto di una oggettività di cose che il primo rifiutava di principio), stupisce osservare invece che quello ‘conservativo’ tenda ad esserlo anche riguardo alla ‘forma’.

È un atteggiamento che rende opaca la lettura dei testi. Guarda troppo poco, a mio sommessso avviso, alle ragioni ‘formali’ del loro stato attuale e contribuisce perciò la sua parte ad esaltare un modello di pensiero (autoritario e normativo) che è la ragione prima del cedimento moderno e contemporaneo della dimensione giuridica. Ridotta da strumento di ‘convinzione’ (quale ne avevano fatto i giuristi romani) a strumento di ‘affermazione’ (quale ne fece invece Giustiniano),¹¹⁹ essa cessa di distinguersi dalla dimensione ‘politica’ (l’autorità) e da

¹¹⁸ Cfr. Corbino, *Diritto privato*⁴ (nt. 8) 243 e ntt. 23 e 24.

¹¹⁹ Con la *permutatio legum* da lui voluta e sulla quale da vari anni invita a riportare l’attenzione

quella ‘economica’ (la forza). E non perché ‘autorità’ e ‘forza’ possano non avere un loro ruolo. Ma perché è necessario che esso si coniughi anche con quello ‘mediante’ della ragione.¹²⁰ Nel che solo sta ancora la giustificazione di continuare a rivolgere interesse ‘pubblico’ (dunque nelle università ancora del nostro tempo) all’esperienza giuridica di Roma antica.

Possiamo insomma, a mio modo di vedere, apprendere della storia del pensiero giuridico romano soltanto se ne leggiamo le reliquie (alterate) che ne sono rimaste per quel che esse sono. Reliquie appunto. Spesso (non sempre ovviamente) sunti, semplificazioni di pensiero rivolte non tanto a modificare di principio discipline (un fatto per altro in contraddizione con un atteggiamento culturale palesemente orientato alla tradizione),¹²¹ ma ad annullare piuttosto la ‘complessità’ del pensiero antico, in nome di una direttiva di governo chiara ed esplicita:

const. *Deo Auctore*, §§ 4-12: [4] *Iubemus igitur uobis antiquorum prudentium, quibus auctoritatem conscribendarum interpretandarumque legum sacratissimi principes praebuerunt, libros ad ius Romanum pertinentes et legere et eliminare, ut ex his omnis materia colligatur, nulla (secundum quod possibile est) neque similitudine neque discordia derelicta, sed ex his hoc colligi quod unum pro omnibus sufficiat. quia autem et alii libros ad ius pertinentes scripserunt, quorum scripturae a nullis auctoribus receptae nec usitatae sunt, neque nos eorum uolumina nostram inquietare dignamur sanctionem. ... [7] Sed et hoc studiosum uobis esse uolumus, ut, si quid in ueteribus non bene positum libris inueniatis uel aliquod superfluum uel minus perfectum, superuacua longitudine semota et quod imperfectum est*

F. Gallo, *Celso e Kelsen. Per la rifondazione della scienza giuridica*, Torino 2010; Id., *La definizione celsina del diritto nel sistema giustiniano e la sua successiva rimozione dalla scienza giuridica: conseguenze persistenti in concezioni e dottrine del presente*, in *TSDP* 3, 2010, 49 ss.; Id., *La legum permutatio giustiniana: rivoluzione giuridica ignorata dalla nostra tradizione. Introduzione al tema*, in P.-I. Carvajal Ramírez / M. Miglietta (a cura di), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Alejandro Guzmán Brito*, 2, Alessandria 2011, 527 ss.; Id., *Consuetudine e nuovi contratti. Contributo al recupero dell’artificialità del diritto*, Torino 2012; Id., *Carattere ideologico della soggezione del giudice alla legge*, Torino 2014; Id., *Valore perdurante dei criteri del ‘bonum et aequum’*, in L. Garofalo (a cura di), *Celso teorico del diritto*, Napoli 2016, 249 ss.; Id., *Ius quo utimur* (nt. 115).

¹²⁰ Come per altro chiariva bene Pomponio, sottolineando il rispettivo (e coesenziale) ruolo di giuristi e magistrati giudicanti, senza per questo trascurare di sottolineare, con pragmatico e necessario realismo, l’effettuale decisività dei secondi: D. 1.2.2.13 (Pomp. *l. s. enchir.*): *Post originem iuris et processum cognitum consequens est, ut de magistratuum nominibus et origine cognoscamus, quia, ut exposuimus, per eos qui iuri dicundo praesunt effectus rei accipitur: quantum est enim ius in civitate esse, nisi sint, qui iura regere possint? Post hoc deim de auctorum successione dicemus, quod constare non potest ius, nisi sit aliquis iuris peritus, per quem possit cottidie in melius produci.*

¹²¹ G.G. Archi, *Le classicisme de Justinien*, in *RHD* 46, 1968, 579 ss.

repleatis et omne opus moderatum et quam pulcherrimum ostendatis. Hoc etiam nihilo minus observando, ut, si aliquid in veteribus legibus vel constitutionibus, quas antiqui in suis libris posuerunt, non recte scriptum inveniatis, et hoc reformatis et ordini moderato tradatis: ut hoc videatur esse verum et optimum et quasi ab initio scriptum, quod a vobis electum et ibi positum fuerit, et nemo ex comparatione veteris voluminis quasi vitiosam scripturam arguere audeat. Cum enim lege antiqua, quae regia nuncupabatur, omne ius omnisque potestas populi Romani in imperatoriam translata sunt potestatem, nos vero sanctionem omnem non dividimus in alias et alias conditorum partes, sed totam nostram esse volumus, quid possit antiquitas nostris legibus abrogare? et in tantum volumus eadem omnia, cum reposita sunt, obtinere, ut si aliter fuerant apud veteres conscripta, in contrarium autem in compositione inveniuntur, nullum crimen scripturae imputetur, sed nostrae electioni hoc adscribatur ... [12] Nostram autem consummationem, quae a vobis deo adnuente componetur, digestorum vel pandectarum nomen habere sancimus, nullis iuris peritis in posterum audentibus commentarios illi adplicare et verbositate sua supra dicti codicis compendium confundere: quemadmodum et in antiquioribus temporibus factum est, cum per contrarias interpretantium sententias totum ius paene conturbatum est sed sufficiat per indices tantummodo et titulorum subtilitatem quae paratitla nuncupantur quaedam admonitoria eius facere, nullo ex interpretatione eorum vitio oriundo.

Cose arcinote, ma sulle quali è bene riflettere nella concatenazione che le sorregge: i compilatori dovranno ‘elimare’ (dunque raccorciare i testi originali), eliminarvi le affermazioni inutili o in contrasto (*neque similitudine neque discordia derelicta*), in modo tale che tutto appaia scritto direttamente dai loro autori (*et quasi ab initio scriptum, quod a vobis electum et ibi positum fuerit*), con lo scopo di superare la *conturbatio* indotta dalle contrapposte interpretazioni (*cum per contrarias interpretantium sententias totum ius paene conturbatum est*). Un’attività dunque per la quale i testi recuperati e inseriti nell’opera da eseguire (*Digesta*) vanno rispettati insomma (quando non meritino modificazione, il che è previsto,¹²² ma non come un’evenienza ordinaria: *supervacua longitudine semota et quod imperfectum est repleatis et omne opus moderatum*) nel loro dettato ‘sostanziale’.

Una direttiva di governo,¹²³ alla quale si dichiara poi (in sede di promulgazione) esservi stata fedele adesione dei compilatori incaricati:

¹²² V. infatti const. *Tanta*, § 10, subito avanti.

¹²³ Che trova per altro perfetta parallela corrispondenza (di toni e di contenuti) nelle costituzioni (*Haec quae necessario, Summa rei publicae, Cordi*, con il sottolineato ruolo in particolare, in quest’ultima, delle *quinquaginta decisiones*) che guidarono ed accompagnarono la elaborazione del *codex* (nelle due successive redazioni).

const. *Tanta*, § 10: *Tanta autem nobis antiquitati habita est reverentia, ut nomina prudentium taciturnitati tradere nullo patiamur modo: sed unusquisque eorum, qui auctor legis fuit, nostris digestis inscriptus est: hoc tantummodo a nobis effecto, ut, si quid in legibus eorum vel supervacuum vel imperfectum aut minus idoneum visum est, vel adiectionem vel deminutionem necessariam accipiat et rectissimis tradatur regulis. Et ex multis similibus vel contrariis quod rectius habere apparebat, hoc pro aliis omnibus positum est unaque omnibus auctoritate indulta, ut quidquid ibi scriptum est, hoc nostrum appareat et ex nostra voluntate compositum: nemine audente comparare ea quae antiquitas habebat his quae nostra auctoritas introduxit, quia multa et maxima sunt, quae propter utilitatem rerum transformata sunt. Adeo ut et si principalis constitutio fuerat in veteribus libris relata, neque ei pepercimus, sed et hanc corrigendam esse putavimus et in melius restaurandam. Nominibus etenim veteribus relictis, quidquid legum veritati decorum et necessarium fuerat, hoc nostris emendationibus servavimus. Et propter hanc causam et si quid inter eos dubitabatur, hoc iam in tutissimam pervenit quietem, nullo titubante reliquimus.*

Le importanti, per numero e rilievo (*multa et maxima*), trasformazioni apportate al dettato originale dei testi non implicano una ‘rivoluzione’ di pensiero, ma una sua *reductio ad unum*. L’obbiettivo perseguito e realizzato non era ‘cambiare’ il diritto antico. Era ‘liberarlo’ dalle incertezze determinate dalla diffusa controversialità indotta dalle opinioni in campo.

In un tale contesto, le ‘interpolazioni’ sono state dunque estese ed incisive. Ma in un senso totalmente diverso da quello che si è ritenuto. Della ‘forma’ dei testi antichi è rimasto pochissimo. Ma del ‘dettato’ di essi salvato (e perciò anche ‘attribuito’: che senso avrebbe avuto indicarne autori e luogo?) invece molto (*tanta autem nobis antiquitati habita est reverentia*), ancorché in un contesto che ne mutava – e ben seriamente – il rilievo. Cessava di essere ‘un’ punto di vista, per divenire ‘il’ punto di vista, quello ora approvato e che nessuno avrebbe più dovuto osare ridiscutere:

const. *Tanta*, § 21: *Hoc autem quod et ab initio nobis visum est, cum hoc opus fieri deo adnuente mandabamus, tempestivum nobis videtur et in praesenti sancire, ut nemo neque eorum, qui in praesenti iuris peritiam habent, nec qui postea fuerint audeat commentarios isdem legibus adnectere: nisi tantum si velit eas in Graecam vocem transformare sub eodem ordine eaque consequentia, sub qua voces Romanae positae sunt (hoc quod Graeci κατά πόδα dicunt), et si qui forsitan per titulorum subtilitatem adnotare maluerint et ea quae paratitla nuncupantur componere. Alias autem legum interpretationes, immo magis perversiones eos iactare non concedimus, ne verbositas eorum aliquid legibus nostris adferat ex confusione dedecus. Quod et in antiquis edicti perpetui*

commentatoribus factum est, qui opus moderate confectum huc atque illuc in diversas sententias producentes in infinitum detraxerunt, ut paene omnem Romanam sanctionem esse confusam. Quos si passi non sumus, quemadmodum posteritatis admittatur vana discordia? Si quid autem tale facere ausi fuerint, ipsi quidem falsitatis rei constituentur, volumina autem eorum omnimodo corrumpentur. Si quid vero, ut supra dictum est, ambiguum fuerit visum, hoc ad imperiale culmen per iudices referatur et ex auctoritate augusta manifestetur, cui soli concessum est leges et condere et interpretari.

Felice Costabile

(Università degli Studi Mediterranea di Reggio Calabria)

‘TARDOANTICO’ ED ERA COSTANTINIANA:
CONVENZIONE STORIOGRAFICA
DI UN CONCETTO MODERNO

1. Invenzione del Tardoantico e Anticlassico

Il concetto di ‘Tardoantico’, a lungo negletto o marginalizzato nella storiografia del Novecento, è oggi talmente affermato – per non dir anco abusato – da aver indotto Andrea Giardina a coniare paradigmaticamente l’espressione di ‘esplosione del tardoantico’,¹ includente e intersecante quella di ‘età’ o ‘era costantiniana’.

Talvolta si dimentica che il concetto di Tardoantico risponde a un’esigenza di periodizzazione avvertita per la prima volta nell’ambito della storia dell’arte: all’alba del XX secolo, infatti, Alois Riegl coniò l’aggettivo ‘*spätromisch*’² e di conseguenza l’idea stessa di *Spätantike*, capovolgendo il giudizio di disvalore – rispecchiato anche per il diritto romano nell’aggettivo ‘postclassico’ – inerente all’espressione ‘basso impero’. Riegl si era formato, agli antipodi dell’estetica winckelmanniana, nel secolo del Romanticismo e nel clima di reazione dello storicismo alla fredda lucidità del razionalismo illuminista del Settecento: seppe perciò aprire la via al riconoscimento del valore e dell’originalità del linguaggio artistico provinciale e popolare, soffocato o emarginato dal classicismo augusteo fino all’età degli Antonini. Il concetto riegliano della cosiddetta ‘tarda antichità’

¹ A. Giardina, *Esplosione di tardoantico*, in G. Mazzoli / F. Gasti (a cura di), *Prospettive sul tardoantico. Atti del Convegno di Pavia (27-28 novembre 1997)*, Como 1999, 9 ss. Vedi anche D.V. Piacente, *Dall’“Epiclassico” di Franz Wieacker all’“Esplosione di Tardoantico” di Andrea Giardina*, in *SAA* 21.2, 2015, 235-241.

² A. Riegl, *Spätromische Kunst-Industrie nach den Funden in Österreich-Ungarn*, Wien 1901. V. anche G. Vasold, *Alois Riegl und die Kunstgeschichte als Kulturgeschichte. Überlegungen zum Frühwerk des Wiener Gelehrten*, Freiburg i.Br. 2004.

presuppone dunque la rivalutazione ottocentesca – e apre quella nel Novecento – degli apporti barbarici e popolari alla formazione della cultura europea, promuovendo una moderna visione di sviluppo della civiltà.³

Il riconoscimento delle culture ‘popolari’ e ‘barbariche’ non operò a compartimenti stagni, in un’epoca in cui l’unità del sapere non era ancora del tutto frammentata nelle specializzazioni, e non è perciò un caso che la scoperta dei ‘primitivi’ abbia ispirato fra Otto e Novecento l’arte dei preraffaelliti fino ai grandi Maestri, da Paul Gauguin a Pablo Picasso ad Amedeo Modigliani.

Anche nell’ambito delle scienze storiche il concetto di Tardoantico si è poi gradualmente espanso fino a ricomprendere i più diversi aspetti della società e della politica, dell’economia e del diritto, della religione e della storia delle idee al crepuscolo dell’impero in Occidente.

Sono tuttavia convinto che, già nella sua culla, il campo cioè dell’artigianato e dell’arte, il ‘Tardoantico’ dimostri la sua fallacia come categoria storica intesa a riconoscere coerentemente un nesso di causalità fra una visione del mondo e una determinata cronologia: infatti, mezzo secolo dopo Riegl, Ranuccio Bianchi Bandinelli,⁴ vocato a recepirne la lezione per avere aderito all’ideologia marxista, che focalizzava l’attenzione sul ‘proletariato’, dimostrò come nel linguaggio figurativo tardoantico ‘riemerge’ una tradizione popolare risalente addirittura all’età repubblicana, ‘sommersa’ dall’influenza ellenistica fino all’epoca severiana, ma mai scomparsa nella stessa Italia in espressioni non ufficiali e rimasta comunque sempre viva nella scultura provinciale.

2. Cristianesimo e decadenza della civiltà nella concezione umanistica e illuministica

Fuori della storia dell’arte, ‘basso impero’ o ‘epoca postclassica’, termini originati da una collocazione cronologica in apparenza asettica e priva d’implicazioni valoriali, erano invero espressioni conseguenti a una concezione storica dell’antico fondamentalmente umanistica, in ultima analisi risalente a France-

³ Emblematico il titolo di G. Pugliese Carratelli (a cura di), *Magistra Barbaritas. I barbari in Italia*, Milano 1984 (3ª ediz.: Torino 1990).

⁴ R. Bianchi Bandinelli, s.v. *Spätantike*, in *Enciclopedia dell’arte antica, classica e orientale*, VII, Roma 1966, 426; Id., *Forma artistica tardo antica e apporti parthici e sassanidi nella scultura e nella pittura*, in *Atti del convegno sul tema: La Persia e il mondo greco-romano. Roma 11-14 aprile 1965*, Roma 1966, 319-333; Id., *Dall’ellenismo al medioevo*, Roma 1978; Id., *Archeologia e cultura*, Roma 1979, 344-423; Id., *Il retaggio del Basso Impero*, in *Sources archéologiques de la civilisation européenne. Mamaia (Roumanie) 1-8 septembre 1968*, Bucarest 1970, 228-245; Id., *Roma. La fine dell’arte antica l’arte dell’impero romano da Settimio Severo a Teodosio*⁶, I, Milano 1976 (postumo).

sco Petrarca con una connotazione – un po' contraddittoria in un classicista comunque cattolico – di più o meno esplicita e cosciente avversione o condanna del cristianesimo quale fattore di decadenza o declino della civiltà.⁵ Tale atteggiamento, al sorgere della scoperta dell'antichità greco-romana, racchiudeva in sé l'eco dell'accusa pagana ai cristiani, nei secoli IV-VI, d'esser causa della crisi dell'impero, accusa implicita in vari autori, ma trasmessa a chiare lettere dagli *Scriptores Historiae Augustae* e da Zosimo, e riferita anche dallo stesso Agostino.

Tale visione accomunò gli umanisti nello spazio e nel tempo, superando perfino le barriere religiose anche dopo la Controriforma: benché luterano, in sintonia con il 'subcosciente anticristiano', che Petrarca condivideva 'suo malgrado' con i contemporanei e successori del Quattrocento, si trovò infatti il tedesco Johannes Löwenklau (Leonclavius) nel pubblicare a Basilea nel 1576 la sua 'apologia di Zosimo',⁶ definita da Mazzarino "la carta di fondazione degli studi moderni sul basso impero."⁷

Gli umanisti, però, non furono soltanto influenzati dalla riscoperta di quel passato, ma precorsero la concezione illuminista, che traeva nome proprio dall'aver dissipato alla luce della ragione le tenebre della *superstitio* cristiana e che trovò la sua prima e massima espressione storiografica, nonché il suo fondamento critico nei sei volumi, apparsi a Londra fra il 1776 e il 1788, di Eduard Gibbon su *The History of the Decline and Fall of the Roman Empire*.⁸

Da allora, l'avvento della mentalità mistica cristiana è generalmente riconosciuto come 'mutazione' del IV secolo, dimenticando che in realtà il misticismo è già nel pensiero paolino, non meno di quanto il linguaggio figurativo dell'arte 'tardoantica' sia una riemersione dei modi espressivi repubblicani e provinciali repressi o emarginati, ma esistenti da mezzo millennio.

⁵ E. Panofsky, *Rinascimento e rinascenze nell'arte occidentale*², Milano 1991, 26; A. Giardina, *L'epoca' di Costantino e il Tardoantico*, in *Costantino I. Enciclopedia Costantiniana*, III, Roma 2013, 238 s.

⁶ Contro le accuse di Evagrio, di Niceforo Callisto e degli altri. Il manoscritto vaticano di Zosimo, l'unico esistente, era all'epoca interdetto alla consultazione e Löwenklau dovette servirsi di una copia 'clandestina'. La sua traduzione fu riedita nei *Romanae Historiae Scriptores Graeci Minores opera et studio Friderici Syllburgii*, III, Francofurti 1590, 625-631. Cfr. F. Paschoud, *Zosime*², I, Paris 2000; Id., *Eunape, Olympiodore, Zosime. Scripta minora*, Paris 2006, 320 s., 323-328.

⁷ S. Mazzarino, *La fine del mondo antico. Le cause della caduta dell'Impero romano*, Milano 1995, 94; Id., *Storia romana e storiografia moderna*, Napoli 1954, 13 s., riconosceva in Gotofredo, per il suo commento al *Codex Theodosianus*, apparso a Lipsia nel 1665, il precursore degli studi sul Tardoantico nel campo del diritto romano.

⁸ Cfr. F. Paschoud, *Gibbon et Constantin*, in *International Journal of the Classical Tradition* 15, 2008, 173-186.

La cristianizzazione forzata dell'impero dal 380 segna sì un cambiamento epocale, ma non fu Costantino a volerla, e inoltre nella *forma mentis* il cambiamento fu in realtà molto più limitato di quanto la stessa storiografia cristiana abbia preteso. Difatti, se la critica razionalista di Agostino si esercita lucidamente sulla convinzione pagana che le divinità governino il mondo e abbiano fatto nascere e protetto l'impero, egli poi è pienamente affetto dalla stessa oscurità mentale rimproverata ai pagani quando sostiene l'intervento provvidenziale del suo vero Dio nella storia. Parimenti, il suo sforzo di dimostrare che l'ascensione in cielo di Romolo-Quirino è cosa diversa da quella di Gesù, o che non fu dai numi che Numa accolse le sue leggi, nel sottinteso che solo Mosè le ebbe da Dio,⁹ dimostra come la credulità cristiana si trovi sullo stesso piano di quella pagana, dalla quale deriva, fino al paradosso che nell'esistenza degli dei e nel loro intervento credessero più i cristiani, che li consideravano demoni, che quanti fra i pagani erano educati allo scetticismo o all'epicureismo.

La mistificazione retrospettiva della figura di Costantino nasce non dalle sue scelte, ma dalle conseguenze che ne derivarono e che egli però non poteva ovviamente immaginare. Quelle conseguenze portarono a un travisamento delle scelte da cui avevano tratto origine, iniziato da Eusebio da Cesarea in un'ottica di esaltazione della figura del 'primo imperatore cristiano', e in età umanistica ritortosi contro di lui ma proprio per l'accoglimento dell'asserto eusebiano, che esercitò in tal modo un'influenza così condizionante da giungere all'inizio del Novecento. Perché si 'riabiliti' la figura di Costantino dalla 'responsabilità' di essersi convertito e di aver cristianizzato l'impero, riconoscendo la vera ragione della legittimazione del cristianesimo, da lui apertamente proclamata nel c.d. Editto di Milano nella volontà di non suscitare in Cielo l'ira di nessuno, bisognerà attendere *La fin du paganisme* di Gaston Boissier, *Costantino e il cattolicesimo* di Salvatore Calderone e infine *Costantino e il mondo pagano* di Lucio De Giovanni.¹⁰

⁹ Ph. Bruggisser, *Numa Pompilius et la Rome sacrée. Regards croisés d'Augustin et de Thémistios*, in *REAug* 55, 2009, 3-22; M. Lentano, *Il re che parlava alle ninfe*, Pisa 2019, 38-45.

¹⁰ G. Boissier, *La fin du paganisme*³, Paris 1903, 45 s., 63; S. Calderone, *Costantino e il cattolicesimo*, Messina 1962, in particolare 180 ss.; L. De Giovanni, *Costantino e il mondo pagano*, Napoli 1977, riedito come *L'imperatore Costantino e il mondo pagano*², Napoli 2004. Cfr. anche F. Costabile, *Alle «radici» pagane dell'Europa: dall'Epitaphios di Pericle alla concezione pagana della civitas tardoantica*, in *AACR* XVIII, Perugia 2011, 477 ss. P. Macry, *Gli ultimi giorni. Stati che crollano nell'Europa del Novecento*, Bologna 2009, 15 s.: "Gli studiosi che analizzano – nella loro presunta consequenzialità – tendenze pluridecennali o secolari, il lento farsi e disfarsi delle strutture economiche, le scansioni epocali della geopolitica, appaiono continuamente sull'orlo del determinismo. Il loro modello interpretativo rischia di essere una sorta di piano inclinato, il quale prende le mosse da lontano, talvolta da molto lontano, e spinge in una direzione certa tutto quel che rotola su di esso. La fine della corsa diventa comprensibile e addirittura prevedibile, perché la sua direzione si costruisce

3. La mancata rivalutazione del 'diritto postclassico'

Se vi fu un campo dello scibile in cui la rivalutazione del Tardoantico stentò a operare, questo fu specificamente quello del diritto romano. La tradizionale 'visione classicista' del diritto romano era già stata infranta esattamente dieci anni prima che Riegl scrivesse la sua *Spätromische Kunst-Industrie*: nel 1891, infatti, Ludwig Mitteis pubblicò quella pietra miliare che è ancor oggi il *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des Kaiserreichs*, mettendo in luce le influenze ellenistiche attestate nelle province dalla documentazione papirologica trovata in Egitto e dimostrando la profonda trasformazione a seguito della *Constitutio Antoniniana* del 212 e alla 'caduta' dei negozi giuridici liberali dopo la costituzione di Alessandro Severo del 234.¹¹

Nondimeno, l'acquisita coscienza di una 'prassi popolare' e dello sviluppo di un 'diritto romano postclassico' non ne comportò automaticamente una valutazione positiva o una 'rivalutazione' come quella avutasi per la *Spätantike* nella storia dell'arte: le tendenze dell'epoca 'tardoantica' furono ritenute espressione di uno snaturamento degli istituti e all'espressione 'diritto romano volgare', equivalente del *Volksrecht* coniato da Mitteis, si legò una connotazione semantica negativa non scontata nel sostantivo latino *vulgus*, e tantomeno nel tedesco *Volk*, mentre agli orientamenti di età giustiniana non si riconobbe nemmeno la dignità di pensiero giurisprudenziale. Scriveva, infatti, nel 1927 Vincenzo Arangio-Ruiz nella prima edizione delle sue *Istituzioni di diritto romano* – e l'avrebbe ripetuto con largo consenso fino all'ultima del 1964 – che nel diritto 'romano-cristiano' "alla lucidità e immediatezza del pensiero classico si sostituiva tutto un gioco di concetti e concettini, di distinzioni e suddistinzioni, un almanaccare intorno ad ipotesi estranee alla vita del diritto, da cui gli istituti uscivano ... goffamente spolpati e stilizzati."¹² Come lui, nel 1938 la pensava il Beseler e più tardi, nel 1961, Franz Wieacker, traendo le conseguenze di tale rappresentazione della decadenza del diritto romano, non mancò di descrivere in modo catastrofico la situazione della scienza giuridica romana dopo Mode-

decenni e magari secoli addietro. ... Un gioco di rimandi che mortifica ogni approccio empirico. ... Gli ultimi giorni [di un impero] nascondono un'opzione opposta al modello del piano inclinato. Non avrebbe senso analizzarli, se si ritenesse che sono il punto terminale di una traiettoria storica in qualche modo annunciata. ... Il crollo politico ed istituzionale, per quanto sia imparentato con tendenze e strutture, costituisce una *pièce* di avvenimenti, della quale non si conosce già la conclusione, perché essa dipende in larga misura dalle scelte dei suoi attori, da circostanze imprevedibili e, perché no, dal caso."

¹¹ Rinvio a M. Amelotti, *Un nuovo testamento per aes et libram*, in *SDHI* 15, 1949, 34-59; Id., *Il testamento romano attraverso la prassi documentale*, Firenze 1966, 55 s.

¹² V. Arangio-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, Napoli 1964, 6.

stino, seguito in fondo, sia pure con qualche temperamento da Schulz.¹³

Il diritto romano è comunque il solo ambito storico dove sia universalmente accolto un termine *post quem* – appunto Modestino – in cui la dottrina moderna riconosca la fine della giurisprudenza e l’inizio del ‘diritto postclassico’ o, con termini palliativi, l’eclissi della giurisprudenza e il diritto ‘epiclassico’,¹⁴ mentre in tutti gli altri aspetti resta controverso il problema della definizione cronologica del ‘Tardoantico’, oscillante dal II al VII secolo negli estremi, nella *Periodisierung der Antike*.

4. La *Periodisierung der Antike* e l’età costantiniana: dall’ideale di αὐτονομία della πόλις e della *civitas* al principio paolino *omnis potestas a Deo*

Un così ampio ventaglio cronologico è sintomo di un’incertezza strutturale, nascente dal fatto che affrontare il problema della periodizzazione in termini non convenzionali comporta un ampliamento della prospettiva sui diversi mutamenti intervenuti nella società, nella politica, nel diritto e nel linguaggio figurativo, o se si vuole nella *Weltanschauung*, già fra l’età antonino-severiana e il ‘secolo di Costantino’, per non parlare dei secoli V-VII, fra i quali si colloca fra l’altro Giustiniano.

Giardina¹⁵ ha evocato in una magistrale sintesi il pensiero di Santo Mazzarino,¹⁶ dal quale mi sembra, tuttavia, essere stata ereditata qualche ambiguità

¹³ G. Beseler, *Recuperationes iuris antiqui*, in *BIDR* 45, 1938, 170; F. Wieacker, *Le droit romain de la mort d’Alexandre Sévère à l’avènement de Dioclétien (235-284 apr. J.C.)*, in *RHD* 49, 1961, 201-254. F. Schulz, *Storia della giurisprudenza romana* (trad. ital. di G. Nocera), Firenze 1968, 476; v. anche Piacente, *Dall’“Epiclassico” di Franz Wieacker* (nt. 1) 235-241. V. anche nota seguente.

¹⁴ Su Modestino: G. Viarengo, *Studi su Erennio Modestino. Profili biografici*, Torino 2009; Ead., *Metodologie e opere per l’insegnamento del diritto*, Torino 2012, cui rinvio per la letteratura precedente. Per l’eclissi e l’epiclassico rinvio a nota precedente e a V. Marotta, *Eclissi del pensiero giuridico e letteratura giurisprudenziale nella seconda metà del III secolo d.C.*, in *Annaeus* 4, 2007, 53-86 (aggiornato rispetto a *StudStor* 48.4, 2007, 927-964). Fine della giurisprudenza (dei giuristi) non significa ovviamente fine dell’insegnamento del diritto: P. Collinet, *Histoire de l’École de droit de Beyrouth*, Paris 1925, 220 ss.; J.M.J. Chorus, *L’enseignement du droit romain en Occident: essai de tableau*, in *RHD* 63, 1993, 195 ss. A.M. Giomaro, *Sulla presenza delle scuole di diritto e la formazione giuridica nel tardo-antico*, Soveria Mannelli 2001.

¹⁵ A. Giardina, *L’epoca’ di Costantino e il Tardoantico*, in *Costantino I. Enciclopedia costantiniana sulla figura e l’immagine dell’imperatore del cosiddetto Editto di Milano 312-2013*, III, Roma 2013, 233-244.

¹⁶ S. Mazzarino, *Antico, tardoantico ed era costantiniana*, I, Bari 1974, 74-98 (riedizione aggiornata de *La democratizzazione della cultura nel “Basso Impero”*, in *Rapports du XI^e Congrès international des Sciences Historiques (Stockholm 21-28 août 1960)*, Stockholm 1960, 35-54); Id., *Religione ed*

e, a mio modo di vedere, un fraintendimento divenuto tradizionale:

“Mazzarino ... vide [il fenomeno di democratizzazione della cultura] come un processo che attraversava l'intera società tardoantica. Sottolineò l'importanza delle trasformazioni nella storia dell'arte, con riferimento a fenomeni quali la 'democratizzata idea dell'apoteosi' studiata da Friedrich Gerke¹⁷ e insistette sul rapporto tra democratizzazione e trasformazioni editoriali (il codice come forma 'democratizzata' del libro),¹⁸ tra democratizzazione e consolidazioni giuridiche. Ma la sua analisi del fenomeno è dominata dall'insistenza sulle difficoltà del dialogo, talvolta sull'incomunicabilità, tra la cultura della tradizione, dello Stato, delle classi elevate, e le culture locali, rappresentate soprattutto dalle masse rurali. Nella prospettiva di Mazzarino, il paradigma della democratizzazione della cultura dispiegava tutte le sue potenzialità soprattutto nell'interpretazione della crisi del III secolo d.C. Già nel secolo successivo, con l'avvento della tetrarchia e di Costantino, il fenomeno fu tuttavia composto 'in forme gerarchiche'. S'impose allora la 'prospettiva carismatica'; con questo concetto Mazzarino intendeva una nuova visione del mondo, che si esprimeva in un complesso di fenomeni che portava soprattutto l'impronta della politica di Costantino: il fondamento teologico del potere imperiale, che con quel sovrano divenne monarchia per grazia di Dio”.

Il punto cruciale è però che del “fondamento teologico del potere imperiale” l'inventore non fu Costantino, anche se questa convinzione – in realtà un'approssimazione storiografica – è data oggi per scontata anche nella letteratura specialistica. Mi sembra perciò il caso di affrontare la questione, anche se la sede per un adeguato approfondimento richiederebbe un più ampio spazio.

Il fondamento teologico del potere costantiniano, che realizzava il postulato paolino¹⁹ *omnis potestas a Deo*, segna la fine del concetto repubblicano di quello che chiamiamo oggi 'principio di delega della sovranità popolare'. Declinato con modalità 'costituzionali' e procedure elettorali e legislative alquanto differenti nella *δημοκρατία* greca e nella *respublica* romana, tale principio non trova riscontro lessicale, con equivalente astrazione concettuale delle lingue moderne,

economia sotto Commodo e i Severi. Premesse sulla 'democratizzazione' della cultura nella tarda antichità, in op. ult. cit. 51-73. Per l'influenza del materialismo storico sulla visione di Mazzarino cfr. anche F. Tessitore, Santo Mazzarino "tra storicismo e sociologia", in MedAnt 11, 2008, 359-368.

¹⁷ “Si veda almeno *Spätantike und frühes Christentum*, Baden-Baden 1967.” [N.d.A.].

¹⁸ “La questione del 'passaggio' dal rotolo al codice è in realtà meno scontata di quanto apparisse a Mazzarino: è vero che le prime forme di *codices* furono confezionate con fogli di papiro ed erano certamente meno costose, e dunque più 'popolari', del rotolo, ma poi il papiro fu gradatamente soppiantato, salvo che in Egitto, dal codice di pergamena, alquanto più caro del rotolo papiraceo.” [N.d.A.].

¹⁹ Rinvio a F. De Gregorio, *Omnis potestas a Deo. Tra romanità e cristianità*, I-II, Torino 2010-2016.

nel greco antico e nel latino, che però ne hanno saputo esprimere con precisione il contenuto politico: lo attestano i termini di *κυρία ἐκκλησία* o *τὸ κύριον* e di *maiestas* o *potestas* o *imperium populi Romani*, e lo stesso acronimo *s(enatus) p(opulus)q(ue) R(omanus)*.

Il principio di ‘sovranità popolare’ come fondamento e fonte di legittimazione del potere sopravvisse per altro, durante tutto il principato, se non nell’attuazione politica, almeno nella propaganda e nell’ideologia imperiale della *respublica restituta*,²⁰ con la *lex de imperio* conferente al principe i poteri di go-

²⁰ Sulla distanza fra l’essere e l’apparire nel principato cfr. M.A. Giuia, *Augusto nel libro 56 della Storia Romana di Cassio Dione*, in *Athenaeum* 61, 1983, 441 e nt. 11, e 447; M. Pani, *Memoria dei Cesari e organizzazione del novus status reipublicae*, in A. Fraschetti (a cura di), *La commemorazione di Germanico*, in Id. (a cura di), *La commemorazione di Germanico nella documentazione epigrafica*, Roma 2000, 217. L’asserita *restitutio reipublicae* è invece considerata realtà politica da F. Guizzi e da O. Licandro. Così F. Guizzi, *Il principato tra “res publica,” e potere assoluto*, Napoli 1974, 41 s.: “Tac. *Ann.* I. 9: ... non regno tamen neque dictatura sed principis nomine constitutam rem publicam, ove il grande storico, nonostante la genialità e lo scetticismo che pervade la sua opera, non sa (o non vuol) negare la tesi della restaurazione”; e Guizzi cita, a nt. 84, R. Syme, *Tacito*, I, Brescia 1967, 352 ss. [*sed corrige* 532!], il quale però non cade nell’errore di attribuire a Tacito l’opinione dei difensori del principato, che lo storico antico si limita a riferire, guardandosi bene dal farla propria. Un’eco dell’errore esegetico in cui incorse Guizzi si trova ancora in O. Licandro, *Documenti vecchi e nuovi su Ottaviano Augusto*, in *BIDR* 105, 2011, 285: “Con gli esordi degli *Annales*, in cui Tacito traccia un rassicurante quadro di normalizzazione, dobbiamo intrecciare la testimonianza delle *Res Gestae* ... Il *princeps* era l’indefinito anello che teneva l’*antiqua et prisca forma rei publicae* con gli *exempla* tardorepubblicani. In questo senso e a rigore forse dovremmo ammettere una volta per tutte che ad aver ragione piuttosto che i moderni siano proprio loro, gli storici antichi, e Tacito in particolare”. Cfr. in dettaglio F. Costabile, *Caius Iulius Caesar: dal dictator al princeps, dal Divi Filius al Cristo. Augusto e le maschere del potere*, Roma 2013, 132-140 ntt. 343-360; ma valgano ora sul punto le pastorali parole: “Vale la pena osservare che la recente tesi [O. Licandro, in *BIDR* 105, 2011, 285], che vorrebbe prender per buona la propaganda augustea della *respublica restituta*, si fonda su un evidente, se non vistoso, errore interpretativo: quello di averne attribuito la valutazione di una restaurazione reale (e non propagandistica) – riferita da Tac. *Ann.* 1,9 – a un convincimento storiografico di Tacito stesso, mentre egli l’attribuisce ai difensori del principe nel necrologio apologetico che essi ne fanno (e che si limita a riferire obiettivamente), aggiungendo poi il giudizio di condanna per manifesta ipocrisia da parte dei detrattori del principato, e alla fine pronunciandosi lui stesso e coll’aderire a questi ultimi, e infine definendo a chiare lettere il principato una tirannide (*regnum*) sotto mentite spoglie di poteri repubblicani (Tac., *Annales* III 56.2). Sorvolando sulla svista che ha originato tale convinzione nel 2011, chi sostiene la ‘tesi augustea’ che il principato sia una ‘restaurazione repubblicana’ cerca ora di produrre altri argomenti meno fragili o almeno non affetti da travisamento delle fonti [O. Licandro, *Augusto e la res publica imperiale*, Torino 2018, 187 ss.], ma è davvero difficile esser convinti di ciò che i senatori romani fingevano talora di credere per interesse o per salvare la pelle, che cioè l’imperatore fosse un garante della repubblica, piuttosto che un despota; nel migliore dei casi, come appunto quello dell’*optimus princeps* Traiano, un despota illuminato” [così S. Pastor, *Traiano l’ultimo dei Flavi? Nessi familiari e dinamiche gentilizie nelle successioni imperiali*, in *MEP* 21, 2018, 23, 141]. Un’ultima autorevole ‘mazzata’ – è il caso di dirlo – viene da M. Mazza, *Optimus princeps: epilegomena ad una nuova critica della Giustizia di Traiano*, in *MEP* 22, 2019, 377 e nt. 85.

verno per delibera in origine comiziale e senatoria e poi esclusivamente *ex senatus consulto*.²¹

Nella stessa epoca Paolo di Tarso aveva scritto invece che non v'è potere che non derivi da dio e che quelli esistenti sono stati posti da lui (*Rom.* 13.1): οὐ γὰρ ἔστιν ἐξουσία εἰ μὴ ὑπὸ θεοῦ, αἱ δὲ οὕσαι ὑπὸ θεοῦ τεταγμέναι εἰσὶν (anche *Gal.* 4.19; *Haeb.* 2.2; *Act.* 7.38 e 53). Tale idea, inaccettabile per i Romani, era invece tipica del concetto alessandrino di sovranità fin da quando per l'appunto Alessandro Magno si era fatto rivelare in Egitto dall'oracolo di Hammon-Râ a Siwa di essere figlio non di Filippo II bensì di dio;²² ma tale concezione, al netto della filiazione divina, era affine a quella del mondo ebraico, che faceva provenire da Dio tanto il potere politico, quanto le Leggi (*mišôṭ, mišpāṭîm, haddebārîm, ḥuqqîm*), a partire dal Decalogo scritto da Mosè o addirittura dal dito di Yhaweh (*Exod.* 34.1; *Deut.* 5.6-21 e 12.18). In Paolo, dunque, il concetto teologico di sovranità era sintesi di entrambe le sue nature e culture, quella ellenistica e quella ebraica: egli l'aveva predicato in un mondo, dove invece la tradizione della *respublica* senatoria impediva ai ceti dirigenti, se non anche alla plebe romana, di accettare la concezione orientale del potere, se già le XII Tavole erano state scritte non dagli dèi ma dai Decemviri. Da Giulio Cesare a Caligola e a Nerone, da Domiziano a Commodo, gli *imperatores* che avevano cercato di rafforzare l'autocrazia affermando l'ascendenza divina del loro potere, o ne erano stati semplicemente accusati, avevano pagato con la vita, per cui la gran parte dei principi si era attenuta alla pretesa augustea della *respublica restituta*, cioè all'assunto che il *princeps* fosse un delegato del *senatus populusque Romanus*.

Il primo a essere venuto meno a quel principio senza pagarlo con la vita era stato non Costantino, ma già Diocleziano nel 286-287 con la sua teologia te-

²¹ G. Purpura, *Sulla tavola perduta della Lex de auctoritate Vespasiani*, in *MEP* 2, 1998, 261-295; D. Mantovani, *Lex "regia" de imperio Vespasiani: il vagum imperium e la legge costante*, in L. Capogrossi Colognesi / E. Tassi Scandone (a cura di), *La lex de imperio Vespasiani e la Roma dei Flavi*, Roma 2009, 134 in particolare (con bibliografia ivi, 125 ntt. 1-2); anche M. Pani, *L'imperium del principe, ibidem*, 189 ss.; C. Lanza, "Sovranità", *poteri e lex de imperio Vespasiani, ibidem*, 177.

²² Arrh. *Anab. Alex.* 3.3.1-2. Sul culto di Alessandro Aelian. *Variae* 3.5.12. Alessandro si recò non a caso nell'Oasi di Siwa per avere rivelata la sua filiazione divina: infatti tale concezione del sovrano era tradizionale nella regalità faraonica. In origine il Faraone era un'incarnazione di Dio (*Râ*), che si identificava col figlio correggente, da cui l'idea teologica di due persone, che, insieme alla dea Iside, erano tre ma, pur distinte, costituivano una Trinità, che ispirò più tardi l'invenzione cristiana. Tuttavia, il faraone Sahura (2502-2489 a.e.v.) era un generale che, avendo usurpato la successione dinastica del suo predecessore, non poteva rivendicarne la divinità con la pretesa di esserne la stessa persona, e si dichiarò pertanto suo figlio naturale, cioè 'Figlio di Dio': v. S. Pernigotti, *Sabura e i suoi fratelli*, in *Archeo* 26.12, 2010 [nr. 310], 45 ss.; F. Costabile, *Caius Iulius Caesar* (nt. 20) 76 nt. 205.

trarchica. Gli epiteti di *Iovius* e di *Herculius* per i due Augusti segnano un salto di qualità rispetto alla tradizione pagana,²³ che non aveva esitato a rappresentare iconograficamente, anche in vita, l'imperatore nelle vesti di Giove o di Ercole, ma non era mai giunta ad attribuirgli né ufficiosamente e men che mai ufficialmente un'*epikleisis* teologica in senso proprio. Le dediche delle monete diocleziane a *Iuppiter conservator Aug(usti)*, o più tardi *Augg(ustorum)*, anziché, come prima, alla *Fides* o *Fidelitas exercituum*, dimostrano invece il cambiamento di concezione politica, sfociato nei *nomina* divini della teologia tetrarchica: essi non arrivarono a indicare l'identificazione fra Giove e Diocleziano, o fra Ercole e Massimiano, ma significavano inequivocabilmente la discendenza del potere imperiale dalla divinità anziché dall'esercito, dal senato e dal popolo. L'aggettivo di *sacrum* dato al *Palatium* imperiale, lo scettro, la porpora e la corona aurea riservate al *dominus* erano i simboli esteriori²⁴ di questa divina 'fonte legittimante' del potere imperiale, segno manifesto della fine dell'ideale politico comune alla democrazia greca e alla *respublica* di Roma, che anche in ciò aveva preteso di rappresentarsi come *pólis hellenís*.²⁵

Diocleziano, che voleva evitare il risorgere dell'anarchia militare dovuta all'acclamazione come imperatore, da parte di ciascun esercito stanziato, del proprio generale, ancorò la successione tetrarchica all'idea della provenienza divina del potere, così da sottrarre la legittimazione a quegli eserciti che, dopo la concessione universale della cittadinanza con la *Constitutio Antoniniana*, pur essendo ormai integralmente di origine provinciale, potevano considerarsi i più legittimi rappresentanti del popolo romano quali difensori delle frontiere. Diocleziano s'illuse di porre fine in tal modo a quello che Tacito aveva definito

²³ Ps.-Aur. Vict. *epit.* 40.10; Aur. Vict. *Caes.* 39.18; Lact. *de mort. pers.* 8 e 52.3. Cfr. J.H.W.G. Liebeschuetz, *Continuity and Change in Roman Religion*, Oxford 1979, 235-252 e in particolare 240-243; Th.D. Barnes, *Constantine and Eusebius*, Harvard 1981, 11; S. Williams, *Diocletian and the Roman Recovery*, New York 1997, 58 s.; Ch. Scarre, *Chronicle of the Roman Emperors*, New York 1999, 197 s.; Ch.M. Odahl, *Constantine and the Christian Empire*, New York 2004, 43 s.; E. Lo Cascio, *The new State of Diocletian and Constantine: from the Tetrarchy to the reunification of the Empire*, in *The Cambridge Ancient History*, VI, Cambridge 2005, 170-183; A. Bowman, *Diocletian and the First Tetrarchy*, in *The Cambridge Ancient History*, XII. *The Crisis of Empire*, New York 2005, 70 s.; S. Corcoran, *Before Constantine*, in N. Lenski (a cura di), *The Cambridge Companion to the Age of Constantine*, New York 2006, 35-58 e in particolare 40; V. Marotta, *Gli dèi governano il mondo. La trasmissione del potere in età tetrarchica*, in *Polis. Studi interdisciplinari sul mondo antico* 3, 2010, 170-188.

²⁴ Cfr. D. Castrizio, «*Posuisti in capite eius coronam de lapide pretioso*». *Le vesti imperiali nei tipi monetali romani*, in L. De Salvo et al. (a cura di), *Fra Costantino e i Vandali. Atti del Convegno Internazionale di Studi per Enzo Aiello (1957-2013)*, Bari 2016, 341-350.

²⁵ Dion. Hal. 1.6-7 e 89; Strab. 5.3.3; cfr. E. Bianco, *Reciprocità e concordia nell'Orazione XXIII di Elio Aristide*, in *Aevum* 83.1, 2009, 89-100.

l'*arcanum imperii*, cioè che l'imperatore potesse essere creato fuori di Roma, non dal senato e dal popolo né dai militari romani di stanza nell'Urbe, ma dall'esercito già allora in buona parte provincializzato.²⁶

Il concetto di *χάρισμα* quale fondamento del potere, formulato da Augusto nei termini un po' ambigui dell'*auctoritas* ma comunque dentro una cornice politico-ideologica compatibile con le concezioni repubblicane,²⁷ s'involgarisce in ambiente provinciale a rappresentazione miracolistica, non a caso in età flavia emulata da Marco e da Matteo per la figura di Cristo, fino a dar luogo a una vera e propria concezione teologica e a prevalere così, nell'“immaginario collettivo”, sul conferimento, da parte del popolo e del senato, della *tribunicia potestas* e dell'*imperium al princeps*, a quel punto divenuto ormai *dominus*.²⁸

L'evocazione delle divinità pagane protettrici dello Stato intendeva, nel programma diocleziano di restaurazione e conservazione della potenza e della prosperità dell'ecumene romana, restaurare la saldezza religiosa e morale dell'impero.

²⁶ Tac. *hist.* 1.4: *Finis Neronis ut laetus primo gaudentium impetu fuerat, ita varios motus animorum non modo in Urbe apud patres aut populum aut urbanum militem, sed omnis legiones ducesque conciverat, evulgato imperii arcano posse principem alibi quam Romae fieri.*

²⁷ Costabile, *Caius Iulius Caesar* (nt. 20) in part. 95-158; Id., *Il perfido imperium e l'ambigua potestas di Augusto*, in A. Palma (a cura di), *Studi in onore di Francesco Guizzi*, Napoli 2014, 228-235.

²⁸ L'*auctoritas* del *princeps* è il punto di sutura fra la concezione romano-italica di 'sovrانيتà' e quella ellenistico-orientale di divinità del potere. L'*auctoritas* che nella 'dinastia' giulio-claudia si tramandava da principe a principe per la comune ascendenza dal *Divus Iulius* e dal *Divus Augustus* si estinse con il suicidio di Nerone. Il nuovo imperatore d'origine equestre, Vespasiano, dovette dunque guadagnarsela. Egli non aveva ereditato dalla famiglia di Augusto il *charisma*, la grazia divina, ch'era stata fino ad allora requisito per il potere imperiale. Mancavano *auctoritas* e *maiestas* al nuovo e inatteso padrone di Roma: *auctoritas et quasi maiestas quaedam scilicet inopinato et adhuc novo principi deerat*, come narra Svetonio (*Vespas.* 7.2). “Subito dopo queste parole lo storico informa che Vespasiano sanò anche questo *deficit*, ma la testimonianza prende una direzione inaspettata. Il *princeps* avrebbe conseguito *auctoritas* guarendo, ad Alessandria, di fronte alla folla, un uomo che era *luminibus orbat* e uno claudicante. L'episodio è confermato da Tac. *hist.* 4.81 e da Cass. Dio 66.8.1, i quali parlano di un cieco e di un invalido alla mano. Se dovessimo credere all'attestazione svetoniana, dovremmo dire che essa rappresenta il *de profundis* per l'*auctoritas* intesa in senso forte: questo carisma dozzinale conquistato su una piazza, questo rito taumaturgico, non ha niente a che vedere con l'*auctoritas omnibus praestare* augusteo. Più che di una perdita dell'*auctoritas* in capo al principe, si deve propriamente parlare di un totale oblio del valore istituzionale di *auctoritas*”: così Lanza, “*Sovranità, poteri e lex de imperio* (nt. 21) 177. Diciamo pure che della dimensione politico-costituzionale e mistico-sacrale dell'*auctoritas* augustea rimane nella percezione delle folle solo quest'ultima e per di più involgarita in una dimensione di credulità popolare, che in quello stesso torno di tempo darà origine alla tradizione evangelica. Il Lanza osserva (a nota 32) che la miracolosa guarigione dello storpio e del cieco da parte di Vespasiano, “è quasi inutile rilevarlo, evoca costumi medievalesi”. In verità, la guarigione dei due evoca i miracoli che, proprio per emulazione di Vespasiano, saranno di lì a poco attribuiti da Marco 10.33 e Matteo 9.21-22 a Cristo.

Costantino, primo imperatore ‘cristiano’,²⁹ si ritrovò dunque una tradizione recentissima paradossalmente introdotta dall’ultimo imperatore pagano e persecutore dei cristiani e se ne appropriò senza impegnarsi, soprattutto all’inizio, nell’identificazione di quella divinità, da cui faceva discendere il suo potere, in modo da conquistare consenso alla sua pretesa sia dai pagani sia dai cristiani, ma non fu lui a ‘creare’ quella concezione, limitandosi a tradurre quella teologia politica in chiave cristiana come inviato di Cristo e in chiave pagana come emanazione del *Sol Invictus*: egli fece evocare sincretisticamente, nella dedica dell’arco a lui eretto dal senato a Roma dopo Ponte Milvio, l’*instinctus divinitatis*, che lo faceva insieme *pontifex maximus* del paganesimo ed ἐπίσκοπος τῶν ἔκτος dell’*ecclesia Christiana*. Ben prima che l’eteronomia della *Civitas Dei*, fondata sulla *Lex Dei*, si contrapponesse all’autonomia³⁰ della *Civitas* terrena, fondata sulla *Lex populi* o *Lex Romana*, la concezione teologica costantiniana del potere, formulata in un sincretismo che avrebbe dovuto abbracciare paganesimo e cristianesimo, segna la fine della concezione della *polis* democratica e della *civitas* repubblicana, preservata anche durante il principato nella ‘teoria politica’ e nella ‘autorappresentazione psicologica’ della *res publica restituta*.³¹

Si può ben capire come agli occhi della storiografia l’immagine di Costantino abbia posto in ombra l’iniziativa teocratica di Diocleziano, che nella sua ormai effimera declinazione pagana durò solo un decennio. È, infatti, con Costantino³² che al principio teocratico pagano si affianca quello cristiano, che dall’Editto di Tessalonica nel 380 caratterizzerà il potere e il pensiero politico del medioevo fino alla riscoperta umanistica e moderna dei valori pagani della *civitas*.³³ “Il sincretismo ugualitario dell’editto di Milano svaniva nella nebbia di un passato che era un decennio, e sembrava già un secolo ... Innanzi alla storia [Costantino] rimane il fondatore della religione di Stato, del cesaropapismo e

²⁹ Vedi V. Aiello, *Costantino ‘eretico’. Difesa della ‘ortodossia’ e anticostantinianesimo in età teodosiana*, in *AARC*, X, Napoli 1995, 55-83. Sulle ‘rappresentazioni’ storiografiche di Costantino v. ora A. Marcone, *Costantino nella storiografia italiana tra le due guerre mondiali*, in De Salvo et al. (a cura di), *Fra Costantino e i Vandali* (nt. 24) 297-205; A. Barbero, *Costantino il Vincitore*, Salerno / Roma 2016.

³⁰ M. Ostwald, *Autonomia: its Genesis and Early History*, Chico (Canada) 1982.

³¹ V. nt. 20.

³² Vedi G. Bonamente et al., *Costantino il Grande tra Medioevo ed Età Moderna*, Bologna 2008; G. Bonamente, *Dall’imperatore divinizzato all’imperatore santo*, in P. Brown / R. Lizzi Testa (a cura di), *Pagans and Christians in the Roman Empire: the Breaking Dialogue (IVth – VIth Century A.D.)*, Münster 2012, 339-370; per l’immane bibliografia sull’imperatore rinvio a G. Sena Chiesa (a cura di), *L’Editto di Milano e il tempo della tolleranza. Costantino 313 d.C.*, Milano 2012, 282-297.

³³ Cfr. Costabile, *Alle «radici» pagane dell’Europa* (nt. 9) 455-494.

dell'impero bizantino, di quell'impero bizantino che si chiamò romeo, ma non per questo va confuso con l'antica Roma."³⁴

Ernesto Buonaiuti scriveva che “nella storia del cristianesimo Costantino ha segnato una data fatale perché ammettendo la legalità del Vangelo che in tutto il suo contenuto sociale è separazione di valori politici dai valori religiosi, ha iniziato un ciclo di civiltà in completa difformità dalla mentalità del Cristianesimo antico.”³⁵ L'asserto, pur essendo stato molto citato, è in verità condivisibile solo alla condizione di non attribuire a Costantino la consapevolezza di una distinzione fra religione e Stato, che si affermò in conseguenza della sua legittimazione del cristianesimo, ma che fu a lui, romano di mentalità sincretistica pagana, completamente estranea.

5. La riforma monetaria costantiniana e la rinuncia a salvare nel 'ceto medio' l'asse portante del principato

Se Costantino segna di per sé, e non per gli esiti delle sue decisioni nei secoli venturi, una cesura con l'età precedente, non è dunque né per la pretesa conversione dell'impero al cristianesimo, dovuta a una mistificazione di Eusebio da Cesarea, né, tantomeno, per essere stato il primo a porre il fondamento teologico del potere imperiale, ma per un'iniziativa epocale generalmente sottovalutata dai giuristi, con l'eccezione di Mario Amelotti, cioè il fatto che Costantino “abbandona il *denarius*, ancorando saldamente l'economia all'oro, che è nelle mani delle classi superiori”, ponendo fine così a quel“la difesa disperata del *denarius*, che è la moneta [d'argento] della piccola gente, contro l'inflazione”,³⁶ difesa ancorata da Diocleziano alle fondamenta del suo programma di restaurazione dell'impero romano pagano.

Nell'avverbio 'saldamente' sembra prevalere in Amelotti la visione dell'economista, o meglio dell'esperto di finanze e di politica monetaria, piuttosto che

³⁴ L. Salvatorelli, *Costantino il Grande*, Roma 1928, 69, 86. Sul punto v. A. Saitta, *Luigi Salvatorelli*, in Id., *Momenti e figure della civiltà europea. Saggi storici e storiografici*, V, Roma 1997, 187-256 [già in CS, 14, 1977, 91-148].

³⁵ E. Buonaiuti, *Storia del cristianesimo*, I, Milano 1942, 324. V. anche Brown / Lizzi Testa (a cura di), *Pagans and Christians* (nt. 155) 79-81 (in particolare nt. 32). Su Buonaiuti v. F. Parente, *Esperienza religiosa e ricerca storica nell'autobiografia di Ernesto Buonaiuti*, in RSI 77, 1965, 897-930; e soprattutto Id., *Ernesto Buonaiuti e gli altri storici del cristianesimo e della Chiesa antica*, in *Ernesto Buonaiuti storico del cristianesimo. A trent'anni dalla morte*, Roma 1978, 159-188.

³⁶ M. Amelotti, *Caratteri e fattori di sviluppo del diritto romano nel IV secolo*, in U. Criscuolo (a cura di), *Da Costantino a Teodosio il Grande. Cultura, società diritto. Atti Convegno Internazionale*, Napoli 2003, 7-15, anche in Id., *Altri scritti giuridici*, a cura di M. Pavese, Genova 2014, 222.

del sociologo. Ma la scelta del *solidus aureus*, così incidente e duratura da generare la stessa parola moderna ‘soldo’, ha anzitutto importanza sociale: Costantino, constatato il radicale cambiamento della società romana, la scomparsa dell’*ordo equester*, rinuncia a contrastarlo, segnando così la fine della ‘filosofia di governo’ in sostegno ai ceti medi e del principato come regime politico fondato sul consenso della *plebs* e degli *equites* contro lo strapotere del senato. Che il principe fosse considerato dal popolo “un morso (ἔπιστόμισμα) per la bocca vorace di ricchezze [dei senatori], e già da sé un rifugio (καταφυγή) [per la plebe e i cavalieri]” è notizia di età claudia per noi di capitale importanza,³⁷ testimonianza di una voce e di un’esigenza sociale assolutamente maggioritaria nell’impero romano, della quale la storiografia senatoria, espressione di una *nobilitas* numericamente insignificante ma politicamente prevalente, ha cancellato quasi completamente l’eco. La notizia è, infatti, confluita solo in Giuseppe Flavio³⁸ da una fonte antisenatoria e filopretoriana, forse Curzio Rufo o Fabio Rustico.³⁹

La politica, non solo monetaria, di principi come Nerone, Traiano, gli Antonini e i Severi, e ancora di Pertinace,⁴⁰ dimostra continuità, pur mutando le situazioni, nel programma socio-politico e finanziario di tutela del ‘ceto medio’, con l’intento di evitarne, ancora fino alla Tetrarchia, la scomparsa per l’allargamento della ‘forbice sociale’ fra *potentiores* e *humiliores*. Fu, infatti, proprio Caracalla a coniare per la prima volta quegli *Antoniniani*, che avevano il valore di due denari avendone il peso di uno e mezzo, e che furono aboliti da Diocleziano con la riforma monetaria del 294.

6. Coscienza del mutamento nel ‘Tardoantico’?

Ultimo problema storico da affrontare è se nel IV secolo si sia avuta coscienza non dico di quello che la dottrina moderna chiama Tardoantico, ma comunque di un cambiamento epocale. L’era costantiniana si riassume nel sostantivo *saeculum*, ma tale concetto di ‘avvento’ del principe non è ovviamente una creazione di Costantino e risale ai suoi predecessori. Se Traiano aveva declinato la concezione del suo *saeculum* e dei suoi *tempora*⁴¹ in termini assolutamente

³⁷ Sfuggita alla letteratura storico-giuridica, su tale notizia ha ora richiamato l’attenzione con approfondito commento R. Laurendi, *Profili costituzionali e orientamenti politici del principato di Claudio*, Reggio Calabria 2012, 29 ss.

³⁸ Flav. Ios. *ant. Iud.* 19.227: sul punto cfr. Laurendi, *Profili costituzionali* (nt. 37).

³⁹ Laurendi, *Profili costituzionali* (nt. 37) 11 nt. 6 e 30 nt. 48.

⁴⁰ Sulla ‘politica sociale’ di Pertinace v. R. Laurendi, *Institutum Traiani*, Roma 2018, 137-139.

⁴¹ Rinvio a Laurendi, *Institutum Traiani* (nt. 40) 99 s. con fonti e bibliografia.

‘laici’, mi sia consentito l’anacronismo, cioè di *restitutio libertatis* dopo Domiziano nel solco della tradizione augustea, per lo stesso Augusto il *saeculum aureum* da lui inaugurato si tingeva già, per iniziativa dei suoi poeti del consenso e del *sacerdos Divi Iulii* Paolo Fabio Massimo proconsole d’Asia, di accenti providenziali e religiosi, annunciati anche dai suoi Vangeli del 9 a.C., il che si spiega per la coesistenza nell’impero da un lato della concezione alessandrino-orientale del potere divino e dell’Avvento mistico del principe Salvatore del mondo, dall’altro della concezione schiettamente romana del *leges et iura populi Romani restituere*.⁴² Costatiamo dunque ancora una volta come la mistica orientale esistesse già nel I sec. a.C., precorrendo il misticismo pagano tardoantico, non meno di quanto il misticismo paolino precorra quello cristiano del IV secolo.

“Salvatorelli vede nell’editto [di Milano del 313] il passaggio dallo stato-religione dell’età pagana alla ‘religione di stato’ dell’età cattolica”,⁴³ ma avrei i miei dubbi che Simmaco e Ambrogio ne avessero la stessa percezione. Il pensiero di Agostino riassunto nello stesso titolo di *Civitas Dei* farebbe sospettare una netta distinzione fra quella celeste e la *Civitas* terrena, ma in realtà la contrapposizione concettuale è con la *Civitas Diaboli* pagana (*Civ. Dei* 2.20), mentre la *Civitas Christiana* è l’attuazione in terra di quella celeste e nega il valore della *libertas*, che non sarebbe altro che una libertà di deviare dalla retta via di Cristo (*Ego sum Via*):⁴⁴ non è dunque facile riconoscerci la persistenza di quell’idea di separatezza fra ‘Stato’ e religione, che i cristiani come Tertulliano avevano invocato quand’erano perseguitati.

Non meno convenzionale è l’idea che il Tardoantico sia un’‘età di transizione’, come si suol dire. Ogni età è evidentemente di transizione, anche se può e

⁴² Rinvio al mio *Caius Iulius Caesar* (nt. 20) 159-210 in particolare (mistica e teologia del *princeps* nel nuovo *status reipublicae* augusteo).

⁴³ Così A. Marcone, *Costantino nella storiografia* (nt. 24) 209. Sulle divinità poliadi si vedano: J. Scheid, *La religione a Roma*, Bari 2004; A. Scali, *Gli dei e la città. Immagini del divino a Roma*, in *Quaderni del Ramo d’Oro* 9, 2017, 145-173.

⁴⁴ Aug. *de lib. arb.* 1.15.31: chi obbedisce ai Comandamenti di Dio, non ha bisogno delle leggi fatte dagli uomini; Ambr. *ep.* 10.13: si deve reverenza prima alla Chiesa, poi alle leggi dello Stato. Nelle *Retractationes* (1.12.6) Agostino corregge un pensiero che aveva espresso nel *De vera religione* (16.31), avvedendosi che gli episodi evangelici della cacciata dei mercanti dal Tempio e l’esorcizzazione dei demoni dimostravano quanto fosse errato considerare il messaggio e l’azione di Cristo alieni dalla violenza: dunque la coercizione religiosa trovava la sua giustificazione nel verbo e nell’esempio stesso di Cristo. Agostino ritratta anche quanto, sull’orma di Simmaco, aveva dapprima scritto nei *Soliloquia* (1.13.23), *sed non ad eam (sapientiam) una via pervenitur*, e scrive verso la fine della sua vita in *Retractationes* 1.43 che si sbagliava e che Cristo ha detto che è in lui la sola via. Cfr. L. Storoni Mazzolani, *Sant’Agostino e i pagani*, Palermo 1988, 17-73; anche G. Barone Adesi, *L’età della “Lex Dei”*, Napoli 1992.

deve anzi accettarsi che alcuni eventi possano segnare una soluzione di continuità: sono certamente tali, nel lungo periodo, il cristianesimo e le invasioni barbariche, o migrazioni di popoli, come sono chiamate con ingiustificato complesso di colpa dalla storiografia nord-europea per una sua inconscia, e astorica, identificazione etnica con i nomadi che devastarono l'impero romano.

Tuttavia, come si è argomentato, la *forma mentis* cristiana nasce ovviamente nel I secolo e l'unica percezione che deve riconoscersi gli antichi abbiano avuto di un cambiamento epocale è quella insita nel *terror finis Romae*, come catastrofe paventata ma non riconosciuta nemmeno nel sacco del 410 e men che mai nella deposizione di Romolo Augustolo nel 476, e, da parte pagana, l'angoscia dell'intolleranza cristiana dopo l'Editto di Tessalonica. Nella percezione che di tali cambiamenti ebbero i contemporanei, però, non mi sembra possa in alcun modo riconoscersi la nostra ben più complessa e sfuggente rappresentazione del Tardoantico, nonostante il razionale tentativo della dottrina⁴⁵ di identificarne le cause e segnarne i limiti temporali fra l'affermazione del cristianesimo sul paganesimo e l'avvento dell'Islam.

In conclusione, il campo del diritto è forse il solo dove la 'fine della giurisprudenza' possa oggettivamente – e anche soggettivamente nella percezione dei contemporanei e dei posteri dei tre secoli successivi a Modestino fino a Giustiniano – avere segnato una cesura, ma certo percepita solo dagli intellettuali e dai ceti dirigenti, una cesura del resto che non appariva traumatica sullo stesso piano delle invasioni germaniche o dell'affermarsi del cristianesimo.

Potremo dunque parlare di Tardoantico, come del resto di 'età classica' o di 'epoca arcaica', solo con la consapevolezza critica che si tratta di una nostra convenzionale periodizzazione e di una nostra esigenza di rappresentazione del mutamento storico.

⁴⁵ S. Guarracino, *Le età della Storia. I concetti di Antico, Medievale, Moderno e Contemporaneo*, Milano 2001, 138-147.

Norma Xóchitl Di Censo García

(Tecnológico de Monterrey – Campus Guadalajara, México)

INNOVACIÓN EDUCATIVA
UTILIZANDO EL MÉTODO DE CASOS
APLICADO A LA ENSEÑANZA DE LAS INSTITUCIONES
DE DERECHO PRIVADO ROMANO EN MÉXICO*

1. Introducción

Para conocer el pensamiento jurídico romano es fundamental analizar al derecho de la colectividad política-social que dio origen a la antigua Roma a partir del 753 a.C. hasta la muerte del emperador Justiniano en el 565 d.C.

Con el emperador Justiniano aconteció un evento histórico extraordinario que dejó huella en la historia jurídica de la humanidad, nos referimos a una de las divisiones del *Corpus Iuris Civilis*, al Digesto, en el que se depositó la gran práctica de los expertos del derecho (*iuris prudentes*), los que tuvieron una actividad consultiva (jurisprudencial) y literaria en el período de oro (siglos II y III a.C.) destacando, entre ellos, Papiniano, considerado durante mucho tiempo el más importante entre los juristas romanos por sus amplias obras de casuística.

En el periodo antes descrito tuvo lugar la parte de mayor relevancia de la compilación justiniana realizada entre el 528 al 534 d.C. y con la muerte de Justiniano se dio fin al derecho romano en sentido estricto; con base en dicha obra surgió lo que algunos llaman la segunda vida del derecho romano, dando lugar al derecho bizantino en la parte Oriental del mediterráneo y mucho después al derecho común por lo que se refiere al Occidente.

La experiencia jurídica comenzó en Roma a través de soluciones a los casos

* Al Prof. Matteo Marrone dedico con tanto affetto queste parole ringraziandoLo per il Suo consiglio di proseguire gli studi romanistici e di non fare scomparire questa bella disciplina scientifica dalle Facoltà di Giurisprudenza in Messico.

concretos que inspiraron a los jurisconsultos de gran nivel, entre ellos Ulpiano, Papiniano, Gayo y Pomponio que elaboraron conceptos jurídicos como los de matrimonio, herencia, obligación, dominio, usufructo, compraventa, etc. dando lugar a la creación de instituciones que, a su vez, dieron origen a principios y reglas que se convertirían en un sistema como lo fue el derecho privado romano, el único elaborado de forma científica e innovadora en la época clásica romana.¹

El derecho romano sobrevivió hasta nuestro días, constituye la base de los códigos civiles de países en Europa y América Latina. En México, fue a través de España (Ley de las VII Partidas) y Francia (Código Napoleónico) que participamos del tal herencia, la que se plasma en el código civil mexicano.

El derecho mexicano pertenece al sistema jurídico de tradición romanista llamado *Civil Law*, en contraste con países sajones en los que se aplica el *Common Law*.

2. Objetivo del curso de derecho romano (instituciones de derecho privado romano) en el Tecnológico de Monterrey campus Guadalajara, México

El objetivo del curso de derecho romano (instituciones de derecho privado romano) en el Tecnológico de Monterrey campus Guadalajara, es analizar el método de investigación jurídica de los jurisconsultos romanos, lo que puede constituir un modelo válido de principios, instituciones y conceptos jurídicos (matrimonio, divorcio, propiedad y posesión, entre otros.) tomando en consideración el contexto social y cultural en el que surgieron y se desarrollaron, las exigencias que se buscaron satisfacer y los intereses que se quisieron tutelar, es decir, lo que se busca es introducir el método del caso en el análisis de las instituciones del derecho privado romano, se pretende que el alumno se involucre en su aprendizaje a través de su curiosidad intelectual para conseguir un aprendizaje permanente.

La innovación educativa “implica la implementación de un cambio significativo en el proceso de enseñanza-aprendizaje, para ello se debe incorporar un cambio en los materiales, métodos, contenidos o en los contextos implicados en la enseñanza.”²

Esta materia brinda a los estudiantes de nivel profesional, no sólo la oportu-

¹ M. Marrone, *Istituzioni di Diritto Romano*³, Palermo 2006, 44, 46 y 48.

² A. Murillo, *¿Qué es innovación educativa?*, en *Observatorio del Tecnológico de Monterrey*, 2017, 1 s.

nidad de enriquecer su cultura general sino también desarrollar su pensamiento crítico y analítico para la resolución de casos concretos como lo hicieron los jurisconsultos romanos; en palabras de Ennis, citado por Bezanilla-Albisua³ y otros:

“el alumno puede decidir, creer o hacer algo de forma reflexiva y razonable. Las actividades que se desarrollan en este curso implican análisis, buscar la verdad a través de criterios y evidencias, así como llegar a un juicio de valores. Este proceso se evidencia en situaciones problemáticas en las que hay que adoptar una posición y llevar a cabo una actuación; es decir, tomar decisiones.”

Es a través del método de casos que define Fuerte:⁴

“es una técnica didáctica en la que los alumnos construyen su aprendizaje a partir del análisis y discusión de experiencias y situaciones de la vida real. Se les involucra en un proceso de análisis de situaciones problemáticas para el cual deben formular una propuesta de solución fundamentada.”

Este método lo he aplicado desde hace tres años para fomentar el desarrollo analítico en los alumnos en la materia de derecho romano (instituciones de derecho privado romano) que he impartido durante quince años en la licenciatura de derecho.

El Método del Caso se ha aplicado desde 1870. Comenzando con el profesor Christopher Langdell, de la Facultad de Derecho en la Universidad de Harvard, quien realizó el primer libro de casos y lo utilizó en sus clases de leyes. Posteriormente, el Método del Caso se aplicó en diferentes ámbitos de educación. Es una herramienta importante porque el alumno desarrolla diferentes competencias.⁵

3. ¿Por qué es útil el método de casos en la enseñanza de las Instituciones de Derecho Privado Romano?

El método de casos permite que el estudiante, con base en elementos entregados, resuelva y extraiga el derecho aplicable, es decir, que encuentre la norma o la institución jurídica para la resolución de la situación planteada.

Relevante en el aula porque el alumno y el docente, utilizando este “método

³ M. Benzanilla-Albisua, *El Pensamiento Crítico desde la Perspectiva de los Docentes Universitarios*, en *Estudios pedagógicos* 44.1, 2018, 89-113.

⁴ K. Fuerte, *Glosario de Innovación educativa*, en *Observatorio de Innovación Educativa*, 2017.1.

⁵ ALAC, *Historia de ALAC*, en *CIC*, 2020, 10.

de enseñanza-aprendizaje se enriquecen mutuamente, la participación del alumno crece, sus opiniones se sustentan, le ayuda a razonar sus respuestas, interactúa con sus compañeros, el estudiante se enfrenta a ciertos retos, como son: la falta de hábito al estudio, la lectura y la investigación.”⁶

Promueve en los estudiantes el desarrollo de la autoestima, muestran gran interés cuando se involucran en su proceso de enseñanza-aprendizaje de las instituciones privadas del derecho romano ya que ellos investigan, con la orientación de su profesor, para deducir las posibles soluciones a los casos que los jurisconsultos romanos les dieron.

El método al implementar esta técnica didáctica es:

1o. Investigación

Se realizará en el análisis de un caso, por tanto, los alumnos de nivel profesional desarrollarán la habilidad del pensamiento crítico, creativo y analítico, la toma de decisiones a través del acceso y uso eficiente de la información para identificar y seleccionar recursos de alta calidad para sustentar su opinión y así empezar a adquirir criterio jurídico.

2do. Análisis y discusión

El análisis y discusión de casos les brinda a los estudiantes de profesional de primer ingreso iniciar en el proceso del desarrollo de habilidades: observación y comprensión de textos jurídicos para alcanzar un análisis crítico y analítico así como brindar soluciones a los problemas que se les presentan.

3ro. Dinámica de grupo

Interactúan con sus pares, escuchan, respetan y analizan ideas contrarias a las suyas y toman decisiones.

4. Problemáticas que se presentan durante el curso: ejemplos

El primer caso “Julio y Emilia un caso de repudio en la época clásica”⁷ se refiere a una situación de tipo económico y familiar que se suscita como consecuencia del divorcio. Debemos considerar que lo que analizamos son las bases del derecho civil mexicano pero con acontecimientos de la época de los romanos.

El problema jurídico se centra en cómo Emilia puede recuperar el bien dotal

⁶ J. Valdivia, *Uso del Método de Casos en Materias de Derecho*, en ITESM, 2010,1.

⁷ N. Di Censo, *Julio y Emilia un caso de repudio en la época clásica*, en *Centro Internacional de Casos*, 2019, 1-3.

y qué ocurre con la administración de los bienes parafernales. Analizamos los conceptos de matrimonio, dote, bienes parafernales, repudio, divorcio, patria potestad, parentesco, esclavitud y propiedad de las esclavas de Emilia; todo lo dicho de acuerdo a la época clásica del derecho romano con la correspondiente protección jurídica.

En el segundo caso “La finca de Terencio ¿propiedad o posesión?”⁸, se pretende que el alumno comience a establecer una distinción entre propiedad, posesión y usucapión ya que en la actualidad la redacción del código civil mexicano es confuso.

En el caso de “La Finca de Terencio ¿propiedad o posesión?”, el dilema se presenta para Terencio que por un largo periodo de tiempo se ausentó de una finca de su propiedad ubicada en Ostia, a su regreso encuentra que la finca ya estaba habitada, por lo que Terencio quiere recuperarla. Analizamos: propiedad, posesión, usucapión con su respectiva tutela procesal.

Resultados obtenidos durante la aplicación:

1. El alumno muestra curiosidad intelectual.
2. Se eleva su autoestima al participar dando sus opiniones.
3. Se fomenta o incrementa el pensamiento creativo y analítico.
4. El alumno tiene rol activo en el proceso de aprendizaje.
5. Se logra un aprendizaje significativo y permanente.

5. Conclusiones

Al estudiante de la Licenciatura de Derecho, se le debe considerar “un participante activo y emplear metodologías activas de enseñanza para preparar alumnos autónomos, creativos, con capacidad crítica, capaces de resolver problemas, de autorregularse y, sobre todo, de aprender a aprender”⁹ lo anterior refleja, la finalidad en la impartición de la materia de derecho romano.

El profesor debe propiciar en el alumno el razonamiento reflexivo y es a través de la técnica didáctica del método de casos que le permite al estudiante analizar, interpretar y decidir, por tanto, estimula el pensar para construir su conocimiento y así lograr sea duradero y significativo.

⁸ N. Di Censo, *La finca de Terencio ¿propiedad o posesión?*, en *Centro Internacional de Casos*, 2017, 1 s.

⁹ J. Kohler, *Importancia de las estrategias de enseñanza y el plan curricular*, en *Revista de Psicología*, 2005, 10 s.

Thomas Finkenauer
(Eberhard-Karls-Universität Tübingen)

RICCOBONO UND DIE STIPULATION

1. Einleitung¹

1.1. Werke zur Stipulation

Einen zentralen Platz nimmt im Werk Riccobonos die Stipulation ein, eine der originellsten Schöpfungen der römischen Jurisprudenz.² Zu Recht meint G. Baviera in seiner Würdigung anlässlich des Erscheinens der Riccobono gewidmeten Festschrift 1936, dass Riccobonos Beiträge auf diesem Gebiet in jeder Hinsicht bemerkenswert sind.³

Innerhalb von 25 Jahren widmet Riccobono sich gleich mehrfach der Stipulation. Ihr gilt sein Hauptaugenmerk in dem grundlegenden Aufsatz über „*Stipulatio ed instrumentum nel Diritto giustiniano*“, der 1914 und 1922 in der Savigny-Zeitschrift erscheint,⁴ in einer kurzen Abhandlung über die Form der Stipulation von 1921,⁵ in den beiden 1934-1935 erscheinenden Vorlesungsmitschriften, deren eine den „*Stipulationes, contractus, pacta*“⁶ – nach Biondi

¹ Ich danke Herrn ref. iur. Andreas Herrmann, Tübingen, für wertvolle Vorarbeiten.

² S. Riccobono, *Applicazioni della Stipulatio. Lezioni raccolte a cura degli Assistenti Dott. G. Accardi, G. La Fortuna, R. Orestano e redatte da Domenico Macedonio. Anno accademico 1934-1935*, Roma (o. J.) [künftig *Corso II*], 5; ähnlich ders., *Stipulatio ed instrumentum nel Diritto giustiniano II*, in *ZRG RA* 43, 1922, 262 in Fn. 1.

³ G. Baviera, *Salvatore Riccobono e l'opera sua*, in *Studi in onore di Salvatore Riccobono nel XL anno del suo insegnamento*, I, Palermo 1936, LVI.

⁴ S. Riccobono, *Stipulatio ed instrumentum nel Diritto giustiniano I*, in *ZRG RA* 35, 1914, 214-306 sowie dens., *Stipulatio ed instrumentum II* (Fn. 2) 262-397.

⁵ S. Riccobono, *La forma della stipulatio. A proposito del fr. 35 § 2 D. 45, 1*, in *BIDR* 31, 1921, 29-39.

⁶ S. Riccobono, *Corso di diritto romano. Stipulationes, contractus, pacta. Anno accademico 1934-35*, Milano 1935 [künftig *Corso I*].

ein „studio fondamentale“⁷ – und deren andere den „Applicazioni della Stipulatio“⁸ gewidmet ist, in einem Artikel über die Irrtumslehre von 1935⁹ sowie schließlich in dem Handbuchartikel über „Stipulatio“, 1940 im *Nuovo Digesto Italiano* erschienen.¹⁰ Die „Degeneration“ der Stipulation erörtert Riccobono zudem zusammenfassend in seinen Aufsätzen „Punti di vista critici e ricostruttivi“ von 1929¹¹ und „La prassi nel periodo postclassico“ von 1933.¹²

1.2. Das Stipulationsbuch – Wylies und Beinarts Übersetzung

Sicher das Hauptwerk Riccobonos zur Stipulation ist der genannte zweiteilige Aufsatz über das Verhältnis von Stipulation und Urkunde von 1914 und 1922. Er fügt sich in eine ganze Reihe wichtiger Untersuchungen, die in kurzer Folge erscheinen und einzelne Rechtsinstitute behandeln. Die beiden Abhandlungen sowie der kürzere Aufsatz über die Form der Stipulation¹³ wurden von Wylie und Beinart ins Englische übertragen und als Buch 1957, kurz vor dem Tod Riccobonos im Jahre 1958, herausgegeben.¹⁴ Bereits seit 1923 hatte Wylie die beiden Artikel übersetzt, um englischsprachige Studenten (!)¹⁵ einzuführen in die „methods pursued in elucidating the law of stipulation by one of the great masters of our science“.¹⁶ Die von ihm stammende Übersetzung, versehen

⁷ B. Biondi, *Contratto e stipulatio*, Milano 1953, 121.

⁸ Vgl. Fn. 2.

⁹ S. Riccobono, *Note sulla dottrina dell'errore*, in *BIDR* 43, 1935, 1-18.

¹⁰ S. Riccobono, s.v. *Stipulatio*, in *NDI* 12.1, Torino 1940, 901-904, mit aktualisierter Bibliographie und einem Anhang von S. Riccobono jr. postum erneut in *NNDI* 18, Torino 1971, 445-449 veröffentlicht. Zitiert wird der Artikel im *NNDI*.

¹¹ S. Riccobono, *Punti di vista critici e ricostruttivi. A proposito della Dissertazione di L. Mitteis 'Storia del diritto antico e studio del diritto Romano'*, in *AUPA* 12, 1929, 500-637.

¹² In *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano (Bologna e Roma 17-27 aprile 1933)*, I, Pavia 1934, 338-345.

¹³ Vgl. oben in Fn. 5.

¹⁴ S. Riccobono, *Stipulation and the Theory of Contract*, translated by J. Kerr Wylie, revised and edited by B. Beinart, Amsterdam / Capetown 1957.

¹⁵ Zu Recht kritisch zu diesem Ziel J.C. van Oven, *Rez. zu S. Riccobono, Stipulation and the Theory of Contract*, translated by J. Kerr Wylie, revised and edited by B. Beinart, Amsterdam / Capetown 1957, in *TR* 26, 1958, 466.

¹⁶ J. Kerr Wylie, *Solidarity and Correality*, Edinburgh 1923, VII. Wylie betont dabei die Verdienste Riccobonos und drückt auch persönliche Dankbarkeit aus: „It is impossible to exaggerate the debt which research on numerous branches of Roman law owes to Professor Riccobono's efforts, and I take the present opportunity of gratefully acknowledging my personal obligations to this learned and courteous teacher.“

mit zahlreichen Erläuterungen, fand jedoch bis zu seinem Tod 1948 keinen Verleger.¹⁷ Beinart als sein Nachfolger auf dem Kapstadter Lehrstuhl streicht viele von seinen Anmerkungen und fügt der Übersetzung eigene Erläuterungen hinzu.¹⁸ Zudem arbeitet er an verschiedenen Stellen den 1935 erschienenen „Corso di diritto romano. Stipulationes, contractus, pacta“ ein, in dem Riccobono einige Korrekturen an den Aufsätzen von 1914 und 1922 vornimmt. Überdies fügt Beinart als neuen Abschnitt (Nr. 41) Riccobonos Aufsatz von 1921 über die Form mitten in den Aufsatz von 1922 ein, allerdings gleichfalls in der überarbeiteten Form, die der Aufsatz im „Corso“ von 1935 gefunden hat.¹⁹ Schließlich geht Beinart über Riccobonos eigene Änderungen hinaus und verfasst einen neuen eigenen Abschnitt zur *causa*.²⁰

Riccobono sieht in seinem Vorwort von 1954 davon ab, das „neue“ Buch um eigene Ergänzungen zu bereichern.²¹ Beinart meint in seinem Vorwort, Riccobono hänge seinen früheren Auffassungen, von weniger wichtigen Punkten abgesehen,²² nach wie vor an.²³ Riccobono selbst räumt allerdings ein, er habe nichts hinzugefügt, weil seine Aufsätze vor allem textkritisch gewesen seien; in etwas anderem Zusammenhang schreibt er sogar, er habe Gegenansichten in gewissem Umfang berücksichtigen müssen.²⁴ Es dauerte schließlich weitere drei Jahre, bis das Buch erschien.

Das von zweierlei Hand übersetzte Buch stellt also drei Aufsätze Riccobonos von 1914, 1921 und 1922 zusammen und überarbeitet sie anhand seines „Corso“ von 1935. Zu diesen Textschichten treten mit den Anmerkungen Wylies

¹⁷ So Beinart, in Riccobono, *Stipulation* (Fn. 14) IX.

¹⁸ Beinart, in Riccobono, *Stipulation* (Fn. 14) IX. Anmerkungen des Übersetzers kennzeichnet Beinart mit „Tr.“ (translator), eigene mit „Ed.“ (editor).

¹⁹ Vgl. Riccobono, *Corso* I (Fn. 6) 151 ff. Da Beinart Nr. 35 des Aufsatzes von 1922 *Stipulatio ed instrumentum* II (Fn. 2) 271 f. löscht, ist ab Nr. 41 die Zählung bei Wylie / Beinart wieder mit derjenigen des Aufsatzes von 1922 identisch.

²⁰ Beinart, in Riccobono, *Stipulation* (Fn. 14) 140-144.

²¹ Riccobono, *Stipulation* (Fn. 14) VII.

²² Dass solche in dem Buch gekennzeichnet wären, ist jedoch nicht ersichtlich.

²³ Riccobono, *Stipulation* (Fn. 14) X.

²⁴ Riccobono, *Stipulation* (Fn. 14) VII: „I have not here added anything to my original work because it consisted largely of critical studies of the *Corpus Iuris Civilis* ... As my thesis is based on interpolations introduced by Justinian in a rather imperfect and uneven manner into the old texts, I must concede some validity to the opposing doctrines which affirm that the classical principle that the nude pact did not beget an action remained under Justinian with however an increasing number of exceptions.“ Zum Verzicht auf Zusätze auch B. Biondi, *Rez. zu S. Riccobono, Stipulation and the Theory of Contract, translated by J. Kerr Wylie, revised and edited by B. Beinart*, Amsterdam / Cape-town 1957, in *Labeo* 4, 1958, 177.

und Beinarts noch „Glossen“ hinzu. Der Rezensent J.C. van Oven spricht zu Recht von drei Textmassen, dem Text und den Anmerkungen Riccobonos, den Anmerkungen Wylies und denjenigen Beinarts. So werde es dem Leser möglich, „to study the subject in its dogmatic history during nearly half an age“.²⁵ Das ist zwar richtig, wird aber dadurch verkompliziert, dass Beinart in die erste „Masse“ eingreift und nach eigener Aussage nicht alle Überarbeitungen kenntlich macht.²⁶ Dem Resultat kann sich der Leser daher kaum ohne eine gewisse „Quellenkritik“ nähern. So wird etwa im Hinblick auf D. 45.1.1.2 in der Übersetzung des Aufsatzes von 1914 auf den Aufsatz von 1921 verwiesen, ohne deutlich zu machen, dass sich dieser Verweis naturgemäß nicht im Original von 1914 finden lässt.²⁷ Ist das nur eine editorische Nachlässigkeit, sind auch inhaltliche Änderungen zu konstatieren. So hielt Riccobono 1914 eine Emendation des *contra* in D. 45.1.1.2 noch für möglich („Ulp. ‘item?’“),²⁸ während sie nach Beinart wahrscheinlich ist: „The original text of Ulpian probably had ‘item’“.²⁹ Auf diese Weise fällt der Meinungsumschwung Riccobonos, der sich im Aufsatz von 1921 niederschlägt (*multo que magis*),³⁰ deutlicher aus, als er wirklich war.

Beinarts Neuerungen aus Riccobonos „Corso“ sind nur wenig konsequent in den Haupttext integriert. Für eine vollständige Angleichung hätte es weiterer, für eine reine Wiedergabe der ursprünglichen Aufsätze keiner Änderungen bedurft. So distanziert sich Beinart selbst von Riccobonos Verständnis des Fragments D. 44.7.38, nur um sodann mitzuteilen, dass Riccobono im „Corso“ inzwischen dieselbe Auffassung vertrete wie er.³¹

Schließlich ist die von Riccobono³² und anderen³³ gelobte Übersetzung nicht überall korrekt. So schreibt Riccobono, „tra i più insigni [passi] si adduceva il

²⁵ van Oven, *Rez.* (Fn. 15) 467.

²⁶ Beinart, in *Stipulation* (Fn. 14) x: „The more important additions and alterations are indicated at the appropriate places, but not the minor ones.“ Welche Änderungen „minor“ sind, bleibt freilich im Dunkeln.

²⁷ Riccobono, *Stipulation* (Fn. 14) 30 in Fn. 16.

²⁸ Riccobono, *Stipulatio ed instrumentum* I (Fn. 4) 247 in Fn. 5.

²⁹ Riccobono, *Stipulation* (Fn. 14) 30 in Fn. 16.

³⁰ Riccobono, *Forma* (Fn. 5) 35 mit Fn. 3, wo sich Riccobono ausdrücklich im Unterschied zu seiner Untersuchung von 1914 für die Wendung *multo que magis* statt *contra* stark macht, weil nur so der Schluss *a minore ad maius* deutlich werde. Riccobono, *Stipulation* (Fn. 14) 114 hat hier allerdings statt *multo que magis* nur ein *multo magis*, offenbar weil im *Corso* I (Fn. 6) 43 *multo magis* steht.

³¹ Beinart, in *Stipulation* (Fn. 14) 149 in Fn. 16.

³² Riccobono, *Stipulation* (Fn. 14) vii: „accurate and competent translation“.

³³ Biondi, *Rez.* (Fn. 24) 177; s. auch V. Arangio-Ruiz, *Salvatore Riccobono e il "Bullettino"*, in *BIDR* 62, 1959, VIII.

fr. 38 D. 44, 7 ... in cui appunto la 'figura litterarum' è posta e svalorata in confronto alla 'oratio'".³⁴ Daraus machen Wylie / Beinart: „the 'figura litterarum' and the 'oratio' are expressly contrasted".³⁵ Ob es sich dabei um eine Fehlübersetzung oder aber eine der von Beinart nicht gekennzeichneten Änderungen handelt, lässt sich nicht feststellen. Alles in allem ist die Edition daher keineswegs so gelungen, wie gemeinhin angenommen.³⁶ Der neue Titel, der von der Theorie des Kontrakts spricht, trifft aber wahrscheinlich besser die Absichten Riccobonos, weil es ihm ja letztlich darum ging, die („degenerierte“) Stipulation als Vorläufer des modernen europäischen Vertrags zu präsentieren.³⁷

2. Methode

Riccobonos Vorliebe für die Textkritik wird gerade in seinen Studien zur Stipulation mehr als deutlich.³⁸ Wir finden in vielem bestätigt, was andere, zuletzt maßgeblich Mario Varvaro, über Riccobonos Methode geäußert haben.³⁹ In Italien ein Quellenkritiker der ersten Stunde, ist er sich doch der Exzesse bewusst, die gerade in Deutschland die Interpolationenjagd heraufbeschworen hatte. Ihnen setzt er die Überzeugung entgegen, dass der Nachweis einer Überarbeitung noch lange kein Beweis justinianischen Denkens ist. Die in seiner Zeit nur allzu übliche Dichotomie „klassisch“ vs. „unklassisch“ lehnt er zugunsten einer die Entwicklungslinien eines Rechtsinstituts betonenden Darstellungsweise ab. Textkritik sei sinnlos, wenn sie bloß philologisch vorgehe, sie müsse stets der Dogmatik untergeordnet sein. Für die Annahme einer (inhaltlichen) Interpolation bedürfe es eines sachlichen Grundes.⁴⁰ Die Unterscheidung Riccobonos in inhaltliche und bloß formale Interpolationen,⁴¹ bei letzteren

³⁴ Riccobono, *Stipulatio ed instrumentum* I (Fn. 4) 226.

³⁵ S. Riccobono, *Stipulation* (Fn. 14) 11.

³⁶ S. nur Arangio-Ruiz, *Riccobono* (Fn. 33) VIII: „magnifica“.

³⁷ So auch B. Biondi, *Rez. zu S. Riccobono, Stipulation and the Theory of Contract, translated by J. Kerr Wylie, revised and edited by B. Beinart*, Amsterdam / Capetown 1957, in *Iura* 9, 1958, 76.

³⁸ M. Talamanca, *La romanistica italiana fra Otto e Novecento*, in *Index* 23, 1995, 175.

³⁹ M. Varvaro, s.v. *Riccobono, Salvatore sr.*, in *DBGI* II, Bologna 2013, 1687; ders., *Circolazione e sviluppo di un modello metodologico. La critica testuale delle fonti giuridiche romane fra Otto Gradenwitz e Salvatore Riccobono*, in M. Avenarius u. a. (Hg.), *Gradenwitz, Riccobono und die Entwicklung der Interpolationenkritik*, Tübingen 2018, 70 ff., 81; s. bereits Baviera, *Riccobono* (Fn. 3) XXX ff. und M. Marrone, *Salvatore Riccobono*, in *Scritti giuridici*, hg. v. G. Falcone, II, Palermo 2003, 860 f.

⁴⁰ Riccobono, *Forma* (Fn. 5) 29, 38.

⁴¹ Riccobono, *Stipulatio ed instrumentum* I (Fn. 4) 251: „Lo studio delle dottrine infatti esige ora più cura nel distinguere le interpolazioni sostanziali da quelle meramente formali“.

noch einmal zwischen innovativen und nicht innovativen Überarbeitungen differenzierend, schützt ihn davor, vorschnell aus dem Nachweis eines stilistischen Fehlers oder der Benutzung eines typischerweise justinianischen Wortes auf unklassischen Inhalt zu schließen. Er warnt ausdrücklich vor dem zu seiner Zeit verbreiteten Schluss von einer bloßen Überarbeitung auf eine inhaltliche Änderung, so etwa anlässlich der Darstellung von Ulpian D. 45.1.1 pr. 2. Satz,⁴² an dem Einzelnes wie das *igitur* zu Recht verdächtigt werde, aber inhaltlich nichts anstößig sei. Eine bloß formale Interpolation kann nach Riccobono auf Formulierungen der Kompilatoren ohne Absicht einer Rechtsänderung zurückzuführen sein, auf den Einschub von fremden Textteilen, die aber von klassischer Hand stammen, oder auf die Notwendigkeit, nach Textkürzungen die übriggebliebenen Textteile zusammenzufügen. So erscheinen ihm die Kompilatoren eher als *sutores*, als „semplici levigatori dei testi dei classici“.⁴³

3. Die Entwicklung der Stipulation

Riccobono unterscheidet drei Phasen der „Degeneration“ der römischen Stipulation, ihre allmählichen Aufweichung, Vereinfachung und schließlich Transformation.⁴⁴

3.1. Die altrömische Zeit sei von der Solennität des Akts beherrscht gewesen. Offenbar hat Riccobono die Vorstellung, die Vertragspartner hätten einander gegenübergestanden und solenne, unabänderliche Formeln rezitiert.⁴⁵ Stipulator wie auch Promissor hätten beide den gesamten Stipulationstext in perfekter Wortkongruenz vorgetragen, da nur das gesprochene Wort Rechtswirkungen erzeugt habe.⁴⁶

3.2. In der Zeit des *ius gentium* seien die Formerfordernisse unter peregrinem Einfluss erheblich aufgeweicht, die Anforderungen an die Solennität durch Vereinfachungen stark abgeschwächt worden.⁴⁷ Nur das bei Gaius über-

⁴² *Si quis igitur ex his vult stipulari, per servum praesentem stipuletur, et adquiret ei ex stipulatu actionem. item si quis obligari velit, iubeat et erit quod iussu obligatus.*

⁴³ S. Riccobono, *Studi critici sui libri XVIII di Paulus ad Plautium*, in *BIDR* 6, 1893, 124 f.

⁴⁴ Vgl. Riccobono, *Prassi* (Fn. 12) 338; weniger ausführlich in Riccobono, s.v. *Stipulatio* (Fn. 10) 446 f.

⁴⁵ Riccobono, *Forma* (Fn. 5) 31; *Stipulatio ed instrumentum* II (Fn. 2) 374.

⁴⁶ Riccobono, *Prassi* (Fn. 12) 338.

⁴⁷ *Op. ult. cit.* 338.

lieferte Frage-Antwort-Schema habe eingehalten werden müssen, namentlich habe sich der Promissor nun auf die Wiederholung des Verbs (*promitto*, aber auch alle anderen Verben) beschränken dürfen. Die Entwicklung in dieser Frage will Riccobono der Institutionenstelle I. 3.19.5 entnehmen, einem „gewiss“ aus einem klassischen Werk stammenden Text: ... *si hoc solum respondeas promitto, breviter videris ... spondisse: nec enim necesse est in respondendo eadem omnia repeti, quae stipulator expresserit.*

Es habe schon republikanischer Praxis und Jurisprudenz entsprochen,⁴⁸ den Stipulationsakt auf eine zuvor aufgesetzte Urkunde (*cautio, instrumentum, scriptura*) zu beziehen und so den Urkundeninhalt mündlich zu bestätigen. Der Stipulationsakt selbst sei auf wenige Worte reduziert worden, aber durch die Bezugnahme auf den Urkundeninhalt sei dieser selbst Teil der mündlichen Stipulation geworden. Die mündliche Stipulation sei so eine Bestätigung der Urkunde, ihr „battesimo giuridico“ geworden⁴⁹ Riccobono stützt sich dabei maßgeblich⁵⁰ auf Paulus D. 45.1.140 pr: *Pluribus rebus praepositis, ita stipulatio facta est: „ea omnia, quae supra scripta sunt, dari?“ propius est, ut tot stipulationes, quot res sint.* Mit dieser extremen Vereinfachung⁵¹ hätten selbst komplizierte Inhalte unproblematisch zum Gegenstand der Stipulation gemacht werden können. An der Mündlichkeit der Stipulation und der bloßen Beweisfunktion der Stipulationsurkunde ändert sich nach Riccobono in der gesamten klassischen Zeit nichts.⁵² Sicher aber habe die genannte Bezugnahme verbreitet zu der Auffassung geführt, dass die schriftlich festgehaltenen Worte den gesprochenen gleichwertig seien; wer am Ende der Republik einen Kredit gewährt habe, habe vor allem die entsprechende Urkunde sicher verwahrt.⁵³ Die klassischen Juristen hätten, mit gewohnter Eleganz und Realitätssinn, die Urkunde als Verkörperung der mündlichen Rede begriffen, wie aus Paulus D. 44.7.38 erhelle: *Non figura litterarum, sed oratione, quam exprimunt litterae, obligamur* rell. Diesen Text bezieht Riccobono auf die genannten Stipulationsworte *omnia quae supra scripta sunt* und sieht dieselbe Fiktion am Werk, mit der nach Gai 2.104 beim Testament *per aes et libram* die *nuncupatio* die

⁴⁸ Riccobono, *Punti di vista critici* (Fn. 12) 524; ders., *Prassi* (Fn. 12) 341 zitiert hierzu Cic. *top.* 26.96, wo die Stipulation zu den Akten „*quae ex scripto aguntur*“ gerechnet wird; s. auch Riccobono, s.v. *Stipulatio* (Fn. 10) 446.

⁴⁹ Riccobono, *Punti di vista critici* (Fn. 12) 530.

⁵⁰ Zudem auf Paulus D. 17.2.71 pr.: ... *deinde inter se his verbis stipulati sunt: „haec, quae supra scripta sunt, ea ita dari fieri neque adversus ea fieri?“* rell.

⁵¹ Riccobono, *Punti di vista critici* (Fn. 12) 529; ders., *Prassi* (Fn. 12) 339.

⁵² Riccobono, *Stipulatio ed instrumentum* II (Fn. 2) 310.

⁵³ Riccobono, *Prassi* (Fn. 12) 340; ders., s.v. *Stipulatio* (Fn. 10) 446.

in *tabulis* enthaltenen Verfügungen in Kraft setze.⁵⁴

Eine Unterbrechung zwischen Frage und Antwort habe der strengen Form der Stipulation widersprochen, die einen *actus continuus* verlange. Daher seien Ulpian D. 45.1.1.1, Julian D. 45.2.6.3 und Venuleius D. 45.1.137 pr., die ein *intervallum medium, modicum intervallum* oder ein *aliquod momentum naturae* erlauben, verfälscht.⁵⁵ Das nicht kongruent formulierte *quid ni?* als Antwort, die nach Ulpian D. 45.1.1.2 gestattet gewesen sein soll, hält Riccobono gleichfalls für justinianisch.⁵⁶ Ob schon in der Zeit nach Gaius andere Sprachen als das Lateinische und Griechische wie etwa Punisch oder Assyrisch gestattet waren, ist für Riccobono zweifelhaft; die bejahende Antwort, die Sabinus in Ulpian D. 45.1.1.6 gibt, hält er wegen Gai 3.93 und Ulpian D. 46.4.8.4 mit aller Vorsicht für unecht;⁵⁷ die Möglichkeit, einen Dolmetschers einzuschalten, sei aber gewiss interpoliert.⁵⁸

3.3. Nachklassisch habe die Urkunde, anders als die herrschende Auffassung seit Cuiacius annehme,⁵⁹ konstitutive Wirkung erhalten, weil der solenne Stipulationsakt bei Vorlage einer Urkunde fingiert worden sei, vgl. Paul. Sent. 5.7.2 2. Satz.⁶⁰ Die Stipulation sei ein schriftlicher Akt geworden.⁶¹ Das sei aber gar nichts Neues, da ja, wie gezeigt, schon die republikanische Zeit mit der Fiktion, wenn auch in beschränkterem Umfang, gearbeitet habe.⁶² Die nachklassische Neuerung – das Fallen der mündlichen Stipulationsklausel – sei daher im Ganzen von geringer Bedeutung.⁶³ Die schriftliche Stipulation sei kein Einfall der nachklassischen Praxis, sondern habe prätorische Vorläufer gehabt,

⁵⁴ Riccobono, *Punti di vista critici* (Fn. 12) 530 f.; ders., *Prassi* (Fn. 12) 341; ders., *Corso I* (Fn. 6) 26 ff.; ders., s.v. *Stipulatio* (Fn. 10) 446 f.

⁵⁵ Riccobono, *Stipulatio ed instrumentum I* (Fn. 4) 249, 252 ff.; s. auch dens., *Corso II* (Fn. 2) 72.

⁵⁶ Riccobono, *Stipulatio ed instrumentum I* (Fn. 4) 255; deutlicher noch in ders., *Forma* (Fn. 5) 36; ders., *Corso I* (Fn. 6) 161.

⁵⁷ Riccobono, *Stipulatio ed instrumentum I* (Fn. 4) 256 f.; ders., s.v. *Stipulatio* (Fn. 10) 445.

⁵⁸ Riccobono, *Stipulatio ed instrumentum I* (Fn. 4) 257.

⁵⁹ *Op. ult. cit.* 245.

⁶⁰ Zur Rekonstruktion von Paul. Sent. 5.7.2 s. Riccobono, *Stipulatio ed instrumentum I* (Fn. 4) 291 f.

⁶¹ Das betont Riccobono, *Punti di vista critici* (Fn. 12) 540-546 auch in seiner Rezension der Dissertation von F. Brandileone (*La "stipulatio" nell'età imperiale romana e durante il medio evo*, in *RSDI* 1, 1928, wiederabgedruckt in *Scritti di storia del diritto privato italiano*, hg. von G. Ermini, II, Bologna 1931, 419-528). Brandileone hält an der Mündlichkeit auch der nachklassischen Stipulation fest.

⁶² Riccobono, *Prassi* (Fn. 12) 342.

⁶³ *Op. ult. cit.* 343.

wie Ulpian D. 27.7.4.3 zeige, wo bereits der Prätor die *sponsio* der Bürgen des Tutors bei einer Erklärung *ad acta* der Behörde fingiert habe.⁶⁴ Angesichts der Fusion des Honorarrechts mit dem Zivilrecht sei die Entwicklung von der strengen Mündlichkeit hin zur bloßen Schriftlichkeit „di una naturalezza esemplare“ und auf den kontinuierlichen Einfluss der Rechtspraxis zurückzuführen.⁶⁵

Mit der berühmten Konstitution von Leo aus dem Jahr 472, CI. 8.37.10, sei erst nach über sechs Jahrhunderten der Niedergang der solennen Stipulationsform abgeschlossen. Die in ihrer Reichweite bis heute umstrittene Konstitution interpretiert Riccobono mit der Mindermeinung als Akt der Abschaffung lediglich der Solennität; dagegen hätten die Erfordernisse der Mündlichkeit, des *unitas actus* und der Präsenz der Parteien selbst nach Leo noch fortbestanden.⁶⁶ Leos Konstitution sei letztlich die bloße Bestätigung einer schon zuvor verbreiteten Praxis gewesen.⁶⁷ Justinian habe sodann das Präsenzproblem mit einem Kompromiss gelöst, weil nach CI. 8.37.14 die Wirkung der Urkunde nur mit dem Beweis aufgehoben werden konnte, dass die Parteien am Tag des angeblichen Stipulationsabschlusses nicht in der gleichen Stadt gewesen waren. Mit dem Wegfall des Präsenzerfordernisses habe von den ursprünglichen Voraussetzungen keine mehr bestanden. Justinians Stipulation sei deshalb eine mündliche oder schriftliche gewesen.⁶⁸

Riccobono betont schließlich die nachklassische Angleichung von *stipulatio* und *pactum*, die durch die Abschaffung der solennen Form eingeleitet worden sei; am Ende dieser Entwicklung stehe die Klagbarkeit eines jeden *pactum*, die der Moderne den Weg bereitet habe.⁶⁹

4. Wandlungen in Riccobonos Konzeption

4.1. Wichtig war es Riccobono, wie gesehen, eine gewissermaßen organische, ununterbrochene Entwicklungslinie von der „alten“ zur „neuen“ Stipula-

⁶⁴ Dazu Riccobono, *Stipulatio ed instrumentum* II (Fn. 2) 266 f.; ders., *Punti di vista critici* (Fn. 12) 532.

⁶⁵ Riccobono, *Punti di vista critici* (Fn. 12) 533; ders. *Prassi* (Fn. 12) 343; ders., s.v. *Stipulatio* (Fn. 10) 447.

⁶⁶ Riccobono, *Stipulatio ed instrumentum* I (Fn. 4) 271, 275.

⁶⁷ Riccobono, *Prassi* (Fn. 12) 343.

⁶⁸ Riccobono, *Stipulatio ed instrumentum* I (Fn. 4) 275 f.; ders., *Stipulatio ed instrumentum* II (Fn. 2) 274, 307; ders., *Corso* I (Fn. 6) 206 ff.

⁶⁹ Riccobono, *Stipulatio ed instrumentum* II (Fn. 2) 274, 338 ff., 362 ff.

tion aufzuzeigen. Sie habe nicht erst, wie gemeinhin angenommen, in der Nachklassik eingesetzt, sondern schon sehr viel früher, in republikanischer Zeit. In dieser frühen Zeit sei zwar der hellenistische Einfluss durch die in den östlichen Provinzen verbreitete Schriftlichkeit nicht zu leugnen. Seit dieser Zeit jedoch habe sich, von diesem Anstoß abgesehen, das westliche römische Recht organisch, aus sich selbst heraus, weiterentwickelt, bis schließlich der Vorrang der Urkunde anerkannt worden sei.⁷⁰ Das römische Recht habe der Urkunde im Laufe der Zeit rechtliche Bedeutung beigemessen, nicht etwa das Provinzialrecht.⁷¹ Die Stipulation „degeneriert“ zwar, jedoch nicht unter außerrömischem, östlichem Einfluss, sondern weil sich das römische Recht selbst weiterentwickelt. Die „Degeneration“ wird so, entgegen dem ersten Anschein, nicht negativ verstanden, sondern gewissermaßen als Befreiung des wichtigsten aller Verträge von der nunmehr unter der Herrschaft des Konsensprinzips unnötigen Form. So wird die „degenerierte“ justinianische Stipulation zum Prototyp des modernen Vertrags in den europäischen Rechtsordnungen, der mit Antrag und Annahme zustande kommt. Allerdings verzichtet Riccobono später auf den Terminus „Degeneration“ und spricht neutraler von der Vollendung eines langen historischen Prozesses.⁷²

Die Umdeutung, die Riccobono hier vornimmt, liegt auf der Hand: Die allmähliche quellenmäßig vor allem in nachklassischer Zeit zu beobachtende Verdrängung des mündlichen Stipulationsakts durch die Urkunde wird, im Unterschied zu der seinerzeit herrschenden Meinung, als eigenständige römische Leistung verstanden. Der für Riccobono dazu notwendige gedankliche Zwischenschritt liegt in dem Umstand, dass es schließlich die römischen Juristen waren, die aus der schon in der Zeit des *ius gentium* (und gerade im Osten) üblichen Bezugnahme der Stipulationsworte auf eine Urkunde (*omnia quae supra scripta sunt* rell.) die entscheidenden Rechtsfolgen abgeleitet, namentlich die Urkunde auf diese Weise als Stipulationsinhalt anerkannt hätten.⁷³

⁷⁰ Riccobono, *Prassi* (Fn. 12) 349, 344: „E seppure si voglia ammettere che la spinta alla prevalenza del documento provenga dall'Oriente, è d'altra parte sicuro che lo sviluppo normale e graduale verso il predominio della scrittura sui *verba* avviene nell'Occidente.“ S. auch in Riccobono, s.v. *Stipulatio* (Fn. 10) 447 f.

⁷¹ Riccobono, *Punti di vista critici* (Fn. 12) 534.

⁷² Von Degeneration ist z.B. noch 1922 in *Stipulatio ed instrumentum* II (Fn. 2) 263, 274 die Rede, während der Artikel im *NNDI* das Wort „degenerazione“ nicht mehr kennt, statt dessen spricht Riccobono, vom „compimento di tutto il processo storico iniziato sin dal periodo del *ius gentium*“, ders., s.v. *Stipulatio* (Fn. 10) 447.

⁷³ Riccobono, *Prassi* (Fn. 12) 341.

4.2. Riccobonos Auffassung von der Stipulation hat sich im Laufe der Zeit – wir sprechen von etwa 45 Jahren⁷⁴ – gewandelt. Dieser Wandel ist jedoch kaum merklich, weil ihn Riccobono trotz gegenteiliger Aussage recht geschickt tarnt. Riccobono wurde zwar zu Recht dafür gelobt, dass er, wissenschaftlich redlich, in seinen Publikationen, die über einen Zeitraum von 50 Jahren reichen, bereit war, frühere Auffassungen zu korrigieren oder aufzugeben.⁷⁵ Und er selbst betont z.B., dass der Fortsetzungsaufsatz von 1922 nach acht Jahren erscheine und zwar seine Hauptlinie unverändert bleibe, aber doch neue Überlegungen, namentlich in Rahmen seines Aufsatzes von 1917 „Dal diritto romano classico al diritto moderno“ zur Vereinheitlichung von *ius civile* und *ius honorarium*, recht eigentlich zu Änderungen in seiner Abhandlung von 1914 hätten führen müssen: „molte affermazioni, e frasi e concezioni che si rinvergono nella 1. parte avrebbero bisogno di esser poste, con lievi o gravi ritocchi, in armonia con i risultati ultimi che qui presento“.⁷⁶ Leider nimmt er aber die Korrekturen nur implizit vor; sie betreffen auch eher die Konzeption, wie wir sehen werden, als einzelne Quelleninterpretationen; denn in letzterer Hinsicht lassen sich keine Unterschiede zwischen den beiden Aufsätzen von 1914 und 1922 finden.

4.3. Riccobono erzählt im Aufsatz von 1914 noch die damals herrschende Geschichte: Bis Diokletian oder Konstantin habe sich das klassische Recht, auch die Stipulation, unverändert erhalten.⁷⁷ Der Kampf der kaiserlichen Zentrale gegen die Rechtsgewohnheiten im hellenistisch beeinflussten Osten des Reichs sei erbittert geführt worden und habe Einwirkungen auf die klassischen Institute (noch) verhindern können; dies bewiesen viele Konstitutionen des 3. Jahrhunderts, die die Solennität der Stipulation gegenüber den Anfragenden betonten.⁷⁸ Eine Degeneration der Stipulation schon in klassischer Zeit lehnt

⁷⁴ Seine Institutionenvorlesung aus dem Jahr 1894-1895 (S. Riccobono, *Sommario delle lezioni d'istituzioni di diritto romano. Anno accademico 1894-95*. Ristampa dell'edizione Camerino 1896, Napoli 1980, 33 f.) behandelt die Stipulation, sein letzter Artikel ist derjenige im *NDI* 1940.

⁷⁵ Baviera, Riccobono (Fn. 3) XXVIII; P. de Francisci, *Ricordo di Salvatore Riccobono*, in *Studi romani* 6, 1958, 458.

⁷⁶ Riccobono, *Stipulatio ed instrumentum* II (Fn. 2) 262 in Fn. 1. Varvaro, *Circolazione* (Fn. 39) 87 spricht von dem Aufsatz von 1917 als „spartiacque“.

⁷⁷ Riccobono, *Stipulatio ed instrumentum* I (Fn. 4) 260: „la dottrina, nel senso ormai noto, è così salda, in questo periodo, che essa nè declina nè varia menomamente con l'arrestarsi dell'attività dei grandi giureconsulti, ma procede immutata sino a Diocleziano“.

⁷⁸ CI. 4.64.3 (Diocl. et Maxim., o. J.); CI. 4.2.12 (Diocl. et Maxim., a. 294); CI. 4.64.7 (Diocl. et Maxim., a. 294); CI. 3.38.7 (Diocl. et Maxim., a. 294); CI. 8.43.1 (Ant., a. 212); CI. 8.42.6 (Gord., a. 239); CI. 8.41.3.1 (Gord., a. 239); vgl. Riccobono, *Stipulatio ed instrumentum* I (Fn. 4) 260, 263, 269.

Riccobono ab, weshalb er z.B. CI. 8.37.1 von 200, worin die Stipulationsfrage bei dokumentierter Stipulationsantwort vermutet wird, ebenso wie Ulpian D. 2.14.7.12 für interpoliert hält.⁷⁹ Die Stipulation sei als mündlicher Akt inakt geblieben, die Urkunde habe nur Beweiswert gehabt. Das traditionelle östliche Verständnis von der Bedeutung der Urkunde hätten die Kaiser mit ihren Konstitutionen aber nicht auslöschen können. Erst in der Spätantike habe sich deshalb unter dem starken östlichen Einfluss die Schriftlichkeit gegenüber der mündlichen Stipulation durchgesetzt.⁸⁰ Noch bis zu Leos Konstitution von 472, CI. 8.37.10, habe allerdings das Recht eine mündliche, solenne Stipulation verlangt.⁸¹ Die Fiktion einer Stipulation sei für Justinian das willkommene Hilfsmittel gewesen, die Urkunde mit Rechtswirkung zu versehen. Letztlich habe er damit aber kein neues Recht geschaffen, sondern damit nur die bestehende Praxis in den Provinzen aufgenommen.⁸² Der Triumph der Schriftlichkeit sei, im Rückblick, wegen der *Constitutio Antoniniana* unausweichlich gewesen, da seither mechanische Stipulationsklauseln Eingang in die Urkunden gefunden hätten.⁸³

4.4. Auch im Aufsatz von 1922 degeneriert die Stipulation erst seit Konstantin, statt auf die *verba* habe man seither, in Übereinstimmung mit den Provinzialgebräuchen, auf die Urkunde und damit auf die *voluntas* der Parteien abgestellt.⁸⁴ Brunner, der von einer konstitutiven Bedeutung der Urkunde schon mitten in klassischer Zeit ausgeht, hält der Palermitaner vor, dass er sich von Justinians Interpolationen habe täuschen lassen.⁸⁵ Die Gleichstellung von Wort und Schrift im 2. Teil von Paulus D. 44.7.38 sei justinianisch,⁸⁶ in klassischer Zeit habe die Urkunde nur Beweiswert gehabt.⁸⁷

Texte, die auf den Konsens abstellen und ihm den Vorrang vor den *verba* geben, sind nach Riccobono weitgehend interpoliert, so etwa Ulpian D. 45.1.1.4, wo der Schuldner nur eine geringere Summe als angefragt verspricht und die Stipulation in Höhe des *minus* wirksam ist, oder Paulus D. 45.1.83.1, wo die

⁷⁹ Riccobono, *Stipulatio ed instrumentum* I (Fn. 4) 277 f., 282 f.

⁸⁰ *Op. ult. cit.* 268.

⁸¹ *Op. ult. cit.* 272.

⁸² *Op. ult. cit.* 303 f.

⁸³ *Op. ult. cit.* 277.

⁸⁴ Riccobono, *Stipulatio ed instrumentum* II (Fn. 2) 263 f., 273, 374.

⁸⁵ *Op. ult. cit.* 273.

⁸⁶ *Op. ult. cit.* 310 ff.

⁸⁷ *Op. ult. cit.* 309.

Stipulation trotz eindeutiger *verba* unwirksam ist, weil der Schuldner den angefragten Sklaven verspricht, der Gläubiger aber an einen anderen Sklaven dieses Namens gedacht hatte.⁸⁸ In D. 24.3.66.4 sieht er freilich schon die sabinianische Schule am Werk, die dem Willen auch bei der Stipulation entscheidende Bedeutung beimessen habe; Javolen habe deshalb das irrig zu hoch abgegebene Rückzahlungsversprechen für unwirksam gehalten.⁸⁹

Bemerkenswert ist jedoch eine für den späteren Riccobono nicht unwesentliche Akzentverschiebung: Während er im Aufsatz von 1914 nur von „der“ Stipulation und ihrem unveränderten Fortbestehen in klassischer Zeit spricht, unterscheidet er nun zwischen der äußeren Form und dem inneren Wandel, den die Stipulation erfahren habe. Zwar habe die klassische Stipulation niemals die Forderung nach äußerer Kongruenz der Stipulationsworte aufgegeben,⁹⁰ jedoch sei das Recht keineswegs unveränderlich gewesen, sondern habe sich vielmehr entwickelt, und zwar auch bei den förmlichen Rechtsgeschäften. Dieser Fortschritt habe sich dadurch ergeben, dass man die innere Struktur der Rechtsgeschäfte, die mit ihnen verfolgten Ziele und damit letztlich die Parteiabsichten eingehender untersucht habe.⁹¹ Mit dieser Unterscheidung kann Riccobono die Ergebnisse seiner Studie von 1914 mit seiner gewandelten Auffassung versöhnen: Unveränderlichkeit im Äußeren bei gleichzeitig größerer Flexibilität im Inneren.

4.5. Den letzten, inhaltlich bereits oben dargelegten⁹² Schritt geht Riccobono ersichtlich erst in den beiden Aufsätzen „Punti di vista critici e ricostruttivi“ von 1929⁹³ und „La prassi nel periodo postclassico“ von 1933.⁹⁴ Er

⁸⁸ *Op. ult. cit.* 277 f.

⁸⁹ *Op. ult. cit.* 279, 282 f.; ähnlich Pomp. 15 *ad Sab.*, D. 45.1.21.

⁹⁰ Riccobono, *Stipulatio ed instrumentum* I (Fn. 4) 257 f.; ders., *Stipulatio ed instrumentum* II (Fn. 2) 310. Mitunter drückt sich in diesem Zusammenhang Riccobono auch so aus, dass bis zu Leos Konstitution die Stipulation unverändert geblieben sei (Riccobono, *Stipulatio ed instrumentum* I [Fn. 4] 255 in Fn. 2, 272; ders., *Forma* [Fn. 5] 37 f.). Man sollte sich hier, zur Vermeidung von Missverständnissen, die Ergänzung hinzudenken, dass bis Leo ihre äußere Form nicht aufgegeben wurde.

⁹¹ Riccobono, *Stipulatio ed instrumentum* II (Fn. 2) 374: „La esigenza della forma si mantiene inalterata, meno lievi attenuazioni, fino a Diocleziano. Ma sarebbe perciò erroneo inferirne che lo ius civile sia rimasto immobile nella sua struttura interna. Vero è al contrario, che l'opera della giurisprudenza dell'impero fu gagliarda nel promuovere l'avanzamento del diritto, anche nell'ambito degli atti solenni. E il progresso fu attuato, precisamente, con l'analisi più accurata e fine della struttura interna di tutti i negozi, in maniera da metterne in rilievo i fini da raggiungere, la conformazione e l'espressione della volontà adeguata a quei fini medesimi.“

⁹² S. oben, § 3.2.

⁹³ Vgl. Fn. 11.

⁹⁴ Vgl. Fn. 12.

meint nun im Gegensatz zu seiner früheren Auffassung, dass die Urkunde schon in klassischer Zeit eine gegenständliche Verkörperung des gesprochenen Worts sei (Paulus D. 44.7.38, 1. Satz) und mit einer sicherlich bereits antiken, republikanischen Fiktion die aufgeschriebenen Worte als ausgesprochen gegolten hätten (*quae supra scripta sunt*).⁹⁵ Geradezu absurd sei es, den organischen Wandel des römischen Rechts seit der Republik allein auf die letzten beiden Jahrhunderte vor Justinian zu verlegen.⁹⁶ Er übt nun Kritik an Perozzi, der im wesentlichen Riccobonos früherer Auffassung von der klassischen Unveränderlichkeit der Stipulation folgt und die Entwicklung hin zur Schriftlichkeit allein dem griechischen Einfluss nach Konstantin zuschreibt.⁹⁷ Perozzi verkenne damit die „bewundernswerte Entwicklung“ des römischen Rechts.⁹⁸

4.6. Riccobonos Untersuchungen müssen vor dem Hintergrund der ideologischen Entwicklungen der ersten Hälfte des 20. Jh. beurteilt werden. Wie die Forschungen Mario Varvaros deutlich gemacht haben, wird Riccobono aus den Reihen der Nationalisten 1914 zum Stadtrat von Palermo gewählt, ab 1917-18 ist er dort stellvertretender Bürgermeister. Er geht seit dem Kriegseintritt Italiens gegen Deutschland 1915 auf Abstand zur „deutschen“ interpolationistischen Methode und setzt ihr in seiner Abhandlung „Dal diritto romano classico al diritto moderno“ von 1917⁹⁹ die Vorstellung einer ununterbrochenen, linearen Entwicklung des römischen Rechts bis zu den modernen Gesetzbüchern unter maßgeblicher Beteiligung der italienischen Glossatoren und Kommentatoren entgegen.¹⁰⁰ Für den Faschisten Riccobono ist das moderne europäische Recht Erbe des unsterblichen römischen Rechts, das sich von allen außerrömischen Einflüssen ungetrübt entwickelt hat. Dieses römische Recht, dessen legitimer Erbe Italien ist, stellt er in den Dienst des faschistischen „culto della romanità“.¹⁰¹ Wenn Riccobono also im Gegensatz zu seiner früheren Auffassung nicht mehr die östlichen Einflüsse des 4. und 5. Jahrhunderts betont, sondern vielmehr die zunehmende Bedeutung der Urkunde als genuin römi-

⁹⁵ Riccobono, *Prassi* (Fn. 12) 341; ders., *Corso I* (Fn. 6) 26 ff.; ders., s.v. *Stipulatio* (Fn. 10) 446 f.

⁹⁶ Riccobono, *Corso I* (Fn. 6) 15.

⁹⁷ Perozzi folgt Riccobono an verschiedenen Stellen, vgl. vor allem seine *Istituzioni di diritto romano*², II, Roma 1928, 285, 289; s. auch I², Roma 1928, 40.

⁹⁸ Riccobono, *Corso I* (Fn. 6) 20.

⁹⁹ S. Riccobono, *Dal diritto romano classico al diritto moderno*, in *AUPA* 3-4, 1917, 165-730.

¹⁰⁰ Zum Vorstehenden Marrone, *Riccobono* (Fn. 39) 863; Varvaro, *Circolazione* (Fn. 39) 86 f., 93 f.

¹⁰¹ Varvaro, *Circolazione* (Fn. 39) 95 f., 97 ff.

sche Eigenentwicklung (wenngleich zugegebenermaßen mit einem griechischen „Anstoß“ in früher Zeit), so ist diese neue Anschauung ohne weiteres in den genannten ideologischen Zusammenhang zu stellen.

5. Was bleibt von Riccobono?

5.1. Der Wille

Riccobono selbst betont in seiner Dankesrede anlässlich der Übergabe der ihm gewidmeten Festschrift, dass für ihn und seine Schule das „quälende“ Problem der *voluntas* den Schwerpunkt seiner Forschungen gebildet habe.¹⁰² Er war davon überzeugt, dass bereits das römische Recht seit Cicero vom Gedanken der *aequitas* durchdrungen gewesen sei und daher auch der *voluntas* der Parteien den notwendigen Vorrang vor den *verba* eingeräumt habe.¹⁰³ Diese ursprünglich aus dem Testamentsrecht herrührende Idee habe sich schon in klassischer Zeit auch im Vertragsrecht durchgesetzt. So hätten die Sabinianer die eigentlich unmöglichen Nebenbestimmungen wie *condicio* und *dies* und damit den Parteiwillen bei einer Stipulation mit Hilfe einer *exceptio pacti* zur Geltung gebracht.¹⁰⁴ Auch in D. 24.3.66.4 setzt er den Sabinianer Javolen in einen Gegensatz zu Labeo und lässt ihn die Stipulation, mit der irrig die Rückzahlung des Doppelten der Mitgift versprochen wird, mangels Konsenses für nichtig halten.¹⁰⁵ *Conventio* und Konsens seien als notwendiges Element neben die solenne Form getreten, was namentlich Pedius nach Ulpian D. 2.14.1.3 elegant formuliert habe.¹⁰⁶ Entgegen der herrschenden Meinung seiner Zeit hält Ric-

¹⁰² Riccobono, *Studi* (Fn. 3) LXVI; s. auch G. Falcone, *Ricordo di Salvatore Riccobono nella ricorrenza dei 120 anni dalla nascita (31 gennaio 1864)*, in *Atti della Reale Accademia di Scienze, Lettere e Arti di Palermo*, Palermo 1985, serie V, IV, 35.

¹⁰³ A. Mantello, *Romanisti lateranensi del Novecento*, in *SDHI* 68, 2002, XVII. Vgl. etwa S. Riccobono, *Der Wille als Entwicklungsfaktor im römischen Rechte*, in *Miscellanea Academica Berolinensia*, Berlin 1950, 17 f.: Entdeckung des Vorrangs des individuellen vor dem typischen Willen am Ende der Republik; s. auch S. Riccobono, *Lecture Londinesi (maggio 1924)*. „*Diritto romano e diritto moderno*“, hg. v. G. Falcone, Torino 2004, 62.

¹⁰⁴ S. Julian D. 45.1.56.4 und S. Riccobono, *La formazione della teoria generale del contractus nel periodo della giurisprudenza classica*, in *Studi in onore di Pietro Bonfante nel XL anno d'insegnamento*, I, Milano 1930, 133 sowie zu Paulus D. 44.7.44.1 Riccobono, *Lecture* (Fn. 103) 59.

¹⁰⁵ Zur Echtheit der Entscheidung des Javolen, die stipulierte Summe auf die in Wirklichkeit geschuldete Summe herabzusetzen, Th. Finkenauer, *Stipulation und Geschäftsgrundlage*, in *ZRG RA* 126, 2009, 323 ff.

¹⁰⁶ ... *ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat: nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est.*

cobono die Aussage des Pedius für klassisch¹⁰⁷ – worin ihm die heute ganz herrschende Lehre zustimmt.¹⁰⁸

Riccobono hält die *voluntas* also auch bei der klassischen Stipulation für wirkmächtig. Während er noch 1922 das *quod actum* nur auf die *verba* bezieht,¹⁰⁹ identifiziert er in seinen Londoner Vorlesungen 1924 das *quod actum* auch bei der Stipulation mit der *voluntas*, und zwar z.B. im Hinblick auf die Unwirksamkeit der Scherzerklärung.¹¹⁰ Während die äußere Form der Stipulation gleichgeblieben sei, sei als inneres Element der Willen hinzugegetreten,¹¹¹ was er u. a. mit einem Hinweis auf die Etymologie des Varro („*sponde*’, *nam id valet et a voluntate*“)¹¹² und die Unwirksamkeit einer Stipulation wegen Irrtums über einen wesentlichen Vertragsbestandteil begründet.¹¹³ In einer Studie von 1935 zum Irrtum betont Riccobono, dass wegen der Echtheit der genannten Pedius-Stelle auch Pomponius D. 44.7.57 sachlich weitgehend echt sein müsse.¹¹⁴ Darin schreibt Pomponius in seinem Kommentar zu Quintus Mucius Scaevola, dass der Vertrag wegen Irrtums nichtig sei, wenn die eine Partei das eine, die andere etwas anderes gemeint habe, ganz gleich, ob es sich um ein *bonae-fidei*-Kontrakt handele oder nicht. Das Schulbeispiel,¹¹⁵ dass der Versprechende den Sklaven X, der Versprechensempfänger den Sklaven Y gemeint

¹⁰⁷ Riccobono, *Dal diritto romano* (Fn. 99) 313; ders., *Stipulatio ed instrumentum* II (Fn. 2) 341; ders., *Contractus* (Fn. 104) 143 ff.; ders., *Corso* I (Fn. 6) 270, 313.

¹⁰⁸ P. Voci, s.v. *Interpretazione del negozio giuridico*, in *ED* 22, Milano 1972, 252 f.; M. Kaser, *Das römische Privatrecht*, I, München 1971, 235 f., 237, 525; Th. Mayer-Maly, *Bemerkungen zum Aspekt der Konsensstörung in der klassischen Irrtumslehre*, in *Mélanges Philippe Meylan. Recueil de travaux publiés par la Faculté de droit de l'Université de Lausanne*, I, Lausanne 1963, 249; A. Burdese, *Note sull'interpretazione in diritto romano*, in *BIDR* 91, 1988, 200; M. Talamanca, *Conventio e stipulatio*, in N. Bellocchi (Hg.), *Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea. Atti del Convegno di Diritto Romano, Siena 14-15 aprile 1989*, Napoli 1991, 198; C.A. Cannata, *Corso di istituzioni di diritto romano*, II.1, Torino 2003, 96; U. Babusiaux, *Id quod actum est. Zur Ermittlung des Parteiwillens im klassischen römischen Zivilprozess*, München 2006, 35, 54 f. 104; R. Knütel, *Zur Auslegung und Entwicklung der Stipulation im klassischen römischen Recht*, in M. Avenarius u. a. (Hg.), *Ars Iuris. Festschrift für Okko Behrends zum 70. Geburtstag*, Göttingen 2009, 225, 236.

¹⁰⁹ *Stipulatio ed instrumentum* II (Fn. 2) 275 f.

¹¹⁰ Paulus D. 44.7.3.2; vgl. Riccobono, *Lecture* (Fn. 103) 51. Zur Bedeutung der *voluntas* in klassischer Zeit ebd. 23 f., 25, 39 f.; ders., *Corso* I (Fn. 6) 299 f.

¹¹¹ Riccobono, *Lecture* (Fn. 103) 39, 49.

¹¹² Varro *de ling. Lat.* 6.69.

¹¹³ Riccobono, *Lecture* (Fn. 103) 39, 49 f., 52.

¹¹⁴ Vgl. Fn. 9. Zur Echtheit der Stelle Kaser, *Privatrecht* I (Fn. 108) 238 in Fn. 1; J.D. Harke, *Si error aliquis intervenit – Irrtum im klassischen römischen Vertragsrecht*, Berlin 2005, 91-93; M.J. Schermaier, *Auslegung und Konsensbestimmung*, in *ZRG RA* 115, 1998, 265 in Fn. 126.

¹¹⁵ S. auch Paulus D. 45.1.83.1; Venuleius D. 45.1.137.1; I. 3.19.23.

hat, sei zwar noch von Quintus Mucius aufgrund der Formstrenge der Stipulation zugunsten der *verba* (aus denen der Irrtum nicht hervorgeht) entschieden worden.¹¹⁶ Im 2. Jh. n. Chr. habe man jedoch der inneren *voluntas*, der *mens* den Vorzug gegeben und Nichtigkeit angenommen. Diese „trasposizione del vizio dell’atto dallo interno all’esterno“¹¹⁷ habe noch vor Pedius’ Zeiten stattgefunden, indem man zunächst eine *exceptio* gegen die Stipulationsklage gewährt und sich sodann der uralten Technik der Fiktion bedient habe.¹¹⁸ Dies entnimmt Riccobono dem Wortlaut von I. 3.19.23, der für den Fall des Irrtums bestimmt: *ac si ad interrogatum responsum non esset*; der Text enthalte hier einen klassischen Kern, nämlich eine Fiktion, mit deren Hilfe schon die klassischen Juristen im Falle des genannten Dissenses den Versprechenden so behandelt hätten, als habe er keine kongruente Erklärung abgeben, und so seinen inneren Willen durchgesetzt hätten. *Promittis Pamphilum dari? – promitto* ist demnach also so zu lesen: *promittis Pamphilum dari? – promitto Stichum dari*.¹¹⁹ Wegen dieser Fiktion habe Pomponius in D. 44.7.57 im Gegensatz zu Quintus Mucius die Nichtigkeit der Stipulation annehmen können.¹²⁰ Bei Pedius in D. 2.14.1.3 fehle dann das Beispiel des Irrtums, dieses sei aber mit der dort aufgestellten Voraussetzung eines Konsenses auch für die Stipulation mitgedacht gewesen.

Die Deutung Riccobonos ist bemerkenswert und steht hier beispielhaft.¹²¹ Ohne dass ein Gegensatz zwischen Quintus Mucius und Pomponius im Text sichtbar wäre, wird dieser vorausgesetzt, um eine Entwicklung bereits in klassischer Zeit festzustellen. Wie die klassische Jurisprudenz die Formstrenge der Stipulation überwunden hat, wird mit einem justinianischen Text erklärt, der in Bezug auf die dort ausgesprochene Fiktion für klassisch gehalten wird. Mit diesem methodischen Vorgehen kann Riccobono die Hauptentwicklung der „Konsensualisierung“ der Stipulation, um ein Wort Talamancas zu zitieren,¹²² bereits in die klassische Zeit verlegen. Für die Kompilatoren Justinians, deren Hand in D. 44.7.57 deutlich sichtbar sei,¹²³ bleibt dann nur noch das Urteil, dass sie hier, wie zumeist, nur zusammengefasst, vereinfacht oder generalisiert hätten.¹²⁴

¹¹⁶ Riccobono, *Errore* (Fn. 9) 15.

¹¹⁷ *Op. ult. cit.* 10.

¹¹⁸ *Ibidem*.

¹¹⁹ *Op. ult. cit.* 11 f.

¹²⁰ *Op. ult. cit.* 15.

¹²¹ Auch Riccobono, *op. ult. cit.* 18, hält die Stelle (und natürlich seine Auslegung davon) für „esemplare“.

¹²² Talamanca, *Conventio* (Fn. 108) 198.

¹²³ Riccobono, *Errore* (Fn. 9) 2, 4: *in omnibus-sint, aliquis, et idem-existimantur*.

¹²⁴ *Op. ult. cit.* 17.

Mit seinem Schüler Biondi dürfen wir allerdings auch festhalten, dass Riccobono in seiner Konzeption auf halbem Weg steckengeblieben ist; denn nicht überall, wo man auf die *voluntas* der Parteien hätte abstellen können, hat er dies auch getan, z.B. nicht bezüglich derjenigen Texte, die an der Formstrenge nicht festhalten¹²⁵ oder die entgegen den *verba* eine automatische Reduktion der stipulierten Summe oder gar die Unwirksamkeit der Stipulation bejahen.¹²⁶ Heute geht man überwiegend von der Echtheit dieser und anderer ähnlicher Texte aus.¹²⁷

5.2. Form des Vertragsschlusses

5.2.1. Wie bereits dargelegt, hält Riccobono es für ausgeschlossen, dass, wie bei Ulpian D. 45.1.1.2 überliefert, die Antwort *quid ni?* in klassischer Zeit anerkannt gewesen sein könnte, eine solche Abschwächung der klassischen Kongruenzregel sei sonst nirgends belegt.¹²⁸ Er rekonstruiert den merkwürdigen Text Paulus D. 45.1.35.2, der sich tatsächlich wohl eher auf die Stipulation als auf die aufgeführten Konsensualverträge bezieht, mit Hilfe von D. 45.1.1.2 und erkennt auch hier – recht weitgehend – ein *quid ni?* als (nicht bindende) Antwort.¹²⁹

Wenn schon das *quid ni?* nicht genügt habe, sei umso mehr ein bloßes Kopfnicken keine bindende Antwort gewesen. Riccobono hält es aber für sehr wahrscheinlich, dass schon Ulpian die Frage nach der Bindungswirkung des Nickens aufgeworfen und auch unterschiedliche Rechtsauffassungen dazu zitiert habe; sicher aber habe er, so wie später die Kompilatoren, die von ihm aufgeworfene Frage verneint. Die Interpolation sei daher nur eine formale.¹³⁰ Nur für die „neue“ Stipulation (die mit dem *pactum* fusioniert und in der sich das Konsensualprinzip durchgesetzt habe) habe ein Nicken unbestreitbar genügt.¹³¹

Die Argumentation Riccobonos erscheint hier allerdings wenig überzeugend. Warum die Konsensualisierung der Stipulation nicht bereits in der späten Klassik zur Anerkennung eines (ausdrücklichen, wenngleich nur in die

¹²⁵ S. sogleich § 5.2.1; kritisch Biondi, *Contratto* (Fn. 7) 295.

¹²⁶ S. oben vor Fn. 88.

¹²⁷ Talamanca, *Conventio* (Fn. 108) 194 ff., 198; Th. Finkenaue, § 21. *Die stipulatio*, in *Handbuch des römischen Privatrechts*, Tübingen 2020, Rn. 10, 13, 63 f., 70; ders., *Geschäftsgrundlage* (Fn. 105) 305-357. S. auch sogleich § 5.2.

¹²⁸ Übrigens sieht das Riccobono noch anders in seiner Vorlesung von 1894-95, wo er noch von der Echtheit von D. 45.1.1.2 ausgeht, vgl. Riccobono, *Sommario* (Fn. 74) 34.

¹²⁹ Riccobono, *Forma* (Fn. 5) 37.

¹³⁰ Riccobono, *Stipulatio ed instrumentum* I (Fn. 4) 255.

¹³¹ Riccobono, *Stipulatio ed instrumentum* II (Fn. 2) 283.

Form einer rhetorischen Frage eingekleideten) *quid ni?* gelangt sein soll, ist nicht einzusehen.¹³² Wenn zudem die Kompilatoren aus der verneinenden Antwort des Ulpian im 1. Teil von D. 45.1.1.2 bezüglich des *quid ni?* eine bejahende gemacht haben, so ist kaum anzunehmen, dass sie im 2. Teil des Texts bezüglich des Kopfnickens die negative Antwort des Ulpian nur als historische Reminiszenz erhalten haben sollten;¹³³ auch hier hätte eine Angleichung an das nunmehr herrschende Konsensprinzip nahegelegen.

5.2.2. Überzeugend ist dagegen Riccobonos Idee, dass die Parteien wahrscheinlich schon recht früh in klassischer Zeit zu ihrer Entlastung im Stipulationswortlaut auf eine Urkunde haben verweisen können, in der die Details der vertraglichen Regelung enthalten waren, vgl. Paulus D. 45.1.140 pr. (*omnia quae supra scripta sunt* rell.). Die Parallele zum Testament, die Riccobono zieht, lässt sich durchaus hören; denn was in der Urkunde (*tabulae* oder *cautio*) formuliert ist, gilt als durch die *nuncupatio* ausgesprochen; die Buchstaben repräsentieren die Rede.

5.2.3. Ohne weiteres kann man Riccobono auch in seiner Interpretation des Gesetzes von Leo von 472 folgen.¹³⁴ Er setzt sich in Gegensatz zur herrschenden Auffassung und sieht durch das Gesetz, das tatsächlich nun beliebige Worte (!) statt der *sollemnia vel directa verba* für die Stipulation erlaubte, lediglich die Stipulationsform abgeschafft, nicht aber die Mündlichkeit an sich; *quae-cumque verba* genügen, sind aber auch erforderlich. Leo hat also durchaus nicht die Schriftlichkeit anerkannt.¹³⁵

5.3. *Adiectio solutionis causa*

Eine schwierige und daher nicht wenig umstrittene Kardinalstelle zum Verständnis der *adiectio solutionis causa* – mit *mihi aut Titio* lässt sich *ego* die Leistung an sich oder an Titius versprechen¹³⁶ – ist Paulus D. 24.3.45. Ein Großva-

¹³² Zur Echtheit des *quid ni?* Knütel, *Auslegung* (Fn. 108) 245 f.; D. Liebs, *Römisches Recht*⁶, Göttingen 2004, 235 f.; Th. Finkenauer, *Wie formal war die römische Stipulation?*, in I. Piro (Hg.), *Scritti per Alessandro Corbino*, 3, Tricase 2016, 96.

¹³³ Riccobono, *Stipulatio ed instrumentum* II (Fn. 2) 283.

¹³⁴ S. oben § 3.3.

¹³⁵ S. bereits Finkenauer, *Wie formal* (Fn. 132) 103 ff.; anders aber etwa noch V. Arangio-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, Napoli 1960, 331; E. Levy, *Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht*, Weimar 1956, 39 mit Fn. 110.

¹³⁶ Dazu nunmehr ausführlich Chr. Schnabel, *Der solutionis causa adiectus im römischen Recht*, München 2015.

ter mütterlicherseits hatte dem Ehemann seiner noch gewaltabhängigen Enkelin eine Mitgift gegeben und sich für den Fall einer schuldlosen Scheidung die Rückgabe an die Enkelin oder (*vel*) an sich selbst versprechen lassen. Ersichtlich ist die Reihenfolge von Stipulationsgläubiger und *adiecta* vertauscht, weshalb die Stipulationsklausel mit dem Grundsatz des *alteri stipulari nemo potest* kollidiert, auch steht *vel* statt *aut*. Paulus entscheidet, die Klausel müsse so angesehen werden, als wäre sie in richtiger Reihenfolge und mit *aut* formuliert worden. Nach dem Tod des Großvaters kann dessen Erbe Klage auf Rückzahlung der *dos* erheben, an die Enkelin mit befreiender Wirkung geleistet werden, und sie erhält auch *favore dotis* und *propter affectionem personarum* eine *actio utilis* auf Rückforderung der Mitgift. Die Rechtsfolgen scheinen miteinander im Widerspruch zu stehen, weshalb der Satz ‚*sed permittendum est* rell.‘ seit Faber als interpoliert angesehen wird.¹³⁷ Riccobono negiert zwar nicht vielfache formale Interpolationen, hält den Text sachlich aber für weitgehend echt.¹³⁸ Reihenfolge und Wortwahl seien auch in klassischer Zeit nicht entscheidend gewesen, um eine *adiectio* bejahen zu können.¹³⁹ Nur die *actio ex pacto*, die dem Erben des Großvaters zugestanden wird, sei inhaltlich unecht, weil sie der nachklassischen Fusion von *stipulatio* und *pactum* entspreche. Die *actio utilis* für die Enkelin dagegen erklärt er wegen des klassischen *favor dotis* und der *affectio personarum* inhaltlich für echt, auch wenn der gesamte Text von den Kompilatoren umgebaut worden sei.¹⁴⁰ Die analoge Klage spiegele die Praxis der Prätores und auch der Kaiser und ihr Streben nach *aequitas* wider. Damit befindet sich Riccobono jedenfalls damit im Einklang mit neueren Stimmen, die den Text für sachlich echt halten.¹⁴¹

5.4. Die Gesamtschuld

Zwei zentrale Texte zur Gesamtschuld versteht Riccobono erneut im Sinne seiner Entwicklungsthese, und in beiden Punkten wird man ihm auch heute noch weitgehend zustimmen wollen. Zunächst D. 45.2.9 pr.: Papinian spricht sich darin für eine Übertragung des Solidaritätsprinzips von der (gut dokumen-

¹³⁷ Vgl. die Nachweise bei Schnabel, *Adiectus* (Fn. 136) 166 in Fn. 879 (167).

¹³⁸ S. Riccobono, *Lineamenti della dottrina della rappresentanza diretta in Diritto Romano*, in *AUPA* 14, 1930, 402, 429; ders., *Corso II* (Fn. 2) 32.

¹³⁹ Riccobono, *Lineamenti* (Fn. 138) 432 f.

¹⁴⁰ Riccobono, *Lineamenti* (Fn. 138) 434 f.; ders., *Corso II* (Fn. 2) 38 ff.

¹⁴¹ J.F. Stagl, *Favor dotis*, Wien u. a. 2009, 147 ff.; G. Finazzi, *Il contratto a favore di terzo proprio nell'esperienza giuridica romana*, in C. Russo Ruggeri (Hg.), *Studi in onore di Antonino Metro*, II, Milano 2010, 438 ff.; im Ergebnis auch Schnabel, *Adiectus* (Fn. 136) 156-166.

tierten) Stipulation auf andere (weit weniger gut belegte) Verträge wie *depositum*, *commodatum*, *emptio venditio* und *locatio conductio* aus.¹⁴² Stammt die Generalisierung von Papinian oder von Justinian? Riccobono widersteht auch hier, und mit vollem Recht, dem in seiner Zeit üblichen Schwarz-Weiß-Denken und redet einer Entwicklung das Wort; denn sonst erliegt man nur allzu leicht der Gefahr, diejenigen Texte, die zum vorausgesetzten System nicht passen, für unecht zu erklären und letztlich zirkulär zu argumentieren.¹⁴³ Riccobono hält die Auffassung, die Ausdehnung auf nichtverbale Verträge sei justinianisch, für „absurd“ und plädiert nicht nur für eine Rechtsentwicklung seit Papinian, der die Kompilatoren mit einer Überarbeitung des Texts Rechnung getragen hätten, sondern ist sich auch sicher, dass schon Papinian wenigstens für das zunächst genannte *depositum* die Möglichkeit einer Gesamtschuld anerkannt habe. Für möglich hält er es zudem, dass bereits Papinian die Ausdehnung auf einzelne weitere Verträge erlaubt habe; denn schließlich stamme der Text aus Papinians *quaestiones*. Erneut erscheint Justinian nur als Vollender einer Entwicklung, nicht als großer Reformator.¹⁴⁴

Die zweite zentrale Stelle ist die Reformkonstitution Justinians CI. 8.40.28 von 531, die die Gesamtwirkung der *litis contestatio* für die Gesamtschuld abschafft und Solutionskonkurrenz einführt.¹⁴⁵ Demnach hat also nur die vollständige Leistung an den Gläubiger Gesamtwirkung für alle Gesamtschuldner. Riccobono verweist auf Justinian selbst, der sich ausdrücklich auf die bereits vor ihm anerkannte Solutionskonkurrenz zwischen (Kredit-)Auftraggebern bezieht (*quemadmodum in mandatoribus statutum est*). Schon lange vor Justinian habe man offenbar den Nachteilen des klassischen Systems ein Ende bereiten wollen; die Reformkonstitution sei nicht Ausdruck gesetzgeberischer Willkür, sondern beschließe auch hier wieder nur eine lange Entwicklung.¹⁴⁶

¹⁴² D. 45.2.9 pr. (Pap. 27 *quaest.*): *Eandem rem apud duos pariter deposui utriusque fidem in solidum secutus, vel eandem rem duobus similiter commodavi: fiunt duo rei promittendi, quia non tantum verbis stipulationis, sed et ceteris contractibus, veluti emptione venditione, locatione conductione, deposito, commodato testamento, ut puta si pluribus heredibus institutis testator dixit: „Titius et Maevius Sempronio decem dato“.*

¹⁴³ Dazu Th. Finkenauer, *Duo rei – Neues von der Gesamtschuld*, in ZRG RA 130, 2013, 166.

¹⁴⁴ Riccobono, *Corso II* (Fn. 2) 79 ff., 83; zur Stelle aus neuerer Zeit vor allem Ph. Schmieder, *Duo rei. Gesamtschuldner im römischen Recht*, Berlin 2007, 164, 167 und *passim*.

¹⁴⁵ CI. 8.40.28.2 (Iust., a. 531) *Idemque in duobus reis promittendi constituimus, ex unius rei electione praeiudicium creditori adversus alium fieri non concedentes, sed remanere et ipsi creditori actiones integras et personales et hypothecarias, donec per omnia ei satisfiat.*

¹⁴⁶ Riccobono, *Corso II* (Fn. 2) 99.

5.5. Die dingliche Stipulation

Nach Gai 2.31 können an Provinzboden mittels *pactiones et stipulationes* Dienstbarkeiten und Nießbräuche begründet werden. Riccobono hält es wegen der Ausdrucksweise von Gaius für ausgeschlossen, an der dinglichen Wirksamkeit dieses Bestellungsakts zu zweifeln, zu Recht.¹⁴⁷ Die Wirksamkeit der *pactiones et stipulationes* trete zwar nicht nach dem *ius Quiritium*, wohl aber aufgrund der *tuitio praetoris* ein; der Prätor gewährte Schutz mit Einreden, Interdikten und der analogen *actio Publiciana* (Ulpian D. 6.2.11.1). Angesichts der im Vergleich zu den zivilen Bestellungsformen größeren Flexibilität (etwa im Hinblick auf Bedingungen oder Befristungen, die entgegen Papinian D. 50.17.77 bei der prätorischen Servitut zulässig gewesen seien) habe sich die prätorische Bestellungsform aus praktischen Gründen notwendig auch auf italische Grundstücke ausdehnen müssen;¹⁴⁸ auch dies eine überzeugende Annahme.¹⁴⁹

Im dogmatischen Streit darüber, ob Gaius mit *pactiones et stipulationes* im Sinne des Theophilos I. 2.3.4 und der damals wie heute herrschenden Auffassung eine Kombination aus *pactum* und (Vertragsstrafen-)Versprechen meinte¹⁵⁰ oder ihm entweder eine Bestellungsabrede oder eine entsprechende Stipulation genüge, nimmt Riccobono 1922 zunächst Partei für die letztgenannte Auffassung: Julian D. 45.1.56.4 *i.f.* betreffe eindeutig nicht die (häufige) *promissio servitutis*, sondern beziehe sich (für Provinzboden) „offenbar auf die Bestellung einer Servitut mit Hilfe einer Stipulation“,¹⁵¹ auch Papinian behandle in D. 8.1.4 pr. die *exceptio* gegen eine durch Stipulation begründete Servitut¹⁵² und Afrikan in D. 8.3.33.1 trotz starker Überarbeitung durch die Kompilatoren ausdrücklich die durch *pactio vel stipulatio* begründete Servitut am Provinzboden.¹⁵³ Für diese Auffassung spricht auch heute viel.¹⁵⁴ Erstaunlicher-

¹⁴⁷ So auch heute die herrschende Meinung, s. Th. Finkenauer, *Vererblichkeit und Drittwirkungen der Stipulation im klassischen römischen Recht*, Tübingen 2010, 335 ff. m. weit. Nachw.

¹⁴⁸ S. Riccobono, *Dies e condicio nella costituzione delle servitù su fondi italici e su fondi provinciali* (Fr. 4 D. VIII, I), in *TR* 3, 1922, 357; ders., *Prassi* (Fn. 12) 342; ders., *Corso* II (Fn. 2) 251; ders., s.v. *Stipulatio* (Fn. 10) 447.

¹⁴⁹ Finkenauer, *Stipulation* (Fn. 147) 343 ff.

¹⁵⁰ Statt vieler B. Windscheid / Th. Kipp, *Lehrbuch des Pandektenrechts*⁸, I, Frankfurt a.M. 1900, § 212 Anm. 1; E. Rabel, *Zu den sogenannten praetorischen Servituten*, in *Mélanges P. F. Girard*, II, Paris 1912, 391; Kaser, *Privatrecht* I (Fn. 108) 445 mit Fn. 63; G. Grosso, *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*², Torino 1958, 357, 359.

¹⁵¹ Riccobono, *Dies* (Fn. 148) 341 f. und ausdrücklich 343 in Fn. 1.

¹⁵² *Op. ult. cit.* 342.

¹⁵³ *Op. ult. cit.* 353 f.

¹⁵⁴ S. schon S. Perozzi, *Modi pretorii d'acquisto delle servitù*, in *RISG* 23, 1897, 24 f.; H. Krüger,

weise zitiert Riccobono den Aufsatz von 1922 in seinem Handbuchartikel nicht mehr und spricht auch nur davon, dass beides, *pactio* und *stipulatio*, zur Bestellung einer Servitut notwendig gewesen sei.¹⁵⁵ Ausführlicher nimmt er in seiner Vorlesung von 1934-1935 Stellung: Hier findet sich von seiner Auffassung, dass eine Abrede *oder* eine Stipulation genügt hätten, nichts mehr; Riccobono ist offenbar auf die herrschende Linie eingeschwenkt, nach der es sich bei den *pactiones et stipulationes* um eine Kombination aus *pactum* und Vertragsstrafenversprechen handelt. Er betont jedoch, dass der prätorische Schutz schon in klassischer Zeit erreicht worden sei und sich bei Justinian in dieser Hinsicht nichts Neues finde.¹⁵⁶

6. Schluss

Riccobonos Arbeiten über die Stipulation war ein großer Erfolg beschieden;¹⁵⁷ auch in neueren Darstellungen werden sie häufig zitiert.¹⁵⁸ Das ist ungewöhnlich, wenn man bedenkt, dass seine Studien aus der Hochzeit der Interpolationenforschung stammen. Zu Recht bescheinigt sein Schüler Biondi dem Stipulationsbuch, dass es auch 35 Jahren nach Erscheinen des zweiten Aufsatzes 1922 immer noch grundlegend sei.¹⁵⁹ Ursache für die auch heute noch bestehende „Lesbarkeit“ seiner Arbeiten ist Riccobonos im Grunde konservativer methodischer Ansatz, der die Exzesse der Interpolationenforschung seiner Zeit vehement zurückweist. Gerade weil er einer organisch sich seit der

Die prätorische Servitut, Münster 1911, 4; sowie C. Möller, *Die Servituten. Entwicklungsgeschichte, Funktion und Struktur der grundstücksvermittelten Privatrechtsverhältnisse im römischen Recht*, Göttingen 2010, 333 und Finkenauer, *Stipulation* (Fn. 147) 360 ff., 399.

¹⁵⁵ Riccobono, s.v. *Stipulatio* (Fn. 10) 447.

¹⁵⁶ Riccobono, *Corso* II (Fn. 2) 249 ff., 255.

¹⁵⁷ S. z.B. bereits H. Siber, *Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung*, I-II, Berlin 1925, 1928 (Nachdr. Darmstadt 1968) 178; G. Cornil, *Cause et conséquences de l'apparition tardive de l'animus novandi*, in *Mélanges Paul Fournier*, Paris 1929, 107-110; dens., *Explication de la règle 'Alteri nemo stipulari potest'*, in *Studi in onore di Salvatore Riccobono nel XL anno del suo insegnamento*, IV, Palermo 1936, 243 im Hinblick auf Pedius bei Ulpian D. 2.14.1.3; J.C. van Oven, *Leerboek van Romeinsch privaatrecht*, Leiden 1948, 208 f., 217; F. Schulz, *Classical Roman Law*, Oxford 1951, 483.

¹⁵⁸ S. etwa Biondi, *Contratto* (Fn. 7) 121, 212, 295, 301, 308 f., 317, 340, 343; Arangio-Ruiz, *Istituzioni*¹⁴ (Fn. 135) 326, 330; D. Simon, *Studien zur Praxis der Stipulationsklausel*, München 1964, 29, 33, aber auch 38; A. Guarino, *Diritto privato romano*¹², Napoli 2001, 822, 840; Kaser, *Privatrecht* I (Fn. 108); dens., *Das römische Privatrecht*, II, München 1975, 366, 370, 374-379, 381 f., 458; Finkenauer, *Wie formal* (Fn. 132) 104 f. (zu Leos Konstitution), aber auch 107 (zu *quid ni?* und zum *medium intervallum*).

¹⁵⁹ Biondi, *Rez.* (Fn. 24) 177.

Republik entwickelnden, genuin römischen Stipulation das Wort redet, muss er viele Texte, die zu seiner Zeit als justinianisch (und östlich-hellenistisch verderbt) verdächtigt wurden, für echt halten. Das gilt namentlich für den Vorrang der *voluntas* vor den *verba* und die Bedeutung des Konsenses, weshalb er auch bereits mit der einen oder anderen Abschwächung der klassischen Formstrenge rechnen konnte. Mit Recht wurde Riccobono als Vorreiter der letztlich von Kaser besiegelten Abkehr von einem grundsätzlich textkritischen Ansatz bezeichnet.¹⁶⁰ Ihm ist damit das Schicksal vieler Romanisten der ersten Hälfte des 20. Jh. weitgehend erspart geblieben, im modernen Schrifttum bestenfalls als textkritisches Kolorit und damit als Beispiel einer längst vergangenen Methode zitiert zu werden. Viele seiner Ergebnisse sind noch heute gültig,¹⁶¹ weshalb es sich stets empfiehlt, Riccobono zu konsultieren, auch wenn viele seiner Interpolationsannahmen aus heutiger Sicht übertrieben erscheinen.

¹⁶⁰ Varvaro, *Circolazione* (Fn. 39) 70 in Fn. 94. S. zu Kaser dessen Studie „Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung“, in *Österreichische Akademie der Wissenschaften, Philosophisch-historische Klasse. Sitzungsberichte*, 227, 5. Abhandl., Wien 1972.

¹⁶¹ So auch schon B. Albanese, *Salvatore Riccobono*, in *AUPA* 26, 1957, 696.

Tomasz Giaro

(Uniwersytet Warszawski)

ROMAN LAW AND CONSENSUAL RATIONALITY

1. Law as the art of compromise

Politics has frequently been portrayed as “the art of compromise”.¹ Are we entitled to say the same of law? The specificity of juristic rationality was addressed with penetrating insight 150 years ago by the Prussian public prosecutor Julius Hermann von Kirchmann (1802-1884). This lawyer, more widely known for his witty statement about the three words by which the legislator turns legal libraries into waste, also formulated in the same lecture on the non-scholarly nature of legal doctrinal writings, a somewhat deeper assertion disguised as a rhetorical question: “What will we say about a mathematician who would propose a compromise to persons begging the settlement of their mutual pretensions?”²

Certainly, we know very well that such a mathematician would bring shame on himself. But what about a lawyer acting in the same way? Well, he would certainly be applauded. As a matter of fact, the capacity to draft and settle compromises is a fundamental virtue of all legal professionals whether active in the sectors of law-making or the practical application of law. Moreover, the compromissorial art of juristic rationality has manifested itself regularly in our past accumulated experience of legal development and continues to do so. Settlements and compromises have indeed been on the agenda of every lawyer since Roman times.

Legal history shows that the positivist theory of law as command, which stems in the common law culture from John Austin (1790-1859), and in the continental system from German lawyers Rudolf von Jhering (1819-1892) and

¹ D.J. Boudreaux / D.R. Lee, *Politics as the Art of Confined Compromise*, in *Cato J.* 16.3, 1997, 365.

² J.H. v. Kirchmann, *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft. Vortrag in der Juristischen Gesellschaft zu Berlin 1848*, Darmstadt 1969, 25, 37.

August Thon (1839-1912), concluded its short reign at the end of the 19th century.³ Both before and since – except for periods of extreme absolutism – law, which was held to consist essentially in the positivisation of custom, was never viewed as the exclusive preserve of the state.⁴ Moreover, its validity had, and continues to have, much more to do with consensus than with command.⁵ Agreements and accommodations appear constantly in the lawyer's work in consequence of its practical and, to a certain extent, political function. In legislation, only the role of compromise makes comprehensible the adoption by parliaments of vague statutory clauses that serve to shift political quarrels to the apparently technical level of the applicative discourse. In consequence, the quarrels are postponed or at least temporarily defused.

However, prior to the emergence of the positivistic command theory, not only the law, but also the state itself were generally considered products of consensus or even contract. This way of thinking is implied by the ideology of social contract, starting with the Athenian sophists of the 5th century BC, continuing through to thinkers of the early modern Law of Reason, such as Thomas Hobbes, John Locke, Samuel Pufendorf and Jean-Jacques Rousseau, right up to the contemporary contractual theories of justice of John Rawls, Robert Nozick, David Gauthier and James M. Buchanan.⁶

Even if the ideology of social contract is predominantly associated with the political philosophy of moderate liberalism, its extreme variants too – absolutist with Hobbes as well as democratic with Rousseau – are known. Also conservative thinkers who, in the manner of Edmund Burke (1723-1795) in his “Reflections on the French Revolution”, substitute the social contract, which must be more or less fictitious, with the more substantial concept of tradition, interpret it frequently as a (pseudo-)consensual partnership between the past, present and future, i.e. between the generations of grandfathers, fathers and sons.⁷

³ O. Behrends, *War Jbering ein Rechtspositivist?*, in Id. (ed.), *Privatrecht heute und Jberings evolutionäres Rechtsdenken*, Köln 1993, 133 f.; T. Giaro, *Römische Rechtswahrheiten. Ein Gedankenexperiment*, Frankfurt a.M. 2007, 17.

⁴ J. Gilissen, *La loi et la coutume dans l'histoire du droit depuis le haut moyen âge*, in *Rapports généraux au VI^e Congrès international de droit comparé*, Bruxelles 1962, 53-99; P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano 2001, 26-35.

⁵ G. Jakobs (ed.), *Rechtsgeltung und Konsens*, Berlin 1976; K. Lüderssen, *Juristische Topik und konsensorientierte Rechtsgeltung*, in N. Horn et al. (eds.), *Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart. Festschrift Helmut Coing zum 70. Geburtstag*, I, München 1982, 549-564.

⁶ J. Gajda, *Prawo natury i umowa społeczna w filozofii przedsokratejskiej*, Wrocław 1986; C. Porębski, *Umowa społeczna. Renesans idei*, Kraków 1999.

⁷ H.J. Berman, *Law and Revolution, II. The Impact of Protestant Reformations on the Western Legal Tradition*, Cambridge MA / London 2003, 14; Giaro, *Rechtswahrheiten* (n. 3) 597.

Traditionally, European legislation manifested strong contractual features: it suffices to recall the statutes of the first German Empire (*Altreich*) which were agreements between the emperor and the jointly acting estates, or the so-called *pacta conventa* and confederations of the Polish-Lithuanian Commonwealth.⁸ The original meaning of the word *Verfassung*, known in Germany from the middle of the 14th century, which today means only “constitution”, covered also the semantic field of agreement and amicable dispute settlement.⁹

Evidently, contract is not always a mere isolated discrete event of private law, based on mutual accord between two parties and deployed with banal regularity in legal life (if necessary, many times a day). In the chapter on “The Constitution as Contract” of Carl Schmitt’s “Constitutional Theory”¹⁰ the author introduces the concept of the ‘status contract’, which defies the traditional image of the passage from status to contract, popularized by Henry Sumner Maine. As a matter of fact, the Schmittian status contract is a particular type of contract characterized by long duration and implying existential commitment of the entire person.

From the vantage of strength of normativity, agreement does not differ significantly from statute, a circumstance which is already attested by the Roman expressions *lex privata* and *lex contractus*. They signify a law dictated by a subject in respect of its own concerns or for the governance of its own property (*lex rei suae dicta*) and accepted by the opposite party in the framework of a legal transaction.¹¹ Or consider the famous art. 1134 *code civil*, imitated throughout the world, according to which legally concluded agreements bind the parties with the force of statute.¹²

In like manner, the drive to increase the effectiveness of public administration, evident today in the framework of Western public law, involves its contractualization, extending from consensual methods of dispute settlement to labor-only contracting, to the contractual handling of the whole administrative sphere. Public administration becomes, to this extent, saturated with elements

⁸ H. Mohnhaupt, *Grundlinien in der Geschichte der Gesetzgebung auf dem europäischen Kontinent*, in *ZNR* 28, 2006, 153 f.

⁹ M. Kaser, *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode*, Wien / Köln 1986, 70-83; H. Mohnhaupt / D. Grimm, *Verfassung. Zur Geschichte des Begriffs*, Berlin 1995, 22 f.

¹⁰ C. Schmitt, *The Constitutional Theory* (German edition 1928; translated by Jeffrey Seitzer), Durham / London 2008, 112-124, 118.

¹¹ S. Meder, *Ius non scriptum – Traditionen privater Rechtsetzung*², Tübingen 2009, 94 f.

¹² H. Mohnhaupt, *Vertragskonstruktion und fingierter Vertrag*, in J.-F. Kervégan / H. Mohnhaupt (eds.), *Gesellschaftliche Freiheit und vertragliche Bindung*, Frankfurt a.M. 1999, 9-31.

of private law.¹³ The classical liberal night-watchman state with all its deficits of insufficient protection of the weak comes back.

This type of state finds, however, its archetype already in republican Rome whose city-state was defined by Livy, *Ab urbe condita* 23.49.3, as a public organization (*res publica*) whose business was administered through private funds or with the help of private money (*privata pecunia*). This state was completely bereft of bureaucracy and consequently, of economic administration as well as public entrepreneurship. For this reason the Roman censors had to lease public revenue-producing property and put out to tender public works by way of auctions and censorial locations.¹⁴

We must also remember that today, bilateral and multilateral treaties are almost exclusive sources of public international law; they assume still more frequently the flexible shape of soft law.¹⁵ So the contract appears as an instrument of universal nature, applicable also far from its native field of private law. In view of consensual and even participative democracy, and law-making through negotiations, arrangements, understandings and agreements, as well as by permanent accommodations, the concept of agreement as a source of law has long lost its paradoxical feel.¹⁶ Obviously, negotiations that are more apparent than real and imposed agreements also occur in legal practice.

In Rome, every public statute is considered essentially a collective contract (*communis rei publicae sponsio*). This opinion was expressed by Roman lawyers active at the end of the 2nd and the beginning of the 3rd century, Papinian (D. 1.3.1) and Marcian (D. 1.3.2). They follow in this respect a much earlier Athenian orator, Demosthenes who died in the 4th century BC.¹⁷ Adopting a Platonic motive as his foundation (*Republic* IV, 432a) the Roman Cicero assimilated the figure of harmony in music to the accord of interests within a state, characterized by him in terms of both *concordia* and *consensus* (*de re publ.* 2.42.69).¹⁸ In

¹³ J. Petit, *A Reappraisal of the Distinction between Administrative Contracts and Private Legal Contracts in French Law*, in M. Ruffert (ed.), *The Public-Private Law Divide*, London 2009, 283-296.

¹⁴ U. Malmendier, *Societas publicanorum. Staatliche Aktivitäten in den Händen privater Unternehmer*, Köln / Weimar 2002, 49 f.; L. Maganzani, *Analisi economica e studio storico del diritto*, in *Iura* 53, 2002, 216-242.

¹⁵ P. Kwiatkowski, *Soft Law in International Governance*, in *Adam Mickiewicz University Law Review* 7, 2017, 93-103.

¹⁶ R. Portmann, *Legal Personality in International Law*, Cambridge 2010, 45.

¹⁷ M. Ducos, *Les Romains et la loi. Recherches sur les rapports de la philosophie grecque et de la tradition romaine à la fin de la République*, Paris 1984, 123; M.A. Messina, *Sui libri definitionum di Emilio Papiniano. Definitio e definire nell'esperienza giuridica romana*, in *AUPA* 45.2, 1998, 244-246.

¹⁸ C. Cascione, *Consensus. Problemi di origine, tutela processuale, prospettive sistematiche*, Napoli 2003, 6 f. and n. 24.

the legislative practice of the Roman republic, the absolute majority of statutes displayed in fact the features of political compromise: at the beginning between patricians and plebeians, later on between senators (*nobilitas*) and knights (*equites*), and at the end between *optimates* and *populares*.¹⁹

Customary law differs from statutory in respect of its consensual and – consequently – compromissorial nature only in that the agreement is not reached in public debate, but is extracted in the juristic discourse directly from social practices. In ancient Rome, customary law was reduced – in contrast to statutes which were the explicit subject of votes – to that body of norms which attracts the silent acceptance of the Roman people. This is the understanding of customary law favored by the renowned lawyer from the middle of the 2nd century, Julian, who reduces it to the silent agreement of all (D. 1.3.32.1: *tacitus consensus omnium*), as well as by the anonymous author of the work *Ulpiani Epitome* (Tit. Ulp. 1.4) who mentions *tacitus consensus populi*, and the lawyer from the reign of Diocletian, Hermogenian, who applies the similar term *tacita civium conventio* (D. 1.3.35).²⁰

In this way consensus, which – it is worthwhile stressing once again – signifies in the last resort compromise, appears as the central concept of Roman politics and Roman constitutionalism, based not on legislation, but on legal principles extracted from custom. A clear consensual element appears already in the definition of the Roman city-state quoted by Cicero as being a social community, or even partnership, united by the *iuris consensus* in the meaning of acknowledgment of the same law (*de re publ.* 1.25.39; 3.33.45).²¹ This makes the Roman state into a collective work of many ages and generations (*ibid.* 2.2).²²

An identical consensual element appears in the Ciceronian program of the coalition between the two Roman orders: senators and knights (*concordia ordinum*), based on the consent of all good citizens (*consensus omnium bonorum*). The latter was promoted by Cicero in his political speeches (*in Catil.* 1.1.1; *pro Sest.* 1.53) as well as in private correspondence (*ad Att.* 1.19.4; 2.19.4; *ad fam.* 5.2.8).²³ Not much later, the concept of social harmony re-

¹⁹ P.A. Brunt, *The Fall of the Roman Republic and Related Essays*, Oxford 1988, 32-45.

²⁰ Cascione, *Consensus* (n. 18) 131-160; M. Avenarius, *Der pseudo-ulpianische liber singularis regularum*, Göttingen 2005, 170-173; Giaro, *Rechtswahrheiten* (n. 3) 208 f.

²¹ Cascione, *Consensus* (n. 18) 65-70; E. Asmis, *The State as Partnership. Cicero's Definition of the res publica in his Work On the State*, in *History of Political Thought* 25.4, 2004, 575 f., 579 f.

²² T. Giaro, *Dogmatische Wahrheit und Zeitlosigkeit in der römischen Jurisprudenz*, in *BIDR* 90, 1987, 33 f.

²³ Brunt, *The Fall* (n. 19) 54-66.

turned in the somewhat stronger guise of *consensus universorum* (*Res gestae* 34) as the ideological foundation of the Principate of Augustus.²⁴

In contrast to constitutional law, legal dogmatic discourse in private law is very rarely faced with choices which are this radical. The necessity of settlements and compromises bestows upon it, today as in ancient times, a note of direct practicality and commonsensical prudence which reliably distinguishes it from the exact and empirical sciences, and even from the somewhat “harder” social disciplines, such as political economy or sociology. Incidentally, the dogmatic mentality belongs to a type of restricted or bounded rationality which is limited not only – as is scholarship of any kind – by empirical facts,²⁵ but also by directly normative sources of law.²⁶ The modification of these requires, exactly in the same way as legislative and judicial law-making, a consensus of interested persons (*communis opinio*) which is impossible without a considerable dose of compromise.²⁷

Juristic compromise is clearly visible not only in the practical administration of justice, but also in numerous procedural institutions. The arbitration court was well known in Rome as well as in Athens.²⁸ However, even in the regular civil procedure, the Roman praetor was expected to bring about a compromise (*transactio*) between the parties or at least to recognize unconditionally their mutually agreed terms of settlement at any stage of the process.²⁹ Albeit that in criminal procedure, compromise was decidedly more difficult to reach, in substantive criminal law, according to the Ulpianic principle *volenti non fit iniuria* (D. 47.10.1.5 to a willing person, no injury is done), the consent of the victim excluded wrongfulness.³⁰

In the current criminal procedure of continental countries, aiming in its inquisitorial model to discover the objective material truth, its determination is frequently restricted by evidential limitations based mostly on human rights.³¹ Moreover, this truth, along with its ramifications in terms of fault and pun-

²⁴ Ducos, *Les Romains* (n. 17) 194-202; Cascione, *Consensus* (n. 18) 82-91.

²⁵ M. Ogaki / S.C. Tanaka, *Behavioral Economics: Toward a New Economics by Integration with Traditional Economics: Toward a New Economics by Integration with Traditional Economics*, Springer Singapore 2017, 71-82.

²⁶ T. Giaro, *Wykładnia bez kodeksu*, in P. Winczorek (ed.), *Teoria i praktyka wykładni prawa*, Warszawa 2005, 15; W. Weigel, *Economics of the Law. A Primer*, London / New York 2008, 22 f.

²⁷ Meder, *Ius non scriptum* (n. 11) 153-184.

²⁸ D. Roebuck / B. de Loynes de Fumichon, *Roman Arbitration*, Oxford 2004.

²⁹ M. Kaser / K. Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*², München 1996, 241, 352, 378, 592.

³⁰ M. Kuryłowicz, *Paul. D. 47.10.26 und die Tatbestände der römischen iniuria*, in *Labeo* 33, 1987, 300-302.

³¹ J.F. Beltrán, *Prova e verità nel diritto*, Bologna 2004, 42-56.

ishment, has for decades already – as the object of opportunistic procedural mediations and negotiations – been highly conventional.³² And if, in acknowledgment of the pragmatic reality, the preparatory procedure is also included, the possibilities of reaching compromise are even broader in the framework of so-called plea bargaining and other consensual substitutes for full trial.³³

The same conventional nature – which implies to a great extent its consensual, and in the last resort compromissorial, character – affects contemporary civil procedure, which traditionally makes frequent use of compromise and recently also of mediation and arbitration. In a similar way, today's civil procedure follows the adversarial and dispositive system as well as the principle of formal truth. After the short intermezzo of so-called 'real socialism', this truth has come to dominate again the continental law of civil procedure during the 21st century.³⁴ Hence, the judicial truth of private law also rests ever increasingly on compromise, an outcome dictated to a high degree by the economics of legal costs.³⁵

Only against the background of consensus, gradually achieved in a given community of interpreters, which obviously in turn depends on the openness to compromise of the actors involved, may we determine whether a judicial sentence is a mere isolated aberration in the art of administering justice or, conversely, a starting point for a new direction in the jurisprudence. The possibility of judicial determinations *contra legem*, but still *secundum ius*, was postulated in cases of necessity already by the German professor of civil procedure Oskar Bülow (1837-1907).³⁶ The concept of interpretive community surpasses in this sense the limits of the judiciary, composed of judges only, referring rather to the system of values accepted in society as a whole.³⁷

As a matter of fact, it is only in the realm of law that we are able to accede so openly to what we read in the medieval gloss *usum imperatorum* (*ad D. 33.10.3.5*), namely that the common mistake (*error communis*) might be considered as truth (*veritas*).³⁸ The validity of a judicial determination *contra legem* has to be regarded as a consequence of the normative force of the factual, a con-

³² M. van de Kerchove, *La vérité judiciaire*, in *Déviance et Société* 24, 2000, 95-101.

³³ F. Bittmann, *Consensual Elements in German Criminal Procedural Law*, in *German Law Journal* 15, 2014, 15-42.

³⁴ Ł. Łukowski / B. Żukowski, *Zasady tzw. „prawdy materialnej” i „prawdy formalnej”: analiza logiczno-filozoficzna i przeglądowa*, in *AUL. FI* 73, 2014, 49-61.

³⁵ J. Rödiger, *Einführung in eine analytische Rechtslehre*, Berlin 1986, 117-18; P. Häberle, *Wahrheitsprobleme im Verfassungsstaat*, Baden-Baden 1995, 25-26; Giaro, *Rechtswahrheiten* (n. 3) 598.

³⁶ Giaro, *Rechtswahrheiten* (n. 3) 85 f., 90; T. Spyra, *Granice wykładni prawa*, Kraków 2006, 71.

³⁷ J. Neuner, *Die Rechtsfindung contra legem*², München 2005, 71-77, 196 f.

³⁸ E. Cortese, *La norma giuridica. Spunti teorici*, II, Milano 1964, 105; Giaro, *Rechtswahrheiten* (n. 3) 59 f.; P. Ciacli / I. Mihnea, *Error communis facit jus*, in *IPEDR* 17, 2011, 291-295.

ception famously formulated by Georg Jellinek (1851-1911). Its counterpart is the political revolution, which attempts to construct a new legal system upon the ruins of the old. It is only with the passage of time that the situation of the old order's suspension may come to appear clearly and definitely as either an abortive coup d'état or conversely as the solid foundation of a new legality.

2. The lawyer's job

Obviously, the typical task of the lawyer is rather to unearth the desired solution from the body of law then in force as contrasted with advocating radical legal reforms or, all the more, instigating revolutions. In this sense, the administration of justice follows the Aristotelian recommendation that the judge should fill the gaps in the law in the same way as the legislator himself would have, had he been present in court (*Eth. Nic.* V.10, 1137b 22-24).³⁹ The same function is on display in the concept of *tacita lex* in the sense of a tacitly accepted statute (Cic. *pro Tull.* 21.51) or the scheme of a silent exception (*tacita exceptio*), known to the rhetoric of Cicero (*de inv.* 2.140) and to the ethics of Seneca (*de benef.* 4.39.4).⁴⁰

The opposite of *consensus* conceived of as a solution based on the golden middle, would presumably be an extreme solution, an outcome frequently characterized in Roman jurisprudence as absurd. Discursive elimination of legal absurdities is effected with the help of a scheme of reasoning known at least since Zeno of Elea, a Greek thinker born about 490 BC. Zeno defended the Parmenidean monism against the suspicion of being ridiculous with the argument that the assumption of plurality implies much greater inanities than that of unity (Plat. *Parmen.* 128d).⁴¹ This scheme is commonly called indirect or apagogic proof, and in Latin *deductio (reductio) ad absurdum*.

In this way we prove the reasonableness of a legal solution by demonstrating that its contrary is unacceptable from a praxeological or axiological standpoint,⁴² mostly in view of its inadmissible consequences.⁴³ This argument is obviously

³⁹ W. Waldstein, *Zur juristischen Relevanz der Gerechtigkeit bei Aristoteles, Cicero und Ulpian*, in M. Beck-Mannagetta et al. (eds.), *Der Gerechtigkeitsanspruch des Rechts. Festschrift für Theo Mayer-Maly zum 65. Geburtstag*, Wien / New York 1996, 19 f.

⁴⁰ T. Giaro, *Excusatio necessitatis nel diritto romano*, Warszawa 1982, 25, 40.

⁴¹ W. Kneale / M. Kneale, *The Development of Logic*, Oxford 1978, 7 f.; R. Reggi, *L'interpretazione analogica in Salvo Giuliano*, in *Studi Parmensi* 4, 1974, 155; J. Mansfeld, *Die Vorsokratiker*, II. *Zenon, Empedokles, Anaxagoras, Leukipp, Demokrit*, Stuttgart 1986, 8-25.

⁴² Z. Ziemiński, *Practical Logic*, Warszawa / Dordrecht 1976, 250 f.

⁴³ M.R. Deckert, *Folgenorientierung in der Rechtsanwendung*, München 1995, 227-232; K.

more frequently applied if the administration of justice, saturated with the pragmatic-teleological spirit, is oriented instrumentally towards the practical result (*output*). On the other hand, if the courts follow a positivistic deductive orientation, concentrated on the premises (*input*), the argument *ab absurdo* is acknowledged only exceptionally, because it goes no further than indicating conclusions which are at best probable.⁴⁴

At the same time, this scheme of reasoning is to be found also in legal systems of positivistic type, including within the method of statutory interpretation accepted at the end of the 19th and the beginning of the 20th century by American legal formalism, which had its foundations variously in the assumptions underpinning so-called textualism and intentionalism.⁴⁵ However, the new American textualism reproaches the traditional absurdity doctrine with a breach of equilibrium between the legislature and the judiciary, postulated by the liberal-democratic ideology, as well as with a failure to respect legislative compromises. In this way, the political implications of the apparently simple question – whether we are expected to strictly observe the letter of the law or not – become evident.⁴⁶

Also in Europe, on the continent as well as in Great Britain, the traditional consequentialist lines of argumentation, including the old interpretive golden rule for avoiding absurdity, encounter a whole series of positivist objections. Such forms of argumentation offend against the principles of democracy and separation of powers, and in particular the subordination of the judiciary to the legislature, facilitating misuse of the courts for political aims and undermining legal certainty.⁴⁷ However, after the traditional theory of interpretation had questioned the legislator's will as a fundamental interpretive construct, which happened for the first time already a good two centuries ago,⁴⁸ the output oriented consequentialist reasoning gained momentum.

Given the doubtful legitimacy of the *argumentum ab absurdo*, the theorists

Płeszka, *Uzasadnianie decyzji interpretacyjnych przez ich konsekwencje*, Kraków 1996; D.A. Farber, *The Hermeneutic Tourist*, in *Cornell L. Rev.* 81, 1996, 514.

⁴⁴ T. Giaro, *Absurditätsargumente in der römischen Jurisprudenz*, in *OIR* 11, 2006, 31-61.

⁴⁵ H.Y. Levin, *Intentionalism Justice Scalia Could Love*, in *Constitutional Commentary* 30.1, 2015, 89-99.

⁴⁶ J.F. Manning, *The Absurdity Doctrine*, in *Harv. L. Rev.* 116, 2003, 2402; G. Staszewski, *Avoiding Absurdity*, in *Indiana Law Journal* 81, 2006, 1006 f.

⁴⁷ Deckert, *Folgenorientierung* (n. 43) 13-22; J.B.M. Vranken, *Exploring the Jurist's Frame of Mind*, *Deventer* 2006, 86 f.; Giaro, *Rechtswahrheiten* (n. 3) 613; Spyra, *Granice* (n. 36) 91 f., 188-191.

⁴⁸ A.F.J. Thibaut, *Theorie der logischen Auslegung des römischen Rechts*², Altona 1806, 36; J. Lukas, *Zur Lehre vom Willen des Gesetzgebers*, in *Staatsrechtliche Abhandlungen. Festgabe für Paul Laband zum fünfzigsten Jahrestage der Doktor-Promotion*, I, Tübingen 1908, 398-427; D. Simon, *Juristische Logik und richterliche Tätigkeit*, in *ZVglRWiss* 81, 1982, 80.

of legal argumentation locate it usually at the very end of their catalogue of arguments, hence at the antipodes of the simple subsumption.⁴⁹ However, the *argumentum ab absurdum* is in reality a kind of meta-argument or, maybe, a supra-argument. In this way, we are able to discredit not only callous deductions, invoking the principle *summum ius summa iniuria*, but also any other juristic reasoning. It concerns in particular analogies or arguments *a contrario* and *a fortiori*, which in a given situation may prove either rational or – if they generate nonsensical results – highly irrational, i.e. absurd.

In its enthymematic form, the argument *ab absurdo*, involving almost automatic rejection of unreasonable extreme solutions based on a rigid “all-or-nothing”-scheme, appears in nearly every instance of juristic reasoning. The rejection of such solutions implies a preference for the consensual ones which are widely applied, particularly in private law, following the consensual model of contract.⁵⁰ For instance, at present the interpretation of legal transactions adopts neither the theory of will nor the theory of declaration in their pure form, likewise civil responsibility for damages is never based exclusively upon the principle of fault, nor is it ever singularly based upon strict liability.

The genesis of this common-sense-approach is to be sought in the conception of rectificatory justice outlined by Aristotle in his “Nicomachean Ethics” as a state of things “intermediate between gain and loss” (*Eth. Nic.* V.7, 1132a 18-24). This justice is rendered by the judge, called sometimes – as somebody who stands in the middle – “intermediary” (*mesidios*), or even, similarly to this conception of justice itself, “mean” (*meson*).⁵¹ Also from the viewpoint of the citizen the practice of justice requires moderation and accommodation, since an over-insistent defense of the literal meaning of one’s right easily degenerates into lawlessness (*Eth. Nic.* V.14, 1138a 1-3). This idea returns again in the immortal Ciceronian paradox *summum ius summa iniuria* (*de off.* 1.10.33) and in the very similar admonition of the somewhat later Roman agronomist Columella (*de re rust.* 1.7.2): *summum ius summa crux*.⁵²

In the same spirit, classical Roman jurisprudence prefers intermediate solutions of the type *media sententia*. By recourse to this measure, Gaius (D. 41.1.7.7),

⁴⁹ C. Perelman, *Logica giuridica nuova retorica* (trad. ital. di G. Crifò), Milano 1979, 97-102.

⁵⁰ F. Bydliński, *Die Suche nach der Mitte als Daueraufgabe der Privatrechtswissenschaft*, in *AcP* 204, 2004, 309-395.

⁵¹ G. Bien, *Gerechtigkeit*, in O. Höffe (ed.), *Die Nikomachische Ethik*, Berlin 1995, 158 f.; U. Manthe, *Beiträge zur Entwicklung des antiken Gerechtigkeitsbegriffes I: Die Mathematisierung durch Pythagoras und Aristoteles*, in *ZRG RA* 113, 1996, 4 f.

⁵² O. Höffe, *Aristoteles*, München 1996, 230; Waldstein, *Relevanz* (n. 39) 22 f.; F. Longchamps de Brier, *Summum ius summa iniuria*, in C. Cascione / C. Masi Doria (eds.), *Fides Humanitas Ius. Studii in onore di Luigi Labruna*, V, Napoli 2007, 2919-2932.

writing in the middle of the 2nd century, sets out the compromise reached in the quarrel between the law schools on the acquisition of new things produced from alien material (*specificatio*).⁵³ In most relationships of private law, Roman lawyers try to balance rights and duties, benefits and burdens, gains and losses according to the principle *compensatio lucri cum damno*.⁵⁴ The allocation of risk to the party for whom the legal relationship is more profitable, is captured by the renowned catchphrases *qui habet commoda, ferre debet onera*, as well as *cuius commodum, eius periculum* and *aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiozem*.⁵⁵

We illustrate this tendency of Roman legal interpretation with the help of two simple instances. According to Celsus (whose opinion is rendered by Marcian, D. 36.1.34) it would be unfair to burden the universal fideicommissary with the risk of loss (*damnum*), since before receiving the inheritance from the heir he does not profit from its increase (*augmentum*).⁵⁶ On the other hand, according to Paulus (D. 37.5.15.4) a testamentary condition to pay a sum of money should be fulfilled against the wording of the legacy by payment into the hands of the possessor of the inheritance *contra tabulas* as praetorian heir, and not into the hands of the civil inheritor whose position is purely formal; as a matter of fact it would be absurd that the latter should draw from the inheritance only profits (*commoda*), whereas the former bears all the burdens of the legacy (*onera*).⁵⁷

Asserting a claim based exclusively on the letter of the law can come to constitute a position approaching circumvention of the statute or even an abuse of rights, as in the famous Ciceronian example of a general (*de off.* 1.10.33) who devastated the enemy's fields exclusively during nighttime hours, because he had stipulated a truce only for "30 days".⁵⁸ The *reductio ad absurdum* as a juristic tool to counter immoderate demands, proves the unreasonableness of such

⁵³ A. Plisecka, *Tabula picta: aspetti giuridici del lavoro pittorico*, Padova 2011, 72-75.

⁵⁴ J.F. Stagl, *Die Ausgleichung von Vorteil und Nachteil als Inhalt klassischer aequitas*, in D. Mantovani / A. Schiavone (eds.), *Testi e problemi del giusnaturalismo romano*, Pavia 2007, 675-713.

⁵⁵ T. Giaro, *Privatrecht als Technik der Gerechtigkeit*, in H. Münkler / M. Llanque (eds.), *Konzeptionen der Gerechtigkeit*, Baden-Baden 1999, 75; A. Wacke, *Verlustabwehr rangiert vor Gewinnstreben*, in *ZRG RA* 118, 2001, 264-285.

⁵⁶ T. Giaro, *Das romanistische Induktionsproblem*, in *RJ* 10, 1991, 387; J.D. Harke, *Argumenta Iuventiana. Entscheidungsbegründungen eines hochklassischen Juristen*, Berlin 1999, 122.

⁵⁷ P. Voci, *Diritto ereditario romano*², II. *Parte speciale*, Milano 1963, 660 and n. 61.

⁵⁸ H. Honsell, *In fraudem legis agere*, in D. Medicus / H.H. Seiler (eds.), *Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag*, München 1976, 114-115; Id., *Teleologische Reduktion versus Rechtsmißbrauch*, in Beck-Mannagetta et al. (eds.), *Der Gerechtigkeitsanspruch* (n. 39) 372.

with the help of prescriptions which had once been formulated for borderline cases, but which subsequently came to be accepted as the common property of Roman jurisprudence. Let us now consider some of them.

Is the beneficiary of the usufruct of a woodland (*ager*) entitled to take for himself all the trees felled by a storm (Lab.-Ulp., D. 7.1.12 pr.)? Will the legacy of the stores, i.e. things to be eaten or drunk (*penus*), embrace also the fluid medicines (Cass.-Paul., D. 33.9.5 pr.)?⁵⁹ Shall the widow of a goldsmith, to whom the legacy of toiletries (*mundus*) was given, receive practically the whole inheritance (Ofil.-Lab.-Iav., D. 34.2.39 pr.)? May a person, who received a security for anticipated injury (*cautio damni infecti*), obtain the possession of the whole neighboring immovable, even if only a small part of it proves defective (Ulp. 53 *ad ed.*, D. 39.2.15.13)? Does the buyer of a wood (*silva*) acquire automatically all the wild animals which are to be found running around there (Paul. 54 *ad ed.*, D. 41.2.3.14)?⁶⁰

This tendency to restore balance in legal relationships, and in particular to realize the principle of equality in exchange contracts, was never fully implemented in ancient Roman law. However, the Aristotelian concept of justice which – similarly to every ethical virtue – occupies an intermediate place between deficiency and excess, entered the European legal tradition via Thomas Aquinas (1224-1274), medieval canon law, the late Spanish scholastics, and the thinkers of the law of Reason such as Grotius and Pufendorf.⁶¹ If justice is neither deficiency nor excess, says Aristotle, it must be a kind of moderation (*Eth. Nic.* II.7, 1108b 8-9).⁶² Consequently, following Plato (*Republ.* II, 359a), he qualifies (*Eth. Nic.* V.9, 1133b 30-31; 1134a 12-13) justice as a situation intermediate between doing harm and suffering it.⁶³

By their practice of cultivating justice, judges, as well as citizens, contribute in the last resort to the equalization of such patrimonial excesses as would otherwise threaten to destabilize society. According to Aristotle's "Politics", this practice strengthens the state, which is always based on the middle class, situated between the extremes of opulence and poverty (*Polit.* IV.11-12, 1295a 25-

⁵⁹ Giaro, *Absurditätsargumente* (n. 44) 52; J.M. Albuquerque, *Alimentos y provisiones: observaciones y casuística en tema de legados* (D. 34,1 y D. 33,9), in *RDUNED* 2, 2007, 31.

⁶⁰ Further examples in Giaro, *Absurditätsargumente* (n. 44) 38-42.

⁶¹ F. Wieacker, *A History of Private Law in Europe*, Oxford 1995, 234 f., 247; M. Beckmannagetta, *Mittelalterliche Gerechtigkeitslehre*, in *Der Gerechtigkeitsanspruch* (n. 39) 73-80; J. Gordley, *Foundations of Private Law*, Oxford 2006, 364 f., 368 f.

⁶² H. Schreiner, *Die Mesotes-Lehre des Aristoteles und die Argumentationstheorien der Juristen*, in O. Gigon / M.W. Fischer (eds.), *Antike Rechts- und Sozialphilosophie*, Frankfurt a.M. 1988, 358.

⁶³ J. Oechsler, *Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag*, Tübingen 1997, 57-58, 71-76.

1297a 13). Consequently, the principle of the golden middle appears to dominate the constitutional typology of Aristotle who locates the ideal *politeia* between the blameworthy extremes of oligarchy and democracy.⁶⁴ Through the virtue of justice, whose cultivation Aristotle classes among the substantial tasks of the state (*Polit.* I.2, 1253a 37-38), juristic rationality is intertwined with political rationality.

The juristic rationality of the Romans obviously knows numerous remedies against legal absurdities. They take first of all the shape of conceptual distinctions.⁶⁵ In this sense, the will which does not contain an effective appointment of an heir is unconceivable, but a codicil is allowed (I. 2.25.2); similarly, the legacy termed “after the death of the heir” (*post mortem heredis*), which implies an absurd retention by the testator of disposal rights over the property of an heir of the testator’s heir, is excluded, but the trust (*fideicommissum*) is permitted (Gai 2.277). Moreover, instead of using the forbidden formula *post mortem heredis*, the legacy may be effective when formulated in such terms as “at the last moment of his life” (Gai 2.232: *ultimo vitae eius tempore*) or “when he shall die” (Tit. Ulp. 24.16: *cum heres moriatur*).⁶⁶

This art of distinguishing is in Roman jurisprudence highly advanced. A theft of one’s own thing, in principle impossible, becomes conceivable on the basis of the conceptual distinction between theft of a thing itself (*furtum rei*) and of its mere possession (*furtum possessionis*). In this way, a creditor holding a pledge can sue the owner-debtor for theft where it is the latter who has deprived the former of his lawful possession (Gai 3.200; 3.204).⁶⁷ Similarly, while purchasing one’s own thing is forbidden, purchasing its possession is permitted (Paul. 33 *ad ed.*, D. 18.1.34.4).⁶⁸ Also, after a loan has been made, the mandate to lend (*mandatum credendi*) is void, but the mandate to grant a postponement to the debtor is valid (Ulp. 31 *ad ed.*, D. 17.1.12.14).⁶⁹

Since valid law was considered in Rome as a rational guide of human conduct, in some cases the jurists characterized those situations involving its breach

⁶⁴ F.W. Schwarz, *Einleitung*, in *Aristoteles, Politik*, Stuttgart 1989, 56 f.; Waldstein, *Relevanz* (n. 39) 27-31; J. Sieroń, *Status jednostki i państwa w greckiej polis*, Katowice 2003, 183 f., 213-218.

⁶⁵ G.P. Fletcher, *Paradoxes in Legal Thought*, in *Colum. L. Rev.* 85, 1985, 1268 f., 1279 f.

⁶⁶ Avenarius, *Liber singularis* (n. 20) 457.

⁶⁷ M. Kaser, *Studien zum römischem Pfandrecht*, Napoli 1982, 39 f.; Id., *Rechtsquellen* (n. 9) 337 f.; M. Zimmermann, *Der Rechtserwerb hinsichtlich eigener Sachen. Rei suae sive de re sua contractum consistere non potest*, Berlin 2001, 83.

⁶⁸ Kaser, *Rechtsquellen* (n. 9) 338; Zimmermann, *Rechtserwerb* (n. 67) 125-128.

⁶⁹ A. Watson, *The Contract of Mandate in Roman Law*, Oxford 1961, 87 f.; A. Guarino, *Mandatum credendi*, Napoli 1982, 85.

as the opposite of rational, i.e. absurd. For instance, after entering a province, the Roman proconsul as its governor was entitled to delegate his jurisdictional competence to his legate. However, if he purported to delegate the jurisdiction before, it would be utterly absurd to acknowledge the delegation of a competence which he himself had not yet acquired (Ulp. 1 *de off. proc.*, D. 1.16.4.6: *est enim perquam absurdum, antequam ipse iurisdictionem nanciscatur ... alii eam mandare, quam non habet*).⁷⁰ Let us examine some other texts of this kind.

In a famous controversy between the Roman law schools (Gai 3.141), the Proculians denied the argument of the Sabinians that barter (*permutatio*) could be regarded as a type of sale (*emptio venditio*).⁷¹ The Proculians emphasized the necessity of distinguishing the activity of selling from that of buying, the identity of the seller from that of the buyer, and finally the commodity from its price, since it would be absurd to consider that both things could be sold and both given as price: *alioquin ... utramque rem videri et venisse et utramque pretii nomine datam esse absurdum videri*.⁷² However, not all jurists viewed this argument as compelling, as evidenced by a Sabinian champion active under emperor Vespasian (69-79 AD), Caelius Sabinus, who proposed that the commodity could be identified as the thing originally offered for sale and the thing given in exchange as the price.⁷³

In contrast, one of the last classical jurists Paul, judged by many to be an over-logical thinker, sharing the Proculian argument that it was not possible for both things to be sold and both given as price, refrained from describing such a solution as strictly speaking absurd, but rather labeled it, with the help of a circumlocution, as irrational (Paul. 32 *ad ed.*, D. 19.4.1 pr.: *nec ratio patitur, ut una eademque res veneat et pretium sit emptionis*). Furthermore, he could already appeal to the systematizing and traditional argument of “received law” (D. 19.4.1.2: *ius receptum*) which consisted in the consolidated assumption that the number of nominate consensual contracts was restricted: *alioquin ... nudo consensu constitui obligationem dicemus, quod in his dumtaxat receptum est, quae nomen suum habent*.

⁷⁰ Giaro, *Absurditätsargumente* (n. 44) 45; Id., *L'expérience de l'absurde chez les juristes romains*, in Z. Benincasa / J. Urbanik (eds.), *Mater familias. Scritti romanistici per Maria Zabłocka*, Warszawa 2016, 261.

⁷¹ Th. Rüfner, *Money in the Roman Law Texts*, in D. Fox / W. Ernst (eds.), *Money in the Western Legal Tradition. Middle Ages to Bretton Woods*, Oxford 2016, 98 f.

⁷² O. Behrends, *Institut und Prinzip. Siedlungsgeschichtliche Grundlagen, philosophische Einflüsse und das Fortwirken der beiden republikanischen Konzeptionen in den kaiserzeitlichen Rechtsschulen. Ausgewählte Aufsätze*, II, Göttingen 2004, 638-639.

⁷³ Giaro, *L'expérience* (n. 70) 250-251.

Finally, we consider the problem of disbursement of money in a real contract of loan. Julian (*apud* Afric. 8 *quaest.*, D. 17.1.34 pr.) excluded the possibility of a purely consensual loan created from a mandate debt on systematizing considerations, since otherwise a loan could have been created from any contract by simple informal bargain: *alioquin dicendum ex omni contractu nuda pactione pecuniam creditam fieri*. As a matter of fact, loan as a real contract could be concluded in a consensual way only if it was preceded by the effective delivery of money to the debtor who held it previously as a deposit, because then the coins which had been mine became yours (*quia tunc nummi, qui mei erant, tui fiunt*).⁷⁴ Moreover, a valid loan will be concluded if I have authorized you to receive money from my debtor (*Anweisungsdarlehen*).

In contrast, Ulpian (31 *ad ed.*, D. 12.1.15) acknowledges more readily the validity of some special legal rules for the conclusion of loans.⁷⁵ He follows Celsus, the rival of Julian (Ulp. 32 *ad Sab.*, D. 24.1.3.12), who did not see anything absurd in a consensual loan preceded by a debt on account of mandate.⁷⁶ This solution rested on the fiction that the mandate debt was paid to me and then the same money transferred by me to you as a loan (*videatur mihi data pecunia et a me ad te profecta*). Such a fiction neutralizes what could otherwise be characterized as an absurdity resulting from the absence of delivery as an absolutely indispensable element in real contracts.

3. Some final remarks

Frequently, distinctions assume the shape of exceptions from legal rules, but sometimes they attain the dimensions of alternative subsystems, as with natural law seen in juxtaposition to positive, unwritten law contrasted with written, or ultimately, when thinking in terms of big historical oppositions, *ius civile* / *ius honorarium* in Rome and *common law* / *equity* in England.⁷⁷ In the framework of the state of necessity in private law as well as that of the state of emergency in public law, general norms are abrogated, since they were taken to be made with the tacit limitation that they are to apply to normal states of affairs.⁷⁸ A

⁷⁴ J.D. Harke, *Argumenta Iuventiana – Argumenta Salviana. Entscheidungsbegründungen bei Celsus und Julian*, Berlin 2012, 119-121.

⁷⁵ T. Kleiter, *Entscheidungskorrekturen mit unbestimmter Wertung durch die klassische römische Jurisprudenz*, München 2010, 154-156.

⁷⁶ B.-H. Jung, *Darlehensvalutierung im römischen Recht*, Göttingen 2002, 107-118.

⁷⁷ N. Luhmann, *The Third Question: The Creative Use of Paradoxes*, in *J. Law Soc.* 15, 1988, 162.

⁷⁸ Giaro, *Excusatio* (n. 40) 25, 40; Luhmann, *The Third Question* (n. 77) 162 f.

norm, which always presupposes normality, is usually caught by surprise by historical change and then superseded by it. It dominates the situation only insofar as the situation has not yet become completely abnormal (*völlig abnormal*).⁷⁹

As a matter of fact, after the early victory of the Proculian law school, transmitted by the late classical jurist Paul (33 *ad ed.*, D. 18.1.1.1; 5 *ad Sab.*, D. 19.4.1) and corroborated by the Justinian compilation, the Sabinian solution labeled in antiquity as absurd (Gai 3.141) was rehabilitated by most modern European codifications of civil law.⁸⁰ In particular, according to art. 1707 French *code civil*, § 480 (earlier § 515) German BGB, art. 1541 Spanish *código civil*, art. 1555 Italian *codice civile*, art. 573 Greek civil code, art. 604 Polish civil code of 1964 and finally art. 7:50 of the new Dutch code *Nieuw Nederlands Burgerlijk Wetboek* of 1992 (NNBW), the provisions on sale apply with the necessary modifications to barter.

However, according to § 1064 of the Austrian ABGB precisely the opposite solution is taken to be correct: it is the provisions on barter concerning the transfer of risk and emoluments of the thing before delivery, which are applicable to sale. This anomaly was explained by recourse to the natural law conception underlying the ABGB.⁸¹ Be that as it may, the most astonishing provision from the ancient point of view is contained in art. 237 Swiss Law on Obligations, followed by art. 573 Greek civil code, art. 7:50 NNBW and now by IV.A.-1:203.2 Draft Common Frame of Reference (DCFR). These provisions accept that which was in the ancient era regarded as absurd as something normal, insofar as they classify each party as buyer with respect to the goods to be received by that party and as seller with respect to the goods whose ownership that party is to transfer.

The pessimistic affirmation of juristic systems theory of the paradox-like structure of the legal order must ultimately be considered to be no less barren than the opposite optimistic thesis about its complete rationality. According to the juristic tradition of compromise, we should rather place our faith in the solution occupying the middle ground.⁸² Thanks to its method of cautious passing from case to case, the common law seems to be better equipped for this task. However, if also civil law, with all its paradoxes, functions in a more or

⁷⁹ C. Schmitt, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Hamburg 1934, 22 f., 40.

⁸⁰ A. Wacke, *Ne occasio sit maioris tumultus faciendi. Absurditätsargument und Folgenberücksichtigung in römischen Rechtsquellen*, in *Een Rijk Gerecht. Opstellen Paul L. Nève*, Nijmegen 1998, 590.

⁸¹ Th. Mayer-Maly, *Kauf und Tausch*, in R. Ruedin (ed.), *Mélanges en l'honneur de Carlo Augusto Cannata*, Bâle / Genève / Munich 1999, 327 f.

⁸² Many Roman texts in G. Klöpper, *Das modicum-Kriterium*, in *ZRG RA* 126, 2009, 187-283.

less satisfactory manner, this system too must possess adequate remedies to neutralize absurdities. As we have seen, these remedies are, like the absurdities themselves, of Roman origin. And so it is that both systems, at the end of the day, follow a model of juristic rationality conceived as the prudential art of compromise.

Éva Jakab

(Károli Gáspár Református Egyetem – Budapest)

DER LETZTE WILLE EINES SONDERLINGS?*

Im vorliegenden Beitrag möchte ich eine bemerkenswerte Entscheidung des bedeutenden Juristen des 2. Jahrhunderts, Cervidius Scaevola, vorstellen. Der Sachverhalt und das Verdikt des Juristen eröffnen einen interessanten Einblick in das Rechtsleben des Imperium Romanum, und auch in die Auffassung der Juristen Roms über die Bewertung abweichender Rechtsvorstellungen, die ihnen aus der Alltagspraxis des Imperium Romanum herangetragen wurden.

1. Zur Quelle

Scaevola zitiert in seinen *Responsa* den Wortlaut einer letztwilligen Verfügung, der in Kenntnis des üblichen Formulars solcher Dokumente merkwürdig anmutet

D. 31.88.17 (Scaev. 3 resp.): *„Lucius Titius hoc meum testamentum scripsi sine ullo iuris perito, rationem animi mei potius secutus quam nimiam et miseram diligentiam: et si minus aliquid legitime minusve perite fecero, pro iure legitimo haberi debet hominis sani voluntas“: deinde heredes instituit. Quaesitum est intestati eius bonorum possessione petita, an portiones adscriptae ex causa fideicommissi peti possunt. Respondi secundum ea quae proponerentur posse.*¹

* Der vorliegende Beitrag soll meinen Respekt für das Lebenswerk von Professor Marrone ausdrücken. An seine prozessrechtlichen Ausführungen soll die hier vorgestellte Quelle anknüpfen.

¹ D. 31.88.17: ‚Ich, Lucius Titius, habe dieses mein Testament ohne irgendeinen Rechtsgelehrten (*sine ullo iuris perito*) geschrieben, eher der Eingebung meines Herzens folgend als übertriebener und erbärmlicher Pedanterie. Und wenn ich manches nicht ganz nach den Gesetzen oder nicht ganz fachmännisch gemacht habe, dann muss der gesunde Menschenverstand wie Recht und Gesetz gelten.‘ Erst dann setzte er Erben ein. Als die Erteilung des Nachlassbesitzes aufgrund gesetzlicher Erbfolge beantragt wurde, fragte man, ob die von ihm zugewendeten Erbteile aufgrund eines Fidei-

Im Schrifttum wurde es nachgewiesen, dass Scaevola ein enges Verhältnis zu dem Kaiser Mark Aurel pflegte. Wie die meisten führenden Juristen des hohen Prinzipats, wurde auch er in die kaiserliche Staatsverwaltung, insbesondere in die höchste Gerichtsbarkeit des Kaisers, eingebunden.² Es ist überliefert, dass er im Jahre 175 das Amt des *praefectus vigillum* bekleidete.³ Er wirkte lange als Mitglied des *consilium principis*, einer Expertengruppe der führenden Juristen des Kaisers.⁴ Man kann mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit annehmen, dass auch das vorliegende Fragment aus der Praxis der kaiserlichen Kanzlei hervorging.⁵

Der Text wurde in den Digesten unter den Titel D. 31 *De legatis et fideicommissis* eingeordnet. Die Textumgebung bietet Auszüge aus den Werken von mehreren klassischen Juristen, die reichlich Zitate aus der Urkundenpraxis anführen. Der Titel schließt mit zwei langen Exzerpten aus den *Responsa* des Cervidius Scaevola: D. 31.88 aus dem dritten Buch und D. 31.89 aus dem vierten Buch. Die zwei Zitate enthalten insgesamt sechsundzwanzig Entscheidungen – Anfragen in komplizierten Rechtsstreitigkeiten und die darauf reflektierenden Gutachten des Juristen. Unser Fall ist in diese Textmasse eingebettet.⁶

Das oben zitierte Fragment gehört zum dritten Buch der *Responsa* des Scaevola. Otto Lenel ist gelungen, diesem Werk insgesamt einundzwanzig zusammenhängende (oft ziemlich umfangreiche) Exzerpte zuzuordnen. Es ist bemerk-

kommisses gefordert werden können. Ich habe entschieden, nach dem, was vorgetragen werde, könnten sie. Übersetzung H.-H. Seiler, in R. Knütel / B. Kupisch / Th. Rüfner / H.-H. Seiler, *Corpus Iuris Civilis. Text und Übersetzung*, V, Heidelberg 2012.

² Vgl. D. Ibbetson, *High Classical Law*, in A. Bowman u. a. (Hg.), *The Cambridge Ancient History*, XII. *The Crisis of the Empire, AD 193-337*², Cambridge 2005, 184; T. Honoré, *Emperors and Lawyers*², Oxford 1994, 33 ff.; C. Siegel, *Rechtsgutachten des Quintus Cervidius Scaevola*, Aachen 2007, 413 ff.

³ Hist. Aug. *Aur.* 11.10; s. vor allem A. Spina, *Ricerche sulla successione testamentaria nei Responsa di Cervidio Scevola*, Milano 2012, 13-22, mit ausführlichen Literaturangaben. Vgl. W. Kunkel, *Die römischen Juristen. Herkunft und soziale Stellung*², Köln et al. 2001, 218 f.; F. Schulz, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar 1961, 126.

⁴ Spina, *Ricerche* (Fn. 3) 14 f.; R.A. Bauman, *Lawyers and Politics in the Early Empire*, München 1989, 287 ff.; K. Tuori, *The ius respondendi and the Freedom of Roman Jurisprudence*, in *RIDA* 51, 2000, 295 ff.

⁵ Zum Leben und Werk des Cervidius Scaevola vgl. Kunkel, *Herkunft*² (Fn. 3) 218; Spina, *Ricerche* (Fn. 3) 19; A. Parma, *Per la prosopografia di Q. Cervidius Scaevola*, in C. Cascione / C. Masi Doria (Hg.), *Fides Humanitas Ius. Studii di onore di Luigi Labruna*, VI, Napoli 2007, 4019 ff.; W. Kalb, *Roms Juristen, nach ihrer Sprache dargestellt*, Leipzig 1890, 100-101; D. Liebs, *Römische Jurisprudenz in Africa mit Studien der pseudopaulinischen Sentenzen*, Berlin 1991, 1 f.

⁶ Eine umfassende Übersicht über das Schrifttum zu diesem Text s. bei Spina, *Ricerche* (Fn. 3) 525 Fn. 53.

kenswert, dass die Kompilatoren Scaevolas erbrechtliche Entscheidungen in den Digesten in verschiedene Titel verteilt haben.

Für die unmittelbare Textumgebung von D. 31.88.17 ist charakteristisch, dass die Entscheidungen des Juristen überwiegend konkrete, wörtlich zitierte Klauseln aus verschiedenen Rechtsurkunden bearbeiten. In einem seiner Gutachten bezieht er sich sogar auf ein in griechischer Sprache abgefasstes Dokument.⁷ Deshalb gelten die überlieferten Texte als wertvolle Belege des Rechtslebens seiner Zeit, wobei offensichtlich auch das provinziale Rechtsleben mitberücksichtigt wurde.

Schauen wir unseren Ausgangstext, D. 31.88.17, näher an! Das Fragment folgt dem typischen, straffen dreiteiligen Aufbau der *Responsa*: Darstellung des Sachverhalts, Anfrage und Entscheidung.⁸ Bei der Darstellung des Sachverhalts sind hier eigentlich zwei Teile zu unterscheiden: Im ersten Teil werden die Anfangszeilen einer Testamentsurkunde wortgetreu wiedergegeben; im zweiten Teil berichtet dann der Jurist komprimiert von dem nachfolgenden Rechtsstreit.

Bei der Auslegung der Rechtsurkunde beschränkt sich Scaevola bloß auf den problematischen Teil des Dokuments. Erst aus der Anfrage geht hervor, dass die ungewöhnlich formulierte letztwillige Verfügung als unwirksam zu bewerten sei. Die Fortführung der Ereignisse lässt sich aus der nächstfolgenden Wendung rekonstruieren: *intestati eius bonorum possessionem petita*. Demzufolge haben die Erben die Übergabe des Nachlasses aufgrund der Urkunde als ihr Intestaterbe beantragt. Die Unwirksamkeit des Testaments und die *delatio hereditatis* werden von Scaevola – und auch von den Anfragenden – als beschlossene (und unbestrittene) Tatsachen angenommen. Die Anfrage bezieht sich allein auf die Erbteile: ob die übliche gesetzliche *per capita* Aufteilung unter den Erben der *bonorum possessio unde liberi* (oder *legitimi* bzw. *cognati*) auch in diesem Fall maßgeblich sei? Oder werden die *portiones adscriptae*, die vom Testator in seinem misslungenen Testament festgelegte Aufteilung unter den Erben, beibehalten? Die Entscheidung des Juristen fällt lakonisch: *respondi ... posse*.

Es liegt nahe, dass hinter dem gewöhnlichen Blankettnamen Lucius Titius ein römischer Bürger – vielleicht eine in der römischen Gesellschaft bekannte

⁷ D. 31.88.15; vgl. dazu B. Kübler, *Griechische Tatbestände in den Werken der kasuistischen Literatur*, in ZRG RA 28, 1907, 174 ff.; R. Taubenschlag, *Le droit local dans les Digesta et Responsa de Cervidius Scaevola*, in *Bulletin international de l'Académie Polonaise des Sciences et des Lettres. Classe de Philologie. Classe d'histoire et de philosophie. I Partie*, Cracovie 1922, 45-55, auch in ders., *Opera minima*, I. Allgemeiner Teil, Warszawa 1959, 505-518.

⁸ Zum System und Stil der *rescripta* s. Honoré, *Emperors and Lawyers*² (Fn. 2) 33 ff.; zu den *Responsa* s. Spina, *Ricerche* (Fn. 3) 35 ff.

Persönlichkeit – verborgen ist. Dafür spricht einerseits, dass im laufenden Prozess das Gutachten eines bedeutenden römischen Juristen eingeholt wurde. Ein weiteres Indiz sehe ich darin, dass die Auslegung des Testaments eines Provinzialen ganz andere Probleme aufgeworfen hätte.⁹ Andererseits deutet die radikal unkonventionelle Formulierung der Verfügung darauf hin, dass die Anfrage wahrscheinlich nicht aus Rom oder aus Italia, sondern aus einer Provinz eingetroffen ist.

2. *Sine ullo iuris perito*

Bevor wir das juristische Problem näher erörtern, werfen wir einen Blick auf die keimenden Emotionen des Testators und den mutmaßlichen Hintergrund seiner Äußerungen. Mit Dieter Nörr kann vermutet werden, dass es „keine Überinterpretation der Stelle“ sei, wenn man in dem „Zitat des Testaments und dem *Responsum* eine gewisse spöttische Genugtuung des Juristen zu verspüren meint.“¹⁰ Der Text zählt zu den wichtigen Belegen für „Juristenschelte“. Der Erblasser stolziert damit, dass er seine letztwillige Verfügung mit eigener Hand und nach eigenem Verstand niederschrieb, ohne auf die *nimia et misera diligentia*, die „übertriebene und erbärmliche Pedanterie“ der Juristen zu achten. Die abschätzige Bemerkung könnte ein Verweis auf einen vorangehenden Streit mit einem *iuris peritus* sein.

Der technische Ausdruck *iuris peritus* wird in den Quellen oft als Synonyme von *tabellio* oder *testamentarius* (*notarius*) verwendet. Die Berufsbezeichnungen verweisen auf eine juristisch mehr oder weniger gebildete Gruppe von „Professionellen“. Aus den Schriften der antiken Autoren geht hervor, dass die Vertreter dieser Berufsgruppe nicht selten als unseriös eingeschätzt wurden. Suspekte Machinationen von schlecht ausgebildeten *tabelliones* machten die Branche immer wieder unbeliebt.¹¹

Cicero nimmt kein Blatt vor den Mund, als er auf solche „gelernte Rechtskundigen“ zu sprechen kommt. Etwa in seiner Rede für L. Licinius Murena, die als Verteidigungsplädoyer in einem politischen Strafprozess formuliert wurde, stellt er den Beruf seines Mandanten (den er als Berufssoldat hoch lobt)

⁹ Bei der Interpretation der „ägyptischen“ Testamente ging es meistens darum, ob die Verfügungen, die den Erwartungen des römischen Rechts nicht entsprechen, nach dem lokalen Recht Geltung haben.

¹⁰ D. Nörr, *Rechtskritik in der römischen Antike*, München 1974, 84.

¹¹ Schulz, *Rechtswissenschaft* (Fn. 3) 130; vgl. auch D. 48.19.9.4 (Ulp. 10 *de off. proc.*) und L. Mitteis, *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Reichs*, Leipzig 1891, 176.

dem des Gegners und Gegenkandidaten um den Konsulat, Servius Sulpicius Rufus (des berühmten Juristen) entgegen.¹² Dabei argumentiert er, dass der Beruf eines Juristen eigentlich nutzlos und unseriös sei. Der tendenziöse Ansatz der Rede mahnt zwar zur Vorsicht, trotzdem kann angenommen werden, dass die heftige Verleumdung der sogenannten „Rechtskundigen“ in gewissen Schichten seines Publikums Beifall gefunden hat.¹³ Bei Ciceros Spott über den juristischen Formalkram häufen sich Worte wie *absurdum*, *ridiculum*, *ineptiae*, *stultitia*. Obwohl diese Wendungen mit der rhetorischen Technik der *geloio-poiia*¹⁴ im Einklang stehen, fällt die beinahe brutale Ausdrucksweise auf.¹⁵ Im dritten Buch seiner *De officiis* nennt Cicero die *testamentarii*, die Testamentschreiber, in einem Atemzug mit Meuchelmörder, Giftmischer, Dieben und untreuen Verwalter.¹⁶

Die beruflichen Urkundenschreiber haben auch in den Digesten ihre Spuren hinterlassen. Die gut oder schlecht ausgeführte Tätigkeit eines *testamentarius* wird teils auf Anfragen zu Formfehler in letztwilligen Verfügungen¹⁷ teils in solchen zur Strafbarkeit der Winkelnotare erwähnt.¹⁸ Ulpian fasst unter *De poenis* zusammen, dass ein *advocatus*, *iuris studiosus* oder *tabellio*, dem das Berufsverbot erteilt wurde, weder vor Gericht plädieren, noch Urkunden oder Klagen anzufer-tigen oder ein Depositum versiegeln dürfe. Die Vorbestraften dürfen keine Testamente aufsetzen und sich keineswegs in der Nähe eines Archivs oder öffentlichen Amtes aufhalten, wo Urkunden registriert oder Klagen eingereicht werden.

Neben *tabellio* und *testamentarius* waren auch *notarii* (*notarios* oder *notarius*) für ihre Kunden am Werk; man trifft unter ihnen nicht selten auch Sklaven. Nach herrschender Lehre war der *notarius* jedoch vor allem ein Stenograph, der in einer untergeordneten Position bloß vorläufige Notizen über den Inhalt der aufzusetzenden Urkunde festhielt.¹⁹

Die Verleumdungen der antiken Autoren darf man jedoch nicht verallge-

¹² Cic. *pro Mur.* 11.5.

¹³ Nörr, *Rechtskritik* (Fn. 10) 85.

¹⁴ Quint. *inst.* 6.3 ff.

¹⁵ Nörr, *Rechtskritik* (Fn. 10) 85.

¹⁶ Cic. *de off.* 3.18.73.

¹⁷ Vgl. etwa D. 28.5.9.3-6 (Ulp. 5 *ad Sab.*); D. 29.6.1 pr. (Ulp. 48 *ad ed.*); D. 36.1.3.5 (Ulp. 3 *fideic.*).

¹⁸ Vgl. etwa D. 48.10.15.6 (Call. 1 *quaest.*); D. 48.10.22.10 (Paul. *l. s. ad sen. cons. Libon.*).

¹⁹ *Notarius* kommt in den Digesten und im Codex öfters vor: D. 29.1.40 pr. (Paul. 11 *resp.*); D. 40.5.41.3 (Scaev. 4 *resp.*); CI. 8.13(14).26 (Diocl. et Maxim., a. 294); D. 50.13.1.6 (Ulp. 8 *de omn. trib.*); CI. 7.7.1.5-5a (Iust., a. 530); CI. 6.43.3.1 (Iust., a. 531). Vgl. dazu immer noch Mitteis, *Reichsrecht* (Fn. 11) 175.

meinern. In der römischen Welt war das Notariat ein wichtiger Faktor, worauf *Quirites* und Neubürger in gleicher Weise angewiesen waren.²⁰ Die Urkundenschreiber arbeiteten überwiegend nach Formularbüchern; ihre Tätigkeit wurde deshalb oft als geistloses „Abschreiben“ kompliziert abgefasster, archaischer und überholter Floskel verspottet.

Wegen ähnlicher Vorurteile und Verleumdungen, oder bloß wegen mangelnder Infrastruktur entschieden sich die Erblasser manchmal dafür, ihre letztwillige Verfügungen auf sich belassen, ohne professionelle Hilfe festzuhalten.²¹

Aber lassen wir die spontane Rechtskritik des Erblässers beiseite und konzentrieren wir uns auf die juristischen Aussagen der Stelle! Eingang zitiert Scaevola den Wortlaut einer locker formulierten letztwilligen Verfügung: *Lucius Titius hoc meum testamentum scripsi* ... Lucius Titius ist ein Blankettnamen, der in den Schriften der römischen Juristen oft verwendet wird.²² Der Gebrauch eines Blankettnamens kann als Hinweis darauf bewertet werden, dass es sich hier in der Tat um einen Fall aus der Gutachterpraxis des Cervidius Scaevola handelt.²³ Die erste Wendung – *testamentum scripsi* – erinnert an das übliche Formular der Lateinisch abgefassten Urkunden – obwohl die Abweichung nicht unwesentlich ausfällt (dazu sogleich mehr).

Es reicht hier zum Vergleich auf einige Quellen hinzuweisen: *C. Iulius Diogenes* [- -] *testamentum fecit*;²⁴ *Antonius Silvanus* ... *testamentum fecit*;²⁵ [- -] *miles cohortis I* ... *testamentum factum*;²⁶ *Lucius Ignatius Rufinus Antinoites* *testamentum fecit*.²⁷

Ganz anders dürfte es beim Testament des Lucius Titius von Scaevola gewesen sein. Die Wendung *testamentum scripsi* zeigt, dass der Erblasser seine letzt-

²⁰ Vgl. dazu etwa die Übersicht von J. Cromwell / E. Grossman, *Scribal Repertoires in Egypt from the New Kingdom to the Early Islamic Period*, Oxford 2017; M. Amelotti, *Notariat und Urkundenwesen zur Zeit des Prinzipats*, in ANRW II.13, Berlin / New York 1980, 397-399. Zur Ausbildung der Schreiber s. neulich auch K. Czajkowski, *Localized Law. The Babatha and Salome Komaise Archives*, Oxford 2017, 88-92.

²¹ S. etwa CIL X 4919: *sine iuris consulto*; oder in dem Entwurf von P. Hamb. 72; s. dazu umfassend Spina, *Ricerche* (Fn. 3) 524-528.

²² Ph. Scheibelreiter, *Identifikation in der römischen Literatur*, in M. Depauw (Hg.), *Identifiers and Identification. Methods in the Ancient World*, Leuven 2015, 255 ff.

²³ Scheibelreiter, *Identifikation* (Fn. 22) 255 f. betont, dass die Juristen die Fälle für den „Schulgebrauch“ meistens anonym verwendet, also die Eigennamen getilgt haben.

²⁴ P. Oxy. LII 3692, 2. Jh.

²⁵ FIRA III 47 = CPL 221, Alexandria, 142.

²⁶ P. Mich. VII 446, Herkunft unbekannt, 2. Jh.

²⁷ P. Diog. 10 = P. Coll. Youtie I 64, Ptolemaios Euergetis, 211.

willige Verfügung ohne professionelle Hilfe niedergeschrieben hat: Er hat weder einen Schreiber noch einen Notar, noch irgendeinen Rechtskundigen konsultiert. Nach dem *scripsi*-Formular kann die angewendete Urkundenform als *chirographum* definiert werden.²⁸

In Kenntnis der Gesamtzahl und der unterschiedlichen Herkunft der römischen Testamente kann man keineswegs sagen, ob die letztwillige Verfügung, die dem Cervidius Scaevola vorgelegt wurde, auf *tabulae* oder auf Papyrus geschrieben wurde.²⁹ Die Verwendung der Urkundenform des *chirographum* dürfte eventuell ein Hinweis auf ein unkonventionelles Schreibmaterial (wohl Papyrus) gewesen sein.

Der von Scaevola zitierte Exzerpt beginnt mit dem Namen des Testators und der Feststellung, dass es sich um seine letztwillige Verfügung handelt. Man kann jedoch nicht sagen, ob diese Wendung in der Tat die erste Zeile der Urkunde bildete. Die meisten römischen Testamente beginnen mit der Klausel: *N. N. testamentum fecit*. In diesen Urkunden findet man die Datierung am Ende, in den letzten Zeilen des Dokuments. Es sind aber auch einige römische Testamente überliefert, in denen die Datierung in den ersten Zeilen steht. Es dürfte dabei um einen gewissen griechisch-hellenistischen Einfluss auf die lokale Notariatspraxis gehandelt haben.³⁰ Wenn die römischen Juristen ein Gutachten erstellen, konzentrieren sie sich auf die relevanten Punkte des Sachverhalts oder der auszulegenden Urkunde. Details, die für die Entscheidung des juristischen Problems keine unentbehrlichen Informationen vermitteln, werden ausgelassen – der Fall wird damit auf eine abstrakte Ebene gehoben. Zu den entbehrlichen Details gehört jedenfalls die Datierung einer Rechtsurkunde, die auch hier als selbstverständlich weggelassen wurde.

Scaevolus Lucius Titius hat seine letztwillige Verfügung als *chirographum* festgehalten und dabei erklärt, dass er *sine ullo iuris perito* vorgegangen sei. Auf die Wendung ist sogleich zurückzukommen. Nach dem emotional gefärbten

²⁸ Zum *chirographum* s. Gai 3.134; in den auf *tabulae* überlieferten Urkunden wird das *chirographum* mit Vorliebe für die Abfassung von Geldgeschäften verwendet, vgl. É. Jakab, *Chirographum in Theorie und Praxis*, in K.-H. Muscheler / D. Liebs (Hg.), *Römische Jurisprudenz – Dogmatik, Überlieferung, Rezeption. Festschrift für Detlef Liebs zum 75. Geburtstag*, Berlin 2011, 277 ff.

²⁹ P. Voci, *Diritto ereditario romano*², II, Milano 1963, 11 ff.; B. Strobel, *Römische Testamenturkunden aus Ägypten vor und nach der Constitutio Antoniniana*, München 2014, 18-21; M. Nowak, *Wills in the Roman Empire. A documentary Approach*, Warszawa 2015, 129-130.

³⁰ Zu den unerlässlichen Formalitäten der Testamente s. É. Jakab, *Inheritance*, in P.J. Du Plessis / C. Ando / K. Tuori (Hg.), *The Oxford Handbook of Roman Law and Society*, Oxford 2016, 500 ff.; Th. Rübner, *Testamentary Formalities in Roman Law*, in K.G.C. Reid / M.J. de Waal / R. Zimmermann (Hg.), *Comparative Succession Law, I. Testamentary Formalities*, Oxford 2011, 5 ff.; Nowak, *Wills* (Fn. 29) 19 ff.

Anfang scheint der Erblasser gegenüber den Erwartungen des römischen Erbrechts mehr Achtung gezeigt zu haben. Die Fortführung Scaevolas Gutachten lässt darauf schließen, dass die Erbeinsetzungen bereits dem üblichen Formular gefolgt haben.³¹

Nach dem Tode des Erblassers dürften die eingesetzten Erben das Schriftstück einem römischen Gericht vorgelegt haben. Es soll hier dahingestellt bleiben, ob das Verfahren in Italia oder in einer Provinz gelaufen ist. Offenbar haben die Erben die Gewährung einer *bonorum possessio secundum tabulas* und damit das Einweisen in den Nachlass beantragt. Ihr Begehren wurde vom Gerichtsmagistrat abgelehnt. Der Gerichtsherr mag jedoch den Erben geraten haben, umgehend eine *bonorum possessio intestati* zu beantragen.

Die innere Logik der Sachverhaltsdarstellung scheint anzudeuten, dass die urkundlich eingesetzten Erben mit den gesetzlichen Erben identisch waren.³² Der Jurist wurde darüber gefragt, ob die *portiones adscriptae*, die vom Erblasser in der misslungenen „Testamentsurkunde“ festgelegten Erbteile (die vom gesetzlichen Erbteil abgewichen haben dürften) gefordert werden können (*peti possunt*). Es bleibt ausgeklammert, ob die Nennung des denkbaren Rechtsgrundes, *ex causa fideicommissi*, von den Anfragenden, vom Gerichtsmagistrat, von der kaiserlichen Kanzlei oder von einem nachklassischen Epitomen eingesetzt wurde.

Die Römer hegten genaue Vorstellungen darüber, wie ein Testament angefertigt werden sollte.³³ Selbst Scaevola leitet einen anderen Fall mit den Worten ein: *Lucius Titius integra mente et valetudine testamentum fecit uti oportet*.³⁴ Die urkundlich überlieferten letztwilligen Verfügungen setzen mit einer ähnlichen Wendung an: *Antonius Silvanus ... testamentum fecit* (FIRA III 47). Das römische Testament wurde umständlich „gemacht“: nach langer Vorbereitung, mit Hilfe von Professionellen sorgfältig geplant, wobei etliche Formalitäten archaischer Wurzeln auch noch im Prinzipat akribisch beachtet wurden.³⁵ Vom Prozedere berichtet etwa

³¹ Das Formular wird von Gai 2.116-117 eingehend behandelt.

³² So auch die herrschende Lehre, umfassend dargestellt etwa bei Pasquale Voci und Dieter Nörr, *op. cit.* (Fn. 29 und 10).

³³ Vgl. dazu etwa E. Champlin, *Final Judgments: Duty and Emotion in Roman Wills, 200 B.C. – A.D. 250*, Berkeley 1991, 6 ff.; E. Meyer, *Legitimacy and Law in the Roman World: Tabulae in Roman Belief and Practice*, Cambridge 2004, 113-115; Rüfner, *Testamentary Formalities* (Fn. 30) 4-6.

³⁴ D. 28.3.20 (Scaev. 13 *dig.*).

³⁵ Vgl. Svet. *Tib.* 23; Svet. *Claud.* 4.7; Svet. *Nero* 4; Plin. *ep.* 8.18. Zum Formzwang bei der Testamentserrichtung s. Jakab, *Inheritance* (Fn. 30) 500-502; Rüfner, *Testamentary Formalities* (Fn. 30) 5; O. Tellegen, *The Roman Law of Succession in the Letters of Pliny the Younger*, Zutphen 1982, 160.

D. 29.1.40 pr. (Paul. 11 resp.):³⁶ *Lucius Titius miles notario suo testamentum scribendum notis dictavit et antequam litteris praescriberetur, vita defunctus est: quaero, an haec dictatio valere possit. Respondi militibus, quoquo modo velint et quo modo possunt, testamentum facere concessum esse, ita tamen, ut hoc ita subsecutum esse legitimis probationibus ostendatur.*

Paulus beschreibt hier den langen Weg der Entstehung einer gelungenen Rechtsurkunde. Zunächst kam die Besinnung des Erblassers, ein Testament anzufertigen. Dazu begann er Informationen und Intuitionen zu sammeln, um schließlich einem Schreiber (hier seinem eigenen *notarius*) Notizen zu diktieren. Die Gegenüberstellung von *notae-litterae* hebt hervor, dass es sich zuerst bloß um eine stenographierte Skizze handelte; das Schreibmaterial war dabei beliebig. Aus diesem „Rohstoff“ sollte anschließend ein *testamentarius* oder *iuris consultus* die *tabulae testamenti* pedantisch entwerfen.

Das römische Testament wurde üblicherweise auf Wachstäfelchen, von geübter Schreiberhand und in ansehnlicher Kursivschrift erstellt. Als Sprache war lange ausschließlich Latein zugelassen. Neben zahlreichen Digesten-Stellen wird dieser Sprachzwang auch im Gnomon des Idios Logos bestätigt (BGU V 1210, Z. 35-37):

„Wenn ein römisches Testament den Zusatz hat ‚was ich auf griechischen Tafeln vermachte, soll gültig sein‘, so darf es nicht angenommen werden, denn einem Römer ist es nicht erlaubt, ein Griechisches Testament – *pinakidas Hellenikas* – zu schreiben.“³⁷

Die Alltagspraxis erarbeitete hier jedoch bald Umwege. Aus dem Eröffnungsprotokoll eines Testaments aus dem Jahre 224 (also nach der *Constitutio Antoniniana*) erfährt man, dass die Verfügung zwar vorschriftsmäßig in lateinischer Sprache angefertigt wurde, aber mit einer griechischen Übersetzung, weil dem Erblasser nur Griechisch zugänglich war: „Ich, Aurelius Chairemon, der Sohn des Herakleides, habe die oben genannte Griechische Kopie gelesen und zugestimmt, wie ich es diktiert habe.“³⁸ Im Testament des Antonius Silvanus bestätigt auch ein auf Griechisch geschriebener Vermerk des Erblassers, dass er

³⁶ „Der Soldat Lucius Titius diktierte seinem Schreiber sein Testament zur stenographischen Niederschrift und starb, bevor das Testament ins reine geschrieben wurde. Ich frage, ob dieses Diktat wirksam sein kann ...“.

³⁷ Übersetzung von W. Schubart, *Der Gnomon des Idios Logos* [BGU V 1210], Berlin 1919. Zum Text s. É. Jakab, *Testamente, Soldaten und der Idios Logos*, in K. Harter-Uibopuu / Th. Kruse (Hg.), *Dienst nach Vorschrift: Vergleichende Studien zum „Gnomon des Idios Logos“*, Wien 2020 (im Druck), bei Fn. 27; U. Babusiaux, *Römisches Erbrecht im Gnomon des Idios logos*, in *ZRG RA* 135, 2018, 167 f.

³⁸ P. Oxy. XXII 2348, Z. 48-49.

mit dem Text einverstanden sei: „Ich, der oben Bezeichnete, Antonius Silvanus, habe mein vorliegendes Testament in Augenschein genommen, es wurde mir vorgelesen und ich billige es so, wie es oben geschrieben steht.“³⁹

Lateinisch abgefasste römische *tabulae*, mit griechischer Übersetzung und eigenhändiger Hypographe des Testators – all das bedeutete komplizierte, aufwändige und kostspielige Urkunden, wofür die Mitwirkung von gelehrten Rechtskundigen unerlässlich war. Im Testament des C. Longinus Castor⁴⁰ liest man die Bestätigung eines *nomikos Rhomaikos* (natürlich auf Griechisch): „Ich, Gaius Lucius Geminianus, römischer *nomikos*, habe die vorliegende Abschrift übersetzt und sie stimmt mit dem Originaltext überein.“⁴¹

Eine stenographierte Fassung nach Diktat, Entwerfen und Niederschreiben in Reinschrift auf *tabulae*, griechische Übersetzung und Beglaubigung ... es könnten dabei auch mal Fehler unterlaufen. In einem Fall Ulpians scheinen die *testamentarii* wirklich sehr schlampig gearbeitet zu haben: die Täfelchen wurden mit leeren Innenseiten versiegelt.⁴² Die Schrift sollte gut lesbar sein, möglichst frei von Tilgungen und Korrekturen.⁴³ Zum feierlichen Verschließen der Täfelchen müssen Zeugen herangezogen werden, die in einer ununterbrochenen Handlung anwesend sein müssen (*uno contextu actus testari oportet*).⁴⁴ Von den Zeugen wird jedoch nicht erwartet, dass sie die Sprache des Testaments verstehen⁴⁵ oder den gesamten Inhalt kennen – es reicht, wenn der Name des / der Erben vor ihnen offen ausgesprochen wird.⁴⁶ Die Zeugen müssen aber das Testament mit einem Ring versiegeln und dazu eigenhändig jeweils ihren Namen auftragen (*proprio chirographo*). Gemäß den Anordnungen des *SC Neronianum* mussten die Siegel auf der Schnur, der um die Täfelchen umwickelt wurde, angebracht werden, um die unbefugte Öffnung der Beweisurkunde zu verhindern.⁴⁷ Manche *tabulae* wurden sogar in Leinen eingebunden; die Siegel

³⁹ *FIRA* III 47, Z. 49-52.

⁴⁰ Vgl. P. Meyer, *Juristische Papyri. Erklärung von Urkunden zu Einführung in die juristische Papyruskunde*, Berlin 1920, 66-71.

⁴¹ BGU I 326, zum Schreiber und zu den Übersetzungsfehlern in den Dokumenten s. Czajkowski, *Localized law* (Fn. 20) 86-92.

⁴² D. 28.3.11 (Ulp. 46 *ad ed.*).

⁴³ D. 28.4.1 pr. (Ulp. 15 *ad Sab.*).

⁴⁴ D. 28.1.21.3 (Ulp. 2 *ad Sab.*).

⁴⁵ D. 28.1.20.8 und 9 (Ulp. 1 *ad Sab.*).

⁴⁶ D. 28.1.21 pr. (Ulp. 2 *ad Sab.*).

⁴⁷ É. Jakab, *Senecas Misstrauen in Brief und Siegel*, in R. van den Bergh u. a. (Hg.), *Meditationes de iure et historia. Essays in honour of Laurens Winkel = Fundamina: A Journal of legal History* 20, 2014, 422 ff.

konnten in diesem Fall auf der Hülle angebracht werden.⁴⁸ Anderswo wurden die Außenseiten mit einem Türchen versehen, um die Siegel geschützt unter Verschluss zu bewahren.⁴⁹

Römische Testamente wurden immer in Form einer *testatio* beurkundet: In einem objektiv stilisierten, in der dritten Person Singular formulierten Text, der über die Handlungen aus dem Blickwinkel eines unbeteiligten Dritten berichtet. Hingegen setzte Lucius Titius in unserem Text ein *chirographum* auf: ein eigenhändig geschriebenes, in der ersten Person Singular entworfenes Schreiben.

Chirographa wurden zwar im alltäglichen Geschäftsverkehr mit großer Vorliebe benutzt, ihre Zulassung war jedoch im erbrechtlichen Kontext erheblich beschränkt. Erbeinsetzung (*heredis institutio*) durfte nur in einem bezeugten römischen Testament (*testatio*) wirksam dokumentiert werden, während *chirographa* höchstens für nachträgliche Kodizille gebraucht wurden.⁵⁰ Etwa im Testament des C. Longinus Castor wurde ausdrücklich festgehalten: „Wenn ich aber nach diesem Schriftstück etwas von meiner Hand Geschriebenes hinterlasse, dann will ich, dass dies auf irgendeine Weise gültig ist.“⁵¹

Betrachtet man Scaevolas Gutachten aus diesem Aspekt, kommt man zu dem Schluss, dass der namhafte Jurist seine Entscheidung nach rein formalen Kriterien getroffen hat: Lucius Titius habe mit seinem *scripsi*-Formular zweifelsohne ein Chirographum aufgesetzt. Urkunden solcher Art mit letztwilligen Verfügungen wurden von den Juristen des 2. Jahrhunderts höchstens als Kodizill anerkannt; als Testamentsurkunden kamen die niemals in Betracht. Aber Scaevola baute diesen Aspekt eigentlich gar nicht richtig aus. Er brachte eher das Argument ins Spiel, dass der Testator das Formular verwechselt haben durfte.⁵² *Sine ullo iuris perito* – so was kann einem schnell unterlaufen, der zur Testamentserrichtung keinen vernünftigen Juristen oder Notar heranzieht.

Dass Scaevola die individuelle Aufteilung der Erbmasse unter den gesetzlichen Erben doch retten will, dürfte mit den allgemeinen Auslegungskriterien

⁴⁸ D. 28.1.22.7 (Ulp. 39 *ad ed.*).

⁴⁹ *FIRA* III 47; vgl. dazu Jakab, *Gnomon* (Fn. 37) bei Fn. 54 – mit weiterer Literatur; D. Liebs, *Das Testament des Antonius Silvanus, römischer Kavallerist in Alexandria bei Ägypten, aus dem Jahr 142 n. Chr.*, in K. Märrer / Ch. Otto (Hg.), *Festschrift für Weddig Fricke zum 70. Geburtstag*, Freiburg i.Br. 2000, 113 ff.

⁵⁰ S. dazu etwa Spina, *Ricerche* (Fn. 3) 532 ff.

⁵¹ BGU I 326.

⁵² Zur Billigkeit der Testamentsauslegung zugunsten *descendentes* s. M. Kaser / R. Knütel / S. Lohsse, *Römisches Recht*²¹, München 2017, 389-393.

zusammenhängen, die in der kaiserlichen Kanzlei, wo auch er als Konsiliar des Mark Aurel tätig war, damals vorherrschten.⁵³ Die *interpretatio humanior*, die in einer berühmten Entscheidung des Mark Aurel im Jahre 166 deutlich hervorgehoben wurde, wurde unter den Juristen gewiss ausführlich diskutiert und mit Eifer befolgt.⁵⁴

3. Schlussbemerkungen

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass Scaevolus Entscheidung einen interessanten Einblick in das Rechtsleben des Imperium Romanum eröffnet. Das klassische römische Recht war einerseits durch Respekt für Tradition gekennzeichnet: Althergebrachte Rechtsfiguren wurden durch Jahrhunderte beinahe unverändert befolgt, die historischen Wurzeln des Privatrechts wurden von den römischen Bürgern gepflegt. Andererseits wurde im Prinzipat immer deutlicher erkannt, dass Gesetzgebung und Gerichtsbarkeit einen wesentlichen Teil der jeweiligen politischen Macht bilden. Die Normbildung zeigt ausdrücklich dynamische Züge: Senatsbeschlüsse, kaiserliche Konstitutionen, *rescripta* und *responsa* reflektieren auf Probleme des Alltags. Der Gesetzgeber versucht einerseits die problematischen Fälle innerhalb des Rechtssystems flexibel zu lösen. Andererseits wurden neue Rechtsfiguren, die durch andauernde Praxis langsam Konturen bekamen – und nicht selten aus den Provinzen stammten – vorsichtig in das vorhandene System integriert.⁵⁵

Zwischen dem römischen Recht und den lokalen Rechten der Provinzen ist eine dynamische Wechselwirkung zu beobachten. Die Dokumente der Alltagspraxis gelangten oft – auch von den Provinzen – vor die berühmtesten Juristen des Römischen Reichs, um eine treffende Interpretation zu finden. Durch die abweichenden Gewohnheiten und Rechtsvorstellungen der provinziellen Bevölkerung wurden oft Lösungen, Rechtsfiguren angewandt – die eventuell den Hauptregeln des klassischen römischen Rechts sogar widersprachen. Trotzdem

⁵³ Kaser / Knütel / Lohse, *Römisches Recht*²¹ (Fn. 52) 435: „*Fidei commissum* ist ursprünglich eine formlose *Bitte* des Erblassers, deren Erfüllung er ‚der Treue‘ oder ‚Gewissenhaftigkeit‘ des anderen ‚überläßt‘. In der Republik sieht man darin noch keine klagbare rechtliche Bindung, sondern nur eine *sittliche* Verpflichtung für jeden, dem der Erblasser etwas, beschwert mit solcher Bitte, hinterlassen hat, diesem Wunsch zu entsprechen.“

⁵⁴ Die bekannte Entscheidung ist von Marcellus unter D. 28.4.3 (Marcell. 29 *dig.*) mit Auszügen aus dem Gerichtsprotokoll überliefert; vgl. dazu etwa J.F. Stagl, *Glanz der Rhetorik und Finsternis der Logik*, in van den Bergh u. a. (Hg.), *Meditationes de iure et historia* (Fn. 47) 871 ff.

⁵⁵ Zu dieser Entwicklung auf dem Gebiet der Kaufverträge s. É. Jakab, *Prozess um eine entlaufene Sklavin* (P. Cair. Preis.² 1). *Vertrag in der provinziellen Rechtskultur*, in ZRG RA 135, 2018, 522 ff.

wurden sie auch von den römischen Behörden toleriert.⁵⁶

Auch der hier angeführte spannende Fall aus der Gutachterpraxis des Cervidius Scaevola hat gezeigt, dass die wesentlichen Verfügungen aus dem unmöglich formulierten, den Formzwang der Testamente weitgehend ignorierenden Dokument überwiegend doch „gerettet“ wurden. Der Jurist hat das relativ neue Rechtsinstitut, das *fideicommissum* herangezogen, um den Willen des Erblassers möglichst zu berücksichtigen.⁵⁷

Scaevolass Fall lenkt unseren Blick erneut auf die Eigentümlichkeiten der antiken Rechtskulturen. Neben dem dogmatisch verfeinerten römischen Recht existierte immer ein zweiter, nicht minder wichtiger Rechtsbereich: die Alltagspraxis. Die Gestaltung der Dokumente bei einem konkreten Rechtsverhältnis erfolgte in der Antike nach altbekannten Formularbüchern, die eine Vielfalt der Vertragsmodelle mit den passenden Vertragsklauseln angeboten haben. Die *lex dicta*, die konkrete Abrede hat in den oft um Begriffs- und Systembildung bemühten Entscheidungen der Juristen Roms konsequent den Vorrang: Nur innerhalb des Rahmens der konkreten Vereinbarung ist Platz für theoretische Scharfsinnigkeit, nur die urkundlich nicht geregelten Punkte brauchten einen Juristen.

⁵⁶ Zum Thema s. etwa K. Tuori, *Legal Pluralism and the Roman Empire*, in J.W. Cairns / P. du Plessis (Hg.), *Beyond Dogmatics*, Edinburgh 2007, 39 ff.

⁵⁷ Zum Thema vgl. É. Jakab, *Ein fideicommissum aus der Praxis des Javolenus Priscus: D. 36,1,48(46) (11 epist.)*, in Th. Finkenauer / B. Sirks (Hg.), *Interpretationes Iuris Antiqui. Dankesgabe für Shigeo Nishimura*, Wiesbaden 2018, 67-84; D. Johnston, *The Roman Law of Trusts*, Oxford 1988, 256 ff.; ders., *Succession*, in *The Cambridge Companion to Roman Law*, Cambridge 2015, 206-209.

Umberto Laffi
(Università di Pisa)

ACQUISTO DELLA CITTADINANZA ROMANA
DA PARTE DELLO STRANIERO:
RUOLO ED EFFICACIA GIURIDICA DEL *CENSUS*

In età repubblicana lo straniero poteva essere immesso nella cittadinanza romana per effetto dell'applicazione automatica di un provvedimento legislativo (che a volte trovava applicazione mediante *senatusconsulta*) di concessione collettiva alla comunità alla quale apparteneva per nascita o *adscriptio*, oppure per effetto di un conferimento individuale approvato dal popolo nei comizi o disposto *virtutis causa* da un magistrato *cum imperio*, comandante militare, a ciò comunque autorizzato da un atto legislativo, preventivo o di ratifica. Conseguivano la cittadinanza romana in forma individuale anche i *peregrini* che erano ammessi a partecipare alla fondazione di una colonia romana: il commissario fondatore della colonia riceveva da una legge l'autorizzazione all'arruolamento. La cittadinanza romana poteva essere scelta, in alternativa all'offerta della *provocatio*, dal singolo non-cittadino romano che fosse risultato vittorioso in un processo *de repetundis*. I Latini godevano di alcuni privilegi particolari. Divenivano cittadini romani se si trasferivano a Roma e ivi si facevano registrare nelle liste di censo. Pervenivano alla cittadinanza romana (è incerto se automaticamente o in seguito a richiesta, seguita da una *causae probatio*) i magistrati delle colonie latine che uscivano di carica, una regola che trovò applicazione tra l'ultimo quarto del II secolo a.C. (con tutta probabilità) e il 90, e fu estesa anche alle colonie cd. fittizie istituite dall'89 e alle comunità latine provinciali. A parte va considerata la *manumissio*, che, come è ben noto, consentiva allo schiavo liberato l'accesso a una forma particolare di cittadinanza, sottoposta a estese limitazioni.

Quale che fosse il titolo di acquisto della cittadinanza, il neo-cittadino veniva assegnato a una tribù, dove avrebbe potuto esercitare (parte dei) diritti politici. Affronteremo, nell'ordine, due problemi, strettamente connessi. Qual era il

ruolo dei censori nell'assegnazione dei nuovi cittadini alle tribù? Qual era il valore giuridico della registrazione nelle liste di censo?

I. Il ruolo dei censori nell'assegnazione dei nuovi cittadini alle tribù¹

Nel caso di concessioni collettive di cittadinanza, la stessa legge di concessione indicava le rispettive tribù nelle quali i beneficiari del provvedimento avrebbero dovuto essere collocati: in alcuni casi queste erano tribù nuove, contestualmente create, in altri casi tribù limitrofe già esistenti.

Per quel che riguarda l'assegnazione di comunità di *novi cives* a tribù nuove *ad hoc* istituite, un'indicazione preziosa ci viene da Livio 8.17.11-12 (332 a.C.), che, trattando dell'incorporazione nella *civitas Romana* delle città latine che si erano sollevate contro Roma tra il 339 e il 338, dà notizia di un censimento nel corso del quale furono censiti *novi cives* e subito di seguito fa riferimento alla creazione di due nuove tribù a loro destinate: *eodem anno census actus novique cives censi. Tribus propter eos additae Maecia et Scaptia; censores addiderunt Q. Publilius Philo Sp. Postumius*. È possibile, come è stato sostenuto,² che la notizia di Livio non sia esatta, nel senso che le nuove tribù non siano state create appositamente per i *novi cives*, che in realtà sarebbero stati collocati per la più gran parte in tribù già esistenti, ma, dal nostro punto di vista, la sostanza non cambia. Venendo in particolare all'esame del ruolo svolto dai censori, non è da credere che essi abbiano disposto la creazione delle due nuove tribù, una decisione che, anche se qui non è detto esplicitamente, si deve ritenere, come vedremo, che spettasse al popolo. Ovviamente i censori possono avere influito su questa decisione, ma il loro compito, in questo come in altri casi analoghi di *tribus additae*, doveva limitarsi a registrare l'*additio* delle nuove tribù, e a prendere atto delle attribuzioni. Ai censori però era riconosciuta la facoltà di integrare la composizione di una tribù mediante l'*adscriptio* di cittadini appartenenti ad altre *civitates*. Questo è quello che risulta da una testimonianza di Festo (s.v. *Oufentinae tribus*, Lindsay 212), che, dopo avere menzionato la creazione della tribù Oufentina nell'agro Privernate, apporta questa precisazione: *postea deinde a censoribus alii quoque diversarum civitatum eidem tribui sunt adscripti*.

¹ Come opera di riferimento è tuttora fondamentale L. Ross Taylor, *The Voting Districts of the Roman Republic* (Papers and Monographs of the American Academy in Rome, XX), Roma 1960; v., in particolare, il cap. 2: *The Role of People and Censors in the Assignment of Tribes*, 17-24; v. anche G. Pieri, *L'histoire du cens jusqu'à la fin de la République romaine*, Paris 1968, 150-172.

² M. Humbert, *Municipium et civitas sine suffragio. L'organisation de la conquête jusqu'à la guerre sociale* (Collection de l'École française de Rome, 36), Roma 1978, 177-179.

Che la creazione di nuove tribù per comunità di *novi cives* spettasse al popolo è confermato in maniera esplicita dalla *lex Iulia de civitate* del 90 a.C.³ Come è ben noto, Appiano (*b. c.* 1.214-215) riferisce che la legge istituiva per i nuovi cittadini nuove tribù, in numero di dieci, secondo un'interpretazione corrente (ma le discordanze tra le fonti non permettono di risolvere la questione del loro numero in termini univoci;⁴ si è formulata anche l'ipotesi che il loro numero non fosse fisso, ma variasse a seconda delle circostanze):⁵ queste tribù dovevano votare per ultime dopo le altre 35 (la norma si riferisce evidentemente ai comizi legislativi). Si trattava forse di una misura concepita come provvisoria, ma comunque adottata nel rispetto della competenza del popolo a deliberare in materia. È probabile che la stessa *lex Iulia* (o qualche altra legge successiva) prevedesse anche la ripartizione delle comunità beneficiarie del provvedimento nelle singole tribù supplementari.⁶ I censori, subito nominati nell'89 (uno di essi era l'autore della *lex Iulia*), avrebbero dovuto fare un censo generale e provvedere quindi a registrare nelle nuove tribù i nuovi cittadini. Il censo tuttavia fallì (Cic. *Arch.* 5.11: *nullam populi partem esse censam*):⁷ il che significa che nessuno fu registrato in queste tribù supplementari. Quando fu effettuato il censo successivo (86-85 a.C.), l'apparato costituito da queste tribù, se non era già stato smantellato, era comunque sulla via di esserlo.

³ Sulle *leges de civitate*, si rinvia agli studi classici di G. Luraschi, *Sulle 'leges de civitate' (Iulia, Calpurnia, Plautia Papiria)*, in *SDHI* 44, 1978, 321-370; Id., *La questione della cittadinanza nell'ultimo secolo della repubblica*, in F. Milazzo (a cura di), *Res publica e princeps. Vicende politiche, mutamenti istituzionali e ordinamento giuridico da Cesare ad Adriano. Atti del Convegno Internazionale di diritto romano, Copanello 25-27 maggio 1994*, Napoli 1996, 35-99 [= *SDHI* 61, 1995, 17-67], su cui v. S. Barbati, *Gli studi sulla cittadinanza romana prima e dopo le ricerche di Giorgio Luraschi*, in S. Lazzarini (a cura di), *Incorrupta antiquitas. Studi di storia, epigrafia e diritto in memoria di Giorgio Luraschi. Atti dell'incontro di studio di Como 25-26 maggio 2012*, Como 2017, 175-260, part. 184-207 (contributo già apparso in *RDR* 12, 2012, www.ledonline.it), con segnalazione e discussione di ulteriore bibliografia; v. inoltre A. Coşkun, *Zu den Rechtsgrundlagen der römischen Bürgerrechtsvergabe infolge des Bundesgenossenkrieges*, in *RIDA* 3^e sér. 51, 2004, 101-132; E. Bispham, *From Asculum to Actium. The Municipalization of Italy from the Social War to Augustus*, Oxford 2007, con le recensioni di C. Letta, in *Gnomon* 82, 2010, 51-57 e A. Raggi, in *Athenaeum* 99, 2011, 239-244; J.-M. David, *Rome et l'Italie de la guerre sociale à la mort de César: une nouvelle citoyenneté. État de la recherche*, in *Pallas* 96, 2014, 35-52; L. Gagliardi, *Réflexions sur la lex Iulia de civitate*, in *RHD* 97, 2019, 19-29.

⁴ V., in particolare, L. Gagliardi, *L'assegnazione dei novi cives alle tribù dopo la lex Iulia de civitate del 90 a.C.*, in *QLSD* 3, 2013, 43-58, con ampio esame delle fonti e della letteratura.

⁵ M.H. Crawford, *Community, Tribe and Army after the Social War*, in M. Silvestrini (a cura di), *Le tribù romane. Atti della XVI^e Rencontre sur l'épigraphie (Bari 8-10 ottobre 2009)*, Bari 2010, 97-101.

⁶ P.A. Brunt, *Italian Manpower, 225 B.C. – A.D. 14*, Oxford 1971, 91.

⁷ Sui censori dell'89, v. J. Suolahti, *The Roman Censors. A Study on Social Structure*, Helsinki 1963, 445-451.

Per quel che riguarda l'assegnazione di comunità di *novi cives* a tribù già esistenti, è fondamentale la testimonianza di Liv. 38.36.7-9, riferita all'anno 188 a.C.:

de Formianis Fundanisque municipibus et Arpinatibus C. Valerius Tappo tribunus plebis promulgavit ut iis suffragii latio – nam antea sine suffragio habuerant civitatem – esset. Huic rogationi quattuor tribuni plebis, quia non ex auctoritate senatus ferretur, cum intercederent, edocti populi esse non senatus ius suffragii, quibus velit, impertire, destiterunt incepto. Rogatio perlata est, ut in Aemilia tribu Formiani et Fundani, in Cornelia Arpinates ferrent; atque in his tribubus tum primum ex Valerio plebiscito censi sunt.

Da questa testimonianza risulta chiaramente che il plebiscito che conferiva la piena cittadinanza, con il *ius honorum*, ai Formiani, ai Fundani e agli Arpinati, *municipes sine suffragio*, disponeva anche la loro registrazione nelle tribù: i Formiani e i Fundani nella tribù Aemilia, gli Arpinati nella tribù Cornelia. Lo stesso plebiscito incaricava i censori di censire i nuovi cittadini *optimo iure* nelle tribù rispettivamente loro assegnate: da questo punto di vista la funzione che i censori erano chiamati a svolgere era quindi semplicemente di carattere esecutivo. Che fosse di competenza del popolo l'assegnazione delle tribù a comunità accolte nella cittadinanza risulta anche dai tentativi compiuti a partire dall'88 a.C., di immettere i neocittadini Latini e italici in tutte le 35 tribù tradizionali: una prima proposta, presentata dal tribuno P. Sulpicio Rufo, venne approvata, ma poi venne cassata dal senato, come tutte le altre leggi proposte dallo stesso tribuno; l'anno successivo Cinna ripropose la legge, ma non riuscì a neutralizzare l'*intercessio* dei tribuni.⁸ Non sappiamo se le *rogationes* contenessero anche prescrizioni su come ripartire le singole comunità fra le singole tribù: è probabile che fosse così. Anche in questo caso il ruolo dei censori era quello di completare l'opera, procedendo alle tradizionali operazioni di censo. Il censimento in effetti ebbe luogo negli anni 86-85 a.C.: ma di fronte ai censori dovette presentarsi soltanto una percentuale piuttosto esigua dei *novi cives* (limitata probabilmente alle classi alte), a giudicare dal fatto che l'incremento del numero dei cittadini censiti rispetto alle cifre del censimento del 115-114 fu soltanto di 68.664 unità.⁹

Come abbiamo detto, la cittadinanza poteva essere concessa anche indivi-

⁸ V. Gagliardi, *L'assegnazione dei novi cives alle tribù* (nt. 4) 51-53, con i rinvii.

⁹ Brunt, *Italian Manpower* (nt. 6) 91-94; T.P. Wiseman, *The Census in the first Century B.C.*, in *JRS* 59, 1969, 59-75, part. 63 s.; Luraschi, *Sulle 'leges de civitate'* (nt. 3) 364 e nt. 169; Pieri, *L'histoire du cens* (nt. 1) 165-167; L. de Ligt, *Peasants, Citizens and Soldiers. Studies in the Demographic History of Roman Italy 225 BC-AD 100*, Cambridge 2012, 112-116; Gagliardi, *L'assegnazione dei novi cives alle tribù* (nt. 4) 53-55.

dualmente dal popolo o da magistrati *cum imperio*, autorizzati da una legge.¹⁰ Quando la cittadinanza era conferita a singoli direttamente mediante una legge approvata nei comizi, il popolo stesso doveva indicare anche la tribù nella quale il beneficiario veniva iscritto. Quando la cittadinanza era conferita *virtutis causa* da un magistrato *cum imperio* autorizzato dalla legge, l'indicazione della tribù compariva nell'editto di concessione della cittadinanza. In questo caso, chi stabiliva la tribù? Molto importante è la testimonianza che ci proviene dall'editto che conferisce la cittadinanza al navarco Seleuco di Rhosos e ai suoi famigliari, un editto promulgato insieme da Ottaviano e Antonio in forza di una *lex Munatia Aemilia* del 42 a.C.¹¹ L'editto prevede che i beneficiari del provvedimento siano iscritti nella tribù Cornelia (l. 24-27), che era la tribù degli Antonii, il che rende quasi certo che l'assegnazione sia stata decisa dagli autori dell'editto. Nel caso in questione, sembra d'altra parte che si possa escludere che l'assegnazione della tribù fosse già contenuta nella *lex Munatia Aemilia*. L'editto di Ottaviano cd. *de privilegiis veteranorum*,¹² che con tutta probabilità ha come fonte giuridica la stessa legge, prevede infatti una soluzione diversa: che siano i beneficiari stessi del provvedimento a scegliere la tribù (fra alcune elencate sopra in una parte perduta del testo?) nella quale votare ed essere censiti (l. 13-15). La legge doveva quindi concedere al magistrato la facoltà di decidere in piena autonomia come regolare l'assegnazione delle tribù, rispettando certe consuetudini (i beneficiari di provvedimenti di questo tipo saranno stati per lo più iscritti nella tribù di appartenenza del magistrato romano che aveva concesso la cittadinanza), ma senza una regola fissa. Tornando all'editto di Rhosos,

¹⁰ La trattazione generale più completa, per il periodo anteriore alla guerra sociale, in A. Raggi, *Le concessioni di cittadinanza viritim prima della Guerra Sociale (90-88 a.C.)*, in M. Aberson et al. (a cura di), *L'Italia centrale e la creazione di una koiné culturale? I percorsi della 'romanizzazione'. E pluribus unum? L'Italie, de la diversité préromaine à l'unité augustéenne*, II, Berne 2016, 85-96. Per un elenco di leggi conferenti direttamente la *civitas* a singoli *peregrini*, v. anche C.E. Goodfellow, *Roman Citizenship. A Study of its Territorial and Numerical Expansion from the Earliest Times to the Death of Augustus*, Lancaster PA 1935, 32; E. Badian, *Foreign Clientelae (264-70 B.C.)*, Oxford 1958, 254 s.; Luraschi, *La questione della cittadinanza* (nt. 3) 38 nt. 7 [= *SDHI* 61, 1995, 19 nt. 10]; A. Raggi, *Seleuco di Rhosos. Cittadinanza e privilegi nell'oriente greco in età tardo-repubblicana*, Pisa 2006, 92 nt. 49; Id., *Cives Romani optimo iure optimaque lege immunes: cittadinanza romana e immunità in Oriente nella tarda repubblica*, in B. Antela-Bernárdez / T. Naco del Hoyo (a cura di), *Transforming Historical Landscapes in the Ancient Empires*, Oxford 2009, 131; sulle concessioni *virtutis causa* da parte di magistrati delegati, v. anche Goodfellow, *op. ult. cit.* 33-40; Luraschi, *La questione della cittadinanza* (nt. 3) 77-80 [= *SDHI* 61, 1995, 49-52], su cui Barbatì, *Gli studi sulla cittadinanza romana* (nt. 3) 208-217; Raggi, *op. ult. cit.* 85-94; elenco di personaggi *singillatim civitate donati*, in Badian, *op. ult. cit.* 302-308.

¹¹ L'edizione con commento di Raggi, *Seleuco di Rhosos* (nt. 10) sostituisce le precedenti edizioni.

¹² Testo e commento in Raggi, *Seleuco di Rhosos* (nt. 10) 223-229.

vediamo che i beneficiari del provvedimento ottengono il privilegio di poter essere censiti anche *in absentia*; contestualmente viene loro concesso di stabilirsi in un municipio o in una colonia d'Italia (linn. 25-27). Dobbiamo tener presente che a quest'epoca le operazioni del censo erano ormai decentrate,¹³ per cui la disposizione viene a dire, mi sembra, che ai beneficiari è accordata la facoltà di farsi censire in una comunità dell'Italia, senza l'obbligo tuttavia di presentarsi personalmente per effettuare la dichiarazione del censo. I magistrati quinquennali del municipio o della colonia prescelta prendevano atto della tribù che era stata assegnata a questi neo-cittadini e li registravano, presenti di persona o rappresentati da un *procurator*, in questa tribù.

In altri casi di concessione individuale della cittadinanza, l'assegnazione del beneficiario alla tribù era automatica. Il *peregrinus* ammesso a partecipare alla fondazione di una colonia romana veniva iscritto nella tribù stessa della colonia.¹⁴ Il non-romano vittorioso in un processo *de repetundis* veniva iscritto nella tribù del condannato (*Lex repetundarum* [RS, nr. 1], lin. 77 [84]). Quanto ai magistrati delle colonie latine che acquisivano la cittadinanza romana alla fine del mandato, il titolo della cittadinanza era una legge (o un atto magistratuale autorizzato dalla legge): è possibile che la legge contenesse anche indicazioni sull'assegnazione delle tribù. Questo sembra valere soprattutto per gli ex-magistrati delle colonie latine cd. fittizie istituite dall'89,¹⁵ che venivano collocati – sembra potersi stabilire – in tribù fisse per ogni colonia. Lo stesso si può dire per le comunità latine fondate nelle province da Cesare in poi.¹⁶ Quanto ai *libertini*, probabilmente fino al secondo secolo a.C. non vi erano leggi regolanti la loro distribuzione nelle tribù, leggi che intervennero tuttavia nel periodo successivo.¹⁷

¹³ Lo attesta esplicitamente la *tabula Heracleensis* (RS, nr. 24), linn. 142-158; v. E. Lo Cascio, *Le professiones della Tabula Heracleensis e le procedure del census in età cesariana*, in *Athenaeum* 78, 1990, 287-318.

¹⁴ Ross Taylor, *The Voting Districts* (nt. 1) 18 s.

¹⁵ G. Luraschi, *Foedus Ius Latii Civitas. Aspetti costituzionali della romanizzazione in Transpadana*, Padova 1979, 301-329; A. Coşkun, *Zu den Bedingungen des Bürgerrechtserwerbs per magistratum in der späten römischen Republik*, in *Historia* 58, 2009, 225-241; G. Cairo, *Gli strumenti giuridici della presenza romana in Cisalpina tra il I sec. a.C. e l'inizio del principato*, in *Historiká. Studi di storia greca e romana* 2, 2012, 33-54; S. Barbati, *Ancora sulle cosiddette «colonie latine fittizie» transpadane* (*Asc. In Pis. 3 Clark*), in *QLSD* 3, 2013, 59-106; un'innovativa e approfondita indagine sulla cosiddetta colonizzazione fittizia, alla luce di documenti catastali recentemente pubblicati, in L. Maganzani, *Per una revisione del concetto di 'colonizzazione fittizia' in Transpadana: nuovi dati da Verona*, in P. Ferretti et al. (a cura di), *Il governo del territorio nell'esperienza storico-giuridica*, Trieste 2017, 57-85.

¹⁶ Ross Taylor, *The Voting Districts* (nt. 1) 109, seguita da Luraschi, *Foedus Ius Latii Civitas* (nt. 15) 328 s.

¹⁷ Ross Taylor, *The Voting Districts* (nt. 1) 23.

Da quanto detto finora risulta che il conferimento della cittadinanza romana comportava come atto integrativo e necessario l'assegnazione a una tribù del neo-cittadino. Ciò lo abilitava all'esercizio di un diritto: il diritto di voto nelle assemblee tribute, e all'adempimento di un obbligo: l'obbligo di farsi censire (non interessa qui l'aspetto fiscale né quello connesso con le esigenze del reclutamento). Mi preme sottolineare che erano i Romani stessi che attribuivano alla collocazione del neo-cittadino in una tribù questo significato fondamentale. Nella cd. *lex repetundarum* il legislatore così si esprime, lin. 77 [84]: [*inque eius tribum, quei ex h(ace) l(ege) condemnatus erit, suffragiu]m ferunto, inque ea<m> tribum censento. Nell'editto in favore di Seleuco di Rhosos il diritto e l'obbligo derivanti ai beneficiari dalla collocazione nella tribù ricorrono con gli stessi termini, tradotti in greco, e nella stessa sequenza (linn. 24-25): φυλῆς Κορηλίας ἔστω {ι} [σαν ψῆφ]όν τε ἐ[v]τ[α]ῖθα [φέρειν καὶ τεμᾶσθαι ἐξουσία αὐτοῖς] ἔστωι. La stessa formula ricompare nell'editto di Ottaviano *de privilegiis veteranorum* (linn. 13-15): [*I]tem in [q(ua)vi]s tribu s(upra) s(criptis) suffragium [f]erendi c[e]nsendi[que] potestas esto. Questa formulazione, che, come si può evincere, ha il suo archetipo in un dettato legislativo, ci autorizza a pensare che i neo-cittadini fossero abilitati a votare nella tribù loro assegnata ancor prima di essere censiti. Una conferma ci viene da Appiano (*b. c.* 1.214-215), il quale riferisce che il voto dei neocittadini nelle tribù supplementari spesse volte si rivelò inutile, dal momento che le 35 tribù chiamate al voto per prime formavano già una maggioranza. Se la notizia si può accogliere (e non vedo ragioni sufficienti per non farlo), ciò confermerebbe che i neocittadini, già nei mesi immediatamente successivi all'approvazione della *lex Iulia*, partecipavano al voto, nelle tribù supplementari: eppure non erano mai stati censiti, in quanto il censo dell'89 era fallito e quello dell'86-85 era ancora da venire.¹⁸ Che i *novi cives*, una volta approvata la legge del tribuno Sulpicio che prevedeva la loro immisione nelle 35 tribù, abbiano concorso con il loro voto all'approvazione della legge dello stesso Sulpicio sul trasferimento da Silla a Mario del comando della guerra contro Mitridate, è invece un'ipotesi sì suggestiva,¹⁹ ma indimostrabile.**

Finora abbiamo trattato del ruolo dei censori in rapporto alle tribù. È doveroso comunque tenere a mente che i censori non si limitavano a prendere atto della tribù in cui registrare il neo-cittadino, ma dovevano anche – e questa era l'in-

¹⁸ Che, almeno nel I secolo a.C., non occorresse l'iscrizione nelle liste del censo per rendere effettivo l'esercizio del voto nelle assemblee tribute è sostenuto da Luraschi, *La questione della cittadinanza* (nt. 3) 66-68 [= *SDHI* 61, 1995, 41 s.]; cfr. E. Lo Cascio, *Il census a Roma e la sua evoluzione dall'età «serviana» alla prima età imperiale*, in *MEFRA*, Ant. 113, 2001, 598.

¹⁹ E. Gabba, *Mario e Silla*, in *ANRW* I.1, Berlin / New York 1972, 794; Crawford, *Community, Tribe and Army* (nt. 5) 101.

combenza più impegnativa – stabilire in quale classe di censo collocarlo, sulla base di una valutazione del patrimonio. Questo inquadramento avrebbe consentito al neo-cittadino di votare anche nei comizi centuriati (oltre che a qualificarlo per le cariche pubbliche e le funzioni della vita politica). Per queste operazioni l'opera dei censori era indispensabile, e quindi in tutti i casi, se non censiti, i neocittadini restavano assoggettati a rilevanti limitazioni nell'ambito dell'esercizio dei diritti politici. Per i neo-cittadini non ancora censiti non dovevano invece esserci limitazioni, come vedremo, nell'ambito dell'ordinamento privatistico.

II. Il valore giuridico della registrazione nelle liste di censo

La registrazione nelle liste di censo rappresentava la tappa finale dell'*iter* acquisitivo della cittadinanza romana. Qual è il valore giuridico di questa operazione di stato civile? Dall'esame della documentazione che abbiamo considerato nelle pagine precedenti mi sembra che siano emersi argomenti per sostenere che questa operazione non era condizione costitutiva dello *status civitatis*, con effetti *ex nunc*: il titolo avente efficacia costitutiva dello *status civitatis* va identificato nella norma di legge o nell'atto del magistrato, delegato dalla legge. La registrazione non incide sul momento costitutivo dell'acquisto di cittadinanza, i cui effetti si producono quindi *ex tunc*. Questo conferma che lo straniero che riceve validamente la cittadinanza romana ed è contestualmente assegnato a una tribù è cittadino romano anche se in attesa di essere censito.

Sul valore della registrazione nelle liste di censo gran parte della dottrina si rifa a un passo di Cicerone (*pro Arch.* 5.11), che andremo a riesaminare, inquadrandolo, per una corretta comprensione, nel suo contesto argomentativo giudiziario. Siamo nel 62: Cicerone difende Archia che è accusato in forza della *lex Papia* del 65 di avere usurpato la cittadinanza romana. L'accusa chiede – o Cicerone si prefigura che possa chiedere – che Archia produca i registri del censo, sapendo che non può corrispondere alla richiesta, in quanto non si era mai fatto censire. Cicerone ammette che ciò è vero, ma precisa che le ragioni delle mancate registrazioni di Archia sono tutt'altro che oscure: nel 70-69, l'anno a cui risaliva il censimento più recente (*proximis censoribus*), egli era al seguito di Lucullo, che allora era al comando della guerra contro Mitridate; in occasione del censimento precedente, quello dell'86-85, si trovava nella provincia d'Asia con lo stesso Lucullo; quanto al censimento che per primo avrebbe dovuto svolgersi dopo l'approvazione della *lex Iulia*, quello dell'89-88, i censori incaricati non conclusero nulla (*nullam populi partem esse censam*).²⁰ Cicerone non si

²⁰ V. Wiseman, *The Census in the First Century B.C.* (nt. 9) 63 s.

limitata a giustificare perché Archia non compare nelle liste di censo, ma, proseguendo nel suo ragionamento, pretende anche di dimostrare che il non comparirvi non poteva offrire, in sé, un argomento di rilievo all'accusatore. Riporriamo a questo punto le parole precise dell'avvocato difensore:

sed, quoniam census non ius civitatis confirmat ac tantum modo indicat eum, qui sit census, ita se iam tum gessisse pro cive, hic iis temporibus, quem tu criminaris ne ipsius quidem iudicio in civium Romanorum iure esse versatum, et testamentum saepe fecit nostris legibus et adiit hereditates civium Romanorum et in beneficiis ad aerarium delatus est a L. Lucullo pro consule.

Nell'interpretazione di Cicerone il censimento non ha un valore probatorio assoluto e incontestabile, trattandosi di un atto accessorio e non costitutivo dell'acquisto della cittadinanza, ma riveste un valore probatorio meramente presuntivo, sempre superabile da una valida prova contraria, in quanto indica semplicemente che il soggetto iscritto si comportava già da tempo come cittadino (*pro cive se gerere*). La prova documentale, presuntiva, che nel caso di Archia l'iscrizione nelle liste del censo non poteva fornire, in quanto mai avvenuta, poteva però essere surrogata dal comportamento *pro cive* costantemente tenuto dallo stesso nell'arco di tempo in cui si erano svolti o avrebbero dovuto svolgersi i censimenti a cui non ha partecipato. A questo proposito Cicerone asserisce che Archia aveva fatto spesso testamento sulla base delle norme romane, aveva adito eredità di cittadini romani (e ciò conferma che, anche se non censiti, i neocittadini avevano capacità di agire come cittadini romani nell'ambito dell'ordinamento privatistico) e dal proconsole Lucullo era stato segnalato all'erario tra i collaboratori meritevoli di gratifiche. Cicerone aveva tutto l'interesse a svilire l'importanza sostanziale del *census* e anche la sua valenza probatoria, per cui non va preso alla lettera (e soprattutto non si può tranquillamente accedere alla suggestione che il compito dei censori si limitasse a prendere atto del comportamento *pro cive* dello straniero, iscrivendolo nelle liste del censo sulla base di una presunzione, diremmo, *iuris tantum*, senza l'obbligo, almeno teorico, di operare verifiche e controlli), ma il principio sostenuto (*census non ius civitatis confirmat*) trova indubbi riscontri nella tradizione antica, con riferimento, come abbiamo visto, a certe fattispecie acquisitive della cittadinanza: il censore non creava nuovi cittadini ma inseriva nelle liste del censo chi era già cittadino.

In dottrina, sulla scia di Mommsen,²¹ si tende ad attribuire alla massima enunciata da Cicerone un valore assoluto.²² A questo punto però si affaccia un

²¹ Th. Mommsen, *Römisches Staatsrecht*³, II.1, Leipzig 1887, 374 = *Le droit public romain* (trad. franc. di P.F. Girard), IV, Paris 1894 (rist. 1984), 51 s.

²² V. soprattutto P. Frezza, *Note esegetiche di diritto pubblico romano*, in *Studi in onore di Pietro*

ragionevole dubbio: i poteri dei censori in materia di concessione di cittadinanza sono sempre stati gli stessi in tutte le circostanze? Vorrei fare un'osservazione preliminare di carattere generale. Non tutti dovevano condividere la convinzione espressa da Cicerone. Uno dei censori del 65, da identificare con M. Licinio Crasso, pensava di poter dare la cittadinanza romana ai Transpadani proprio iscrivendoli nelle liste del censo. Forse si trattava di un progetto abbozzato con una certa superficialità, ma è comunque significativo che esso sia stato pensato e proposto: evidentemente era considerato proponibile, anche se poi nei fatti incontrò l'opposizione (ma per motivi politici) dell'altro censore, Q. Lutazio Catulo.²³

Per valutare in concreto se il dubbio sopra espresso ha fondamento, non resta che prendere in esame altre fattispecie acquisitive della cittadinanza e altri periodi storici. Cominciamo da quella fattispecie che consentiva a un latino di divenire cittadino romano migrando a Roma. Non ho intenzione di addentrarmi nella *vexata quaestio* del cd. *ius migrandi*, della sua risalenza, della sua portata (una legge, testimoniata da Liv. 41.8.9, restringeva la concessione della cittadinanza romana a quegli immigrati latini che lasciavano nelle rispettive comunità di provenienza una discendenza maschile naturale: *lex sociis nominis Latini, qui stirpem ex sese domi relinquerent, dabat ut cives Romani fierent*). È evidente che un privilegio di portata così generale non poteva prevedere l'attribuzione delle tribù *viritim*: epperò la concessione della cittadinanza romana era indissociabile dall'assegnazione a una tribù (oltre che, si dà per scontato, a una classe). Ogni latino che immigrava a Roma doveva quindi farsi censire per potere essere assegnato a una tribù, che veniva pertanto stabilita dai censori. In questo caso si dovrà pensare che il titolo della cittadinanza di questi immigrati non potesse essere la semplice *migratio* (attuata nel rispetto o meno delle clausole restrittive della legge), ma che, a differenza di quello che si verificava in altre tipologie acquisitive, il censo rivestisse natura costitutiva, con efficacia *ex*

De Francisci, I, Milano 1956, 201-206, poi in Id., *Scritti*, II, Romae 2000, 207-212, seguito da Pieri, *L'histoire du cens* (nt. 1) 160 s. L'affermazione ciceroniana è riconosciuta valida anche da F. De Visscher, *De l'acquisition du droit de cité romaine par l'affranchissement. Une hypothèse sur les origines des rites d'affranchissement*, in *SDHI* 12, 1946, 79, poi in Id., *Nouvelles études de droit romain public et privé*, Milano 1949, 133. Anche io aderivo alla *communis opinio* in U. Laffi, *Sull'esegesi di alcuni passi di Livio relativi ai rapporti tra Roma e gli alleati latini e italici nel primo quarto del II sec. a. C.*, in A. Calbi / G. Susini, *Pro populo Ariminense*, Faenza 1995, 65 s., poi in Id., *Studi di storia romana e di diritto*, Roma 2001, 70 s.

²³ Cass. Dio 37.9.3 (cfr. anche Svet. *Iul.* 8-9); v. U. Laffi, *Humanitas e politica. Cicerone contro Cicerone*, in M. Pastore Stocchi (a cura di), *I deipnosofisti lincei. Omaggio a Maurizio Vitale*, Roma / Padova 2019, 31-33, con i rinvii: la trattazione più completa e aggiornata è in O.V. Liubimova, *Марк Луциний Красс и транспаданцы: nimium parvus in largienda civitate?*, in *VDI* 77.1, 2017, 66-90.

nunc. Livio associa strettamente, mediante la copulativa *et*, i concetti di *migratio* e di *census*, fondendoli in un sintagma unitario (Liv. 41.8.11: *in civitatem Romanam per migrationem et censum transibant*). Nei famosi episodi del 187 (Liv. 39.3.4-6), del 177 (Liv. 41.8.6-12; 9.9-12) e del 173 (Liv. 42.10.1-3) che videro l'espulsione di latini immigrati a Roma, questi appaiono sempre già censiti o in attesa di essere censiti: *Romam commigrasse et ibi census esse* (Liv. 39.3.4); *Romae census plerosque Romam commigrasse* (Liv. 41.8.7); *ne quis eorum Romae et omnes in suis civitatibus censerentur* (Liv. 42.10.3).²⁴ Spettava ai censori decidere chi tra i latini migrati a Roma immettere e come immettere nella cittadinanza: il censo non rappresentava in questi casi un mero fattore integrativo dell'efficacia della *migratio*, ma il momento perfezionativo dell'acquisto dello *status civitatis*.²⁵

²⁴ V. U. Laffi, *Le espulsioni da Roma di immigrati provenienti da comunità latine e italiche in età repubblicana*, in *Athenaeum* 105, 2017, 85-105, part. 86-98. Nel 177 i Latini avevano chiesto ai Romani non soltanto di adottare un nuovo provvedimento di espulsione dopo quello adottato nel 187, ma anche di approvare una legge che proibisse di porre in essere manumissioni allo scopo di creare un mutamento di cittadinanza. Questa legge, che i Latini richiedevano, fu in effetti rogata *ex senatusconsulto* e approvata (*lex Claudia*). Frezza, *Note esegetiche* (nt. 22) 205 = *Scritti* (nt. 22) 211 s. ritiene che proprio l'approvazione di questa legge fornisca un solido argomento per escludere decisamente la tesi del carattere costitutivo dell'iscrizione nelle liste del censo: "se lo *status civitatis* venisse creato dalla iscrizione, e rispettivamente distrutto dalla cancellazione del cittadino nelle liste del censo, la *lex Claudia* del 177 a. C. rimarrebbe priva di ragione sufficiente. La ragione sufficiente invece appare non appena si voglia ritenere che la iscrizione e la cancellazione siano operazioni non attributive, ma meramente dichiarative dello *status civitatis*; e che quindi per quelli fra i soci che avessero conseguito la cittadinanza *per manumissionem*, oltre alla radiazione dalle liste censuali ed alla loro espulsione era necessario distruggere il loro *status* di *cives libertini* per mezzo di una norma di legge, non bastando a ciò né un atto del magistrato né una deliberazione del senato. Questa maniera di intendere il valore giuridico della iscrizione nelle liste del censo è, come tutti sanno, quella professata dal Mommsen, e appoggiata da questo Autore sul noto testo della *pro Archia* di Cicerone (5.11): *... census ... tantum modo indicat eum, qui sit census, ita se iam tum gessisse pro cive* rell. Questo argomento, ripetuto da Pieri, *L'histoire du cens* (nt. 1) 160 s., perde ogni forza se si considera che da Livio risulta che le disposizioni della *lex Claudia* riguardavano soltanto il futuro (Liv. 41.8.12: *haec ne postea fierent*) e che al presente, per risolvere i problemi, fu adottato un drastico provvedimento amministrativo, richiesto, come si è visto, dagli alleati stessi: l'espulsione, che colpiva tutti indiscriminatamente (*omnes*), comportando il disconoscimento dell'ottenuta *transitio in civitatem Romanam* e la radiazione dalle liste di censo: v. Laffi, *op. ult. cit.* 97.

²⁵ In questo senso A. Coşkun, *Bürgerrechtsentzug oder Fremdenausweisung? Studien zu den Rechten von Latinern und weiteren Fremden sowie zum Bürgerrechtswechsel in der Römischen Republik (5. bis frühes 1. Jh. v. Chr.)*, Stuttgart 2009, 70 s., 188 nt. 595; Id., *Cicero und das römische Bürgerrecht. Die Verteidigung des Dichters Archias. Einleitung, Text, Übersetzung und historisch-philologische Kommentierungen*, Göttingen 2010, 113-115; pur non trattando esplicitamente del problema, sembrano attribuire all'iscrizione nelle liste del censo efficacia costitutiva, in relazione agli episodi menzionati, anche Luraschi, *Foedus Ius Latii Civitas* (nt. 15) 66 e nt. 120, su cui v. Barbati, *Gli studi sulla cittadinanza romana* (nt. 3) 220 s., 232; D. Kremer, *Ius Latinum. Le concept de droit latin sous la Répu-*

Che fin da un remoto passato, per lo meno dall'età alto-repubblicana, i censori avessero poteri discrezionali in tema di conferimento di *status*, in particolare dello *status libertatis* e contemporaneamente *civitatis*, sembra confermato dalla funzione che essi esplicavano nella *manumissio censu*. Questa forma di *manumissio* si svolgeva secondo una procedura piuttosto semplice: lo schiavo si presentava al censore in occasione del censimento e, con l'autorizzazione del *dominus*, effettuava la *professio* tra i cittadini romani. Il censore iscriveva lo schiavo nelle liste del censo come libero e cittadino (Tit. Ulp. 1.8: *censu manumittebantur olim, qui lustrali censu Romae iussu dominorum inter cives Romanos censum profitebantur*; Boeth. in top. Cic. 1, ad 2.10: *si quis ergo consentiente vel iubente domino nomen detulisset in censum, civis Romanus fiebat et servitutis vinculo solvebatur*; cfr. anche *Fragm. Dosith.* 17).²⁶ Non vedo motivi per dubitare che chi decideva la *manumissio censu* fosse il censore stesso e non il *dominus*. Certo, il ruolo del *dominus* era importante, anzi essenziale: per questo sarebbe improprio trasferire *per extensionem* alla *manumissio censu* dello schiavo ciò che Gai 1.140 riferisce a proposito dell'affrancamento con la stessa *manumissio censu* della persona *in mancipio*, un affrancamento che, salvo eccezioni operanti nei casi in cui la *mancipatio* fosse stata compiuta con il patto di *remancipatio* al *pater* ovvero *ex noxali causa*, i censori potevano effettuare – precisa Gaio – anche

blique et l'Empire, Paris 2006, 30; F. Lamberti, *Percorsi della cittadinanza romana dalle origini alla tarda repubblica*, in B. Perián Gómez (a cura di), *Derecho, persona y ciudadanía. Una experiencia jurídica comparada*, Madrid et al. 2010, 44. F. Lucrezi, in F. Amarelli / F. Lucrezi, *I processi contro Archia e contro Apuleio*, Napoli 1997, 57-62 aderisce alle argomentazioni di Frezza (v. nt. 24), ritenendo che gli episodi narrati da Livio avvalorino l'idea che, nei primi decenni del secondo secolo a.C., il censimento non avesse un effetto costitutivo di *status*; non reputa però credibile che, dopo la guerra sociale, i censori restassero "privi di una capacità attributiva di *status civitatis*" e giudica quindi inesatta l'asserzione di Cicerone che il *census* "non è che un segno, uno dei tanti, dello *status civitatis*". È un'interpretazione che diverge da quella da noi qui proposta, ma che intende comunque superare una concezione statica e monolitica del valore giuridico del *census*.

²⁶ Come opera di riferimento generale si tenga presente M. Lemosse, *L'affranchissement par le cens*, in *RHD* 26, 1949, 161-203, poi in Id., *Études romanistiques* (Université d'Auvergne, *Annales de la Faculté de droit et de science politique* 26, 1990), Clermont-Ferrand 1991, 129-171; per un rinvio ad altra bibliografia sull'argomento, v. *infra*, alla nt. 29. Sul *iussum domini*, in relazione alla *manumissio censu*, v., in particolare, G. Coppola Bisazza, *Dallo iussum domini alla contemplatio domini. Contributo allo studio della storia della Rappresentanza. Corso di diritto romano*, Milano 2008, 36 s. Il cd. *Fragmentum Dositheanum*, che fa parte di una raccolta di esercizi di traduzione scolastici latino-greci e greco-latini contenuti negli *Hermeneumata Pseudodositheana*, trasmette il testo greco-latino di un trattato anonimo *de manumissionibus* e della corrispondente versione latino-greca (su questo *tractatus*, v. E. Dickey, *The colloquia of the Hermeneumata Pseudodositheana, I: colloquia Monacensia-Einsidlensia, Leidense-Stephani, and Stephani, edited with an Introduction, Translation, and Commentary*, Cambridge 2012, 28-30); per il testo greco-latino, v. l'edizione critica curata da G. Flammini, *Hermeneumata Pseudodositheana Leidensia*, Monachii et Lipsiae 2004, 92-103 (part. 101 s.); la versione latino-greca (*fragmentum Parisinum*) in *CGL* III 102.8-108.13 (part. 107.10-26).

senza o contro la volontà del titolare stesso del *mancipium*. Ma l'importanza del *iussum domini* era più di portata politica che non giuridica, l'intervento del *dominus* essendo forse richiesto – è una delle ipotesi che si possono fare – per consentire al suo schiavo, uno straniero sconosciuto, di postulare di persona dinanzi all'autorità politica l'incorporazione come *civis*.²⁷

Mommsen (*StR.* II³, 374 = *Dr. publ.* IV, 52) sostiene che, iscrivendo lo schiavo manomesso nelle liste di censo, il censore si fondava sul presupposto, assunto come vero – si tratterebbe quindi di una *fictio* – che fosse già cittadino romano: egli ritiene di potere corroborare questa sua convinzione invocando il noto passo ciceroniano dell'orazione *pro Archia* preso in esame nelle pagine precedenti (*census non ius civitatis confirmat*), che però, come abbiamo rilevato, non è da interpretare con il valore di un principio assoluto e fuori del tempo. Che, nel caso della *manumissio censu*, il censore con il suo atto di inclusione nelle liste del censo conferisse allo schiavo manomesso la cittadinanza direttamente resta la spiegazione più convincente.²⁸ E che l'iscrizione nelle liste del censo producesse effetti di natura costitutiva pare confermato dal fatto stesso che gli antichi discutessero – e la discussione non doveva essere soltanto accademica – se lo schiavo che era censito (*qui census sit*) diventasse libero subito o soltanto in seguito alla conclusione del *lustrum* (Cic. *de orat.* 1.40.183: *nonne ex iure civili potest esse contentio, cum quaeritur, is, qui domini voluntate census sit, continuone, an, ubi lustrum sit conditum, liber sit?* cfr. *Fragm. Dosith.* 17).²⁹ Se

²⁷ È questa la proposta esegetica di Lemosse, *L'affranchissement par le cens* (nt. 26) 172-174, poi in Id., *Études romanistiques* (nt. 26) 140-142; obiezioni nella recensione di C. Cosentini, in *Iura* 1, 1950, 536-539, il quale contrappone a questa interpretazione l'opinione che il *iussum domini* costituisse l'atto che produceva l'estinzione della *potestas del dominus* sullo schiavo.

²⁸ Cic. *pro Caec.* 34.99: ... *cum ii qui in servitute iusta censu liberentur*; sul requisito della *iusta servitus* v. anche Gai 1.11.

²⁹ Per l'efficacia costitutiva della *manumissio censu*, v. H. Last, *The Servian Reforms*, in *JRS* 35, 1945, 35-38; D. Daube, *Two Early Patterns of Manumission*, in *JRS* 36, 1946, 57-74, part. 58; M. Lemosse, *L'affranchissement par le cens* (nt. 26) 167-169, 174, 177, poi in Id., *Études romanistiques* (nt. 26) 135-137, 142, 145; Id., *Affranchissement, clientèle, droit de cité*, in *Mélanges Fernand De Visscher*, II (*RIDA* 3), Bruxelles 1949, 45 s., poi in Id., *Études romanistiques* (nt. 26) 181-182; R. Danieli, *In margine a un recente studio sulla 'manumissio censu'*, in *SDHI* 15, 1949, 198-202; Id., *Contributi alla storia delle manomissioni romane*, I. *Origine ed efficacia delle forme civili di manomissione*, Milano 1953, 55, 59, 60-64; Pieri, *L'histoire du cens* (nt. 1) 41 s., 160 nt. 86; C. Masi Doria, *Civitas operae obsequium. Tre studi sulla condizione giuridica dei liberti*, Napoli 1993, 14; P. López Barja de Quiroga, *Historia de la manumisión en Roma: de los orígenes a los Severos*, Madrid 2007, 31; A. Tarwacka, *Appunti su requisiti, percorso ed effetti della manumissio censu*, in *Diritto@Storia* 13, 2015, 4 s. nt. 1. La tesi del carattere dichiarativo e non costitutivo dell'iscrizione dello schiavo nelle liste del censo è difesa invece, ancora con il richiamo al "preciso dettato" del passo ciceroniano, da C. Cosentini, *Studi sui liberti. Contributo allo studio della condizione giuridica dei liberti cittadini*, I, Catania 1948, 15 s.; Id., *Ancora sull'origine e l'efficacia delle forme civili di manumissione*, in Id., *Mi-*

dunque i censori potevano rendere cittadino uno schiavo per mezzo dell'iscrizione nelle liste di censo (*censu*), non si vedono ragioni per negare che rientrasse nei loro poteri la possibilità di attribuire la cittadinanza allo stesso modo anche a uno straniero di condizione libera.³⁰

Poche parole a mo' di conclusione. Nel procedimento per la concessione della cittadinanza romana a stranieri, i poteri censori variavano a seconda delle tipologie acquisitive, che presentavano caratteristiche ed esigenze diverse. In molti casi, l'iscrizione di neo-cittadini nelle liste di censo aveva un'efficacia meramente dichiarativa dello *status civitatis*: i soggetti che si presentavano ai censori erano già cittadini, con la tribù già assegnata. In altri casi, l'iscrizione nelle liste del censo era un'operazione di natura attributiva: i censori avevano il potere di fare acquistare la cittadinanza o di denegarne la concessione. L'opinione espressa da Cicerone (*pro Arch.* 5.11: *census non ius civitatis confirmat*) non va assolutizzata in forma di dogma.

scellanea romanistica, Catania 1956, 215 nt. 66; a favore di una spiegazione fondata sulla *fictio* anche O. Robleda, *Il diritto degli schiavi nell'antica Roma*, Roma 1976, 119 s. Da segnalare a parte F. De Visscher, *De l'acquisition du droit de cité romaine* (nt. 22) 79, poi in Id., *Nouvelles études* (nt. 22) 133, che propone una spiegazione originale, ma indimostrabile e poco persuasiva: le tre forme civili di manumissione sarebbero state concepite originariamente per affrancare le *personae in mancipio* e solo in seguito sarebbero state impiegate per liberare gli schiavi; da ciò la contraddizione tra il principio enunciato da Cicerone ("un princepe certain") e "l'effet constitutif du droit de cité rattaché au recensement de l'esclave".

³⁰ Giustamente Last, *The Servian Reforms* (nt. 29) 38.

Rosalia Marino

(Università degli Studi di Palermo)

SULLA MOBILITÀ VERTICALE IN ETÀ GIULIO-CLAUDIA TRA INTERSEZIONI POLITICHE E CULTURALI*

Il tema qui proposto, che attraversa i diversi territori dello storico, risulta, com'è noto, di non facile lettura a causa di filtri ideologici percepibili nelle fonti che ci restituiscono il punto di vista dei ceti conservatori sui nuovi percorsi della politica all'indomani della morte di Augusto.

Con timbri narrativi monocromatici vengono, infatti, rappresentati da Tacito, Svetonio, Cassio Dione i progetti di sistematizzazione di uno Stato, espressione di una nuova concezione del potere, declinato da Augusto in chiave dinamica coerentemente con il vero grande problema della creazione di un nuovo regime che il vincitore di Azio dovette affrontare a dispetto del propagandato ripristino delle regole repubblicane.¹

* Questo contributo è incluso anche nel volume miscelaneo *Senatori, cavalieri, curiali fra privilegi ereditari e mobilità verticale*, a cura di Margherita Cassia, Claudia Giuffrida e Orazio Licandro.

¹ Sulla preparazione precoce alla successione “concepita ed attuata da Augusto nel contesto della politica familiare e della propaganda ideologica, che, assieme alle sue origini divine, assegnava una posizione eminente e un ruolo pubblico ai membri della *gens Iulia*” v. specialmente C. Molè, *Il principato di Augusto. La dinastia Giulio-Claudia*, in M. Mazza (a cura di), *Storia di Roma. Dalle origini alla tarda antichità*, Catania 2013, 221, che precisa come “nel contempo strategie matrimoniali sapientemente organizzate con le famiglie della vecchia nobiltà repubblicana erano finalizzate a consolidare la famiglia Giulia e ad assicurarne la sopravvivenza tramite una numerosa discendenza e a coinvolgere nella stabilizzazione del sistema i possibili oppositori. Si formava la *domus Augusta*, attorno alla quale il sistema di amicizie ‘clientelari’ dei *familiares* veri e propri andò formando una ‘corte’ di *amici*, ideologicamente e politicamente caratterizzata da tendenze diverse, che si evidenziano in modo particolare proprio in relazione al problema della successione”. Sulla costruzione delle origini divine della *gens Iulia* cfr. anche R. Marino, *Gli Elimi tra indigeni e Roma*, in *MedAnt* 10.1-2, 2007, 421-432. Sulla ridefinizione del consenso dopo Azio v. l'analisi dettagliata di F. Rohr Vio, *Verso una riorganizzazione dello Stato tra secondo triumvirato e riassetto augusteo: anni 44 a. C.-14 d. C.*, in R. Cristofoli et al. (a cura di), *Dalla repubblica al principato. Politica e potere in Roma antica*, Roma 2014, 101-182, che ripercorre tutte le tappe relative alla *restitutio rei publicae* senza perde-

Preliminare alla configurazione dei quadri storici entro i quali si inscrivono le vicende drammatiche dell'età giulio-claudia ci sembra la 'premessa metodologica' di Tacito che negli *Annali* segnala i limiti che derivavano all'attività degli storici – *decora ingenia* – dalla *gliscens adulatio* che incoraggiava la deformazione dei fatti, mentre *Tiberii Gaique et Claudii ac Neronis res florentibus ipsis ob metum falsae, postquam occiderant recentibus odiis compositae sunt*. Da qui la scelta deontologica di *pauca de Augusto et extrema tradere, mox Tiberii principatum et cetera, sine ira et studio*,² a lui estranei, che implicava il rifiuto di coinvolgimenti emotivi o di sospetti unilateralismi.

Ma la ricostruzione dei contesti evidenzia come, nonostante il rigoroso manifesto di intenti tacitano, le fonti si rincorrono sui crinali dei *mirabilia* che colorano i racconti relativi alla gestione e degenerazione del potere dei *principes* Giulio-Claudi. Esplicito in tal senso, ancora in Tacito, nella rapida retrospettiva che funge da prologo alla narrazione sui successori di Augusto, l'interrogativo di fondo che sembra costituire il filo rosso delle deduzioni che il testo consente: *domi res tranquillae eadem magistratuum vocabula; iuniores post Actiacam victoriam, etiam senes plerique inter bella civium nati: quotus quisque reliquus, qui rem publicam vivisset?*³

Infatti, di là da ipotizzabili suggestioni nostalgiche, la sottolineatura della scomparsa dei valori della *res publica* dopo la decimazione della élite a causa dei *civilia bella*, cui erano sopravvissuti soltanto pochi, ormai anziani, mentre sintetizza lo sconforto di Tacito per il graduale slittamento della *potestas* verso la *dominatio*, a partire da Tiberio, incoraggiò il ricorso a nuove frontiere euristiche che rinviavano a categorie psicologiche quali agenti della storia per spiegare con la follia di singoli imperatori i drammi di un'epoca.⁴

re di vista la necessità di una lettura dei fatti in filigrana e attraverso la valorizzazione di versioni alternative a quella elaborata dal principe *in rebus* ma anche *post eventum*, che compromette talvolta "la fedele ricostruzione delle dinamiche evenemenziali e dei rapporti di causalità tra gli avvenimenti di questo periodo" (139). La sostanza dei poteri del *princeps* viene pertanto rivista anche alla luce di categorie documentarie alternative sopravvissute nelle pagine della storiografia e nei versi della poesia coevi e posteriori ma ricostruibili anche tramite l'apporto informativo delle fonti archeologiche, epigrafiche, numismatiche e papirologiche. Ma cfr. anche P. Zanker, *Immagini e valori collettivi*, in G. Clemente / F. Coarelli / E. Gabba (a cura di), *Storia di Roma*, II.2. *L'impero mediterraneo. I principi e il mondo*, Torino 1991, 193-220 e, per ultimo, O. Licandro, *Augusto e la res publica imperiale. Studi epigrafici e papirologici*, Torino 2018, che, sotto l'aspetto giuridico, offre all'interno di un panorama documentario ricchissimo notevoli spunti di riflessione e di discussione.

² Tac. *ann.* 1.1.3.

³ Tac. *ann.* 1.1.5.

⁴ Come osserva A. Giardina, *18 luglio 64 d. C. L'incendio di Roma*, in *I giorni di Roma. Nove grandi storici raccontano nove giornate cruciali per la storia di Roma e del mondo*, Bari 2007, 57: "... la pazzia, vera o presunta, non può spiegare la complessità dei grandi drammi storici. La mente forsen-

Ma, com'era prevedibile, la percezione del cambiamento come sottrazione di spazi politici al Senato e, insieme, i contrasti insanabili tra correnti ideologiche presenti nella *domus* augustea, prevedibilmente acuiti dal sistema successorio studiato ed applicato da Augusto con scarsa lungimiranza, aprono alla comprensione di fenomenologie socio-politiche che agevolarono processi di mobilità verticale, irradiatisi dal centro alla periferia dell'impero, per il valore che esse assunsero di vettore del consenso a partire dal consolidamento della formula dinastica.

Lo spessore del cambiamento che la soluzione imperiale ideata da Augusto provocò nel tessuto politico e sociale dello Stato se spiega, da un lato, i conflitti intradinastici *sub specie* 'nobilitante' di prospettive ideologiche, che finirono per enfatizzarne i contenuti, ritenendoli dei veri e propri *turning point* degli equilibri politici, rende conto, dall'altro, della genesi e dello sviluppo di morfologie politiche e sociali che guardavano ai principi come a referenti privilegiati per promozioni di status e metabolismi sociali.

Alle istanze dal basso corrisposero di volta in volta risposte politiche diversificate e modulate da parte dei Giulio-Claudi, chiamati ad interpretare con pazienti difficoltà la linea del principato, che, letta da una prospettiva telescopica, poteva mettere in crisi l'idea follia = degenerazione autocratica secondo un rapporto di causa ed effetto.

La centralità del principe nei nuovi apparati dello Stato venne potenziata e supportata da un'aura religiosa che lasciava indefinita la sostanza del potere con il richiamo forte ad un lessico ambiguo dal doppio registro, sacro e profano, percepito in modo differente nelle varie aree dell'impero con diversa tradizione culturale.⁵

nata di Hitler non spiega il nazismo, come gli eccessi di Nerone non possono riassumere tutti gli eventi del suo regno. La pazzia, in fondo, è un espediente consolatorio per chi riflette sulla storia: isolando il male a un unico individuo lo circo-scrive senza approfondire le dinamiche e le responsabilità collettive"; 59: "... il malessere che tormenta l'animo di chi governa il mondo è spesso come una palla di neve che diventa valanga ... dobbiamo evitare di risolvere tutti gli affascinanti quesiti che la nostra storia ci pone aggrappandoci alla psicologia di un solo individuo".

⁵ Sull'attenzione di Caligola a questo tema, che involgeva anche problemi di integrazione dei provinciali cfr. la perspicua analisi di R. Cristofoli, *Caligola. Una breve vita nella competizione politica (anni 12-41 d. C.)*, Firenze 2018, il quale porta in superficie le ragioni profonde della tendenziosità delle fonti anche rispetto a vere e proprie intuizioni politiche del giovane imperatore in ordine, per esempio, ai rischi di un'eccessiva provincializzazione che, comportando l'aumento dei comandi militari in mano ai senatori, tentò di arginare con lo smembramento delle province in parti più piccole per evitare l'aumento dei comandi militari in mano ai senatori. Quanto agli orientamenti 'religiosi' di Caligola, lo scandaglio attento delle fonti – a partire dalla notazione di Svetonio che parlava di propensione del *princeps* alla *divina maiestas* – consente allo studioso di ipotizzare che "dietro la tendenza delle fonti mirata ad attribuire a Caligola la volontà di assimilarsi a Giove, che ne avrebbe evidenziato nella maniera più plateale la follia, in realtà il piano presunto della deificazione

La riottosità del Senato alla centralizzazione del potere si rivelò da subito perdente per l'attenzione che i successori di Augusto continuarono a rivolgere al consolidamento dello schema augusteo, condizionando il mutamento della classe dirigente, promuovendone il patronato e la fedeltà al principe e dando vita a nuove forze più adatte al governo imperiale e meno legate alla tradizione repubblicana.⁶

D'altronde – e qui sta uno dei principali punti di forza del nuovo regime – mentre il Senato fu progressivamente esautorato nelle sue funzioni operative,⁷ i

di Caligola e della sua equiparazione al padre degli dei può essere ridimensionato, e spostato non solo su quello di un avvicinamento subordinato, ma anche su quello della mera contrapposizione alla divinità suprema ...”. Sul tema del rapporto di Caligola con la religione giudaica, illuminante la testimonianza di Giuseppe Flavio – ampiamente discussa da Cristofoli (146, 154) – che concede ampio spazio ai rapporti complessi tra Greci di Alessandria ed elemento giudaico e alla difficile posizione di Roma chiamata ad intervenire anche nei problemi interni che affliggevano la Giudea: v. R. Marino, *Schegge di storia sociale nella storiografia sull'età giulio-claudia*, in *MedAnt* 12, 2009, 137-150. Sugli aspetti ideologici sotto la dinastia Giulio-Claudia del culto imperiale, elemento di coesione di un impero vasto e composito, v. l'acuta analisi di G. Zecchini, *Il pensiero politico romano dall'età arcaica alla tarda antichità*, Roma 2009, 84 s. Il clima politico-culturale nel quale maturò l'esperienza di Nerone segnò la distanza dal regno di Caligola per l'incidenza dello stoicismo nella preparazione di una fronda per ragioni non politiche ma morali. Disposta ad accettare la monarchia, la componente stoica, che riunì anche personalità di orientamenti diversi, non approvò i comportamenti e le iniziative di Nerone che erano in contrasto palese con il *mos maiorum*, cioè con i valori della romanità, fino al punto di volerli sostituire con quelli ellenistici (greci ed orientali). Ma su questi temi cfr. G. Zecchini, *Il pensiero politico romano*, Roma 2018, 88-92; A. Galimberti, *La stabilizzazione del principato da Tiberio a Domiziano: anni 14-96 d. C.*, in Cristofoli et al. (a cura di), *Dalla repubblica al principato* (nt. 1) 185-234, con ampia bibliografia, che offre un quadro ben articolato sugli intrecci nell'ambiente di corte che corrodevano la stabilità del potere, di là da possibili confronti dialettici.

⁶ Cfr. M. Pani, *La politica in Roma antica*, Roma 1997, 254 s.

⁷ Un contributo di alto valore storico-politico sul rapporto di Tiberio con il Senato e con la linea di continuità, per questa parte, con lo schema augusteo ci deriva da tre documenti epigrafici – la *Tabula Hebana*, la *Tabula Siarensis*, il *Senatus consultum de Cn. Pisone Patre* – che gettano ampia luce anche sul tema della *dissimulatio* di Tiberio, strumentalmente enfatizzata da Tacito, Svetonio e Cassio Dione: sulle fonti comuni utilizzate da essi cfr. M. Sordi, *Introduzione*, in Cassio Dione, *Storia romana (libri LVII-LXIII)*, Milano 1999, 5-23, con bibliografia. Le disposizioni contenute nel primo documento del 19 sulla *destinatio* degli eligendi consoli e pretori da parte di quindici centurie di cavalieri e senatori – dieci erano state create da una *lex Cornelia* del 5 e intitolate a Gaio e Lucio Cesare, le altre cinque erano state aggiunte da un *senatus consultum ultimum* del 19, successivo alla morte di Germanico – la cui scelta era pregiudizievole per l'assemblea che doveva votare solo per i candidati *destinati*, vanno letti in chiave di tutela della propria immagine, deformata dal manifesto dissenso del senato, non solo attraverso l'allineamento con la soluzione augustea, ma – ritengo – soprattutto per l'intitolazione a Germanico delle ultime cinque centurie. Ancora più esplicito circa tale finalità autoassolutoria rispetto alle accuse di ipocrisia appare il contenuto della *Tabula Siarensis* che contiene l'elogio di Germanico (cfr. il già citato Galimberti). Sulle due *tabulae* cfr. anche A. Fraschetti, *La Tabula Hebana e la Tabula Siarensis e il iustitium per la morte di Germanico*, in *MEFRA* 100, 1998, 867-899; J. González, *Tacitus, Germanicus, Piso and the Tabula Siarensis*, in *AJPh* 120.1,

senatori invece continuarono individualmente ad essere utilizzati per una serie di compiti, che, essendo in parte nuovi, non rientravano più sotto la giurisdizione del senato, ma del principe.

La svolta riguardò, com'è noto, tutti i gradini dell'apparato dello Stato che dovevano rispondere direttamente all'imperatore, il quale, in piena autonomia, creò nuovi incarichi anche per il ceto equestre, coinvolgendo per ragioni di opportunità le aree provinciali. E quanto più forte era la vocazione autocratica, tanto più all'interno della Corte si favoriva la scalata di collaboratori a qualunque livello per il potenziamento della struttura amministrativa, scalata che veniva letta come garanzia di fedeltà al principe.

Ultima nella scala gerarchica, ma non per questo meno problematica, la plebe urbana, sempre più incalzante, della quale il potere cercava di catturare il consenso con la 'filosofia' del *panem et circenses* e con il ricorso frequente alla sfera celeste, quale correttivo di un disagio sociale rispetto al quale le fonti assunsero un atteggiamento di casualità cui sfuggivano, al contrario, le forze dirimpenti del nuovo ordine – eserciti e liberti – percepite, in ogni caso, come elemento di cesura. I segnali delle trasformazioni strutturali e culturali fornirono ampia materia di riflessione agli storici più rappresentativi del periodo, il cui travaglio teorico non poteva che approdare alla sistemazione di un apparato concettuale che consentisse una lettura più sfumata, perché più consapevole, di vicende rappresentative in termini strategici e attraverso una nuova ortodossia dei parametri valutativi.⁸

Nella cornice qui delineata inseriremo – non certo con pretese di completezza – taluni episodi esemplificativi del punto di vista finora illustrato.

La storia degli eventi drammatici che punteggiarono l'età giulio-claudia rispecchiò un nucleo essenziale di idee intorno al tema scottante della concezione e sistemazione del potere nel quadro di tentazioni monarchiche che minavano, come abbiamo visto, il difficile equilibrio tra gli organi dello Stato soffocando la dialettica politica e la libera manifestazione del pensiero. Essa trova un riflesso di immediata esemplarità del clima torbido di sospetti nella vicenda relativa alla condanna per *laesa maiestas* – nel 25 – di Cremuzio Cordo, il vecchio senatore, che nei suoi *Annales*, letti e approvati da Augusto,⁹ aveva esaltato

1999, 123-142. Rispetto al contributo sul processo verso il *novum* – considerato per Caligola e Nerone come il risultato di patologie ereditarie – che gli interventi di Tiberio relativi alla *destinatio* avrebbero prodotto, cfr. per tutti M. Pani, *Principato e logica familiare nel s. c. di Cn. Calpurnio Pisone*, in G. Paci (a cura di), *Ἐπιγραφαί: miscellanea epigrafica in onore di Lidio Gasperini*, Tivoli 2000, 199-218.

⁸ Sull'argomento v. Marino, *Schegge di storia sociale* (nt. 5) 137-142.

⁹ Svet. *Tib.* 61.1. La notizia, che compare anche in Cass. Dio 57.4.3, mentre rivela aperture di conciliazione dell'ex cesariano Augusto, sembra un rimprovero velato all'estremizzazione della politica di

Bruto e Cassio e definito quest'ultimo *Romanorum ultimum*.¹⁰

Così, l'eco di una memoria storica scomoda, quella dei cesaricidi, che, insieme ad altre figure standardizzate,¹¹ assusero a modello di martiri libertari, sarebbe divenuta funzionale ad un'aperta denuncia di derive autoritarie partendo proprio da Cremuzio.

Alla responsabilità dello storico quale custode della libertà di espressione che gli fece scegliere la via del suicidio per inedia, il potere rispose con la distruzione dell'opera e con la minaccia di un processo che prefigurava un esito scontato.¹²

Il tema sul deficit di democrazia trovò adeguata centralità nella esplicita e drammatica rappresentazione che della vicenda ci ha lasciato Seneca, il quale, attraverso incursioni storiche, evidenziò nella *Consolatio ad Marciam* il problema del rapporto tra l'eloquenza e la libertà di parola, facendo sbalzare il profilo morale di Cremuzio, eroico antagonista di intruppati di comodo 'psicologicamente' respinti da una folla che, osannante, condivise la scelta estrema dell'accusato *quod e faucibus avidissimorum luporum educeretur praeda*, anche se non sfugge all'attenzione come un velo di pessimismo faccia da contraltare alla gioia per il ritrovamento dell'opera di Cremuzio, quando si fa riferimento al silenzio che sarebbe gravato sui crimini dei carnefici *quibus solis memoria meruerunt*, con un evidente e consapevole ribaltamento del valore del merito.¹³

Ancora più impietosa l'analisi di Tacito sulla vicenda, quando, in una sorta di manifesto dello storico di un'età in cui *converso statu neque alia re Rom<ana>*

Tiberio contro le correnti ideologiche di opposizione, a meno di non assumerla come ipotesi della estraneità dell'imperatore contro Cremuzio, vista l'acrimonia che contrassegna la centralità del ruolo conferito a Seiano e ai suoi clienti. Sui contenuti del *crimen maiestatis*, riflesso di un lungo percorso politico-ideologico dello Stato romano, v. specialmente B. Santalucia, *La giustizia penale nel Principato*, in E. Gabba / A. Schiavone (a cura di), *Storia di Roma*, II.3. *L'impero mediterraneo. La cultura e l'impero*, Torino 1992, 211-233, e L. Solidoro Maruotti, *Profili storici del delitto politico*, Napoli 2002, 5-19.

¹⁰ Tac. *ann.* 4.34.1. In Svet. *Tib.* 61.1, il giudizio si estende anche a Bruto, mentre l'elogio che quest'ultimo tessè di Cassio si ritrova anche in Plut. *Brut.* 44 ed in App. *b. c.* 4.114.

¹¹ Pompeo, Catone e Cicerone divennero, com'è noto, bandiere ideologiche nel nome della *libertas*, concetto piuttosto usurato che, a partire dalle guerre civili venne riplasmato e rifunzionalizzato alle istanze dei nuovi dinasti e delle nuove fazioni, accelerando il processo verso la soluzione imperiale ritenuta dagli storici posteriori come Appiano (*b. c.* 2.504) e Cassio Dione (54.1-2) l'approdo obbligato in assenza di lungimiranza del senato e dei tirannicidi. Costoro, infatti, non erano riusciti né a cancellare il significato di cui si era caricata l'azione politica di Ottaviano Augusto, né la figura di autocrate cui egli aveva dato vita, l'unica possibile per riordinare uno Stato che aveva raggiunto dimensioni mondiali: cfr. R. Marino, *Politica e psicodramma nella retorica di campo in età triumvirale*, in *Hormos* n.s. 1-2, 2020, 128-137; V. Arena, *Libertas and Practice of Politics in the late Roman Republic*, Cambridge 2013, 49-73.

¹² Sen. *cons. Marc.* 1.3-4; 22.6; Tac. *ann.* 4.35.5; Svet. *Cal.* 16.1; Cass. Dio 57.24.4.

¹³ Sen. *cons. Marc.* 22.7.

quam si unus imperitet, condanna senza appello l'asfitticità di spazi critici concessi agli storici già gravati dal rischio di ridurre la platea dei lettori a causa della crudezza dei temi.¹⁴

La tensione ideale che anima l'autodifesa messa in bocca all'accusato viene costruita, per contrasto, attraverso l'elogio della tolleranza dei politici della discontinuità, Cesare ed Augusto, i quali si erano mostrati clementi con quegli intellettuali e storici che avevano apprezzato apertamente *et tulere ista et reliquere* noti protagonisti del dissenso, da Cicerone a Catone, da Antonio a Bruto, da Bibaculo a Catullo.¹⁵

Un secondo episodio connota il *gap* tra la vecchia *nobilitas* e il senato rinnovato quale spia di correnti ideologiche di opposizione che diedero vita a congiure guidate dall'interno della *domus* imperiale e all'insegna di concezioni del potere non assimilabili.

In tale prospettiva occorre leggere l'episodio della *seditione* organizzata da Clemente, schiavo di Agrippa Postumo – ultimo figlio di Giulia Maggiore e di Agrippa – il quale, dopo il tentativo fallito di evitare l'uccisione del padrone, assumendone le sembianze, si pose a capo di una rivolta armata che trovò sostegno a Roma presso senatori, cavalieri ed esponenti della casa imperiale, con l'obiettivo di raggiungere il potere.¹⁶

I particolari di cui si colora il racconto di Tacito che informa i lettori dell'antefatto e cioè del progetto di Clemente di rapire Agrippa per portarlo presso gli eserciti stanziati in Germania e, dopo la morte di quello, del piano avventuroso e ambizioso di occupare il trono sotto mentite spoglie con l'appoggio di una folla festosa radunata ad Ostia, mentre a Roma si tenevano riunioni segrete, rivelano il profilo eversivo del progetto. Di esso lo storico osserva in termini icastici: *et quamquam multi e domo principis equitesque ac senatores sustentasse opibus iuvisse consiliis dicerentur, haud quaesitum*.¹⁷

Il punto di vista politico di Tacito sulle 'astuzie' che portarono Tiberio sul trono emerge dalla battuta messa in bocca allo schiavo dopo la cattura, quando *percunctandi Tiberio quo modo Agrippa factus esset, respondisse fertur* "quomodo tu Caesar" con una presa di distanza – *fertur* – puramente apparente se solo si pensi al particolare introdotto *ut ederet socios subigi non potuit*.¹⁸

¹⁴ Tac. *ann.* 4.33.2.

¹⁵ Tac. *ann.* 4.34.10.

¹⁶ Tac. *ann.* 2.39-40; Cass. Dio 57.16.3-4; Svet. *Tib.* 25; Vell. 2.104.1, 112.7. Su Agrippa Postumo Tac. *ann.* 1.5.1 e 6.1-2; Svet. *Aug.* 25.1; Cass. Dio 55.22.3; 56.30.1.

¹⁷ Tac. *ann.* 2.40.1-3.

¹⁸ Cfr. per tutti F. Cenerini, *Dive e donne. Mogli, madri, figlie e sorelle degli imperatori romani da Augusto a Commodo*, Imola 2009.

Anche la versione di Cassio Dione più sintetica ma altrettanto efficace, sulla deriva securitaria dello Stato, per l'adesione al progetto di molti, non meglio definiti, recuperati prima in Gallia, poi in Italia, salva il particolare sul coraggio dello schiavo il quale, catturato per mezzo di infiltrati, non solo si rifiutò, pur sotto tortura, di rivelare i nomi dei complici, ma osò mettere in discussione la legittimità dell'ascesa al trono di Tiberio, rispondendo alla domanda "come hai fatto a diventare Agrippa?" con "come hai fatto anche tu (a diventare) Cesare". Si consegnava in tal modo alla memoria una traccia significativa del punto di vista dei circoli politici avversari filtrato con una battuta arguta dagli storici attenti all'evoluzione delle linee politiche non condivise. La coincidenza verbale, l'insistenza, nei due storici, sulla consegna del silenzio che avvolse i nomi dei complici di Clemente, oltre a confermare la consistenza della fronda, rinvia ad una matrice filo-aristocratica che ne orientò il racconto.¹⁹

Svetonio, invece, incorrendo in grossolani anacronismi, crea attraverso una strumentale compressione temporale, una sequenza dei fatti che, associando il tentativo destabilizzante di Clemente per puro spirito di vendetta, le *res novae* del *vir nobilis Lucius Scribonius Libo* e la duplice sedizione dei soldati nell'Il-lirico e in Germania,²⁰ gli consente di spiegare le esitazioni di Tiberio ad assumere l'*imperium* e, nello stesso tempo, di richiamare gli intrighi e i movimenti che avevano coinvolto la famiglia di Augusto,²¹ con una sorprendente intuizione degli elementi di rottura organici alla *domus* imperiale.

Quanto alla ricerca di consenso nei territori orientali operata da Nerone, il collegamento con la sfera divina rappresentò un collante imprescindibile che contribuì a trasformare il folle Nerone in una personalità carismatica al centro di miti di epifanie e trasfigurazioni, come testimoniano Tacito e Svetonio.²² La vitalità del mito di un Nerone redivivo, affidato dalla tradizione che arriva fino a Giovanni Antiocheno, a elementi raccogliatici – disertori, schiavi, soldati, provenienti dalle aree orientali – trovò terreno fertile in ambienti politici legati a Nerone attraverso politiche diplomatiche. Ciò consente di leggere su un doppio registro i dati pervenutici i quali, nell'uso di filtri poco nobilitanti ma

¹⁹ Cass. Dio 57.16.4.

²⁰ Tac. *ann.* 2.73, 82-83, 2.1-6; Svet. *Cal.* 1.3; Plin. *nat. hist.* 9.187; Cass. Dio 57.18.9. Gli elementi disarticolati che aggregano i fatti – nei due storici – rivelano le difficoltà di ricostruire un racconto organico di vicende torbide che ebbero come protagonisti gruppi di potere schierati con esponenti della *gens Iulia* che, come sappiamo, sostenevano attraverso Agrippina Maggiore il 'partito' di Germanico. Sulla dissidenza che colpiva Livia e suo figlio e sulle reazioni dei ceti più bassi, sensibili alla concezione divinizzante del potere, v. Marino, *Schegge di storia sociale* (nt. 5) 147, nt. 35, con ampia bibliografia, e Galimberti, *La stabilizzazione del principato* (nt. 5) 190 ss.

²¹ Svet. *Tib.* 25, ma v. anche *Aug.* 19.

²² Tac. *hist.* 1.2.2, 2.8-9; Svet. *Nero* 57.4.

funzionali al ridimensionamento politico – da parte romana – di chi aveva realizzato il *novum* guardando all'Oriente, creano una perfetta convergenza tra il piano ideologico e quello storico. La memoria da salvare in funzione antiromana – Nerone – nel momento dell'inasprimento dei rapporti con i Parti in età flavia, diveniva vettore privilegiato di messaggi ideologici e strumento di aggregazione delle masse nelle aree provinciali sempre più coinvolte nei processi di infiltrazione a livello religioso e culturale. E se l'oscura, quando non ignota, estrazione dei falsi Neroni è mirata a screditarne l'azione, il quadro che vicende dai contorni incerti adombrano, rende conto, per un verso, del carisma di Nerone, per un altro, del successo di azioni eversive che registrano, come s'è visto, il coinvolgimento degli eserciti provinciali.²³

E proprio il salvataggio delle notizie su Nerone redivivo consente ulteriori riflessioni sulle ricadute socio-economiche che il 'costo' del consenso provocò, incoraggiando, come s'è visto, un turbinio di protagonismi funzionali ai gruppi sociali concorrenti, alla ricerca costante di *antidora* non soltanto economici ma anche politici, con la conseguenza di vittime eccellenti e di processi-farsa grazie alla 'retorica della delazione' quale cifra del periodo qui esaminato.²⁴

²³ Cass. Dio 64.9.3, 66.19.3; Zon. 11.14.5-15; *epit. Caes.* 5.8; Iohan. Ant. fr. 104 M. Per uno studio attento delle fonti sul problema dei falsi Neroni e del verisimile arco temporale in cui si svolsero le vicende connesse cfr. P.A. Gallivan, *The False Neros: a Re-examination*, in *Historia* 22, 1973, 364 ss.; M.T. Griffin, *Nerone. La fine di una dinastia*, Torino 1994; C.J. Tuplin, *The false Neros of the first century A. D.*, in C. Deroux (a cura di), *Studies in Latin Literature and Roman History*, 5, Bruxelles 1989, 364-404.

²⁴ E. Lo Cascio, *Le tecniche dell'amministrazione*, in G. Clemente / F. Coarelli / E. Gabba (a cura di), *Storia di Roma*, II.2. *L'impero mediterraneo. I principi e il mondo*, Torino 1991, 119-191; R. Arcuri, *Moderatio. Problematiche economiche e dinamiche sociali nel principato di Tiberio*, Milano 2014.

Giovanni Nicosia

(Università degli Studi di Catania)

UNO SPIRITU CONTINETUR

1. Da tempo¹ ho segnalato, sia pure sinteticamente, che è difficile rendere efficacemente il senso di *uno spiritu continetur*, come si esprime Paolo in D. 6.1.23.5, o *continetur uno spiritu*, come si esprime Pomponio in D. 41.3.30 pr. Vorrei tornare a considerare, il più attentamente possibile, questi due testi.

2. Pomponio² inizia dicendo che, *rerum mixtura facta*, si pone il quesito (*quaeritur*) se l'avvenuta *mixtura* interrompe l'usucapione di ciascuna di quelle *res* (*an usucapionem cuiusque praecedentem interrumpit*).

Da qui prende lo spunto per porre una distinzione fra tre *genera* di *corpora* (*tria autem genera sunt corporum*).

E come primo di tali *genera corporum* richiama quello che *continetur uno spiritu* (*unum, quod continetur uno spiritu*), come secondo (*alterum*) quello che consta *ex contingentibus*, cioè *ex pluribus inter se cohaerentibus* (*alterum, quod ex contingentibus, hoc est pluribus inter se cohaerentibus constat*), come terzo quello che consta *ex distantibus* (*tertium, quod ex distantibus constat*, specificando *ut corpora plura soluta, sed uni nomini subiecta*).

Quali esempi del primo *genus* richiama: *ut homo tignum lapis et similia*.

¹ Cfr. G. Nicosia, *Institutiones. Profili di diritto privato romano*, I, Catania 1997, 122 e nt. 2.

² D. 41.3.30 pr. (Pomp. 30 *ad Sab.*): *Rerum mixtura facta, an usucapionem cuiusque praecedentem interrumpit, quaeritur. Tria autem genera sunt corporum: unum, quod continetur uno spiritu et Graece ἡνωμένον vocatur, ut homo tignum lapis et similia; alterum, quod ex contingentibus, hoc est pluribus inter se cohaerentibus constat, quod συνημμένον vocatur, ut aedificium navis armarium; tertium, quod ex distantibus constat, ut corpora plura non soluta, sed uni nomini subiecta, veluti populus legio grex rell.* Raccordandomi al testo di Pomponio ho ripetutamente affrontato l'argomento, pervenendo alle medesime conclusioni, nelle varie edizioni del mio manuale istituzionale di diritto privato romano: *Nuovi profili istituzionali di diritto privato romano*, Catania 2001, 77 s.; seconda (Catania 2002) 71; terza (Catania 2004) 56; quarta (Catania 2005) 56; quinta (Catania 2010) 96; sesta (Catania 2013) 120; ultima: *Profili istituzionali di diritto privato romano*, Catania 2017, 100.

Quali esempi del secondo: *ut aedificium navis armarium*. Quali esempi del terzo: *veluti populus legio grex*.

Dei tre *genera* di *corpora* distinti da Pomponio quello di cui si dice che *continetur uno spiritu* è il primo.

3. Paolo, nel corso della trattazione relativa alla *rei vindicatio*³ discute della possibilità o meno di esperirla. Nel § 2 di D. 6.1.23⁴ dice che se qualcuno ha aggiunto alla cosa propria la cosa di un altro, in maniera tale da farla diventare parte della propria (*si quis rei suae alienam rem ita adiecerit, ut pars eius fieret*), egli diventa *dominus* dell'intera cosa (*dominum eius totius rei effici*);⁵ e tra gli esempi (*scypho ansam, candelabro sigillum, mensae pedem*) adduce per primo quello di chi ha aggiunto alla propria *statua* un braccio o un piede di altro proprietario (*veluti si quis statuae suae brachium aut pedem alienum adiecerit*; l'esempio dell'aggiunta alla propria statua di un braccio tolto a una statua altrui viene fatto anche, come vedremo, nel § 5). Nel § 3 Paolo dice⁶ che anche *id, quod in charta mea scribitur aut in tabula mea pingitur, statim meum fit*; ricorda⁷ che *de pictura quidam contra senserint*; ma conclude⁸ che anche in questo caso *neesse est ei rei cedi*.⁹ Nel § 4¹⁰ si preoccupa di precisare che in tutti questi casi, *in quibus mea res per praevalentiam alienam rem trahit meamque efficit*, se di questa cosa divenuta mia faccio la *rei vindicatio*, sarò costretto *per exceptionem doli mali* a dare il *pretium* di ciò che *accesserit* (*in omnibus igitur istis, in*

³ Libro 21 *ad ed.*, v. O. Lenel, *Palingenesia iuris civilis*, I, Leipzig 1889, coll. 1004-1008, Paul. 328-355; Id., *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*³, Leipzig 1927, 185 e nt. 4.

⁴ D. 6.1.23.2 (Paul. 21 *ad ed.*): *Si quis rei suae alienam rem ita adiecerit, ut pars eius fieret, veluti si quis statuae suae brachium aut pedem alienum adiecerit, aut scypho ansam vel fundum, vel candelabro sigillum, aut mensae pedem, dominum eius totius rei effici vereque statuam suam dicturum et schyphum plerique recte dicunt*.

⁵ Paolo sembra prima dare questo come indiscusso, ma poi aggiunge che solo *plerique recte dicunt* che può affermare che sono suoi la *statua* e lo *scyphum*.

⁶ D. 6.1.23.3 (Paul. 21 *ad ed.*): *Sed et id, quod in charta mea scribitur aut in tabula pingitur, statim meum fit; licet de pictura quidam contra senserint propter pretium picturae: sed neesse est ei rei cedi* rell.

⁷ Cfr. Gai 2.77-78: [77] ... *probatum est, quod in chartulis sive membranis meis aliquis scripserit, licet aureis litteris, meum esse, quia litterae chartulis sive membranis cedunt* rell. [78] *Sed si in tabula mea aliquis pinxerit velut imaginem, contra probatur; magis enim dicitur tabulam picturae cedere* rell.

⁸ Va sottolineato che questa espressione corrisponde a quelle che si riscontrano in Gaio (v. nt. prec.) *litterae chartulis sive membranis cedunt e dicitur tabulam picturae cedere*.

⁹ Nei *Digesta* di Mommsen-Krüger (*recensuit Theodorus Mommsen, retractavit Paulus Krueger*) a *neesse est ei rei cedi* è apposta la nt. 1: "necessarie ei rei cedit *Mo.*; neesse est materiae cedere *Kr.*".

¹⁰ *In omnibus igitur istis, in quibus mea res per praevalentiam alienam rem trahit meamque efficit, si eam rem vindicem, per exceptionem doli mali cogar pretium eius quod accesserit dare*.

quibus mea res per praevalentiam alienam rem trahit meamque efficit, si eam rem vindicem, per exceptionem doli mali cogar pretium eius quod accesserit dare); va particolarmente sottolineata l'importanza dell'affermazione che *in omnibus igitur istis la res mia per praevalentiam trahit la res aliena* e la rende mia.

4. Nel nostro § 5¹¹ Paolo dice anzitutto che *quaecumque aliis iuncta sive adiecta accessionis loco cedunt*.

Mi pare che con *aliis iuncta sive adiecta* Paolo cerchi di indicare ogni possibile congiunzione o aggiunta di cose ad altre cose; e che con *accessionis loco cedunt* si richiami precisamente alla 'accessione', in virtù della quale ciò che viene congiunto stabilmente ad una cosa ritenuta principale *cedit* a questa, ne diviene parte (Gai 2.73: *id quod in solo nostro ab aliquo aedificatum est ... nostrum fit, quia superficies solo cedit*; 2.77: *probatum est, quod in chartulis sive membranis meis aliquis scripserit, licet aureis litteris, meum esse, quia litterae chartulis sive membranis cedunt*).¹²

Paolo prosegue dicendo che, fino a che dura la loro congiunzione (*quamdiu cohaerent*), il *dominus* della cosa che è diventata parte di quella ritenuta principale non può esperire la *rei vindicatio* (*dominus vindicare non potest*), ma può esperire l'*actio ad exhibendum* (*sed ad exhibendum agere potest*) per separarle e rendere possibile la *rei vindicatio* (*ut separentur et tunc vindicentur*);¹³ naturalmente eccettuato il caso che si trattasse di congiunzione ritenuta inseparabile,

¹¹ D. 6.1.23.5 (Paul. 21 *ad ed.*): *Item quaecumque aliis iuncta sive adiecta accessionis loco cedunt, ea quamdiu cohaerent dominus vindicare non potest, sed ad exhibendum agere potest, ut separentur et tunc vindicentur: scilicet excepto eo, quod Cassius de ferruminatione scribit; dicit enim, si statuae suae ferruminatione iunctum brachium sit, unitate maioris partis consumi et quod semel alienum factum sit, etiamsi inde abruptum sit, redire ad priorem dominum non posse. Non idem in eo quod adplumbatum sit, quia ferruminatione per eandem materiam facit confusionem, plumbatura non idem efficit. Ideoque in omnibus his casis, in quibus neque ad exhibendum neque in rem locum habet, in factum actio necessaria est. At in his corporibus, quae ex distantibus corporibus essent, constat singulas partes retinere suam propriam speciem, ut singuli homines, singulae oves: ideoque posse me gregem vindicare, quamvis aries tuus sit immixtus, sed et te arietem vindicare posse. Quod non idem in cohaerentibus corporibus eveniret: nam si statuae meae brachium alienae statuae addideris, non posse dici brachium tuum esse, quia tota statua uno spiritu continetur.*

¹² Come ho osservato da sempre, da ultimo in *Profili istituzionali di diritto privato romano* (nt. 2) 259 s., con richiamo a Gai 2.77 e 2.78, troviamo ripetuto costantemente che ciò che viene a congiungersi con la cosa ritenuta principale *cedit* ad essa: vale a dire 'passa' ad essa, ne diviene parte e 'appartiene' ad essa.

¹³ Va richiamato pure D. 10.4.6 (Paul. 14 *ad Sab.*): *Gemma inclusa auro alieno vel sigillum candelabro vindicari non potest; sed ut excludatur ad exhibendum agi potest* rell.; anche qui Paolo, facendo gli esempi della *gemma inclusa auro alieno* e del *sigillum* incluso nel *candelabrum*, dice che una cosa che è stata *inclusa* in un'altra non può essere rivendicata, ma si può (per provocarne la separazione, *ut excludatur*) agire *ad exhibendum*.

come quello della *ferruminatio*, per il quale Paolo richiama quanto rilevato da Cassio (*scilicet excepto eo, quod Cassius de ferruminatione scribit; dicit enim rell.*).

Infatti, secondo Cassio, se alla propria *statua* sia stato *iunctum* mediante *ferruminatio* un *bracchium* (*si statuae suae ferruminatione iunctum bracchium sit*), una volta reso *alienum* il *bracchium*, anche se poi sia stato separato (*abruptum*),¹⁴ non può *redire* al precedente *dominus* (*quod semel alienum factum sit, etiamsi inde abruptum sit, redire ad priorem dominum non posse*).

Lo stesso non vale in riferimento a ciò che sia stato *adplumbatum*, perché la *ferruminatio* fonde e confonde una stessa materia, la *plumbatura* no (*non idem in eo quod adplumbatum sit, quia ferruminatio per eandem materiam facit confusionem, plumbatura non idem efficit*); e perciò, in ogni caso in cui non ha luogo né l'*actio ad exhibendum* né l'*actio in rem*, è necessaria un'*actio in factum* (*ideoque in omnibus his casis, in quibus neque ad exhibendum neque in rem locum habet, in factum actio necessaria est*).

E¹⁵ *in his corporibus, quae ex distantibus corporibus essent*,¹⁶ è certo (*constat*) che le singole *partes* mantengono la *propria species*, come i *singuli homines* e le *singulae oves*; perciò io posso rivendicare il mio *grex*, sebbene vi sia *immixtus* il tuo *aries*, ma anche tu puoi rivendicare l'*aries* (*At¹⁷ in his corporibus, quae ex distantibus corporibus essent, constat singulas partes retinere suam propriam speciem, ut singuli homines, singulae oves: ideoque posse me gregem vindicare, quamvis aries tuus sit immixtus, sed et te arietem vindicare posse*).

Ma lo stesso non avverrebbe *in cohaerentibus corporibus* (*quod non idem in cohaerentibus corporibus eveniret*): infatti *si statuae meae bracchium alienae statuae addideris*, non si può dire che il braccio è tuo, *quia tota statua uno spiritu continetur*.

Dunque Paolo, includendo la statua *in cohaerentibus corporibus*, rileva che *tota statua uno spiritu continetur* (*quod non idem in cohaerentibus corporibus eveniret: nam si statuae meae brachium alienae statuae addideris, non posse dici brachium tuum esse, quia tota statua uno spiritu continetur*).

¹⁴ Cfr. Ae. Forcellini, *Totius Latinitatis lexicon*, I, Patavii 1771, 11, s.v. *abruptus* (*sub 2*: "Item divisus, separatus"); v. anche 10, s.v. *abrumbo* (*sub 2*: "Saepius ponitur pro rumpendo dividere, et a reliquo separare").

¹⁵ V. *infra*, nt. 17.

¹⁶ Anche Pomponio in D. 41.3.30 pr. (riferito *supra*, nt. 2) quale *tertium* dei *genera corporum* menziona *quod ex distantibus constat, ut corpora plura soluta, sed uni nomini subiecta*, richiamando tra gli esempi il *grex*; v. pure I. 2.20.18 (*Julianus ait: esse enim gregis unum corpus ex distantibus capitibus, sicuti aedium unum corpus est ex cohaerentibus lapidibus*).

¹⁷ Qui, all'inizio del discorso, *at* non è avversativa, ma è congiunzione copulativa: cfr. Ae. Forcellini, *Totius Latinitatis lexicon* I (nt. 14) 256, s.v. *at* (*sub 4*: "In principiis servit transitioni, et continuationi orationis, ut *ac*, et *atque*").

5. Cerchiamo ora di vedere come può rendersi quanto dicono Pomponio e Paolo.

È anzitutto da osservare che tra i non pochi diversi significati di *spiritus* riferiti nel *Dizionario* del Georges¹⁸ non ve ne è nessuno che possa essere utilizzato per *uno spiritu continetur*.

E soprattutto che lo stesso è da dire pure per i ben 15 significati riferiti nel *Lexicon totius Latinitatis* del Forcellini.¹⁹

Diversamente, invece, nell'*Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts* di Heumann-Seckel:²⁰ “der (stofflich gedachte) Odem (πνεῦμα), der nach der stoischen Naturphilosophie die Sache zusammenhält (συνέχει): *uno spiritu contineri*, aus einem Ganzen bestehen (l. 23 § 5 D. 6, 1. l. 30 pr. D. 41, 3).”

Qui si afferma che, materialmente pensato, “der ‘Odem’” (in greco πνεῦμα) secondo la “stoische Naturalphilosophie” tiene unita (in greco συνέχει) la cosa.

E inoltre si afferma che *uno spiritu contineri* significa essere un tutt’uno e si richiamano i due testi dei *Digesta*.

Mi pare ammirevole lo sforzo fatto per dare ai due testi questo significato.

Ma mi pare che né l’uno né l’altro testo possa essere inteso in questo senso.

6. Nel testo di Pomponio gli esempi del *genus corporum* di cui si dice che *continetur uno spiritu* sono: *homo tignum lapis et similia*.

A me riesce difficile individuare quale somiglianza o analogia possa esserci tra *homo*, *tignum* e *lapis*.

E ancora più difficile capire come sia da intendere *et similia*: non vedo quali potrebbero essere queste entità ‘simili’ ai tre esempi fatti (*homo tignum lapis*).

Inoltre a me pare non sia possibile attribuire a *spiritus* lo stesso significato per tutti e tre gli esempi fatti: riferito a *homo*, o a *tignum*, o a *lapis*, *spiritus* ha di volta in volta un significato diverso.

Nel testo di Paolo, dove si dice che *tota statua* (inclusa in *cohaerentibus corporibus*) *uno spiritu continetur*, mi sembra ancor più problematico intendere (o immaginare) il significato di *spiritus* riferito a *statua*.

Non mi sembra comunque possibile far dire ai due testi che *der ‘Odem’* (in greco πνεῦμα) secondo la filosofia stoica tiene unita la cosa e che *uno spiritu contineri* significa essere un tutt’uno.

¹⁸ Cfr. K.E. Georges / F. Calonghi, *Dizionario della lingua latina*, I. *Dizionario latino-italiano*², Torino 1918, col. 2532 s., s.v. *spiritus*.

¹⁹ Cfr. Ae. Forcellini, *Totius Latinitatis lexicon*, IV, Patavii 1771, 189 s., s.v. *spiritus*.

²⁰ H. Heumann / E. Seckel, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*¹¹, Graz 1971, 550, s.v. *spiritus* (sub 4).

7. Mi pare invece sia da ribadire la conclusione che ho da sempre enunciata.

Pomponio, dicendo *continentur uno spiritu*, e Paolo, dicendo *uno spiritu continentur*, intendono indicare qualcosa che, diversamente dai *corpora ex distantibus*, ha una sua naturale ed intrinseca unitarietà.

Salvatore Puliatti
(Università di Parma)

ASPETTI DELLA RIFLESSIONE GIURISPRUDENZIALE
IN MATERIA CRIMINALE.
UN GIURISTA DI ETÀ SEVERIANA: CALLISTRATO

Lo studioso che si appresti ad affrontare i problemi del nuovo ordinamento giuridico affermatosi con l'avvento del Principato e in particolare quelli delle forme processuali, ossia del processo cognizionale, che ne hanno accompagnato l'apparizione, si trova certamente di fronte a una circostanza singolare. Alla sensazione dell'esistenza di fonti sotto diversi profili inesplorate e di sviluppi non completamente indagati si accompagna la diversa e disarmante constatazione dello scarso interesse rivolto dalla dottrina allo studio degli apporti forniti dai giuristi all'elaborazione di quel nuovo diritto e del processo che lo accompagnava.¹ In particolare, quanto alla *cognitio*, questa, di rado oggetto di studio autonomo, solo in qualche ricerca del recente passato è stata considerata nei primi tentativi di sistemazione organica della materia.² Eppure, benché la riflessione giurisprudenziale coeva allo sviluppo del nuovo processo e del diritto sostanziale a esso legato sia stata senza dubbio limitata, appare evidente come proprio essa abbia costituito la trama essenziale della regolamentazione imperiale in ma-

¹ Si sofferma su questa constatazione R. Bonini, *I "libri de cognitionibus" di Callistrato. Ricerche sull'elaborazione giurisprudenziale della "cognitio extra ordinem"*, I, Milano 1964, 1-4.

² A parte i numerosi saggi dedicati ai diversi aspetti della *cognitio* sia con riguardo all'epoca classica che a quella tardoantica (per la quale si segnalano, in particolare le numerose ricerche di F. Pergamini, *Studi di diritto romano tardoantico*, Torino 2011), rimane carente l'interesse della dottrina per lo studio degli apporti giurisprudenziali all'elaborazione della materia. L'attenzione si è concentrata solo su profili particolari, come quello dei *libri de officio*, su cui cfr. i saggi raccolti in E. Stolfi (a cura di), *Giuristi e officium. L'elaborazione giurisprudenziale di regole per l'esercizio del potere fra II e III secolo d.C.*, Napoli 2011, o quello della letteratura di diritto criminale per cui cfr. F. Botta, *Opere giurisprudenziali "De publicis iudiciis" e cognitio extra ordinem criminale*, in *Studi in onore di Remo Martini*, I, Milano 2008, 281-322, mancando un'attenzione più ampia ai diversi aspetti dei tentativi di sistemazione e inquadramento operati dalla riflessione giurisprudenziale tardoclassica.

teria, altrimenti per sua stessa natura difficilmente riconducibile a un qualche carattere di organicità.³ Un sommario sguardo alla dottrina romanistica consente invece di rilevare come finora ci si sia limitati a constatare l'inadeguatezza complessiva dello sforzo dei giuristi romani in argomento e a metterne in luce qualcuna delle cause più significative.⁴ È possibile viceversa, attraverso l'esame più attento degli apporti giurisprudenziali in materia, pervenire a una rivalutazione degli spunti di inquadramento sistematico, o addirittura dei primi tentativi di costruzione unitaria posti in essere dai giuristi. A onta infatti del carattere di positività e di autoritarità della disciplina giuridica in materia, l'interesse in proposito dei *prudentes*, in particolare per quel che riguarda diritto e processo penale, non è rimasto assente e anzi ha trovato spazio anche presso giuristi minori, che non hanno mancato di rivolgere trattazioni all'argomento.⁵ Tra questi spicca la figura di Callistrato, "una personalità ricca di interessi nuovi, com'è stato ben sottolineato, formatasi a stretto contatto con la pratica provinciale, ma tendente a elevarsi a una visione unitaria e meditata dei fenomeni visuti, e addirittura a una loro sistemazione didattica".⁶ A lui va il merito di aver evitato, forse paradossalmente per isolamento culturale, i rischi d'una giurisprudenza ormai in prevalenza sistematica e volta allo studio diretto dei nuovi orientamenti della pratica solo in opere a contenuto marginale. È grazie alla sua opera che è possibile accostarsi agli aspetti del reale e ai problemi di una pratica spesso alle prese con situazioni nuove, per le quali la regolamentazione imperiale dettava norme che necessitavano peraltro di un processo adeguato di interpretazione e di inquadramento.

In particolare quanto al *genus de capitali crimine*, quarto e ultimo tra quanti affrontati dal giurista nel *De cognitionibus*, la trattazione appare nel complesso caratterizzata da più salde strutture teoriche e da una più coerente organizzazione sistematica rispetto a quella *de re pecuniaria*, che la precede nella esposi-

³ Così Bonini, *I "libri de cognitionibus"* (nt. 1) 1-4. In proposito cfr. anche L. D'Amati, *Reati di danno e reati di pericolo: radici antiche di una distinzione moderna*, in *La legislazione penale*, 2017, 1-20, part. 4, che sottolinea come l'apporto dei giuristi non sia stato affatto da sottovalutare "ai fini di una ricostruzione dei principi penali maggiormente significativi, in particolar modo in materia di *crimina*".

⁴ Cfr. R. Orestano, *L'appello civile in diritto romano*, Torino 1953 (rist. 1966), 18-22, che sottolinea come non siano mancate opere dedicate dai giuristi alla procedura *extra ordinem*, ma come "nessuna di queste può essere paragonata per grado di elaborazione scientifica a quella del IV libro di Gaio sulla procedura dell'*ordo*".

⁵ Si propone un 'ripensamento' con l'obiettivo di "una riconsiderazione dei *libri de publicis iudiciis* di età severiana in funzione di un commento e di una nuova palinogenesi degli stessi" Botta, *Opere giurisprudenziali* (nt. 2) part. 298-322.

⁶ Bonini, *I "libri de cognitionibus"* (nt. 1) 6.

zione del giurista, pur non presentando la medesima organicità dei due primi generi *de honoribus sive muneribus* e *de existimatione*. Nonostante le incertezze derivanti dalla lacunosità e frammentarietà del materiale conservatoci è stata perciò possibile non solo una più affidante ricostruzione palinogenetica dello snodarsi della trattazione,⁷ ma anche una più chiara evidenziazione delle linee sistematiche seguite dal giurista, che nella materia appaiono ordinarsi secondo uno schema logico coerente che, muovendo dagli aspetti più strettamente processuali, riserva ampio spazio ai profili sostanziali del diritto criminale concernenti i singoli reati e le pene a essi applicate, per concludere con l'esame degli effetti della condanna.⁸ Una trattazione in complesso coerente che, sotto profilo più generale, mostra il maggior grado di assestamento raggiunto dalla *cognito* penale rispetto a quella civile, come conseguenza della più alta risalenza della sostituzione del nuovo ordinamento processuale alle antiche procedure dell'*ordo iudiciorum publicorum*.

L'ampiezza e la più accentuata organicità sistematica della esposizione relativa al *genus de capitali crimine* peraltro, sebbene consenta, come rilevato, di acquisire una nozione più precisa dei caratteri complessivi della procedura penale *extra ordinem* in età severiana e di approfondire la conoscenza di alcune figure di reato, a causa della frammentarietà del materiale pervenutoci riesce a raggiungere soltanto in relazione ad alcune tematiche un livello autosufficiente di trattazione, tale da fornire un quadro adeguato della materia affrontata. Molti aspetti risultano solo di scorcio, sebbene per il rilievo in sé rivestito meritino attenta considerazione e adeguato approfondimento.

In particolare nell'ambito delle questioni che hanno trovato spazio circo-

⁷ Qualche incertezza rimane peraltro circa la collocazione dei frammenti all'interno delle singole rubriche e in particolare quanto al passaggio dal profilo processuale a quello più propriamente sostanziale del *genus de capitali crimine*. Il fulcro della trattazione dei singoli reati e delle pene a questi relative si colloca, infatti, nel libro sesto e dunque non è apparsa soddisfacente la posizione della rubrica *de singulis delictis poenisque eorum* offerta dalla ricostruzione del Lenel. Essa è stata infatti collocata dallo studioso alla fine del quinto libro, anticipando così la trattazione degli aspetti sostanziali, oltretutto attraverso una serie di frammenti non del tutto omogenei con l'esposizione successiva. Più coerente appare l'idea che quella rubrica contrassegnasse il libro sesto, ove trovava sistemazione la parte più propriamente sostanziale del *genus de capitali crimine*. Quanto ai frammenti posti dal Lenel sotto di essa in fine del libro quinto è più probabile che essi appartenessero a rubriche diverse e anticipassero la trattazione della materia dei reati e delle pene affrontata nel libro sesto, introducendo, attraverso la prospettiva della pena pecuniaria, una considerazione sotto profilo sostanziale capace di superare quella più propriamente processuale adottata in precedenza. La trattazione del giurista acquista in questo modo coerenza, mostrando la presenza all'interno del libro sesto di un preciso filo conduttore, pur nell'andamento prevalentemente esemplificativo dell'esposizione. In proposito cfr. O. Lenel, *Palingenesia iuris civilis*, I, Lipsiae 1889 (rist. Roma 2000), col. 88 e C. Ferrini, *Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale*, Milano 1902 (rist. anast., Roma 1976), 5-8.

⁸ Così Bonini, I "libri de cognitionibus" (nt. 1) 56.

scritto nella trattazione di Callistrato (per come pervenuta), ma che tuttavia rivestono un ruolo di centrale importanza nella delineazione del regime sanzionatorio applicato sul finire del Principato, un posto di primo piano occupano il tema della variazione della pena e quello connesso della funzione a essa assegnata, tanto da costituire un ambito di interesse omogeneo nella trattazione del *genus de capitali crimine*.⁹ Al di là infatti del carattere vincolante o meno degli interventi della legislazione imperiale in tema di determinazione della pena e quindi dell'effettiva esistenza di un potere discrezionale del giudice nella sua fissazione,¹⁰ i brani di Callistrato testimoniano di una vasta applicazione del criterio di graduazione della sanzione in considerazione della *qualitas personarum* e delle modalità di attuazione della condotta criminosa (*pro modo admissi*), e ciò in connessione con la particolare funzione retributiva della pena, mentre alla funzione preventiva si collega la variazione connessa alla esemplarità della sanzione.¹¹

In particolare ad attirare l'attenzione del giurista è l'incidenza sull'entità della pena delle cd. circostanze del reato, ossia di quei fattori che, aumentandone o diminuendone la gravità, potevano influire sulla misura della sanzione.¹² Si trattava in sostanza di quegli elementi accidentali capaci di incidere sul fatto criminoso, aggravandolo o attenuandolo rispetto all'ipotesi normale, rivestenti la funzione tecnica di modificare la pena fondamentale. Di essi era mancata un'elaborazione dogmatica da parte della giurisprudenza classica. Al più, come nel caso di Claudio Saturnino, ci si era limitati a una semplice elencazione che raggruppava insieme elementi di natura diversa, senza distinguere tra quelli atinenti alla quantità del reato e quelli relativi alla qualificazione giuridica, ossia al titolo di esso.¹³ Anzi con più spiccato senso pratico, nell'età dei Severi, si era

⁹ Per alcuni aspetti del tema della variazione della pena con particolare riguardo a D. 48.19.16 di Claudio Saturnino cfr. D'Amati, *Reati di danno* (nt. 3) 1-20, part. 8-10, e per le funzioni della sanzione penale, in specie con riguardo al tardoantico, F. Fasolino, *Indulgentia principis ed emenda: aspetti della politica criminale nell'impero romano tra IV e VI sec. d.C.*, in *Vergentis* 4, 2017, 179-210, partic. 181 s. e nt. 6, con bibliografia in argomento.

¹⁰ Sintesi delle posizioni espresse dalla dottrina in proposito in Bonini, *I "libri de cognitionibus"* (nt. 1) 92, e B. Santalucia, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Milano 1998, 249.

¹¹ Tra gli studi dedicati all'argomento centrale ai fini della presente ricerca rimane F.M. De Robertis, *La variazione della pena «pro modo admissi»*, Bari 1942, ora in Id., *Scritti vari di diritto romano*, III. *Diritto penale*, Bari 1987, 527-677.

¹² Sottolinea la non piena coincidenza rilevata ormai dalla dottrina tra circostanze del reato e cause di variazione della pena Bonini, *I "libri de cognitionibus"* (nt. 1) 92.

¹³ D. 48.19.16.1-10, su cui si sofferma in particolare D'Amati, *Reati di danno* (nt. 3) part. 6-10, che rileva come "la classificazione proposta mescola insieme ed affastella, considerandole sullo stesso piano logico, sia le circostanze attenuanti e aggravanti (specifiche e comuni) degli atti punibili sia le

rinunciato alla costruzione di una teoria generale e ci si era limitati a individuare per ogni singola figura criminosa gli elementi del reato che avrebbero potuto in concreto attenuare o aggravare l'ipotesi tipica con la conseguente variazione della pena.¹⁴ Neppure pare abbia conosciuto una formulazione teorica e uno sviluppo concettuale la più importante e applicata classificazione delle cause di variazione e delle circostanze del reato, quella cioè tra aggravanti e attenuanti.¹⁵ Ciò nonostante non è mancata nella giurisprudenza classica una qualche consapevolezza in proposito, così come in relazione a un'altra grande partizione che ha trovato applicazione in ordine alle circostanze del fatto criminoso e che si può estendere a tutte le cause di variazione, ossia quella in obiettive e subiettive, in considerazione della loro intrinseca natura. Tale consapevolezza, ancora assente nella concezione di *persona* espressa da Claudio Saturnino,¹⁶ più avanti in qualche misura adombrata, sia pure sotto profilo particolare, in Modestino,¹⁷ ove il riferimento all'elemento psicologico del reato, ricomprendente la considerazione dell'intensità della colpa e del grado del dolo, è più esplicita, trova ampio spazio di affermazione in D. 48.3.12 pr.-1 di Callistrato:

D. 48.3.12 pr.-1 (Call. 5 *de cogn.*): [pr.] *Milites si amiserint custodias, ipsi in periculum deducuntur. Nam divus Hadrianus Statilio Secundo legato rescripsit, quotiens custodia militibus evaserit, exquiri oportere, utrum nimia neglegentia militum evaserit an casu, et utrum unus ex pluribus an una plures, et ita demum adficiendos supplicio milites, quibus custodiae evaserint, si culpa eorum nimia deprehendatur: alioquin pro modo culpae in eos statuendum. Salvio quoque legato Aquitaniae idem princeps rescripsit in eum, qui custodiam dimisit aut ita sciens habuit, ut possit custodia evadere, animadvertendum: si tamen per vinum aut desidiam custodis id evenerit, castigandum eum et in deteriorem militiam dari: si vero fortuito amiserit, nihil in eum statuendum. [1] Si paganos evaserit custodia, idem puto exquirendum, quod circa militum personas explorandum rettuli.*

Nel frammento, in un quadro di maggiore discrezionalità riservata all'organo giudicante, come in genere per quanto riguarda l'ambito dei reati mili-

sue qualificazioni e differenziazioni, senza però tenere in giusta considerazione gli elementi psicologici dell'autore del reato, come il dolo o la colpa, e pertanto è da considerarsi in definitiva incompleta. Tuttavia, non si può non ammettere che essa costituisce un primo sforzo di elaborazione sistematica nella materia penalistica”.

¹⁴ Cfr. in proposito D. 48.13.6 pr. (Ulp. 5 *reg.*) e D. 47.9.4.1 (Paul. 54 *ad ed.*), ove si attribuisce rilevanza solo alla *qualitas personarum* e alla *rerum condicio* senza dar rilievo all'*aetas*, al *tempus* o al *sexus*.

¹⁵ Così De Robertis, *La variazione* (nt. 11) 543.

¹⁶ D. 48.19.16.3 (Claud. Sat. *l. s. de poenis pag.*).

¹⁷ D. 48.4.7.3 (Mod. 12 *pand.*).

tari ove più estesamente si esplicava l'*arbitrium iudicantis*,¹⁸ è riservata particolare attenzione all'elemento subiettivo. La gravità della pena è graduata in considerazione delle condizioni psicologiche nelle quali è commesso il delitto. In particolare a essere oggetto di esame è il caso della mancata o insufficiente custodia dei detenuti in relazione al quale si ricordano due rescritti di Adriano, il primo inviato a Statilio Secundo, il secondo a Salvio legato d'Aquitania.¹⁹ Nel primo l'imperatore stabilisce che ogni qualvolta il detenuto si sottragga alla custodia dei *milites* occorre guardare anzitutto se ciò sia avvenuto per eccessiva negligenza o per circostanze fortuite (*casu*), riservandosi la punizione prevista al caso di grave negligenza, diversamente rimettendo al giudice la fissazione della pena a seconda della intensità della colpa.²⁰ Il disposto imperiale non manca peraltro di tenere conto delle circostanze oggettive del reato imponendo in particolare di considerare se a sottrarsi alla custodia sia stato uno o molti. Nel secondo rescritto l'imperatore, esaminando i casi di liberazione intenzionale o di consapevolezza della possibilità di evasione, ne sancisce la punibilità. Ove peraltro l'evento sia stato frutto di *impetus*, ossia sia dovuto a deficiente controllo conseguente a ubriachezza, si dispone ugualmente l'applicazione di misure pe-

¹⁸ Rileva la peculiarità dell'ambito militare De Robertis, *La variazione* (nt. 11) 550 s., il quale osserva come in questo campo, "per ragioni ovvie di disciplina", non si fosse provveduto ad alcuna limitazione della discrezionalità dell'organo giudicante, avendo gli imperatori "evitato studiosamente di menomare col loro intervento la pienezza del potere, propria del comando militare". Ciò avrebbe trovato riscontro nella chiusa del primo rescritto adrianeo riportato da Callistrato, ove l'imperatore dopo aver fissato alcuni criteri di massima per la punibilità concludeva: *alioquin pro modo culpa in eos statuendum*.

¹⁹ La fattispecie esaminata nei due rescritti è quella della carcerazione per scopi preventivi, da distinguersi da altre forme detentive applicate a titolo di pena. L'evasione era perseguita *extra ordinem*, in provincia attraverso l'attività del governatore. Le sanzioni sarebbero state più severe se essa fosse stata accompagnata dalla effrazione o dalla cospirazione con altri detenuti, più leggera se l'evasione fosse stata favorita dalla negligenza dei custodi [D. 47.18.1 pr. (Ulp. 8 *de off. proc.*); D. 48.3.13 (Call. 6 *de cogn.*); D. 49.16.13.5 (Macer 2 *de re mil.*) per l'evasione dei soldati e D. 48.3.1 (Ulp. 2 *de off. proc.*) per i vari criteri circa l'affidamento della *custodia reorum*]. In proposito A. Lovato, *Il carcere nel diritto penale romano. Dai Severi a Giustiniano*, Bari 1994, 8 e 145 e nt. 151, con richiami alle fonti in argomento e una ricognizione dei significati del termine *custodia*. In argomento cfr. pure E. Franciosi, *La detenzione nella legislazione di Giustiniano*, in *Koinonia* 37, 2013, 295-316.

²⁰ L'incidenza di negligenza, leggerezza o mancanza della necessaria attenzione è rilevata da De Robertis, *La variazione* (nt. 11) 597, il quale sottolinea come tali fattori comportassero "semplicemente una variazione *in melius* della pena" ricordando quanto affermato da Paolo in D. 50.17.108 (4 *ad ed.*). Sottolinea l'articolazione nel frammento dei diversi criteri di imputazione della responsabilità I. Ruggiero, *De poenis militum. Su alcuni regolamenti militari romani*, in F. Botta / L. Loschiavo (a cura di), *Civitas, Iura, Arma. Organizzazioni militari, istituzioni giuridiche e strutture sociali alle origini dell'Europa (secc. III-VIII). Atti del Seminario Internazionale, Cagliari, 5-6 ottobre 2012*, Lecce 2015, 259-279, part. 263 s. e ntt. 19 e 20.

nali e amministrative (degradazione).²¹ La mancanza del proposito criminoso, sottolineata dall'ipotesi del caso fortuito, importa invece impunità del colpevole. Tutto il frammento ruota dunque intorno alla considerazione dell'elemento subiettivo: oltre al comportamento doloso è punita la leggerezza o mancanza della necessaria attenzione nel compiere i propri atti, e l'intensità della *culpa* costituisce fattore determinante ai fini dell'applicabilità ed entità della sanzione.²² In chiusura, un chiarimento personale del giurista estende ai *paganus* lo stesso regime elastico e ampiamente discrezionale stabilito per la valutazione della responsabilità dei militari. Al di là della testimonianza offerta dal frammento della possibilità di forme alternative di detenzione, da attuarsi forse in carceri cittadine, il testo del giurista comprova un'attenzione rivolta alle peculiarità delle situazioni locali che lo porta a considerare condizioni di diversità oltre "ogni rigido schema".²³

Si presenta di particolare rilievo sotto lo specifico profilo qui considerato anche il brano di Callistrato, tratto sempre dal *de cognitionibus*, conservato in D. 47.21.3. Esso costituisce una ulteriore testimonianza della particolare attenzione dedicata dal giurista a uno dei temi di maggior interesse nella trattazione del *genus de capitali crimine*, ossia quello appunto della variazione della pena in connessione con il prevalere nell'ambito del nuovo processo *extra ordinem* di tale criterio rispetto alla rigidità delle pene proprio del sistema dell'*ordo*. Il brano si occupa in particolare dello spostamento dei cippi di confine ed è da porre in stretto collegamento con l'altro frammento del giurista in argomento riportato in D. 47.21.2, appartenente alla trattazione del *genus de re pecuniaria*.²⁴ I due testi, unitamente a un breve frammento di Modestino, formano il contenuto del titolo *De terminis motu* del Digesto e forniscono un quadro di alcuni rilevanti interventi imperiali e dell'evoluzione della disciplina in proposito. Ma soprattutto essi testimoniano del rilievo assunto dagli indici di variazione della pena e dell'importanza a essi assegnata sul finire dell'epoca classica. Nel frammento D. 47.21.2 Callistrato riporta una costituzione di Adriano, probabilmente risalente al 119, almeno da quanto si evince dalla versione tradita dalla

²¹ Osserva De Robertis, *La variazione* (nt. 11) 568, come a configurare *impetus* fosse ogni moto affettivo dell'animo di rilevante intensità, sia determinato dal vino, dall'ira, da *miseratio* o da qualche altra causa e come esso finisse con l'incidere sulla gravità del reato nella sua ipotesi tipica.

²² Cfr. in proposito anche D. 48.3.14.2 (Mod. 4 *de poen.*), ove si ribadisce: *qui si negligentia amiserint, pro modo culpae vel castigantur, vel militiam mutant*.

²³ Così Bonini, I "libri de cognitionibus" (nt. 1) 96, e per la nozione di *paganus* si veda dello stesso autore D. 48.19.16. *Claudius Saturninus «de poenis paganorum»*, in *RISG* 10, 1959, 119-179.

²⁴ La collocazione si spiega con la supposizione che il testo fosse collegato ad altro brano precedente riguardante una questione privatistica di confini in occasione della quale erano emerse condotte probabilmente riconducibili all'ipotesi di reato in esame.

Collatio (Coll. 13.3.2),²⁵ che assegna alla *condicio* e alla *mens facientis*, ossia alla *qualitas personarum* e al *modus admissi*, rilevanza determinante nella definizione del *modus poenae*.

D. 47.21.2 (Call. 3 *de cogn.*): *Divus Hadrianus in haec verba rescripsit: 'Quin pessimum factum sit eorum, qui terminos finium causa positos propulerunt, dubitari non potest. De poena tamen modus ex condicione personae et mente facientis magis statui potest: nam si splendiores personae sunt, quae convincuntur, non dubie occupandorum alienorum finium causa id admiserunt, et possunt in tempus, ut cuiusque patiaturs aetas, relegari, id est si iuvenior, in longius, si senior, recisius. Si vero alii negotium gesserunt et ministerio functi sunt, castigari et ad opus biennio dari. Quod si per ignorantiam aut fortuito lapides furati sunt, sufficiet eos verberibus decidere.'*

La disposizione, mentre commina agli *splendiores*, di cui peraltro presume l'illecito intento occupatorio, la pena della *relegatio*, variabile nella durata in ragione dell'*aetas*, applica agli altri condanna *ad opus* o *verberatio* a seconda che *negotium gesserunt et ministerio functi sunt*, ovvero *per ignorantiam aut fortuito lapides furati sunt*,²⁶ dando così rilievo a entrambi i criteri di variazione sopra menzionati.

Non meno incisivo in relazione alla variabilità della pena e ai parametri di valutazione applicabili è D. 47.21.3, appartenente più propriamente alla trattazione dedicata da Callistrato al *genus de capitali crimine*.

D. 47.21.3 (Call. 5 *de cogn.*): [pr.] *Lege agraria, quam Gaius Caesar tulit, adversus eos, qui terminos statutos extra suum gradum finesve moverint dolo malo, pecuniaria poena constituta est: nam in terminos singulos, quos eiecerint locove moverint, quinquaginta aureos in publico dari iubet: et eius actionem petitionem ei qui volet esse iubet. [1] Alia quoque lege agraria, quam divus Nerva tulit, cavetur, ut, si servus servave insciente domino dolo malo fecerit, ei capital esse, nisi dominus dominave multam sufferre maluerit. [2] Hi quoque, qui finalium quaestionum obscurandarum causa faciem locorum convertunt, ut ex arbore arbustum aut ex silva novale aut aliquid eiusmodi faciunt, poena plectendi sunt pro persona et condicione et factorum violentia.*

²⁵ La data si ricava dall'indicazione fornita dalla *Collatio* secondo cui la costituzione sarebbe stata emanata nel III *cons.* di Adriano (... *divus Hadrianus ... XVII k. Sept. se III consule rescripsit* rell.). Sulle varianti presenti nel testo di quest'ultima fonte (che inserisce l'espressione *usus causa* tra le parole *lapides* e *furati sunt*) si sofferma M. Vinci, *Fines regere. Il regolamento dei confini dall'età arcaica a Giustiniano*, Milano 2004, part. 98-101, che, oltre a evidenziare lo stretto contatto tra fonti grammatiche e testi giuridici in argomento, sottolinea come sotto il profilo sostanziale "il punto centrale di entrambe le prospettive consiste nell'attenzione più all'effetto dell'alterazione della linea di confine provocato da talune condotte che alle modalità di realizzazione di quella alterazione", (spostamento o rimozione che fosse).

²⁶ Nella distinzione tra *splendiores* e *ceterae personae* è possibile individuare un'anticipazione di quella tra *honestiores* e *humiliores*, che più ampio riscontro troverà in epoca postclassica.

Oltre alla considerazione del criterio della variazione *pro qualitate personarum* in relazione alla condizione dei servi per cui una legge di Nerva avrebbe disposto la pena capitale (ove il *dominus dominave* non fosse stato disposto a *multam sufferre*), in contrapposto alla multa di cinquanta aurei (sesterzi) fissata in generale dalla legge di Cesare (forse la *lex Mamilia Roscia Peducaea Alliena Fabia*) richiamata in apertura,²⁷ il frammento contiene con riferimento all'ipotesi finale dell'alterazione dello stato dei luoghi un'esemplare indicazione dei diversi parametri che segnavano ormai il regime della variabilità della pena nel nuovo sistema della *cognitio*. In chiusura del § 2 il brano del giurista ricorda infatti che *hi quoque, qui finalium quaestionum obscurandarum causa faciem locorum convertunt, poena plectendi sunt pro persona et condicione et factorum violentia*. I criteri fondamentali cui parametrare la commisurazione dell'entità della pena, ossia quelli della *qualitas personarum* e del *modus admissi*, sono elencati con lucidità e precisione nell'esposizione di Callistrato, a testimoniare i nuovi indirizzi assunti ormai dalla *cognitio* imperiale. Peraltro i due frammenti testimoniano di una rilevante variazione della disciplina in argomento e di una evidente tendenza a una più severa criminalizzazione della fattispecie con l'intervento di Adriano.

Dopo l'esame statico delle pene elencate nella loro classificazione fornito in apertura, il frammento D. 48.19.28 che apre il libro VI del *de cognitionibus* riguardante i vari tipi di pene applicate alle diverse figure di reato ne propone, in alcuni dei paragrafi seguenti, una considerazione sotto il profilo della applicabilità in riguardo alla *qualitas personarum*. Significativo in proposito appare già il § 2, che affronta il problema con riferimento alla fustigazione.

D. 48.19.28.2 (Call. 6 *de cogn.*): *Non omnes fustibus caedi solent, sed hi dumtaxat qui liberi sunt et quidem tenuiores homines: honestiores vero fustibus non subiciuntur, idque principalibus rescriptis specialiter exprimitur.*

Rilevato come non tutti possano essere sottoposti a questa pena, il testo precisa come essa si applichi in particolare nei confronti dei *liberi tenuiores* dal momento che, sottolinea il brano, gli *honestiores* vi sono sottratti.²⁸ A provvede-

²⁷ Per i problemi di attribuzione e individuazione della natura dei provvedimenti menzionati dal frammento cfr. Bonini, *I "libri de cognitionibus"* (nt. 1) 147, il quale, sottolineata l'ormai concorde identificazione della disposizione menzionata nel pr. con la legge indicata sopra nel testo, ne esclude l'attribuzione a Caligola e riconduce il provvedimento di Nerva ricordato nel par.1 a una *lex comitalis* più che a una costituzione di quell'imperatore, tra l'altro in considerazione della "completa padronanza delle fonti" e della buona informazione di Callistrato circa la paternità dei provvedimenti ricordati. In argomento cfr. anche G. McCormack, *Terminus motus*, in *RIDA* 26, 1979, 254.

²⁸ Osserva come il brano faccia prova, unitamente ad altri della giurisprudenza tardoclassica [alcuni frammenti di Ulpiano del libro ottavo *de off. proc.* e D. 48.8.3.5 (Marc. 14 *inst.*)], per l'ope-

re in proposito sarebbero stati, secondo il testo, numerosi rescritti imperiali che avrebbero disposto *specialiter* in proposito. Di fatto l'introduzione di quella limitazione aveva incontrato resistenze e solo lentamente se ne era estesa l'applicazione determinando la necessità, sottolineata dal frammento, di una reiterazione dei provvedimenti imperiali impegnati a contrastare una prassi resistente che ne circoscriveva l'applicazione.²⁹

Alla visione dinamica dell'applicabilità delle pene classificate in D. 48.19.28 pr.-1 in ragione della *qualitas personarum* e in particolare alla distinzione tracciata in D. 48.19.28.2 tra *liberi tenuiores* e *honestiores* quanto alla possibilità di sottoposizione alla *poena fustium* si riallaccia la trattazione contenuta in D. 50.2.12:

D. 50.2.12 (Call. 6 *de cogn.*): *Eos, qui utensilia negotiantur et vendunt, licet ab aedilibus caeduntur, non oportet quasi viles personas neglegi. Denique non sunt prohibiti huiusmodi homines decurionatum vel aliquem honorem in sua patria petere: nec enim infames sunt. Sed ne quidem arcentur honoribus, qui ab aedilibus flagellis caesi sunt, quamquam iure suo ita aediles officio isto fungantur. Inhonestum tamen puto esse huiusmodi personas flagellorum ictibus subiectas in ordinem recipi, et maxime in eis civitatibus, quae copiam virorum honestorum habeant: nam paucitas eorum, qui muneribus publicis fungi debeant, necessaria etiam hos ad dignitatem municipalem, si facultates habeant, invitat.*

Gli aspetti considerati dal giurista nel frammento, in sintonia con l'ampia attenzione dedicata nel *De cognitionibus* alla materia dei *munera* e degli *honores*, sono quelli dei riflessi dell'*ictus fustium*³⁰ sulla possibilità di rivestire cariche cittadine. In proposito Callistrato osserva come le persone che commerciano o vendono *utensilia*, pur essendo sottoposte alla coerci-

rattività già in età severiana della distinzione tra *honestiores* e *humiliores* quanto al regime delle pene I. Ruggiero, *Ricerche sulle Pauli Sententiae*, Milano 2017, 197-214, part. 206-207 e nt. 29, che, richiamando anche il rapporto tra i *principalia rescripta* trasmessi da D. 48.19.28.2, il rescritto di Settimio Severo e Antonino Caracalla in CI. 2.11.5 (a. 198) e la costituzione adrianea ricordata da Callistrato in D. 47.21.2, considera ancor più risalente quella distinzione, ascrivibile probabilmente agli anni di Adriano e Antonino Pio. Su questi aspetti, oltre che sui rapporti *coercitio / iudicatio* in relazione alla funzione assegnata alle pene corporali, si era soffermato in precedenza anche J. Gebhardt, *Prügelstrafe und Züchtigungsrecht im antiken Rom und in der Gegenwart*, Köln et al. 1994, 1-157.

²⁹ Il riferimento ai numerosi rescritti è da mettersi forse in relazione con una prassi che, nonostante quei provvedimenti, continuava ad applicare la *fustigatio* anche nei confronti degli *honestiores*. Si sarebbe dunque trattato di una prassi *contra legem*, come rilevato da Bonini, I "libri de cognitionibus" (nt. 1) 97. In argomento cfr. anche A. Lovato, *Corporis coercitio (III-VI secc.)*, in *IAH* 5, 2013, 15-28, part. 21-24.

³⁰ La sanzione era menzionata in precedenza (D. 48.19.28.1) tra le pene che *ad existimationem pertinent*.

zione edilizia,³¹ non possano essere pretermesse (dalle *dignitates* municipali) come se fossero *viles personae*, dal momento che non sono infami,³² e dunque possano ricoprire il decurionato o altre cariche *in sua patria*,³³ e ciò anche se già sottoposte dagli edili alla *flagellatio*³⁴ in applicazione dei compiti loro spettanti. Rilevato come la disciplina ammettesse tali soggetti agli *honores* municipali, il giurista, inserendo a mo' di osservazione personale una considerazione che anche nella pratica doveva avere diffuso riscontro, sottolinea come ragioni morali (*inhonestum tamen puto*) ne sconsigliassero tuttavia l'ammissione al decurionato (*in ordinem recipi*).³⁵ L'attenzione costantemente rivolta alla variabilità del contesto economico-sociale e alle spesso contrastanti esigenze della pratica porta peraltro Callistrato a una attenuazione della posizione assunta in considerazione delle peculiarità delle situazioni locali. Il giurista infatti, tentando una giustificazione a posteriori per situazioni diffuse e a lui ben presenti, osserva come quelle esigenze di carattere morale avessero maggior rilievo nelle città ove esisteva *copiam virorum honestorum*, mentre nei casi in cui vi fosse penuria di soggetti tenuti a sostenere i *munera publica*³⁶ la carenza rendesse opportuno rivolgersi anche a coloro che fossero sottoposti all'*ictus flagellorum* purché dotati di mezzi economici sufficienti.³⁷ Anche in questo caso, peraltro, come in precedenza, rilievo centrale nella trattazione del giurista assume il ruolo assegnato al-

³¹ Il frammento fa riferimento a un contesto municipale e in questo quadro la considerazione di Callistrato si rivolge agli *aediles*, che esercitavano la *cura annonae* nelle singole *civitates*.

³² Assegna all'espressione un valore tecnico Botta, *Opere giurisprudenziali* (nt. 2) 306 s., che osserva in proposito come l'*infamia* fosse inevitabile conseguenza sanzionatoria della condanna in un *publicum iudicium* e dunque venisse considerata nelle opere giurisprudenziali in relazione alla trattazione '*de poenis*', relativa "alle pene irrogate in conseguenza dell'accertamento della responsabilità del *reus*".

³³ Bonini, *I "libri de cognitionibus"* (nt. 1) 115 nt. 111, precisa come in questo caso, analogamente ad altri, il termine *patria* indichi il luogo da cui i soggetti considerati "hanno tratto la propria *origo*".

³⁴ Per i rapporti tra *fustigatio* e *flagellatio* cfr. Lovato, *Corporis coercitio* (nt. 29) 15-28, part. 21-24.

³⁵ Che la considerazione del giurista ruoti intorno al disonore personale che l'intervento edilizio poteva comportare è rilevato da H. Mourtsen, *The Freedman in the Roman World*, Cambridge 2011, 27 nt. 102, il quale sottolinea come in conseguenza sarebbe stato *inhonestum* sebbene non illegale il rivestire cariche municipali.

³⁶ Osserva come in Callistrato le funzioni municipali non assumano particolare rilievo né terminologico né sistematico e di solito siano rese con perifrasi generiche (*munera civitatis, municipalia* o addirittura *munus publicum* come nel frammento in esame) F. Grelle, *Diritto e società nel mondo romano*, Roma 2005, 34.

³⁷ In proposito T.A.J. McGinn, *Prostitution, Sexuality, and the Law in Ancient Rome*, Oxford 1998, 33, sottolinea come in genere i giuristi fossero riluttanti a estendere il novero delle persone escluse dalle cariche municipali, in specie in caso di scarsità di candidati qualificati. Si sofferma sul dato economico De Robertis, *La variazione* (nt. 11) 490 s. nt. 3.

la condizione del soggetto. A essa si connette infatti la determinazione della disciplina applicata.

Ai problemi di applicazione della medesima pena (*ictus fustium* o *flagellorum*) in riguardo della condizione dei soggetti si riferisce anche il § 5 di D. 48.19.28.

D. 48.19.28.5 (Call. 6 *de cogn.*): *Et ut generaliter dixerim, omnes, qui fustibus caedi prohibentur, eandem habere honoris reverentiam debent, quam decuriones habent. Est enim inconstans dicere eum, quem principales constitutiones fustibus subici prohibuerunt, in metallum dari posse.*

In esso Callistrato, rilevato come a coloro che sono sottratti alla fustigazione (ossia gli *honestiores* già menzionati in D. 48.19.28.2) debba essere riconosciuta la medesima *honoris reverentia* che spetta ai decurioni, conclude nel senso che costoro debbano essere esclusi anche dalla *damnatio in metalla*. Di fronte a probabili oscillazioni della pratica (sottolineate dalla espressione: ‘*est enim inconstans dicere eum*’) il giurista assume dunque una posizione decisa, fornendo un orientamento univoco nel senso dell’ammissione di precise esenzioni in ragione del rilievo assegnato alla particolare qualità dei soggetti considerati.

Nuovamente del rilievo riconosciuto a determinate categorie di persone si occupa il § 9 del frammento in esame (D. 48.19.28).

D. 48.19.28.9 (Call. 6 *de cogn.*): *Venenarii capite puniendi sunt aut, si dignitatis respectum agi oportuerit, deportandi.*

Nel brano Callistrato, seguendo lo stesso orientamento manifestato nel frammento in precedenza considerato, dopo aver sottolineato come gli avvelenatori debbano essere puniti con pena capitale, ammette l’applicabilità nei loro confronti della semplice *deportatio* ove essi rivestano una qualche *dignitas* in ragione del *respectus* a essa dovuto. Alla *honoris reverentia* di D. 48.19.28.5 fa dunque da *pendant*, nel § 9 dello stesso frammento, il *respectus dignitatis*³⁸ a indicare la condizione di particolare favore riservata agli investiti di determinati *honores*. Così facendo però entrambi i frammenti, in contrasto con “l’interpretazione più diffusa” della variazione della pena *pro qualitate personarum* che riconosce in essa un mezzo per attuare l’eguaglianza sostanziale dei soggetti³⁹ (in contrapposto alla tendenza postclassica a realizzare un’uguaglianza puramente formale di fronte alla pena), ammettono l’esenzione o la variazione della pena come un privilegio da attribuirsi in ragione di una particolare *dignitas* od

³⁸ Dubita dell’autenticità dell’espressione G. Beseler, *Romanistische Studien*, in *ZRG RA* 50, 1930, 44.

³⁹ Tale effetto sarebbe stato una conseguenza della maggiore afflittività della pena in ragione della più elevata qualifica dei soggetti interessati.

honoris reverentia, riconoscendo di fatto una peculiare categoria di soggetti favoriti in ragione della qualifica rivestita. Simili concezioni, pur potendo ricondursi a opinioni volgari volte a riconoscere un privilegio nella pena attenuata, appaiono rispondere, come è stato osservato, piuttosto a orientamenti propri del giurista, e in particolare a una sua peculiare visione sociale e politica.

Accanto alle cause di inapplicabilità della pena (o di attenuazione) per le ragioni considerate in precedenza, il frammento D. 48.19.28 testimonia dell'attenzione riservata dal giurista a un'altra causa di variazione della pena *pro qualitate personarum*. Sono i rapporti di parentela e subordinazione a venire in esame e a trovare spazio in

D. 48.19.28.8 (Call. 6 *de cogn.*): *Omnia admissa in patronum patronive filium patrem propinquum maritum uxorem ceterasque necessitudines gravius vindicanda sunt quam in extraneos.*

Il frammento muove dai rapporti di subordinazione, indicati con quelli relativi al patrono o al figlio del patrono, per passare poi alla dettagliata elencazione di alcuni rapporti essenziali di parentela e di *coniugium*, quali quelli relativi a padre, prossimi congiunti, coniugi e altri parenti.⁴⁰ Per i reati commessi a danno di costoro il brano precisa in maniera recisa come la pena da applicare debba essere più grave che nei confronti di soggetti estranei, evidenziando il particolare rilievo riconosciuto dal giurista al complesso di quei rapporti e il valore assegnato in genere alla peculiare relazione di intimità da essi presupposta.

L'incidenza della condizione dei soggetti si riflette, peraltro, anche sull'applicazione della pena della vivicombustione. A essa accenna Callistrato in

D. 48.19.28.11 (Call. 6 *de cogn.*): *Igni cremantur plerumque servi, qui salutem dominorum suorum insidiaverint, nonnumquam etiam liberi plebei et humiles personae.*

Il giurista si preoccupa di precisare l'ambito ordinario di applicazione della sanzione e anzitutto rileva come essa riguardi per lo più i servi che abbiano messo a repentaglio la vita dei propri padroni. Egli aggiunge inoltre come talvolta vengano colpiti con tale pena anche individui liberi purché di condizione sociale non elevata (*plebei et humiles personae*).⁴¹ Ne risulta così confermata la

⁴⁰ Bonini, I "libri de cognitionibus" (nt. 1) 99, qualifica il frammento come uno dei testi più completi in tema di variazione della pena dipendente da rapporti di parentela e subordinazione.

⁴¹ A queste qualificazioni ha dedicato attenzione De Robertis, *La variazione* (nt. 11) 490, il quale osserva come, ai fini della individualizzazione della pena, la *summa distinctio personarum* fosse rappresentata in diritto classico dall'antitesi *humiliores-honestiores* e come della prima categoria facessero parte tutti gli uomini liberi non *honestiores* i quali, rispetto ai secondi, assumevano anche la denominazione di *viliores o plebei*.

possibilità ristretta di avvalersi di tale sanzione limitata ai reati di maggiore gravità e ai soggetti appartenenti alle classi sociali più umili.⁴²

Oltre alle cause di variazione *pro qualitate personarum* qualche spazio trova nella trattazione di Callistrato, e in particolare nel frammento D. 48.19.28 in esame, l'altra grande categoria della modificazione della pena, quella *pro modo admissi*. A tenerne considerazione è il frammento D. 48.19.28.12.

D. 48.19.28.12 (Call. 6 *de cogn.*): *Incendiarii capite puniuntur, qui ob inimicitias vel praedae causa incenderint intra oppidum: et plerumque vivi exuruntur. Qui vero casam aut villam, aliquo lenius. Nam fortuita incendia, si, cum vitari possent, per negligentiam eorum, apud quos orta sunt, damno vicinis fuerunt, civiliter exercentur (ut qui iactura adfectus est, damni disceptet) vel modice vindicaretur.*

Il brano si occupa degli *incendiarii* e pone come distinzione di fondo quella fra incendi dolosi e incendi fortuiti, a seconda cioè che l'azione criminosa sia stata posta in essere con intenzionalità o per negligenza.⁴³ A tali diverse modalità della condotta dell'agente, ossia al *modus admissi*, collega una diversa entità della pena. In particolare in caso di incendi dolosi, ossia attuati per inimicizia o per appropriarsi di beni altrui, a incidere sulla determinazione della sanzione sono, nella considerazione del giurista, la natura del bene colpito e, congiuntamente, il luogo dell'azione criminosa. Nel caso infatti in cui si sia appiccato il fuoco *intra oppidum* (in città), precisa Callistrato, gli *incendiarii capite puniuntur et plerumque exuruntur*, ove viceversa a esser messa a repentaglio sia stata una casa o una villa rustica, il colpevole sarà punito *lenius*.⁴⁴ Qualora invece si fosse trattato di incendi fortuiti, causati dalla negligenza di colui presso il quale sono sorti, che potendo evitarne la propagazione non ha impedito arrecassero

⁴² Così Santalucia, *Diritto e processo* (nt. 10) 250. Cfr. in proposito anche D. 48.13.7(6) (Ulp. 7 *de off. proc.*); D. 48.19.38.1 (Paul. 5 *sent.*); Paul. *Sent.* 5.23.17 e 5.29.1.

⁴³ In argomento cfr. B. Sitek, *Criminal liability incendiarii in ancient Roman Law*, in *Diritto@Storia* 6, 2007, che esamina l'evoluzione storica della disciplina in proposito a partire dalle Dodici Tavole con riferimento tanto alle conseguenze civili che criminali della fattispecie. Lo studioso distingue chiaramente sulla base delle indicazioni delle fonti tra "willful and unintentional arson" e collega quest'ultima a "common human's activity in his place of residence", interpretando come strettamente connessa l'affermazione di Callistrato relativa all'applicazione di una pena più lieve a coloro che abbiano incendiato *casam aut villam* con il seguito del frammento relativo ai *fortuita incendia*.

⁴⁴ Osserva in proposito De Robertis, *La variazione* (nt. 11) 579 e ntt. 5 e 6, come determinante della variazione della pena (rimessa alla discrezionalità dell'organo giudicante) fosse la pericolosità dell'azione criminosa in relazione al luogo e all'entità del bene messo in pericolo: ove infatti l'incendio fosse stato commesso in città quella sarebbe stata massima, minima viceversa se in campagna. Nel primo caso, osserva lo studioso, "il bene messo in pericolo era infatti costituito da tutta la città", "mentre nel secondo da una o da poche unità". Cfr. anche Paul. *Sent.* 5.20.2 = Coll. 12.2.1. Lo stesso autore (*op. cit.* 580 nt. 1) si sofferma sui sospetti di interpolazione avanzati in relazione al frammento in esame.

danno ai vicini, Callistrato precisa come essi possano essere perseguiti civilmente al fine del ristoro del danno, oppure sanzionati con moderazione (*modice vindicaretur*).⁴⁵ Attraverso l'articolazione delle diverse ipotesi il giurista mostra non solo spiccate capacità di organizzazione e inquadramento della materia affrontata, ma evidenza l'elevato livello di elaborazione della riflessione giurisprudenziale con riguardo ai fattori incidenti sulla determinazione della pena e in particolare alle circostanze soggettive del reato.

Sempre all'attenzione rivolta alla variazione della pena *pro modo admissi* si riconnette il § 10 del frammento D. 48.19.28 in esame.

D. 48.19.28.10 (Call. 6 *de cogn.*): *Grassatores, qui praedae causa id faciunt, proximi latronibus habentur. Et si cum ferro adgredi et spoliare instituerunt, capite puniuntur, utique si saepius atque in itineribus hoc admiserunt: ceteri in metallum dantur vel in insulas relegantur.*

Il brano, dopo aver posto l'assimilazione sostanziale dei *grassatores, qui praedae causa id faciunt*, ai *latrones*,⁴⁶ distingue a seconda che essi abbiano agito *cum ferro* (a mano armata) e per di più ripetutamente (*saepius*)⁴⁷ o *in itinere* e commina in tal caso sanzione capitale,⁴⁸ prevedendo in caso diverso l'applicabilità delle pene più lievi del *metallum* o della *relegatio in insulam*. Oltre alla importanza rivestita dal testo ai fini di una chiarificazione dei rapporti tra le due ipotesi di reato (*grassatura* e *latrocinium*), particolare rilievo assume, nella esposizione del giurista, la considerazione della reiterazione dell'azione delittuosa, aspetto che ha fatto pensare qualche studioso a un'ipotesi in qualche modo

⁴⁵ Ricollega il frammento alle tendenze manifestatesi nell'ultima età classica (colte con chiarezza dal giurista) verso un superamento della categoria dei delitti privati in vista dell'affermarsi "di una contrapposizione (*civiliter-criminaliter agere*) indubbiamente più aderente alla nuova struttura e ai più vasti compiti dello stato imperiale" Bonini, *I "libri de cognitionibus"* (nt. 1) 117 s., che sottolinea come un'ipotesi (il *fortuitum incendium*) che avrebbe dovuto ricadere nel *damnum iniuria datum* "fornisca invece occasione o ad un'azione di risarcimento patrimoniale o ad una *modica vindicatio*, senza dubbio a carattere pubblico".

⁴⁶ Per i due termini e le diverse valenze da esse espresse cfr. T. Grünewald, *Bandits in the Roman Empire. Myth and reality*, London / New York 2004, 15 e 24, il quale identifica *latro* con "a real robber or bandit" e *grassator* con "a footpads; perhaps better translated in modern terms as 'muggers'".

⁴⁷ Puntuale analisi della fattispecie in M.L. Navarra, *La recidiva nell'esperienza giuridica romana*, Torino 2015, 91-99, che esclude che l'avverbio *saepius* faccia riferimento a recidiva o si possa parlare di professionalità, per concludere che "siamo presumibilmente in una zona d'ombra in cui non è possibile cogliere una netta demarcazione di concetti nell'ambito di quello più generale di reiterazione".

⁴⁸ Sottolinea come oltre al luogo anche il mezzo del reato potesse costituire elemento di variazione e in particolare di aggravamento della pena De Robertis, *La variazione* (nt. 11) 586 e 590.

avvicinabile a “quelle moderne di professionalità del delinquente”.⁴⁹ Tale ipotesi non ha però trovato conferma data l’oscillazione terminologica nell’uso dell’avverbio *saepius*, talvolta utilizzato dal giurista più specificamente con riferimento alla recidiva specifica iterata.⁵⁰

Al complesso problema della funzione della pena in relazione ai riflessi che esso può esercitare sulla variazione di questa si rivolge D. 48.19.28.15.

D. 48.19.28.15 (Call. 6 *de cogn.*): *Famosos latrones in his locis, ubi grassati sunt, furca figendos compluribus placuit, ut et conspectu deterreantur alii ab isdem facinoribus et solacio sit cognatis et adfinibus interemptorum eodem loco poena reddita, in quo latrones homicidia fecissent: nonnulli etiam ad bestias hos damnaverunt.*

Il brano del giurista evidenzia come la funzione della pena sia tenuta in considerazione e abbia incidenza tanto al momento della irrogazione, determinandone la variazione, quanto al momento della esecuzione, ossia in relazione alla pena già irrogata e non più modificabile. Dando conto di oscillazioni intervenute nella pratica il giurista evidenzia, quanto al primo profilo, come la necessità dell’*exemplum*⁵¹ avesse indotto *nonnulli* (governatori) a preferire la *damnatio ad bestias* alla irrogazione di altre pene (e in particolare della *crux*),⁵² determinando dunque una variazione della pena. Quanto invece alla scelta di appropriate modalità esecutive il giurista rileva come la crocifissione dei *famosi latrones* nel medesimo luogo in cui avevano commesso il loro delitto (*homicidia*) corrisponda a entrambe le finalità proprie della funzione della pena, ossia tanto a un intento di prevenzione generale, contribuendo a tenere lontano altri dalla medesima condotta, quanto a una finalità di più adeguata retribuzione sottolineata dal *solacium* così arrecato a cognati e affini degli uccisi.⁵³ Proprio il riconoscimento della possibilità del concorso di funzioni⁵⁴ costituisce il dato di ori-

⁴⁹ Così, sulle orme del De Robertis, Bonini, *I “libri de cognitionibus”* (nt. 1) 100 e nt. 64, che ricorda anche la diversa ipotesi di Ferrini, *Diritto penale romano* (nt. 7) 133, che riscontrava piuttosto nella fattispecie un’ipotesi di recidiva specifica o di concorso materiale di reati.

⁵⁰ Cfr. D. 47.14.3.2 (Call. 6 *de cogn.*).

⁵¹ Secondo Bonini, *I “libri de cognitionibus”* (nt. 1) 105, a incidere sulla preferenza accordata alla *damnatio ad bestias* in luogo della *crux* non sarebbe stata estranea anche la considerazione del *modus admissi*.

⁵² Per la sostituzione nel testo di *furca* a *crux* cfr. Santalucia, *Diritto e processo* (nt. 10) 249 nt. 217.

⁵³ Si sofferma su questi aspetti O.F. Robinson, *Penal Practice and Penal Policy in Ancient Rome*, London / New York, 140 e nt. 87.

⁵⁴ Altre fonti in proposito in F.M. De Robertis, *La funzione della pena nel diritto romano*, ora in Id., *Scritti vari di diritto romano* III (nt. 11) 23 s. Lo stesso autore peraltro nel saggio *La variazione* (nt. 11) 431, rileva come sia un errore voler assegnare alla pena uno scopo, una funzione assoluta

ginalità della impostazione del giurista, che dimostra di recepire le istanze della pratica costretta dalla troppo rigida e schematica alternativa tra funzione retributiva e preventiva.

Sempre sotto il profilo della variazione della pena, ma con un valore più che altro storico, di ricognizione del passato e della disciplina in esso operante si pone il frammento D. 48.19.28.16.

D. 48.19.28.16 (Call. 6 *de cogn.*): *Maiores nostri in omni supplicio severius servos quam liberos, famosos quam integrae famae homines punierunt.*

Nel brano, che chiude l'esposizione del passo D. 48.19.28 sin qui esaminato, il giurista affronta il problema della variazione della pena alla luce del passato, sottolineando quello che era stato l'atteggiamento dei *maiores*⁵⁵ con riferimento al procedimento delle *quaestiones*. Il regime allora adottato, sottolinea Callistrato, prevedeva che qualunque fosse stata la pena si dovesse tener conto essenzialmente di due parametri di variazione, quello tra liberi e servi⁵⁶ e tra *famosi* e *integri famae homines*.⁵⁷ L'accento al regime pregresso consente al giurista di evidenziare le differenze con quello nuovo della *cognitio*, in cui ben più numerose erano le cause di variazione considerate.

A integrare il quadro sin qui considerato dei frammenti connessi ai problemi della variazione della pena, contribuendo a definirne i limiti, concorre il frammento D. 47.14.3 riguardante la differenziazione tra furto e abigeato.

D. 47.14.3 (Call. 6 *de cogn.*): [pr.] *Oves pro numero abactarum aut furem aut abigeum faciunt. Quidam decem oves gregem esse putaverunt: porcos etiam quinque vel quattuor abactos, equum bovem vel unum abigeatus crimen facere. [1] Eum quoque plenius coercendum, qui a stabulo abegit domitum pecus, non a silva nec grege. [2] Qui saepius abegerunt, licet semper unum vel alterum pecus subripuerint, tamen abigei sunt. [3] Receptores abigeorum qua poena plecti debeant, epistula divi Traiani ita cavetur, ut extra terram Italiam decem annis relegarentur.*

Il testo pone in luce come, se normalmente i parametri di variazione della pena (riconducibili alle grandi categorie della *qualitas personarum*, del *modus*

tant'è che si può riscontrare come i giuristi si siano astenuti del tutto da tentativi di sistemazione generale. Riconosce nell'esposizione di Callistrato la coesistenza di finalità preventive e retributive anche J. Hillner, *Prison, Punishment and Penance in Late Antiquity*, Cambridge 2015, 62.

⁵⁵ L'espressione nel pensiero dei giuristi classici faceva riferimento al "diritto repubblicano". Parla di un rinvio a un "complessivo indirizzo normativo" più che a "orientamenti di antichi giuristi" Bonini, *I "libri de cognitionibus"* (nt. 1) 132 e nt. 19.

⁵⁶ Cfr. in proposito anche D. 48.19.166.3 (Cl. Sat. *l. s. de poen. pag.*).

⁵⁷ De Robertis, *La variazione* (nt. 11) 564, riconduce la condizione di infamia del soggetto agli elementi di variazione *pro modo admissi*.

admissi e della necessità dell'*exemplum*) incidevano sulla entità della stessa determinandone la modificazione, con riflessi sulla stessa ampiezza della configurazione sostanziale dei singoli reati, talvolta, per particolari ragioni, essi potevano determinare piuttosto un vero e proprio cambiamento del titolo del reato.⁵⁸

Il giurista enumera infatti una serie di fattori diversi rientranti nel *modus admissi* e rileva come questi fossero determinanti ai fini della qualificazione del reato come *furtum* o *abigeatus*. In particolare, secondo Callistrato, a dover essere tenuto in considerazione per la esatta configurazione del *crimen* era anzitutto il numero degli animali sottratti, con le varianti previste per le diverse specie (dieci per le pecore, quattro o cinque per i porci, anche un solo esemplare per i cavalli e i buoi).⁵⁹ In secondo luogo a venire in considerazione è il luogo del commesso reato, dovendosi punire *plenius* colui che abbia sottratto un animale addomesticato da una stalla piuttosto che da una selva o da un gregge. Infine Callistrato rileva che si debbano considerare abigei anche i recidivi, coloro cioè che *saepius abigerunt* anche se abbiano portato via un animale solo per volta.⁶⁰ A completamento della disciplina illustrata il giurista richiama altresì la pena comminata ai *receptores abigeorum* da una costituzione di Traiano, il quale aveva previsto per la fattispecie la pena della *relegatio* decennale *extra terram Italiam*. Ciò che dal quadro tracciato emerge è comunque, oltre a una dettagliata disciplina delle singole circostanze del reato, il dato della singolarità dell'ipotesi considerata, che si presenta in ogni caso anomala rispetto alla ordinaria incidenza dei criteri di variazione, operanti prevalentemente sulla entità della pena.

In collegamento alla considerazione rivolta ai *servi fugitivi* in D. 48.15.6 si pone anche D. 11.4.2, di cui lo stesso Lenel sottolinea il legame (col. 93, nt. 2: '*Iunge fr. 49*') con il frammento che lo anticipa nella sequenza palinogenetica.

D. 11.4.2 (Call. 6 *de cogn.*): *Fugitivi simplices dominis reddendi sunt: sed si pro libero se gesserint, gravius coerceri solent.*

Mentre però D. 48.15.6 toccava il tema dei *servi fugitivi* sotto il profilo della configurabilità del reato di plagio, il frammento in esame se ne occupa dal punto di vista della variazione della pena *pro modo admissi*. In esso il giurista rileva infatti come i servi che si siano semplicemente dati alla fuga debbano essere re-

⁵⁸ Si sofferma su questo aspetto De Robertis, *La variazione* (nt. 11) 422 s.

⁵⁹ Ritiene che con l'espressione '*quidam ... putaverunt*' il giurista intendeva riferirsi "in via diretta a discussioni sorte fra giuristi, anche se, con ogni probabilità, discordanti ed incomplete disposizioni imperiali avevano dato loro occasione" Bonini, *I "libri de cognitionibus"* (nt. 1) 134.

⁶⁰ Parla di attività esercitata "quasi per mestiere" come requisito richiesto per la configurabilità dell'abigeato B. Santalucia, '*Crimen furti*'. *La repressione straordinaria del furto nell'età del principato*, in Id., *Altri studi di diritto penale romano*, Padova 2009, 396.

stituiti al padrone, viceversa quelli che si sono comportati come liberi debbano essere puniti più gravemente. In tal modo il *modus admissi* viene a incidere però, più che sul regime della variazione della pena, sulla applicazione in luogo di una semplice misura civilistica di una vera e propria sanzione penale.⁶¹

L'analisi condotta evidenzia quanto in profondità e a quali livelli di raffinatezza esegetica potesse giungere l'analisi dei giuristi e come non fosse loro estranea l'esigenza di una riflessione attenta e di una sottile opera di interpretazione anche in relazione ad ambiti da sempre meno soggetti all'elaborazione giurisprudenziale, come quello del diritto penale. Mentre tuttavia il tema delle circostanze si risolve per lo più, negli attuali ordinamenti, nello sforzo del legislatore di imbrigliare, dirigere e dominare il potere discrezionale del giudice nella determinazione della pena, attraverso una casistica spesso esasperata e una serie di vincoli tassativi nell'applicazione delle disposizioni circostanziali, proprio al riconoscimento di quella discrezionalità mira piuttosto il meccanismo tardoclassico di variazione della pena in applicazione dei più ampi poteri di valutazione riconosciuti ai giudici nel sistema della *cognitio*, specie per quanto riguarda il profilo della determinazione della pena.

⁶¹ Osserva B. Biondi, *Il diritto romano cristiano*, II, Milano 1952, 400, come per tutta l'epoca classica la fuga del servo come tale avesse riguardato "la sfera puramente civile" (a parte l'apposizione del marchio) e che "Callistrato ancora attesta che *fugitivi simplices dominis reddendi sunt*": solo in età postclassica, a partire da Costantino, si sarebbe registrata l'attrazione della fuga del servo in ambito penale. Cfr. in argomento anche F. Reduzzi, *Schiavi fuggitivi, schiavi rubati, «servi corrupti»*, in *SHHA* 25, 2007, 325-329.

Gianfranco Purpura
(Università degli Studi di Palermo)

VARIA DE IURE MARIS

Le uniche motivazioni di sentenze di giudici formulari di età repubblicana, che sono state individuate dal prof. Matteo Marrone in una recente ricerca, riguardano il dolo e il *litus maris*; esse esprimono una precisa definizione di un termine giuridicamente rilevante, quasi ‘sentenze interpretative’, che avrebbero potuto costituire un significativo ‘precedente’ nella prassi processuale romana.¹ E dunque ho ritenuto di offrire nella raccolta di scritti a Lui dedicati, qualche spunto interpretativo sparso sul diritto e il mare,² iniziando dalla controversa demarcazione della spiaggia e del fondo costiero.

Non sono molte le certezze che possiamo nutrire nel caso della definizione del *litus*, attribuita in D. 50.16.96 pr., da Celso a Marco Tullio (Cicerone):

Litus est, quousque maximus fluctus a mari pervenit: idque Marcum Tullium aiunt, cum arbiter esset, primum constituisse.

A partire dall’autore dell’arbitrato, Cicerone stesso o Aquilio Gallo, che,

¹ M. Marrone, *Su struttura delle sentenze, motivazione e ‘precedenti’ nel processo privato romano*, in *Iuris Vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, V, Napoli 2001, 273-290, anche in *BIDR* 100, 1997 (pubbl. 2003), 37-48, da cui si citerà. I due casi di motivazione di una sentenza si rintracciano in Cic. *de off.* 3.16.66, riguardante il dolo, e in D. 50.16.96 pr. (Cels. 25 *dig.*), qui trattato.

² Evitando l’espressione ‘diritto marittimo romano’, non perché non esistano, ovviamente, antecedenti romani di disposizioni e problematiche giuridiche riguardanti il mare, la navigazione e il commercio, ma per non incrementare quel fenomeno che M. Fiorentini, *Spunti volanti in margine al problema dei beni comuni*, in *BIDR* 111, 2017, 82 s., giustamente stigmatizza e che denomina come «sindrome del ‘già i Romani’». Esso coinvolge diversi settori della ricerca storico-giuridica contemporanea, dalla ecologia e la tutela ambientale al diritto amministrativo, dal diritto commerciale e l’economia antica, vista come economia di mercato, alla protezione della vita fin dal concepimento, dal diritto della navigazione al diritto marittimo in genere. Sul dibattito in riferimento al diritto commerciale romano e alla comparazione giuridica tra presente e passato v. G. Purpura, *Diritto e Storia: un percorso comune con Pietro Cerami*, in P. Cerami / M. Serio (a cura di), *Scritti di comparazione e storia giuridica*, II, Torino 2013, 100-104.

come il medesimo Arpinate riferisce nei *Topica*,³ avrebbe escogitato una definizione di *litus* diversa, “ma non contraddittoria, rispetto a quella che nel passo celsino è attribuita a Cicerone”.⁴ Per avallare l’assegnazione ad Aquilio Gallo è stata addirittura proposta da Mommsen una restituzione che mira ad inserire nel testo del Digesto il più prestigioso giurista, pretore nel 66 a.C., preferendolo all’oratore.⁵ A mio parere, però, non sembra che sussistano motivi sufficienti per confutare l’attendibilità della notizia riferita da Celso, sia che si ipotizzi che essa sia stata attinta da una fonte orale approssimativa (arg. ex *aiunt*) o da un testo pervenuto corrotto, come propende ad accettare il prof. Marrone, seguendo Mommsen.⁶ Nulla vieta di supporre che Celso abbia tratto la notizia da un altro giurista – per superare l’obiezione che sembra che egli non abbia mai citato autori non giuristi – il quale invece aveva utilizzato un lodo arbitrale proprio

³ Cic. *top.* 7.32: *Saepe etiam definiunt et oratore et poetae per translationem verbi ex similitudine cum aliqua suavitate, Sed ego a vestris exemplis nisi necessario non recedam. Solebat igitur Aquilius conlega et familiaris meus, cum de litoribus ageretur, quae omnia publica esse vultis, quaerentibus iis quos ad id pertinebat, quid esset litus, ita definire, qua fluctus eluderet; hoc est, quasi qui adulescentiam florem aetatis, senectutem occasum vitae velit definire, translatione enim utens discedebat a verbis propriis rerum ac suis.*

⁴ Marrone, *Su struttura delle sentenze* (nt. 1) 42.

⁵ Nell’*editio maior* di Th. Mommsen dei *Digesta ad h. l.* si ipotizza una corruzione del testo e si restituisce: ... [*idque Marcum Tullium aiunt*] <*idque M. Tullius Gallum Aquilium ait*>.

⁶ Oltre a Marrone, *Su struttura delle sentenze* (nt. 1) 42, attribuiscono la definizione di *litus* in D. 50.16.96 pr. ad Aquilio già F.P. Bremer, *Iurisprudentiae antehadrianae quae supersunt*, I. *Liberarum rei publicae iuris consulti*, Lipsiae 1896, 119; E. Costa, *Cicerone giureconsulto*, I, Bologna 1927, 412 nt. 2; R. Martini, *Le definizioni dei giuristi romani*, Milano 1966, 69; L. Vacca, *Contributo allo studio del metodo casistico*, Milano 1976, 56 nt. 32; M. Talamanca, *Pubblicazioni pervenute alla Direzione (La certezza del diritto nell’esperienza giuridica romana, Atti del Convegno, Pavia, 26-27 aprile 1985, Padova, 1987)*, in *BIDR* 91, 1988, 855; C. Spanu, “*Mare, et per hoc litora maris*” (I. 2.1.1). *Gestione e tutela del litorale marittimo nel diritto romano*, 2012 (<https://uniss.academia.edu/ClaudioSpanu>), 13; più cauto F. Bona, *La certezza del diritto nella giurisprudenza tardo-repubblicana*, in M. Sargenti / G. Luraschi (a cura di), *La certezza del diritto nell’esperienza giuridica romana. Atti del Convegno di Pavia, 26-27 aprile 1985*, Padova 1987, 144 s. nt. 96. Propende invece per attribuire la definizione a Cicerone D. Nörr, *Cicero-Zitate bei den klassischen Juristen*, in *Ciceroniana. Atti del III Colloquium Tullianum (Roma, 3-5 ottobre 1976)*, Roma 1978, 126 ss.; V. Scarano Ussani, *Ermeneutica, diritto e “valori” in L. Nerazio Prisco*, in *Labeo* 23, 1977, 165; U. Manthe, *Die libri ex Cassio des Iavolenus Priscus*, Berlin 1982, 187; H. Ankum, *Litora maris et longi temporis praescriptio*, in *Index* 26, 1998, 361; M. Fiorentini, *Fiumi e mari nell’esperienza giuridica romana. Profili di tutela processuale e di inquadramento sistematico*, Milano 2003, 438 s. nt. 19; C. Masi Doria, *Litus maris: definition et controverses*, in E. Hermon / A. Watelet (a cura di), *Riparia, un patrimoine culturel. La gestion intégrée des bords de l’eau*, Oxford 2014, 235 s.; P. Lambriani, *Alle origini dei beni comuni*, in *Iura* 65, 2017, 408 s.; B. Biscotti, *Sopravvenienze, rischio contrattuale, litora e concessioni, tra diritto privato e diritto pubblico*, in *IAH* 10, 2018, 31 ss. Ritengono la definizione di Cicerone equivalente a quella di Aquilio sia M. Penta, *Note sul ‘liber definitionum’ (D. 50, 16)*, in *Fraterna munera. Studi in onore di Luigi Amirante*, Salerno 1998, 383, che D. Dursi, *Res communes omnium. Dalle necessità economiche alla disciplina giuridica*, Napoli 2017, 39 e nt. 44.

di Cicerone, che per la prima volta sul piano giudiziario aveva determinato con certezza (*primum constituisse*) una nozione di *litus*, della quale ormai si doveva avvertire l'esigenza per l'incremento del numero delle controversie derivanti dalla frequentazione delle spiagge da parte di pescatori; questi ultimi, seguendo un uso antico e diverso dal moderno, trascinavano a riva anche grandi pesci, come i tonni, finendoli sulla battigia⁷ ed entrando in continuo contrasto con i proprietari dei fondi litoranei antistanti;⁸ o per il libero diffondersi di strutture edilizie private sulle spiagge a causa della nota passione tardo repubblicana per il mare e per l'impianto di *vivaria* di *piscinarii*⁹ o di *ostriaria*, o addirittura di stabilimenti per la lavorazione del pesce, le cui *cetariae*, con il loro olezzo, avrebbero potuto creare non poco disagio ai proprietari di *praetoria* antistanti. Tali controversie richiedevano una precisa definizione del *litus*, il cui utilizzo, come il mare, era aperto a tutti, e una di esse era stata discussa in sede giudiziaria (... *cum de litoribus ageretur* rell.), coinvolgendo per un responso anche il *conlega et familiaris* di Cicerone, Aquilio, che sbrigativamente aveva alluso al 'gioco' delle onde marine sulla sabbia (... *qua fluctus eluderet*).¹⁰ Nei *Topica*, composti per Trebazio Testa, la definizione di Aquilio non è affatto riferita ad una pronunzia arbitrare, come nella notizia fornita da Celso, ma rilasciata da un giurista che rispondeva ai richiedenti con un parere (*quaerentibus eis quos ad id pertinebat, quid esset litus*), e sembra possibile cogliere quasi un larvato dissenso di Cicerone (... *quae omnia publica esse vultis* rell.), riferendosi ai giuristi e alla

⁷ G. Purpura, *Pesca e stabilimenti antichi per la lavorazione del pesce in Sicilia*. V – *Sull'origine bizantina della tonnara*, in *Rassegna Internazionale di Archeologia Subacquea*, Acitrezza, 30 sett.-3 ott. 2004, inserito in "Liberum mare", *acque territoriali e riserve di pesca nel mondo antico*, *Colloq. Intern. "Ressources et activités maritimes des peuples de l'Antiquité"*, Université du Littoral Côte d'Opale, Boulogne, 12-14 maggio, 2005, anche in *AUPA* 49, 2004 (pubbl. 2005), 165-206.

⁸ M. Fiorentini, *Fructus e delectatio nell'uso del mare e nell'occupazione delle coste nell'età imperiale romana*, in E. Hermon (a cura di), *Riparia dans l'empire romain: pour la définition du concept. Actes des journées d'étude de Québec, 29-31 octobre 2009*, Oxford 2010, 267 ss. Il contrasto in D. 47.10.13.7 e in D. 8.4.13 tra proprietari e pescatori è stato frequentemente equivocato, attribuendolo alla tutela dalla riservatezza dei primi – che dalla pesca in mare, invece che dilettati, avrebbero potuto essere disturbati – piuttosto che giustificandolo per la salvaguardia dei consistenti interessi economici dei secondi per l'attività alieutica praticata sulla spiaggia, come è più probabile. Cfr. L. D'Amati, *Aedificatio in litore*, in L. Garofalo (a cura di), *I beni d'interesse pubblico nell'esperienza giuridica romana*, I, Napoli 2016, 683.

⁹ Cic. *ad Att.* 1.20.3 (dopo il maggio del 60 a.C.).

¹⁰ In un altro testo di Cicerone, anteriore ai *Topica*, composti nel 44 a.C., osserva Fiorentini, *Fiumi e mari* (nt. 6) 436 nt. 15, il verbo *eludere* venne utilizzato dopo l'agosto del 45 allo stesso modo (Cic. *de nat. deor.* 2.39.100: ... *ipsum autem mare, sic terram appetens, litoribus eludit, ut una ex duabus naturis conflata videatur*). E ancora in Quint. *inst.* 5.14.34: ... *cum etiam iuris consulti, quorum summus circa verborum proprietatem labor est, 'litus' esse auderent dicere, qua fluctus eludit*, riaffiora la definizione del *litus*, attribuita da Cicerone ad Aquilio Gallo, la quale ancora, tra il 90 e il 96 d.C., veniva evidentemente ricordata.

leggerezza dello stesso scherzo etimologico dell'amico.¹¹ A prescindere dal noto divario tra il considerare i *litora res publicae* o *communes omnium*,¹² le due definizioni, se pur non contraddittorie tra loro, non sono perfettamente coincidenti e possono implicare valutazioni diverse del territorio, oggetto delle controversie giudiziarie.¹³ Mentre infatti nel caso di Aquilio, che parlava metaforicamente di 'gioco' dell'onda sulla battigia, vi era compresa solo quella parte di spiaggia contro cui le onde sbattevano sulla riva nel momento preso in considerazione, e cioè una fascia più o meno ampia, in funzione non solo dell'inclinazione del suolo e della forza del moto ondoso, ma anche dell'ampiezza delle maree (che se pur in Italia potevano essere poco significative, non lo erano nella vastità dell'impero), nel caso della più precisa definizione di Cicerone, riferita al massimo flutto, chiaramente mai raggiunto nel tempo, era presa in considerazione una fascia certamente più ampia, comprendente l'estremo limite di ogni possibile ondata, anche quando il mare, infuriato d'inverno, finiva per sommergere uno spazio maggiore, ampliando, anche considerevolmente, il *litus* di Aquilio. E se ancora Giavoleno ripeterà il limite ciceroniano del *maximus fluctus*,¹⁴ Giustiniano avvertirà l'esigenza di specificare che ciò avveniva soprattutto nel periodo invernale per l'intensità dei venti e delle tempeste.¹⁵ E tale variazio-

¹¹ G. Scherillo, *Lezioni di diritto romano. Le cose. Parte prima. Concetto di cosa. Cose extra patrimonium*, Milano 1945, 73; A. Dell'Oro, *Le res communes omnium dell'elenco di Marciano e il problema del loro fondamento giuridico*, in *Studi Urbinati* 31, 1962-1963, 264; Fiorentini, *Fiumi e mari* (nt. 6) 436 ss.; A. Triggiano, "Conlega et familiaris meus". *Note minime su Cicerone e Aquilio Gallo*, in *Index* 38, 2010, 379 s.; 399 s.; Fiorentini, *Fructus et delectatio* (nt. 8) 272; L. D'Amati, *Brevi riflessioni in tema di res communes omnium e litus maris*, in I. Piro (a cura di), *Scritti per Alessandro Corbino*, 2, Tricase 2016, 351; Ead., *Aedificatio in litore* (nt. 8) 649.

¹² Nella *pro Sex. Roscio Am.* 26.72 Cicerone afferma: *Etenim quid tam est commune quam spiritus vis, terra mortuis, mare fluctuantibus, litus eiectis*. Scherillo, *Lezioni* (nt. 11) 73; Dell'Oro, *Le res communes omnium* (nt. 11) 264; A. Watson, *The law of property in the later Roman Republic*, Oxford 1968, 13; Lambrini, *Alle origini* (nt. 6) 405 s., ne hanno giustamente desunto un chiaro riferimento alla natura *communis* per Cicerone del lido; cfr. D'Amati, *Aedificatio in litore* (nt. 8) 649 nt. 18. Cfr. *infra*, § 2.

¹³ Già Fiorentini, *Fiumi e mari* (nt. 6) 439 ss. ha colto una dialettica tra le quattro definizioni di *litus* a noi pervenute, diversamente da Dell'Oro, *Le res communes omnium* (nt. 11) 264 o da O. Behrends, *Die allen Lebewesen gemeinsame Sachen (res communes omnium) nach den Glossatoren und dem klassischen römischen Recht*, in D. Medicus et al. (a cura di), *Festschrift für Hermann Lange zum 70. Geburtstag*, Stuttgart et al. 1992, 20, che le ritengono senza differenze. Cfr. anche Penta, *Note sul 'liber definitionum'* (nt. 6) e Dursi, *Res communes omnium* (nt. 6).

¹⁴ D. 50.16.112 (Iav. 11 *ex Cass.*): *Litus publicum est eatenus, qua maxime fluctus exaestuat* rell. Tenendo conto del *maximus fluctus*, scrive Scarano Ussani, *Ermeneutica e valori* (nt. 6) 165: "Era come se ogni volta il lido pubblico, quando l'intensità delle onde veniva meno, emergesse nuovamente dalle acque. In base a questo particolare rapporto che il lido aveva con il mare, poteva ben apparire prodotto spontaneo di questo elemento naturale, ai cui mutamenti era legata la sua esistenza".

¹⁵ I. 2.1.3: *Est autem litus maris, quatenus hibernus fluctus maximus excurrit*.

ne non era certo indifferente ai fini giudiziari, determinando il preciso confine dei fondi privati litoranei, rispetto allo spazio marino lasciato all'uso comune di tutti. Cicerone dunque era stato designato dal pretore in qualità di arbitro per risolvere un conflitto relativo al cd. *litus siccus*, inducendo gli studiosi ad ipotizzare un *agere ex interdicto* in seguito ad una costruzione elevata sulla spiaggia, che avrebbe potuto giustificare il ricorso all'arbitrato. Sembra infatti che a protezione della spiaggia avrebbe potuto essere emesso l'interdetto *ne qui in flumine publico ripave eius fiat*, che essendo restitutorio, implicante cioè il ripristino eventuale dei luoghi, avrebbe potuto contenere una clausola arbitrale, la quale avrebbe richiesto la nomina di un tecnico, Cicerone appunto, per l'accertamento della natura privata o comune del tratto di spiaggia coinvolto.¹⁶ Il suo *constitutum* – e non il *responsum* apparentemente scherzoso di Aquilio, ma forse, sottesamente, più favorevole ai proprietari costieri – era destinato a conservarsi nel tempo, perdurando sino all'età di Giustiniano, il quale, ribadendolo, avvertì l'esigenza di chiarirlo ulteriormente.

1. D. 1.8.10: una 'crux interpretum' tra la spiaggia e il mare

Per sottolineare la scarsa utilità nel regime romano classico di locazioni statali di tratti di mare o di spiaggia, qualche tempo fa ho evidenziato¹⁷ che a chiunque era possibile utilizzare il mare ed il lido, indipendentemente dalla proprietà del fondo rivierasco antistante, con il solo limite di rendere possibile l'uso comune a tutti, giungendo persino ad ammettersi che fosse legittimo edificare in mare o sul lido, con la conseguenza che l'edificio in tal caso sarebbe divenuto oggetto di proprietà privata dell'edificante e, demolita la struttura, il luogo sarebbe stato ripristinato nella sua primitiva condizione di *res communis omnium*. L'unico limite, in tal caso, sarebbe stato quello di non ledere il *commodum* di altri, che avrebbero potuto vantare eguali pretese, essendo il mare e il lido beni che oggi vengono denominati 'non rivali', perché il loro uso non deve comportare l'impossibilità per un altro individuo di consumarli allo stesso tempo, né 'escludibili', perché i terzi non possono essere estromessi dal loro uso.¹⁸ E allora? Come si giustificava una *aedificatio* di un solo privato, che

¹⁶ Tale è la ricostruzione della fattispecie effettuata da Nörr, *Cicero-Zitate* (nt. 6) 127 e nt. 57, in base a D. 43.8.2.8; Marrone, *Su struttura delle sentenze* (nt. 1) 43, il quale rileva che seguendo D. 43.12.1.17, fu Labeone a proporre l'estensione al mare e ai *litora* dell'interdetto edittale, "ma è bene possibile che l'estensione fosse invalsa anche prima"; Masi Doria, *Litus maris* (nt. 6) 235 s.

¹⁷ Purpura, "Liberum mare" (nt. 7) 533-554.

¹⁸ D'Amati, *Aedificatio in litore* (nt. 8) 670 ss.; Fiorentini, *Spunti volanti* (nt. 2) 95.

inevitabilmente avrebbe finito per ledere i *commoda* di molti?

In antico, l'ampia disponibilità di mare e di spiagge rendeva necessario, perché si riconoscesse l'*incommodum* a danno di un terzo, dimostrare che proprio di quello specifico tratto di acque o di costa si aveva esclusiva necessità, potendosi invece normalmente utilizzare un ampio spazio libero adiacente. Dunque il lido era tanto 'pubblico' e comune al tempo stesso, da permetterne l'occupazione stabile di ampie porzioni, finendo così per essere attratto nel dominio dell'edificante lo stesso spazio in cui fosse stata eretta la costruzione;¹⁹ lido tanto disponibile ed esteso, a differenza di oggi, da rendere assai rara la lesione del *commodum*, essendo la risorsa in questione considerata praticamente inesauribile.²⁰

Dichiarava infatti Pomponio in D. 1.8.10 (6 *ex Plaut.*) che:

Aristo ait, sicut id, quod in mare aedificatum sit, fieret privatum, ita quod mari occupatum sit, fieri publicum.

Il testo, che sembra contrapporre il privato al pubblico – la cui occupazione era certo illegittima –, e non al comune, ha costituito “una di quelle bizzarre contraddizioni che sono state sempre un vero martirio degli interpreti, i quali hanno voluto fare il torto ai giuristi classici di ritenere che la complessa realtà giuridica possa adattarsi esattamente alle rigide categorie che la logica astratta costruisce”.²¹ E ancora Biondi ha osservato: “È manifesto il contrasto fra le due enunciazioni. Se il fondo privato occupato dal mare diventa *publicus*, è evidente che tutto il mare è *publicum*; ma se il privato acquista il *dominium* della parte del mare che ha occupato, vuol dire che il mare è *nullius* e non *publicum*. Quindi anche Aristone afferma che il mare sia *publicum*, ma quando si tratta dell'acquisto del dominio per occupazione presuppone sempre che si tratti di *res nullius*” e non del popolo romano!

Utilizzando un testo di Giavoleno si è cercato quindi invano di distinguere nel periodo che va dal I sec. a.C. al I sec. d.C. due porzioni del lido:²² una pubblica, coperta dal massimo flutto, e una privata, estendentesi al di là di tale limite. Ma giustamente è stato osservato che “il lido o è pubblico o non è più lido”²³ e dun-

¹⁹ Fiorentini, *Spunti volanti* (nt. 2) 102.

²⁰ Fiorentini, *Fructus e delectatio* (nt. 8) 278; A. Dani, *Il concetto giuridico di “beni comuni” tra passato e presente*, in *Historia et ius* 6, 2014, 8.

²¹ B. Biondi, *La condizione giuridica del mare e del litus maris*, in *Studi in onore di Silvio Perozzi nel XL anno del suo insegnamento*, Palermo 1925, 280.

²² D. 50.16.112 (Iav. 11 *ex Cass.*): *Litus publicum est eatenus, qua maxime fluctus exaestuat* rell. Scherillo, *Lezioni* (nt. 11) 74, interpretando l'aggettivo *publicum* riferito a *litus* non come attribuzione, ma come predicato, ammetteva che “oltre quel limite il lido non è più necessariamente pubblico, potendo dunque anche essere privato”.

²³ Fiorentini, *Fiumi e mari* (nt. 6) 452. Biondi, *La condizione giuridica del mare* (nt. 21) 277,

que per tale ragione le saline, non comprese nello spazio del lido, avrebbero potuto essere oggetto di rapporti patrimoniali, ma non il mare, né la spiaggia.

Per Fiorentini dunque “una conclusione pare obbligata: Aristone guarda alla condizione giuridica del mare con la stessa prospettiva che sarà poi di Marciano. La pubblicità del mare appare qui sinonimo di *res nullius* occupabile che, con l’occupazione, è sottratta momentaneamente agli usi comuni”.²⁴

La *crux* infatti, posta da D. 1.8.10, della presunta contraddizione tra ‘pubblico’ e comune, anche in seguito all’attuale interesse per i beni comuni e il susseguirsi di sempre più numerosi e recenti studi romanistici sulle *res communes omnium*,²⁵ sembra essere definitivamente risolta nel senso che il *litus*, come il

acutamente ha rilevato che l’aver avvertito l’esigenza di determinare il limite interno del lido, quello relativo al fondo litoraneo ed al massimo flutto invernale, e non il confine esterno della spiaggia verso il fronte marino, chiaramente indica che spiaggia e mare per la giurisprudenza romana godevano del medesimo regime.

²⁴ Fiorentini, *Fiumi e mari* (nt. 6) 451 s.; Purpura, “*Liberum mare*” (nt. 7) 185 ss.

²⁵ La letteratura più risalente può essere rintracciata in M. Pampaloni, *Sulla condizione giuridica delle rive del mare in diritto romano e odierno. Contributo alla teoria delle res communes omnium*, in *BIDR* 4, 1891, 197 ss.; E. Costa, *Le acque nel diritto romano*, Bologna 1919, 93 ss.; F. Maroi, *Sulla condizione giuridica del mare e delle sue rive in diritto romano*, in *RISG* 62, 1920, 199 ss., anche in Id., *Scritti Giuridici*, I, Milano 1956, 453 ss.; G. Branca, *Le cose extra patrimonium humani iuris*, in *Ann. Triestini di Dir. Econ. e politica dell’Univ. di Trieste* 12, 1941, 217 ss.; Scherillo, *Lezioni* (nt. 11) 83 ss.; G. Lombardi, *Ricerche in tema di ius gentium*, Milano 1946, 49 ss.; G. Branca, *Ancora sulle res publicae iuris gentium*, in *Studi in onore di E. Redenti*, I, Milano 1951, 179 ss.; A. Dell’Oro, *Le res communes omnium nell’elenco di Marciano*, in *Studi Urbinati* 31, 1962-1963, 239 ss.; P. Bonfante, *Corso di diritto romano*, II.1. *La proprietà*, Milano 1966, 59 ss.; U. Robbe, *La differenza sostanziale fra res nullius in bonis e la distinzione delle res pseudo-marciane che “non ha né capo né coda”* I, Milano 1979, 118 ss.; Id., *La non classicità delle res communes omnium*, in *Studi in onore di Andrea Arena*, IV, Padova 1981, 2157 ss.; M. Sargenti, *Le res nel diritto del tardo impero*, in *Labeo* 40, 1994, 314 ss.; G. Pugliese, *Res publicae in usu populi e in patrimonio populi*, in Id., *Scritti giuridici (1985-1995)*, a cura di L. Vacca, Napoli 2007, 785 ss.; Ankum, *Litora maris* (nt. 6) 362 ss. La letteratura più recente in N. De Marco, *I loci pubblici dal I al III secolo. Le identificazioni dottrinali, il ruolo dell’usus, gli strumenti di tutela*, Napoli 2004, 11 ss.; Fiorentini, *Fiumi e mari* (nt. 6) 427 ss.; Id., *Fructus e delectatio* (nt. 8) 272 ss.; A. Palma, *Limitazioni negoziali all’esercizio della pesca*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, VI, Milano 2007, 30 ss.; F. Sini, *Persone e cose: res communes omnium. Prospettive sistematiche tra diritto romano e tradizione romanistica*, in *Diritto@Storia* 7, 2008, § 2; M.J. Schermaier, *Res communes omnium: The history of an idea from Greek philosophy to Grotian jurisprudence*, in *Grotiana* 30, 2009, 29 ss.; M. Fiorentini, *L’acqua da bene economico, a res communis omnium, a bene collettivo*, in *Analisi Giuridica dell’Economia* 1, 2010, 39 ss.; Triggiano, “*Conlega et familiaris meus*” (nt. 11) 381 s.; P. Maddalena, *I beni comuni nel codice civile, nella tradizione romanistica e nella Costituzione della Repubblica italiana*, in *Rivista di diritto pubblico italiano comparato, europeo* 19, 2011 (online in federalismi.it); Id., *I beni comuni nel diritto romano: qualche valida idea per gli studiosi odierni*, in *Rivista di diritto pubblico italiano comparato, europeo* 14, 2012 = *I beni comuni nel diritto romano. Qualche idea per il nostro tempo*, in *SDHI* 79, 2013, 1064 ss.; A. Schiavon, *Acqua e diritto romano: “invenzione” di un modello?*, in G. Santucci et al. (a cura di), *L’acqua e il diritto. Atti del Convegno tenutosi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Trento (2 febbraio 2011)*,

mare, era certamente libero e aperto all'uso di tutti, anche se frequentemente poteva essere qualificato da giuristi e letterati²⁶ come pubblico, per un complesso di motivi: ad esempio, per una rapida contrapposizione a privato,²⁷ o per una oscillazione tra 'soggezione in sovranità' e 'pertinenza comune dei cittadini', che il termine *publicus* poteva avere in antico.²⁸ Nerazio in D. 41.1.14 attesta che esso era ancora usato nel I-II sec. d.C. nel significato di *communis*.²⁹

Ma se la *crux* in D. 1.8.10 sembra essere ormai chiarita, persiste una esegesi di tale testo, che ha cercato di interpretarlo, intendendo la frase *ita quod mari occupatum sit, fieri publicum*, in maniera completamente diversa.

Traducendo il termine *mari* nella seconda parte del brano di Pomponio come "un dativo ablativale, un dativo agente alla greca",³⁰ si è ritenuto che qui si voglia alludere a quello spazio sottratto al mare stesso per l'avanzamento della linea di costa, che perderebbe così "la natura di *res communis omnium* per acquistare quella di *res publica*".³¹ Non dunque uno spazio sommerso dal mare,

Trento 2011, 126 ss.; Id., *Storia dei dogmi e individualità dei giuristi nell'interpretazione della categoria delle res communes omnium*, in Chr. Baldus et al. (a cura di), *Dogmengeschichte und historische Individualität der römischen Juristen. Atti del Seminario internazionale (Montepulciano 14-17 giugno 2011)*, Trento 2012, 601 ss.; L. Solidoro Maruotti, *Il civis e le acque*, in *Index* 39, 2011, 236 ss.; F. Ruschi, *Questioni di spazio: la terra, il mare, il diritto secondo Carl Schmitt*, Torino 2012, 71 ss.; R. Scevola, *Utilitas publica*, II. *Elaborazione della giurisprudenza severiana*, Padova 2012, 75 ss.; A.A. Monterreal, *La problemática del litus maris en derecho romano y supervivencia*, in *Anu. F.D.Univ. Cor.* 17, 2013, 563 ss.; A. Di Porto, *Res in usu publico e beni comuni. Il nodo della tutela*, Torino 2013, 45 ss.; M. Giagnorio, *Il contributo del civis nella tutela delle res in publico usu*, in *TSDP* 6, 2013, 21 ss.; Dani, *Il concetto giuridico di "beni comuni"* (nt. 20) 3 ss.; Masi Doria, *Litus maris* (nt. 6) 233 ss.; D'Amati, *Aedificatio in litore* (nt. 8) 654 ss.; Ead., *Brevi riflessioni in tema di res communes* (nt. 11) 341 ss.; E. Cangelosi, *Publica e communis. Acqua, mondo romano e beni comuni*, Roma 2014, 63 ss.; Dursi, *Res communes omnium* (nt. 11) 60 ss.; Lambrini, *Alle origini* (nt. 6) 394 ss.; Fiorentini, *Spunti volanti* (nt. 2) 77 ss.; A. Milazzo, *La configurazione e l'evoluzione della distinzione tra res in commercio e res extra commercium*, in Garofalo (a cura di), *I beni d'interesse pubblico I* (nt. 8) 373 ss.; Biscotti, *Sopravvenienze* (nt. 6) 31 ss.; M. Falcon, *Res communes omnium e diritto dell'outer space*, in *TSDP* 12, 2019, 21 ss.

²⁶ Ad es. in Plin. *nat. hist.* 10.50.96-97; testo segnalato da Scarano Ussani, *Ermeneutica e valori* (nt. 6) 163.

²⁷ Branca, *Le cose extra patrimonium humani iuris* (nt. 25) 218, seguito da Scarano Ussani, *Ermeneutica e valori* (nt. 6) 164.

²⁸ F. Vassalli, *Sul rapporto tra le 'res publicae' e le 'res fiscales' in diritto romano*, in *Studi Senesi* 25, 1908, 232 ss. = *Studi giuridici*, II, Milano 1960, 3 ss.

²⁹ D. 41.1.14: *Quod in litore quis aedificaverit, eius erit: nam litora publica non ita sunt, ut ea, quae in patrimonio sunt populi, sed ut ea, quae primum a natura prodita sunt et in nullius adhuc dominium pervenerunt*; Scarano Ussani, *Ermeneutica e valori* (nt. 6) 163.

³⁰ Maroi, *Sulla condizione giuridica del mare* (nt. 25) 458 ntt. 6 ss. Invece Aloandro seguito da Costa, *Le acque nel diritto romano* (nt. 25) 97 proponeva l'integrazione di *quod mari in quod a mari*.

³¹ M.G. Zoz, *Riflessioni in tema di res publicae*, Torino 1999, 44 ss.

ma, al contrario, Pomponio e Aristone avrebbero voluto riferirsi a quel fondo marino prosciugato dalle acque quando il mare si ritira. Un fenomeno noto, in rapporto ai fiumi come *lenta recessio fluminis* o ‘alluvione impropria’.³²

Tale interpretazione, accettata da Gabriella Zoz, pur scontrandosi con notevoli ostacoli, è ancora seguita da altri,³³ nonostante si sia già rilevato che in tal modo non solo si perderebbe “un eloquente parallelismo” tra i due simmetrici ed inversi mutamenti di *status*,³⁴ ma anche che apparirebbe insolita la costruzione del verbo *occupari* con il dativo.³⁵

È vero, al contrario, che la coesistenza nella prima parte del testo di un ablativo ‘*in mare*’ con *e*, con un presunto ablativo *mari* con la *i*, nella seconda parte, è apparsa “una vera e propria incoerenza linguistica”,³⁶ facendo pertanto concludere per il dativo, ma poi si deve constatare che proprio Pomponio in D. 41.1.30.4 ha utilizzato nello stesso passo prima l’espressione ‘*in mare*’ e subito dopo quella ‘*in mari*’,³⁷ giocando e variando forse con l’alternanza dell’ablativo originario in *i* o in *e* del termine ‘*mare*’.³⁸ Il medesimo avvicendamento di ‘*in mare*’ e ‘*in mari*’ ricorre in uno stesso testo di Ulpiano,³⁹ ma anche nel *De lingua Latina* e nel *De re rustica* di Varrone.⁴⁰

³² Maroi, *Sulla condizione giuridica del mare* (nt. 25) 458 ntt. 6 ss.

³³ Spanu, “*Mare, et per hoc litora maris*” (nt. 6) 36, ma a p. 82 sembra contraddirsi; M. Falcon, *Res communes omnium. Vicende storiche e interesse attuale di una categoria romana*, in Garofalo (a cura di), *I beni di interesse pubblico I* (nt. 8) 133.

³⁴ Fiorentini, *Fiumi e mari* (nt. 6) 451; Purpura, “*Liberum mare*” (nt. 7) 185 ss.

³⁵ Circostanza già rilevata e definita “ben discutibile, anzi inusitata” dallo stesso Maroi, *Sulla condizione giuridica del mare* (nt. 25) 458 nt. 7; Zoz, *Riflessioni* (nt. 31) 45 nt. 142.

³⁶ Zoz, *loc. ult. cit.*

³⁷ D. 41.1.30.4 (Pomp. 34 *ad Sab.*): *Si pilas in mare iactaverim et supra eas inaedificaverim, continuo aedificium meum fit. Item si insulam in mari aedificaverim, continuo mea fit, quoniam id, quod nullius sit, occupantis fit.*

³⁸ Nel Digesto l’espressione *in mare* si riscontra quattordici volte (Gaio: D. 1.8.5.1; Pomponio: D. 1.8.10; Ulpiano: D. 9.2.27.21; Paolo: D. 14.2.2.5; Ulpiano: D. 19.5.14 pr.; Ulpiano: D. 25.1.1.3; Modestino: D. 28.7.27 pr.; 2; Meciano: D. 32.17; Giavoleno: D. 35.1.55; Ulpiano: D. 39.1.1.18; Pomponio: D. 41.1.30.4; Ulpiano: D. 43.8.2.8 [due occorrenze]; Modestino: D. 48.9.9 pr.), rispetto all’ablativo in *i*, che occorre undici volte, senza dunque alcuna preferenza di tempo o di giurista. Le due forme sembrano essere equivalenti e presenti già da Plauto in poi. Cfr. Ae. Forcellini, *Totius Latinitatis lexicon*, III, Patavii 1771, 184, *ad b. v.*

³⁹ D. 43.8.2.8-9 (Ulp. 68 *ad ed.*): [8] *Adversus eum, qui molem in mare proiecit, interdictum utile competit ei, cui forte haec res nocitura sit: si autem nemo damnum sentit, tuendus est is, qui in litore aedificat vel molem in mare iacit.* [9] *Si quis in mari piscari aut navigare prohibeatur, non habebit interdictum rell.* È interessante notare che le due espressioni *in mare* della prima parte del testo, come in D. 1.8.10 (Pomp. 6 *ex Plaut.*), sono riferibili ad Aristone. Cfr. D. 43.8.2.9.

⁴⁰ Varro *de ling. Lat.* 5.63 (*in mare*); 7.22 (*in ... mari*) o 5.73; *de re rust.* 3.17.9 (*in mare*) e 3.9.17 (*in mari*), ma anche *de re rust.* 1.7.7; 2.1.8.

Risolutiva, a mio avviso, è la circostanza, rilevata da Nicola De Marco, dell'esistenza di un inciso identico a quello di D. 1.8.10 (*quod mari ... occupatum sit*) in un testo di Paolo,⁴¹ ma con *mari* da intendere sicuramente in ablativo. Sarebbe ben strano che la medesima espressione possa essere intesa, una volta per riferirsi sicuramente alla spiaggia sommersa, un'altra al fenomeno opposto, al fondo marino cioè prosciugato.

In conclusione, non si può più affermare che “la *i* di *mari* della seconda parte è proprio in contrapposizione con quella *e*, per sottolineare il dativo e la diversità dei concetti espressi”⁴² o riferire il testo ancora alla cd. ‘alluvione impropria’,⁴³ che invece – quando si verificava, in base all'ampiezza – poteva determinare l'assegnazione dell'arenile al bene comune e ‘pubblico’ del *litus*, secondo la regola ciceroniana del *maximus fluctus*. La frase ‘*ita quod mari occupatum sit, fieri publicum*’ in D. 1.8.10 è dunque con certezza da intendere come riferita al fenomeno della trasgressione marina.

2. L' *insula in mari nata*

Il fenomeno opposto a quello della trasgressione marina, cioè quello della regressione, può determinare anche la formazione di un'isola. Il lento abbassamento del livello del mare, ma soprattutto i movimenti tettonici o vulcanici, con l'apporto continuo di materiali, possono causare la genesi naturale di una nuova isola, che può anche artificialmente nascere per l'intervento dell'uomo in seguito alla costruzione di una struttura elevata in mare o attraverso il taglio di un canale, che distacchi la terraferma dalla nuova formazione insulare.

Tali nesogonie marine, suscettibili di determinare anche significative problematiche giuridiche, vengono prese in considerazione nelle fonti greco romane soprattutto sotto il profilo del prodigio naturale e, solo in pochi testi, in riferimento alle conseguenze nell'ambito del diritto. E certo la comparsa di una nuova isola per un improvviso evento vulcano sismico, in un tratto di mare frequentato dai naviganti, imponendo *ex abrupto* la presenza di un nuovo spazio occupabile, che sconvolgeva l'originario contesto territoriale, determinava difficoltà, sia sul piano del diritto di proprietà, che su quello della definizione dei confini. Tale evento veniva inteso come un portento negativo espiable con una *supplicatio*, come sembra sia avvenuto nel 183 a.C. in riferimento all'appa-

⁴¹ D. 41.2.30.3 (Paul. 14 *ad Sab.*): *Item quod mari aut flumine occupatum sit, possidere nos desinimus* rell.

⁴² Zoz, *Riflessioni* (nt. 31) 45.

⁴³ Spanu, “*Mare, et per hoc litora maris*” (nt. 6) 36; Falcon, *Res communes omnium* (nt. 33) 133.

rizzazione di un'isola *haud procul Siciliam ... , quae non ante fuerat, novam editam e mari esse*.⁴⁴ Ma nel tentativo di ricondurre in un'ottica più razionale quanto di imprevedibile la natura poteva riservare, si tentava anche di spiegare il fenomeno della comparsa di una nuova terra in mare o attraverso l'accettazione di una teoria pneumatica, secondo la quale lo *spiritus*, cioè l'aria in movimento sarebbe stato il motore della nascita delle isole,⁴⁵ o l'ammissione di un equilibrio naturale globale da rispettare, *velut paria secum faciente natura quaeque hauserit hiatus alio loco reddente*.⁴⁶ Lungi dal contrastare il provvidenziale assetto cosmico, il complesso delle dinamiche geomorfologiche veniva dunque visto, in alternativa alla credenza nei *miracula*, come la cifra stessa di quella *concordia* che doveva regnare tra gli elementi, "quell'accordo che la natura stessa ha stabilito tra principi opposti e sul quale poggia l'ordinata armonia che pervade l'intero universo".⁴⁷

Sotto il profilo giuridico, come è noto, un diverso regime vigeva in diritto romano a seconda se l'*insula* emergesse nel fiume o dal mare. Nel primo caso accedeva ai fondi rivieraschi per la parte compresa tra le perpendicolari tirate dai punti estremi di ciascun fronte sulla linea mediana del letto. In presenza però di un *alveus derelictus* dal fiume o di una *insula in flumine nata* tra *agri limitati*, con confini fissati e sacri, la forza attrattiva dei fondi rivieraschi non poteva aver luogo e il nuovo territorio sarebbe stato anche liberamente occupabile.⁴⁸

In due soli testi, uno di Gaio già menzionato, l'altro di Paolo, si fa cenno al regime dell'*insula in mari nata*, dichiarandola occupabile, anche in questo caso, come *res nullius*.⁴⁹ La rarità del fenomeno, espressamente dichiarata nelle *Res*

⁴⁴ Liv. 39.56.6 e 39.46.5; C. Gabrielli, *Insula nova mari nata (Obseq. 4). Un caso di geopolitica*, in S. Conti (a cura di), *Tra religione e politica nel mondo classico, Atti dell'Associazione Italiana di Cultura Classica. Delegazione di Siena*, Ancona 2007, 64 ss.

⁴⁵ F. Borca, *Terra mari cincta. Insularità e cultura romana*, Roma 2000, 74 e testi citati in nt. 14.

⁴⁶ Plin. *nat. hist.* 2.88.

⁴⁷ Così Borca, *Terra mari cincta* (nt. 45) 82. Ampiamente sui tentativi di spiegazione razionalistica del fenomeno da parte di Strab. 1.3.16; 1.3.21, Sen. *nat. quaest.* 2.26 e altri, cfr. 71 ss.

⁴⁸ D. 41.1.7.3 (Gai. 2 *rer. cott.*): [*Insula*] *in flumine nata (quod frequenter accidit), si quidem mediam partem fluminis tenet, communis est eorum, qui ab utraque parte fluminis prope ripam praedia possident, pro modo latitudinis cuiusque praedii, quae latitudo prope ripam sit: quod si alteri parti proximior sit, eorum est tantum, qui ab ea parte prope ripam praedia possident*; cfr. anche Gai 2.72 e D. 43.12.1.6 (Ulp. 68 *ad ed.*): *Si insula in publico flumine fuerit nata inque ea aliquid fiat, non videtur in publico fieri. Illa enim insula aut occupantis est, si limitati agri fuerunt, aut eius cuius ripam contigit, aut, si in medio alveo nata est, eorum est qui prope utrasque ripas possident*. La letteratura sulla occupazione, l'accessione e gli incrementi fluviali è vasta, facilmente reperibile, e ciò ritengo esima dal richiamarla.

⁴⁹ D. 41.1.7.3 (Gai. 2 *rer. cott.*): *Insula quae in mari nascitur (quod raro accidit) occupantis fit. Nullius enim esse creditur*; D. 41.2.1.1 (Paul. 54 *ad ed.*): *Dominiumque rerum ex naturali possessione coepisse Nerva filius ait eiusque rei vestigium remanere in his, quae terra mari caeloque capiuntur: nam haec protinus eorum fiunt, qui primi possessionem eorum adprehenderint. Item bello capta et insula in*

Cottidianae, è stata ritenuta giustificazione sufficientemente valida per spiegare la scarsa attenzione della giurisprudenza romana e, forse, anche la semplicità e unanimità della soluzione giuridica adottata è stata stimata abbastanza convincente e giusta da non attrarre un reiterato interesse della romanistica.⁵⁰

Tuttavia le nesogonie vulcano sismiche furono un fenomeno meno infrequente di quanto dichiarato da Gaio, né appare adeguata la giustificazione elaborata per spiegare il silenzio totale delle fonti sulla, certo più frequente, occupazione di isole deserte, che cioè tale situazione fosse ormai “improbable à l'intérieur de la mer Méditerranée”, sotto l'impero greco romano.⁵¹

Vi erano certamente, come ancora oggi, moltissime isole rimaste deserte in Mediterraneo e tale occupazione, più che da fattori ambientali, come la scarsità di risorse idriche o alimentari, risultava condizionata da esigenze di sicurezza, che dovevano essere imprescindibilmente garantite per un insediamento stabile.⁵² L'essere ridotti in schiavitù, come ancora avvenne in uno degli ultimi tentativi di colonizzazione dell'isola di Ustica, l'8 settembre 1762, era pressoché certo per popolazioni isolate e non adeguatamente difese. E, anche se la pacificazione augustea del *Mare Nostrum* e la necessità di trovare rifugio in luoghi isolati nel periodo più buio dell'impero favorì gli insediamenti insulari, non vi è dubbio che sussistevano sempre molte *insulae desertae*.

L'occupazione di isole, siano state esse *novae* o preesistenti, *obiectae* o distanti dalla costa, poteva creare poi problemi, non solo privatistici, ma anche di competenze territoriali certo non insignificanti.

Gli episodi di nascita o di scomparsa di isole vulcaniche furono dunque frequenti e uno dei più antichi si rivela interessante per le problematiche pubblicistiche sottese:

Serv. Aen. 1.108: *SAXA LATENTIA ... haec autem saxa inter Africam, Siciliam et Sardiniam et Italiam sunt, quae saxa ob hoc Itali aras vocant, quod ibi Afri et Romani foedus inierunt et fines imperii sui illic esse voluerunt. Unde et Dido “litora litoribus contraria, fluctibus undas inprecor”. Quae arae a Sisenna “propitiae” vocantur. Alii*

mari enatam et gemmae lapilli margaritae in litoribus inventae eius fiunt, qui primus eorum possessionem nactus est.

⁵⁰ Solo J.-F. Gerkens, *Insula quae in mari nascitur occupantis fit. Nullius enim esse creditur*, Mosca, 29 giugno 2006, in *Ius Antiquum* 19, 2007, 90-95 (ripubbl. in francese con aggiunte e il titolo: *Insula quae in mari nascitur occupantis fit. Nullius enim esse creditur. Le cas de Ferdinandea vu par un romaniste*, in C. Cascione / C. Masi Doria (a cura di), *Fides Humanitas Ius. Studii in onore di Luigi Labruna*, IV, Napoli 2007, 2177-2188) se ne è, in maniera specifica, di recente occupato, con riferimento comunque al caso ottocentesco dell'Isola Ferdinandea, visto dal punto di vista di un romanista.

⁵¹ Così Gerkens, *Insula* (nt. 50) 2180.

⁵² G. Purpura, *Ustica antica. Archeologia subacquea in un'isola mediterranea*, in *Centro Studi e Documentazioni dell'isola di Ustica*, Palermo 2010, 20 ss.

*dicunt Graecos haec saxa βωμοὺς appellare. Quidam insulam fuisse hunc locum tradunt, quae subito pessum ierit, cuius reliquias saxa haec exstare, in quibus aiunt Poenorum sacerdotes rem divinam facere solitos. Has aras alii Neptunias vocant, sicut Claudius Quadrigarius I Annalium “apud aras, quae vocabantur Neptuniae”. Varro de ora maritima lib. I “ut faciunt hi, qui ab Sardinia Siciliam aut contra petunt. Nam si utramque ex conspectu amiserunt, sciunt periculose se navigare ac verentur in pelago latentem insulam, quem locum vocant aras”.*⁵³

Il passo è stato inteso riferirsi agli anni attorno al 306 a.C., allorchando in un'isola sita tra l'Africa, la Sardegna, la Sicilia e l'Italia sarebbe stato concluso un *foedus* tra Romani e Cartaginesi per stabilire i rispettivi confini e delimitare le relative zone d'influenza marittima.⁵⁴ Successivamente l'isola sarebbe stata inghiottita dal mare, tranne alcuni scogli piatti sporgenti, che furono ritenuti un luogo sacro, denominato *Arae Neptuniae*, ove si sarebbero effettuati periodicamente sacrifici da parte dei Cartaginesi e, forse, anche dei Romani. Indipendentemente dall'identificazione del sito, che per alcuni potrebbe essere stato rintracciabile nella zona di Vulcanello nelle Isole Eolie, ove di nuovo nel 183 a.C., sarebbe riemersa un'isola,⁵⁵ la scelta come luogo del trattato di un isolotto, che sarebbe in seguito scomparso, non solo ne rivela la probabile natura vulcano sismica, ma indica anche che proprio il medesimo sito era oggetto di contestazione. Il ben più importante accordo sui confini e le rispettive zone d'influenza non avrebbe avuto motivo di essere stipulato giusto su di un isolotto sperduto in mezzo al mare se il medesimo, una *nova insula in mari nata*, ritenuta sacra, non fosse stata proprio la causa occasionale di un più ampio e articolato accordo.

Ancora nel 197 a.C., in seguito ad una eruzione vulcanica sottomarina nel mare Egeo, emerse dalla profondità di circa 300 m., tra *Thera* e *Therasia*, un'altra isola sacra (*Hiera*),⁵⁶ detta anche *Automate*, e di nuovo l'8 luglio del 46 d.C. a due stadi di distanza da *Thera* (m. 370 ca.), l'isola di *Thia*,⁵⁷ ma Plinio ne re-

⁵³ Cfr. anche Serv. *Aen.* 4.628: *Litora litoribus contraria aut quia in foedere cautum fuit, ut neque Romani ad litora Carthaginiensium accederent, neque Carthaginienses ad litora Romanorum: aut potest propter bella navalia accipi inter Romanos et Afros gesta. Fluctibus undas inprecor [post et] propter illud quod in foederibus similiter cautum est, ut Corsica esset media inter Romanos et Carthaginienses. pugnent ipsique nepotes potest et ad civile bellum referri.*

⁵⁴ A. Vollmer, *Die römisch-karthagischen Verträge*, in *RhM.* 32, 1877, 622 ss.; B. Scardigli, *I trattati romano-cartaginesi*, Pisa 1991, 150 ss.

⁵⁵ Gabrielli, *Insula nova mari nata* (nt. 44) 65. Cfr. Strab. 6.2.11 e Plin. *nat. hist.* 2.238.

⁵⁶ L. Büchner, *Hiera* 4, in *RE VIII.2*, Stuttgart 1913, col. 1396, linn. 48-60; Borca, *Terra mari cincta* (nt. 45) 74 ss. e la lett. ivi citata; principali fonti: Posid. *fragm.* 228 E-K; Strab. 1.3.16; Plin. *nat. hist.* 2.202; 4.70; Plut. *Pyth. Orac.* 11 (p. 399); Iust. 30.4.1-2; Amm. Marc. 17.7.13.

⁵⁷ R. Herbst, s.v. *Thia*, in *RE VI A.1*, Stuttgart 1936, col. 271; Borca, *Terra mari cincta* (nt. 45) 75. Le principali fonti antiche sono: Sen. *nat. quaest.* 6.21.1; Mela 2.111; Plin. *nat. hist.* 2.202;

gistra anche altre di *novae* in mezzo alle Eolie, nei pressi di Creta, una dotata di fonti calde, un'altra nel 126 a.C. nel golfo d'Etruria con grande quantità di pesci avvelenati fluttuanti intorno.⁵⁸ I fenomeni, descritti da Seneca / Posidonio con una precisione accostabile alle descrizioni ottocentesche dell'emersione e scomparsa dell'Isola Ferdinanda,⁵⁹ non sembrano avere più provocato, in un Mediterraneo ormai unificato sotto l'egemonia romana, problematiche di tipo internazionale, tranne forse nel caso più antico per il quale Strabone ricorda che i primi che ebbero l'audacia di navigare in quelle acque, approdando ed erigendo un tempio a *Poseidon Asphalaios* furono i Rodii, appunto *θαλαττοκρατοῦντες*.⁶⁰

Nel secondo libro della sua *Naturalis Historia* Plinio cerca di classificare la formazione e scomparsa di isole,⁶¹ passando in rassegna anche una serie di casi non vulcano sismici, come quelli derivanti dall'accumulo di materiali, l'apertura di canali, bradisismi per abbassamento del suolo o innalzamento delle acque. In tutti questi casi la natura *communis* e 'publica' del mare e del *litus*, che consentiva la libera occupazione ed *aedificatio*,⁶² ma anche la tutela del diritto di proprietà delle parti di fondi, separati o congiunti, offriva la rispettiva soluzione alla problematica dall'evento suscitata. Certo anomalo fu il secolare caso giuridico (adesso forse ripresentatosi alla ribalta della cronaca)⁶³ dell'Isola delle Femmine, nei pressi di Palermo, lentamente distaccatasi dalla terraferma e assegnata da Guglielmo II nel 1176 al Monastero di Monreale, ma rivendicata invano dal proprietario dell'antistante costa, ancora nel 1320 e nel 1564, fino ad una, da ultimo risolutiva, decisione papale di Clemente VIII del 1599.⁶⁴

Un cenno, infine, ad un'altra secolare questione giuridica connessa questa volta alle isole edificate nel mare. Il giurista di Corfù Tommaso Diplovatazio nel suo *Tractatus de Venete urbis libertate et eiusdem imperii dignitate et privilegiis*,⁶⁵ tra il

4.70; Cass. Dio 60.29.2, 7 [Xiphil. *epit.* (Dindorf-Stephanus) 142, lin. 27]; Aur. Vict. *Caes.* 4.14; Oros. *hist.* 7.6.13.

⁵⁸ Plin. *nat. hist.* 12.89. Cfr. anche Sen. *nat. quaest.* 2.26.4-7.

⁵⁹ S. Mazzarella, *Dell'isola Ferdinanda e di altre cose*, Palermo 1984.

⁶⁰ Strab. 1.3.16.

⁶¹ Plin. *nat. hist.* 2.86.

⁶² Cfr. *supra*, 224.

⁶³ V. https://palermo.repubblica.it/cronaca/2017/10/22/news/palermo_isola_delle_femmine_e_in_vendita-178975000/?ref=search.

⁶⁴ G. Purpura, *Pesca e stabilimenti antichi per la lavorazione del pesce in Sicilia. II – Isola delle Femmine (Palermo), Punta Molinazzo (Punta Rais), Tonnara del Cofano (Trapani), San Nicola (Favignana)*, in *Sicilia Archeologica* XVIII.57-58, 1985, 62.

⁶⁵ Venezia, Bibl. Naz. Marciana, Cod. Lat. XIV, 77 [= 2991] e *ibid.*, Cod. Lat. XIV, 74 [= 4056]; A. Mazzacane, *Tommaso Diplovatazio*, in *DBI* 40, Roma 1991, 249-254.

1521 e il 1528, per riprendere una nota “questionem propositam an Serenissimum dominium Venetorum de iure habeat superiorem, et sic an recognoscat imperatorem et an de facto fuit subpositum Imperio”, sviluppa ben sedici argomenti⁶⁶ essenzialmente fondati sul diritto romano e, in particolare, che Venezia era stata costruita “in mari et in littore maris”, beni che “sunt de iure naturali et sunt communia hominum”, e dunque *in nullius bonis*, suscettibili di essere acquistati per occupazione. Poiché si trattava di un’*insula in mari nata*, anche se artificiale, essa apparteneva *naturalis ratione* a chi la occupasse e poiché “de iure gentium civitates in mari edificate sunt ipsorum qui edificaverunt ... ex hac ratione Veneti pretendunt libertatem, quia non edificaverunt in solo alicuius ... Ecce ergo quod Baldus in specie tangit istum articulum et concludit quod Veneti sunt liberi.”⁶⁷

La risalente questione, probabilmente derivante da Baldo degli Ubaldi⁶⁸ e di grande importanza per Venezia,⁶⁹ si fondava tuttavia su di un presupposto geograficamente errato, poiché in verità la città era stata costruita, non in mare, ma in acque interne, una laguna appunto, e la differenza in diritto romano non era di poco conto e a tale dato geografico i romani erano sicuramente attenti, nei limiti naturalmente delle loro possibilità, consentendosi la libera pesca nel mare di tutti, salvo poi a pretendere dazi d’importazione per il pescato commerciale, e riservando invece i proventi delle acque interne a privati o a comunità locali, ammettendone le concessioni e lo sfruttamento patrimoniale.⁷⁰ Mare e spiagge non furono infatti mai considerati come *res publicae in patrimonio*, beni tali cioè da poter esser dati in concessione da parte di entità statali, ma piuttosto come “*res publicae in usu gentium*”, beni comuni cioè offerti alla fruizione di tutti gli uomini, a differenza delle acque interne, come fiumi, stagni, laghi, paludi e lagune, che potevano invece essere date in concessione e sfruttate dalle diverse comunità locali.⁷¹ La netta

⁶⁶ U. Petronio, “*Civitas Venetiarum est edificata in mari*”, in *Studi Veneti offerti a Gaetano Cozzi*, Vicenza 1992, 171-185.

⁶⁷ Sulle sedici argomentazioni, con più ampi dettagli e riferimenti alle relative fonti, si veda Petronio, “*Civitas Venetiarum*” (nt. 66) 171 ss.; in appendice (179-185) è trascritto il *Tractatus de Venete urbis libertate et eiusdem imperii* di Diplovatazio. Cfr. F. Gaethalsii, *De Foelici et Infoelici Republica. Ad Senatam Brugensem*, Lovanii 1567: *Tales sunt Venetiae, Veneti enim praetendum libertatem, nec agnoscunt superiorem*.

⁶⁸ Petronio, “*Civitas Venetiarum*” (nt. 66) 174 e ntt. 31; 42-45; 47.

⁶⁹ P. Bonfante, *Corso di diritto romano*, II.1. *La proprietà*, Milano 1966, 59 s.; Costa, *Le acque nel diritto romano* (nt. 25) 115; Sini, *Persone e cose* (nt. 25) § 3; T. Scovazzi, *Libertà o dominio nell’evoluzione del diritto del mare*, in G. Acquaviva / T. Scovazzi (a cura di), *Il dominio di Venezia sul Mare Adriatico nelle opere di Paolo Sarpi e Giulio Pace*, Milano 2007, 1 ss.

⁷⁰ Purpura, “*Liberum mare*” (nt. 7) 165 ss.

⁷¹ Fiorentini, *Fiumi e mari* (nt. 6) 434 ss.; Purpura, “*Liberum mare*” (nt. 7) 170 ss.

distinzione geografica, non sempre chiaramente evidente, determinò quindi numerose e protratte controversie giuridiche, risolte in un caso per l'intervento di un geografo, il celebre Artemidoro di Efeso, che ricevette l'onore dalla sua comunità di una statua d'oro eretta nel tempio di Artemide per la soluzione della questione favorevole alle rendite del tempio.⁷²

Il privilegio di Venezia, di essere una *civitas in mari fundata*, diversamente da quanto riferito da Diplovatazio, probabilmente era stato, in realtà, confutato da Baldo, il quale invece asseriva: “quod verum est, (libera) non tamen a iurisdictione Imperii. Si tamen illud mare esset Ecclesie, esset Ecclesie ... Mare proprie universaliter sumptum, est Imperatoris.”⁷³ Esso, in definitiva, si basava su di un dato che gli abitanti della laguna sapevano certamente inesatto⁷⁴ e infatti i Veneti della laguna dopo l'occupazione di Rivalto, nucleo originario di Venezia, continuarono ad offrire all'imperatore d'Oriente un atto di fedeltà che aveva ormai il significato, più che di una attestazione di sottomissione, di una proclamazione d'indipendenza nei confronti dei vicini Franchi, che ora governavano l'intera zona.⁷⁵ In base alle leggi dell'impero, la fondazione di Venezia in una laguna avrebbe dovuto invece condurre a conclusioni in realtà ben diverse dal privilegio vantato, ma la città adesso, più che legata alla terraferma e al decadente impero, appariva veramente e definitivamente proiettata verso il mare e i relativi liberi commerci.

3. D. 9.2.29.2: *serraculum ad navem ducendo*

Concludiamo infine questa raccolta di spunti sparsi sul mare e il diritto, dedicata al novantesimo genetliaco del prof. Marrone, con un passo controverso del commentario di Ulpiano *ad edictum*, in tema di responsabilità aquiliana:

D. 9.2.29.2 (Ulp. 18 *ad ed.*): *Si navis tua inpacta in meam scapham damnum mihi dedit, quaesitum est, quae actio mihi competeret. Et ait Proculus, si in potestate nautarum fuit, ne id accideret, et culpa eorum factum sit, lege Aquilia cum nautis*

⁷² G. Purpura, *Il geografo Artemidoro e la dogana dell'Asia*, in L. Desanti et al. (a cura di), *Per il 70. compleanno di Pierpaolo Zamorani. Scritti offerti dagli amici e dai colleghi di facoltà*, Milano 2009, 355-362; L. Canfora, *Il viaggio di Artemidoro. Vita e avventure di un grande esploratore dell'antichità*, Milano 2010, 44 ss.

⁷³ Petronio, “*Civitas Venetiarum*” (nt. 66) 175.

⁷⁴ Gli abitanti di Padova, accampando pretese, avallarono, ad esempio, la favola che il 25 marzo 421, data leggendaria della fondazione, ad occupare un'isoletta deserta lungo il corso di profondo canale, il *rivus praealtus*, erigendo la chiesetta di San Giacomo di Rialto (S. Giacometto), fossero stati dei padovani. A. Zorzi, *La Repubblica del Leone. Storia di Venezia*, Milano 1980, cap. II: *Le origini*.

⁷⁵ S. Pesavento, *Rivalto*, in L. Bosio, *Le origini di Venezia*, Novara 1985, 56.

agendum, quia parvi refert navem immittendo aut serraculum ad navem ducendo an tua manu damnum dederis, quia omnibus his modis per te damno adficio: sed si fune rupto aut cum a nullo regetur navis incurrisset, cum domino agendum non esse.

Il testo, che è stato recentemente oggetto di un accurato contributo di Luccetta Desanti,⁷⁶ ha suscitato problemi soprattutto per la presenza di un termine marinaresco, non altrimenti documentato, dal quale dipende la corretta comprensione della fattispecie dannosa derivante dalla collisione tra una *navis* e una *scapha*. In caso d'incidente ci si chiede quale azione competesse al proprietario della più piccola imbarcazione. In base a un responso di Proculo, richiamato da Ulpiano, sarebbe stata esperibile nei confronti dei *nautae* l'azione derivante dalla *lex Aquilia, si in potestate nautarum fuit, ne id accideret, et culpa eorum factum sit*. A questo punto il testo procede elencando tre casi che potrebbero fare dubitare della responsabilità di costoro (1. *navem immittendo*; 2. *serraculum ad navem ducendo*; 3. *tua manu damnum dederis*), concludendo che poco importa, poiché *omnibus his modis per te damno adficio*.

La piena comprensione delle dinamiche prospettate dipende quindi da quell'*hapax legómenon* marinaresco, il termine *serraculum*, che sembra aver creato già una difficoltà al copista della *Florentina*, essendo stato emendato dal correttore (*servaculum*, corretto in *serraculum*). Non sembra dunque che possa sussistere un dubbio sulla correttezza della lezione '*serraculum*'. Né sembrano fondati i sospetti avanzati complessivamente o parzialmente sul testo.⁷⁷

Lucetta Desanti, "senza la pretesa di offrire una soluzione definitiva", cercando di ricostruire l'annosa questione, ritiene di potere ricondurre a tre proposte interpretative le ipotesi avanzate, fin da epoca risalente.

Negli antichi Glossari attribuiti a Cirillo e a Filosseno il termine è indicato come sinonimo di timone,⁷⁸ riferendo così il significato complessivo del testo ad una virata che avrebbe causato l'impatto. In tal modo è inteso da Accursio il termine che si rintraccia nella *Vulgata*, ma trasformandolo in *feraculum*, o direttamente modificandolo in *gubernaculum* in alcune edizioni cinquecentesche del Digesto, che propongono anche *a nave ducendo* (invece di *ad navem ducendo*).⁷⁹

⁷⁶ L. Desanti, *La nave e la scapha*, in Piro (a cura di), *Scritti per Alessandro Corbino* 2 (nt. 11) 365 ss.

⁷⁷ G. Beseler, *Einzelne Stellen*, in *ZRG RA* 43, 1922, 540 s.; F. Ghionda, *Sul magister navis*, in *RDN* 1, 1935, 343 nt. 1 e 344 nt. 1; F. De Martino, *In tema di stato di necessità, Diritto Economia e Società nel mondo romano*. I, Napoli 1995, 377 s.; diversamente per tutti Desanti, *La nave e la scapha* (nt. 76) 367 s.

⁷⁸ Ps.-Cyrillus, *Glossae Graeco-Latinae*, in *CGL* II 407: "πιδάλιον gubernaculum clavum serraculum". Anche in Ch. Labbé, *Cyrilli, Philoxeni Aliorumque Veterum Glossaria Latino-Graeca, et Graeco-Latina*, Lutetiae Parisiorum 1679, 241; Desanti, *La nave e la scapha* (nt. 76) 369 nt. 15.

⁷⁹ Desanti *La nave e la scapha* (nt. 76) 370 s.

La seconda interpretazione si riscontra nei Basilici⁸⁰ e, accolta da Cuiacio, si riferisce ad un *kóntos* (*contus*), il mezzomarinaio impiegato per accostare o respingere le imbarcazioni, raccogliere cime o corpi morti galleggianti soprattutto nella manovra d'ormeggio. In tal caso il danno sarebbe stato prodotto da tale robusto attrezzo. Ma sono stati proposti anche altri attrezzi nautici, come reti o ancore.⁸¹ La recente traduzione italiana del Digesto accoglie infatti la soluzione del salpare l'ancora per spiegare la controversa frase.⁸²

Nella terza ingegnosa ipotesi il *servaculum*, e non il *serraculum*, sarebbe stata la stessa *scapha* incidentata, che avrebbe urtato la nave danneggiandosi, poiché da essa sarebbe stata trascinata. In quanto in grado di accogliere l'equipaggio in caso di pericolo o di conservare il pescato, come ammettono Turnèbe, Godefredo ed altri,⁸³ essendo a traino della nave, avrebbe potuto urtare l'imbarcazione più grande. Quest'ultima proposta presenta il vantaggio di prospettare una fattispecie correlata in maniera speculare all'espressione del testo che immediatamente la precede: *navem immittendo*. L'impatto cioè si sarebbe nel primo caso verificato dirigendo la nave contro la *scapha* (*navem immittendo*), nel secondo, al contrario, trascinando la *scapha* verso la nave (*servaculum ad navem ducendo*). Resterebbe però scollegata la terza ipotesi (*an tua manu damnum dederis*) dalle prime due, che si realizzerebbero pur sempre sotto la direzione, e quindi, per mano dei *nautae*. Inoltre, come osserva Desanti, in tal caso le prime due ipotesi non sarebbero sufficientemente differenziate tra di loro, verificandosi in entrambi i casi "una fattispecie tutto sommato corrispondente".⁸⁴

Altre fondate obiezioni sono sollevate dalla medesima studiosa nei confronti delle numerose proposte avanzate, per concludere infine che "lo scontro dannoso poteva essere addebitato alla nave e ai responsabili del suo movimento, non solo quando quest'ultima fosse stata lanciata contro la più modesta imbarcazione, ... ma anche qualora la dinamica fosse stata inversa, e dunque la *scapha* – destinata fatalmente ad avere la peggio – fosse stata indotta a collidere con la

⁸⁰ B. 53.2.5.

⁸¹ Per tutte queste ipotesi si veda Desanti, *La nave e la scapha* (nt. 76) 370 ss.

⁸² In S. Schipani (a cura di), *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae. Testo e traduzione*, II, Milano 2005, 252 s. il testo è così tradotto in italiano: "Se la tua nave, essendosi scontrata con il mio battello, mi ha arrecato danno, si pose la questione su che azione mi competesse. E Proculo afferma che, se fu in potestà dei marinai che ciò non accadesse, e ciò sia stato fatto per loro colpa, si deve agire in base alla legge Aquilia contro i marinai <stessi>, perché poco importa se tu abbia arrecato il danno facendo avanzare la nave o levando l'ancora o con la tua mano, perché in tutti questi modi io subisco un danno da parte tua, ma se, rottasi la fune, o non essendo governata da nessuno, la nave fosse venuta contro <la mia>, non si deve agire contro il proprietario."

⁸³ Desanti, *La nave e la scapha* (nt. 76) 370 ss.

⁸⁴ *Op. ult. cit.* 376.

nave”,⁸⁵ rilevando che un principio non dissimile sembrerebbe desumersi dal successivo par. 4 del frammento di Ulpiano, che sanciva “la responsabilità del *gubernator* ... della nave danneggiante, per non aver saputo evitare l’impatto, ancorché questa imbarcazione, per l’appunto, non avesse investito, ma fosse stata investita dalla nave danneggiata”.⁸⁶

Tralasciando la possibile obiezione della ripetizione di “una fattispecie tutto sommato corrispondente” a quella precedente, che si potrebbe eccepire anche in questo caso, resta il grave dubbio circa l’ineludibile responsabilità addebitata in ogni caso ai conducenti uno scafo pesante, più difficile da manovrare, la *navis* appunto, francamente incomprensibile per ragioni nautiche, valide allora, come ancora oggi, rispetto ad una *scapha* investitrice, certamente più agile e manovriera.

A mio avviso, i tre casi che potrebbero suscitare qualche incertezza sulla responsabilità dei *nautae* in D. 9.2.29.2 (1. *navem immittendo*; 2. *serraculum ad navem ducendo*; 3. *tua manu damnum dederis*) dovevano essere correlati da un unico filo logico, perseguito e riferito ad un’unica manovra, quella dell’attracco (*navem immittendo*).

L’*immittere navem* indicava certamente l’ingresso della nave in una foce o canale, ma soprattutto in un porto, riferendosi così alla manovra di attracco alla banchina, quando la responsabilità dei marinai imbarcati per danni arrecati a scafi circostanti avrebbe potuto essere più alta e controversa. In tale circostanza il misterioso *serraculum* che dalla banchina si trasferisce sulla nave, e che potrebbe far dubitare della responsabilità dei marinai imbarcati, con facilità potrebbe essere la grossa gomina d’ormeggio che gli ormeggiatori lanciavano con vari ausili verso la nave per ‘serrarla’ alla banchina (*serraculum ad navem ducendo*). Infatti con tale movimento alternato, come quello di una sega, che va e viene (*serrare*), di una gomina che deve essere tempestivamente stretta, in tale momento appunto, potrebbe porsi il dubbio della responsabilità dei *nautae* per un impatto contro imbarcazioni circostanti, causato, ad esempio, da un errato lancio degli ormeggiatori in terra. A tal punto il testo coerentemente conclude che la responsabilità nell’attracco è sempre dei marinai imbarcati, anche se il lancio degli ormeggiatori è stato scorretto, o invece (terza ipotesi) corretto e il danno è stato provocato dagli imbarcati nel serrare la nave alla banchina (*an tua manu damnum dederis*). A riscontro conclusivo di tale esegesi il testo prosegue coerentemente menzionando un eventuale danno per accidentale rottura della

⁸⁵ *Op. ult. cit.* 380.

⁸⁶ D. 9.2.29.4 (Ulp. 18 *ad ed.*): *Si navis alteram contra se venientem obruisset, aut in gubernatorem aut in ducatorem actionem competere damni iniuriae Alfenus ait: sed si tanta vis navi facta sit, quae temperari non potuit, nullam in dominum dandam actionem: sin autem culpa nautarum id factum sit, puto Aquiliae sufficere.*

fune (di ormeggio, quindi *serraculum*) o impossibilità assoluta di governo (*sed si fune rupto aut cum a nullo regeretur navis incur<r>isset*), circostanze tutte che, questa volta, escludono per forza maggiore la responsabilità del *dominus navis* e dei marinai imbarcati (*cum domino agendum non esse*).⁸⁷

Vi è da chiedersi infine da dove derivi questa competenza nell'impiego di un linguaggio tecnico marinaresco, che Ulpiano reiteratamente dimostra,⁸⁸ tale da risultare quasi incomprensibile agli eruditi, pressoché suoi contemporanei.

A mio avviso, la padronanza di termini tecnici nautici da parte di Ulpiano scaturisce dalla nascita in una città di mare come Tiro, ma soprattutto dalla carica di prefetto dell'annona, compito strettamente collegato alle attività portuali, ricoperto tra il 222 e il 228.⁸⁹

Il recente riconoscimento nel P. Bingen 77 di un frammento di un registro di un grande porto del II sec. d.C. con dati molto dettagliati, relativi all'approdo in due soli giorni di ben undici navi in un scalo, forse Alessandria, con indicazioni precise e tecniche riguardanti il luogo di partenza (una granaria proveniente da Ostia di ben 22500 artabe), il carico trasportato, il tipo di nave,

⁸⁷ D. 9.2.29.2 (Ulp. 18 *ad ed.*) potrebbe, pertanto, essere a mio avviso tradotto in tal modo: "Se la tua nave, essendosi scontrata con il mio battello, mi ha arrecato danno, si pose la questione su che azione mi competesse. E Proculo afferma che, se fu in potestà dei marinai che ciò non accadesse, e ciò sia stato fatto per loro colpa, si deve agire in base alla legge Aquilia contro i marinai, perché poco importa se il danno sia stato arrecato facendo attraccare la nave o lanciando la gomina d'ormeggio alla nave o con la tua mano, perché in tutti questi modi io subisco un danno da parte tua, ma se, rottasi la fune, o non essendo governata da nessuno, la nave fosse venuta contro <la mia>, non si deve agire contro il proprietario". È evidente che, in base a tale esegesi, la gomina d'ormeggio (*serraculum*), veniva lanciata dalla banchina verso la nave, come appunto si evince dal testo, diversamente dalla manovra che potrebbe anche essere eseguita, che poteva prevedere il lancio dalla nave alla banchina. Per ragione pratiche e di spazio a bordo, nei punti di ormeggio nei grandi porti, in prossimità delle bitte o dei corpi morti galleggianti (*sphairones*), veniva tenuta una trappa, agganciata a una grossa gomina per l'attracco, come avviene ancora oggi, la quale poi, alla partenza, veniva ritirata in terraferma, determinando quel movimento alternato in avanti e indietro, proprio del *serraculum*. Deve registrarsi che nel dialetto siciliano per 'sirràculu' si intende un seghetto, "sorta di piccola sega senza telaio, e con un manichetto". Cfr. V. Mortillaro, *Nuovo Dizionario Siciliano Italiano*, Palermo 1881, 1029, s.v. *sirràculu*; o anche il sito "salviamo il siciliano" (<http://www.salviamoilsiciliano.com/come-si-dice/dizionario/>).

⁸⁸ Ad es. il termine *χειρέμβολον* in D. 4.9.1.3 (Ulp. 14 *ad ed.*), ma anche *mesonauta*, *ναυφύλαξ* e altri, utilizzati nel diritto marittimo greco-romano e attraverso l'editto discussi nei relativi commentari. Cfr. G. Purpura, *Il χειρέμβολον e il caso di Saufeio: responsabilità e documentazione nel trasporto marittimo romano*, in *AUPA* 57, 2014, 130; L.R. Ménager, «*Naulum*» et «*receptum rem salvam fore*». *Contribution à l'étude de la responsabilité contractuelle dans le transport maritime, en droit romain*, in *RHD* 37, 1960, 196 s.; 203; J. Rougé, *Recherches sur l'organisation du commerce maritime en Méditerranée sous l'empire romain*, Paris 1966, 218; C.M. Moschetti, s.v. *Nave (Diritto romano)*, in *ED* 27, Milano 1977, 570; K.M.T. Atkinson, *Rome and the Rhodian Sea-Law*, in *Iura* 25, 1974, 91 nt. 157, e soprattutto N. De Marco, *Un problema minimo: il χειρέμβολον*, in *SDHI* 65, 1999, 357.

⁸⁹ T. Honoré, *Ulpian. Pioneer of Human Rights*, Oxford 2002, 14.

la stazza, la durata del viaggio, la denominazione dell'imbarcazione, il proprietario, il comandante, il personale di bordo, l'individuo per conto del quale il carico veniva trasportato e, forse, persino la precisazione della banchina d'attracco destinata alle diverse imbarcazioni approdate,⁹⁰ ci dimostra quanto doveva essere vivace e pratica la competenza dei funzionari marittimi romani, e in particolare di un prefetto dell'annona, che operava in sintonia con i preposti portuali, nel centro dell'impero, in un momento di massimo sviluppo e fulgore. Ricordiamo che l'unico regolamento portuale a noi pervenuto, affisso il 17 settembre 210 d.C. a *Portus*, per disciplinare il prelievo della sabbia da una zona precisa del grande porto di Roma e in una quantità prestabilita da parte dei *saborrarii* per zavorrare le navi, e che fa riferimento ad un *corpus* di principii tratteggiati dei precedenti prefetti, è stato appunto emesso da un prefetto dell'annona, *T. Messius Exstricatus*, quasi contemporaneo di Ulpiano, che svolgeva le sue mansioni direttive di approvvigionamento della capitale dell'impero in stretto contatto con i funzionari portuali.⁹¹

⁹⁰ P. Heilporn, *Registre de navires marchands*, in M. Lama / H. Melaerts (a cura di), *Papyri in honorem Johannis Bingen octogenarii (P. Bingen)*, Leuven 2000, 339-359; *praecipue* 344; H.-J. Drexhage / K. Ruffing, *P. Bingen 77 und der Handel zwischen Asia Minor und Ägypten*, in *Vom Euphrat bis zum Bosphorus. Kleinasien in der Antike. Festschrift für Elmar Schwertheim zum 65. Geburtstag*, Bonn 2008, 153-165.

⁹¹ *AE* 1977 n. 171: *Sicut coram praecepit | v(ir) p(erfectissimus) Messius Exstricatus | praefectus ann(onae) titulus ponetur | qui demonstrat, ex quo loci | in quem locum saborrariis | saborram tollere liceat; factum | autem opus est ut idem titulo | retro omnium praefectorum | litterae instruantur quibus | de podismo est statutum quibusque | suam auctoritatem idem v(ir) p(erfectissimus) | manere praecipit; titulus | scribitus (sic) per | Iulium Maternum | (centurionem) fr(umentariorum) XV kal(endas) Octobr(es) | Faustino et Rufino co(n)s(ulibus), | cura(m) agente M(arco) Vargunteio | Victore* ("Conformemente a quanto ha ordinato apertamente l'eccellentissimo signore Messio Estricato, prefetto dell'annona, sarà posta un'iscrizione che indichi da qual punto fino a qual punto ai zavorratori sia lecito cavare zavorra; e l'opera fu fatta in modo che in pari tempo sul retro dell'iscrizione siano raccolte le ordinanze di tutti i prefetti con cui furono prese decisioni sulla pedatura e alle quali lo stesso eccellentissimo signore ordina rimanga validità. Il cartello fu scritto per tramite di Giulio Materno centurione frumentario il 17 settembre, essendo consoli Faustino e Rufino, per cura di Marco Vargunteio Vittore") (trad. di G. Iacopi, in O. Testaguzza, *Portus*, Roma 1970, 76); M. Cébeillac-Gervasoni, *Apostilles à une inscription de Portus. T. Messius Exstricatus et les saborrarii*, in *PdP* 187, 1979, 267-277; P.A. Gianfrotta, *Note di topografia marina e marittima*, in *Rivista di Topografia Antica* 15, 2005, 17; E. Nantet, *Les activités de lestage dans le monde antique: l'exemple de la corporation des lesteurs à Ostie (II moitié du II siècle ap. J.-C. – début du III siècle ap. J.-C.)*, in J. Napoli (a cura di), *Ressources et activités maritimes des peuples de l'Antiquité*, Boulognes sur mer 2008, 515-521.

Boudewijn Sirks
(University of Oxford)

PAELEX, CONUBIUM AND THE LEX CANULEIA

1. Sometimes Roman legal expressions pose a riddle. One of these is the words *paelex*. In classical Latin *paelex* means concubine, ‘amie’.¹ But the context of the most prominent sources – S. Pomponius Festus, s.v. *Paelices*, and A. Gellius’ *Noctes Atticae* 4.3.3 – refers to the Rome of Numa Pompilius, some 700 years earlier, and this again raises the question, what it could have meant at that time. In an erudite and inspiring contribution Peppe has discussed the word *paelex* and in connection with this the word *spurius*.² He underlines that this meaning is very old. Festus says: ‘*antiqui proprie eam paelium nominabant, quae uxorem habenti nubebat*’ – ‘the ancients called her *paelex*, who married herself to somebody who has a wife’. A law by Numa Pompilius forbade them to touch the altar of Juno.³ Clearly their position was harmful for the matrimonial state and the *matronae*. According to Gellius a woman who lived with a man, already married to a woman *in manu* or *in mancipio*, was called *paelex* and considered indecent.⁴ Likewise D. 50.16.144 (Paul. 10 *ad leg. Iul. et Pap.*)

¹ K.E. Georges, *Lateinisch-Deutsches Handwörterbuch*, Leipzig 1919, s.v. *paelex*, *palex*: *pēlex* (*paelex*), *icis*, f. (πάλλαξ), I) die Beischläferin eines Ehemannes im Gegensatz zur Ehefrau als ihrer Nebenbuhlerin, das Kebsweib, die Geliebte usw. (Ggstz. *uxor*, *materfamilias*; vgl. Paul. ex Fest. 222, 3), Cic., Liv. u. a.

² L. Peppe, *Paelex e spurius*, in M. Humbert / Y. Thomas (eds.), *Mélanges de droit romain et d'histoire ancienne: hommage à la mémoire de André Magdelain*, Paris 1998, 343-359.

³ Fest. s.v. *Pelices* (Lindsay 248): *Pelices nunc quidem appellantur alienis succumbentes non solum feminae, sed etiam mares. Antiqui proprie eam pelicem nominabant, quae uxorem habenti nubebat. Cui generi mulierum etiam poena constituta est a Numa Pompilio hac lege: „Palex aram Iunonis ne tangito; si tanget, Iunoni crinibus demissis agnum feminam caedito.“*

⁴ Gell. 4.3.3: *‘Paelicem’ autem appellatam probrosamque habitam, quae iuncta consuetaque esset cum eo, in cuius manu mancipioque alia matrimonii causa foret, hac antiquissima lege ostenditur, quam Numae regis fuisse accepimus: «Paelex [aedem] <aram> Iunonis ne tangito; si tangit, Iunoni crinibus demissis agnum feminam caedito.» Paelex autem quasi πάλλαξ, id est quasi παλλακίς. Ut pleraque alia, ita hoc quoque vocabulum de Graeco flexum est.*

says: ‘*quae, cum uxor non esset, cum aliquo tamen vivebat, quam nunc vero nomine amicam, paulo honestiore concubinam appellari*’ – ‘who, while she is not a wife, lived nevertheless with somebody, whom is now called by the name of friend, less honourably by that of a bed-mate’. In the same fragment Granius Flaccus is cited, who wrote that *paelex* is now called ‘*quae cum eo, cui uxor sit, corpus misceat*’ – ‘who with him, for whom she is a wife, joins the body’, and then, in the same fragment still: ‘*quosdam eam, quae uxoris loco sine nuptiis in domo sit, quam παλλακίην Graeci vocant*’ – ‘some call her, who is in the house without a marriage, what the Greeks call *pallax*.’ Indeed, the word *paelex* is assumed to derive from the Greek πάλλαξ, that is: the girlfriend, the lover, hence bedmate.⁵ Peppe emphasises that for Gellius the marriage ceremony consisted of the *coemptio*. In this way the husband acquired *manus*, marital power, over his wife. Of the *usus* and *confarreatio*, two other ways to obtain *manus*, there is no mention of this in Gellius. It is likely that these two ways of marriage were no longer current in the 2nd century AD; and Gellius speaks of his own times.⁶ The same goes for the opposition with both authors between the *mulier in manu* and the *femina sine manu*. The reigning view is that in the times of these authors the *manus* marriage had disappeared or only remained as an isolated survival.⁷

But Gellius points out that he refers to earlier times, where *confarreatio* and *usus* still existed. It is clear that in those days marriage confirmed by *confarreatio* brought the wife into her husband’s *manus* with all the privileges attached to her as a *matrona*. As to the *usus*, at this point Peppe and Magdelain differ regarding the effect of the *mancipatio*. Magdelain posited that the *mancipatio* established a relative ownership, which through *usus* turned after a year into an absolute ownership. In the same way the *mancipium* established by *coemptio* would turn into *manus* after a year, through *usus*.⁸ Peppe doubts this theory then, in view of its different nature, it is unlikely that *mancipium* could become *manus*, and there is no reason to assume that *coemptio* did not establish *manus*.⁹

⁵ W. Pape, *Griechisch – Deutsch, Altgriechisches Wörterbuch*, Berlin 2006 (Neusatz), 443: “πάλλαξ, ακος, ό, ή, eigtl. = νέος, Jüngling, Mädchen, bes. der Geliebte, die Geliebte, u. vorzugsweise Keksweib, im Gegensatz der rechtmäßigen Gattin”; “παλλακή, ή, wie πάλλαξ, Keksweib, Her. 1, 84. 135; Ar. Vesp. 1353; Plat. Legg. VIII, 841, d, Dem. 59, 122 unterscheidet γυνή, die rechtmäßige zum Kinderzeugen geheirathete Gattin.” A. Ernout / A. Meillet, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, Paris 1967, s.v. *paelex*: correspond à gr. πάλλαξ, παλλακή.

⁶ Peppe, *Paelex e spurius* (n. 2) 348.

⁷ Gai 1.112; M. Kaser, *Das römische Privatrecht*², I. *Das altrömische, das vorklassische und das klassische Recht*, München 1971, 77.

⁸ A. Magdelain, *L’acte per aes et libram et l’auctoritas*, in *RIDA* 28, 1981, 153 f.

⁹ Peppe, *Paelex e spurius* (n. 2) 350 f.

According to Peppe *usus* could in Gellius' times, and certainly before, be a source of *manus*. Proof of the latter we find in the Twelve Tables, namely in the mention of the *trinoctium*, the absence during three consecutive nights per year from the matrimonial home in order to prevent the imposition of *manus* by *usus* over a year.¹⁰ Peppe suggests that during that year she might have been called *paelex*.¹¹ Then, so Peppe, apparently the principal difference between an *uxor* and a *paelex* was, as it appears from both sources, that an *uxor* was *in manu* and a *paelex* not. Yet, how to explain that a *paelex* married an already married man, *vide* Festus' *nubebat*? Was a *paelex* the concubine of a married man? Or, *vide* Festus' *nubebat*, was she a second wife, next to the first wife, both being legitimate and thus this proof of polygamy amongst the Romans?

The solution, which Peppe suggests in order to harmonise these difficulties is this. Taking up a suggestion by Giunti,¹² he proposes that in archaic times the Romans must have practised polygamy of equality. All the wives were called *uxor* and all children were legitimate. This changed, the first spouse was elevated in relation to the second spouse. He refers for this differentiation to the Fasti Prenestini, when on April 1 both women of high social status and *humiliores* took part in a bathing ceremony.¹³ According to Peppe Numa's law articulated this shift to a polygamy of inequality, viz. to a differentiation between *matronae* and wives of lower status. The exclusion of the *paelex* from the altar of Juno underlined this. At that moment the word '*paelex*' was taken from the Greek '*πάλλαξ*', to characterise these second wives of lower status. She was no longer *uxor* but *paelex*, and her children were still legitimate but called *spurii*.¹⁴

2. In view of the difficulties the two texts pose, Peppe's suggestion, supported by an erudite exposition, is attractive, but there is an element, which bothers: the polygamy. Contrary to, e.g., the Mesopotamian people we do not see any trace or sign of polygamy with the Romans, neither later on, nor in the time of the kings. Thus the hypothesis is daring. Roman marriage was a formality, bolstered by religion and law. There is no sign of second wives. Nor do we find instances where a Roman marries accordingly to Roman law a Roman woman

¹⁰ Peppe, *Paelex e spurius* (n. 2) 350, 352.

¹¹ Peppe, *Paelex e spurius* (n. 2) 351.

¹² Peppe, *Paelex e spurius* (n. 2) 348, referring to P. Giunti, *Adulterio e leggi regie. Un reato fra storia e propaganda*, Milano 1990.

¹³ Peppe, *Paelex e spurius* (n. 2) 352, referring to L. Peppe, *L'urnetta n. 2260 di Chiusi ed il matrimonio arcaico. Alcuni spunti per una riflessione sulla formazione del diritto*, in *Ricerche dedicate al professor Filippo Gallo*, II, Napoli 1997, 108 n. 49.

¹⁴ Peppe, *Paelex e spurius* (n. 2) 352-354.

and at the same time accordingly to, e.g., Latin law a Latin woman.¹⁵ Polygamy had no place in Rome (e.g., later on Caesar's son Caesarion was consequently not his son in Roman law). To suggest that within Rome, and within the group of patricians or plebeians, polygamy once existed implies that later sources are well cleansed of this. That is unlikely because such a detail, saucy to later generations, is precisely the anecdote to preserve. Also the shift from *uxor* to *paelex* is in this context difficult if the word has a Greek origin: if the second wife was originally Roman, why would she get a Greek designation later on and not a Latin or even an Etruscan?

3. Peppe underlined the importance of *manus* in this context and because *manus* is a form of power, we must first enter into the phenomenon of power in Roman society. We see with the Romans in various forms the presence and exercise of power, both attributed to humans and to the divinities (who were, in archaic times, still forces and not personified). It has a religious component and is at the centre of Roman culture. Power is encountered in different forms: as *vis genitilis*, *auctoritas*, *gravitas*, *imperium*, and in the person of the *pater familias* as *potestas*, *manus*,¹⁶ *mancipium*, and *dominium*.¹⁷ The *genius familiae* is the source of the family line and manifests itself as *vis genitilis*, the procreative power in individuals of each generation, and in the *potestas* the *pater familiae* has over his descendants. This power exercised over descendants is well explainable in the context of Roman religion. If children are the result of the *vis genitilis* of the *pater familias* (and, in the end, of the *genius familiae*), then it is understandable that they remain under this power until the *pater* dies. At his death they become each a *pater familias* themselves. A similar religious connection is visible in the fact that women were supposed to have a parallel *genius*, called *juno*, manifestation of their procreative power. When legally married, women were called *matronae* and were involved in the cultus of Juno, deity of fertility.

¹⁵ Kaser, *Das römische Privatrecht*² I (n. 7) 73, 75, 274 ('monogamisch'), 315 (the second marriage is bigamy); Th. Mommsen, *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1899, 121, 701 (bigamy, a crime).

¹⁶ We see already with Plautus *manus* used in a wider sense than merely the power of the husband over his wife. In the *mancipatio* it is not impossible, as J.G. Wolf has suggested, that *manus* signifies the power which is extended over the object and not the hand which touches the object of the conveyance. J.G. Wolf, *Funktion und Struktur der Mancipatio*, in Humbert / Thomas (eds.), *Mélanges de droit romain* (n. 2) 501-524.

¹⁷ See the erudite study by H. Wagenvoort, *Roman dynamism*, Oxford 1947, on this aspect. The presence of the concepts of mana and taboo is proven by, e.g., the prescriptions and prohibitions for the Flamen Dialis and the Flaminica, and other priest and the Vestal Virgins, which can only be explained as meant to preserve their power (mana): see G. Wissowa, *Religion und Kultus der Römer*², München 1912, 506-508.

Theoretically, they could remain in the *patria potestas*, which would imply that they did not enter the *familia* of their husband and the *potestas* of him or his *pater familias*. Is that likely? It seems not and this is an argument to assume that the Roman marriage was from the beginning one *cum manu*. Otherwise, the *pater* of a woman would hold power over his married daughter, which would conflict with the position of her husband or his *pater*. The story of Lucretia, who was forced by Sextus Tarquinius, contains also a passage where she calls her husband and her father. Yet we may not deduce the conclusion from this that her father still exercised *potestas* over her. Livius' rendering of this story is certainly influenced by Augustus' laws on marriage. Both, husband and father, would have been injured by Tarquinius' misdeed. Retaining such *potestas* would mean that one person in the household was independent of the husband or his *pater* and not subjected to his domination. That, notwithstanding the cases of actively participating Roman women in the early Republic, is not likely. Even if not brought into his *manus* or *mancipium*, they would be *in manu* after a year by *usus*. *Usus* is in this case the exercise of marital power and this implies that such an exercise was the norm, hence the subjection of a married woman too.¹⁸ They fully entered the *familia* of their husband, they were *matrona* next to him.

Also, if the wife were not *in manu*, what about the children she bore? I may speculate here, but if the *genius familiae* passed on through the father to his children, would there not be a conflict in the woman with the *genius familiae* of her family? Is that not precisely the *confusio sanguinum* the Romans wanted to avoid, and would it not lead to the equally abhorred *confusio sacrorum* (see nr. 8)? Only by imposing his power on her, a husband could avoid this. *Manus* is therefore the power, exercised in the context of marriage by which a woman, not descending from the husband, is brought into his power. But it does not replace her own *juno*, because after his death, or upon divorce, a woman becomes *sui iuris*. *Manus* is a suppressing power.

Marriage was concluded by certain rites and in two formal ways, *confarreatio* and *coemptio*. *Confarreatio*, the oldest and a religious marriage ceremony, brought the wife in the *manus* of the husband. In the non-religious *coemptio* it was the *mancipatio* which had this effect. If the *manus* was of a later date than the *XII Tabulae* or the period of the Kings, we would have to assume that in Roman religion a change occurred. But the only – much later – change in Re-

¹⁸ The imposition of *manus* through *usus* could be avoided by the *trinoctium*. Apparently this was a designed device, but then the question is: why would a couple want to avoid this? At the time of the XII Tab.? Unless the wife expected to inherit. Through *manus* she would leave her *familia* and no longer count as intestate heir, which in those days was still the only way to benefit from inheriting.

publican times is the introduction of the *interpretatio Graeca* and the allowance of foreign cults.¹⁹ In short: *manus*, be it by way of *confarreatio* or *coemptio*, was of old the regular consequence of Roman marriage and not later introduced. Peppe has not expressed himself specifically on this aspect, notwithstanding that he amply discusses *manus* and *mancipium*. Its purpose, or in any case, a consequence of it was that it prevented a *confusio sanguinum*. Children were only under the *potestas* of their father and his *genius familiae* (and with noble families his *genius gentis*) continued in them.

4. In view of these questions and in consideration of these observations, we should first return to the two testimonies on *paelex*.

Fest. s.v. *Pelices* (Lindsay 248): *Pelices nunc quidem appellantur alienis succumbentes non solum feminae, sed etiam mares. Antiqui proprie eam pelicem nominabant, quae uxorem habenti nubebat. Cui generi mulierum etiam poena constituta est a Numa Pompilio hac lege: „Pex aram Iunonis ne tangito; si tanget, Iunoni crinibus demissis agnum feminam caedito.“*

Pelices are now called those submitting themselves (sexually) to others, not only women but also men. The ancients called a *pellex* strictly her who married one who had a wife. For which kind of women even a punishment is set down by Numa Pompilius in this law: ‘A *pellex* must not touch the altar of Juno, if she touches, an ewe must be killed for Juno, with hair unbound.’

Gell. 4.3.3: *‘Paelicem’ autem appellatam probrosamque habitam, quae iuncta consuetaque esset cum eo, in cuius manu mancipioque alia matrimonii causa foret, hac antiquissima lege ostenditur, quam Numae regis fuisse accepimus: «Paelex [aedem] <aram>²⁰ Iunonis ne tangito; si tangit, Iunoni crinibus demissis agnum feminam caedito.» Paelex autem quasi πάλλαξ, id est quasi παλλακίς. Ut pleraque alia, ita hoc quoque vocabulum de Graeco flexum est.*

Moreover, a woman was called *paelex* and regarded as ‘dishonest’, if she lived on terms of intimacy with a man who had another woman *in manu* or *mancipio* on account of matrimony, as is evident from this very ancient law, which we are told was one of king Numa’s: ‘Let no *paelex* touch the altar of Juno; if she touches it, let her, with hair unbound, offer up a ewe lamb to Juno.’ Now *paelex* is the equivalent of πάλλαξ, that is to say, of παλλακίς. Like many other words of ours, this one too is derived from the Greek.²¹

¹⁹ Wissowa, *Religion und Kultus*² (n. 17) 60 ff.; K. Latte, *Römische Religionsgeschichte*, München 1967, 264 ff.

²⁰ Wagenvoort, *Roman dynamism* (n. 17) 48: the tradition has wrongly *aedem* instead of *aram*.

²¹ Based on the translation of J.C. Rolfe, *Attic Nights*, I. *Books 1-5*, Cambridge MA 1927.

5. The law of Numa is not rendered completely identically with both authors, but this not of consequence. Both authors agree in the citation of the law of Numa Pompilius. Both also place the *paelex* next to a wife. Festus says she married the husband, Gellius merely speaks of being in a union, next to a (legitimate) wife under marital control. Festus gives also the wider meaning the word had in his time, viz. not only the female bed-mate but also the male. Gellius thinks the word derived from the Greek *pállax*. Gellius mentions the word in the context of the *rei uxoriae actiones* and the introduction of the divorce in Rome. Spurius Carvilius Ruga was forced by the censors to divorce his wife because she could not bear him children and to swear to re-marry with the purpose of procreation.²² After that he explains *paelex* but why precisely does not appear from the context. Both authors cite Numa's law as proof of their contention, yet the text of this does not hint at all at a second lawful wife, nor at a concubine.

6. What does Numa's law say? 'No *paelex* may touch the altar of Juno; if she touches it, she must with unbound hair offer a ewe lamb to Juno.' Juno was the incarnation of the female *genius* and of fertility, particularly responsible for the increase of the *populus*, hence of the army and in line of that protector deity of the city.²³ Participation in rites depended on the purpose, e.g. in the case of the Bona Dea only women were allowed.²⁴ In the case of the *Nonae Caprotinae* all women participated in the celebration of Juno, free and slave, which suggests this was a fertility ceremony. Wissowa mentions the exclusion of *paelices* from the cult of Juno, but does not explain this.²⁵ That a *paelex* was a woman follows from the context and the reference to the loosened hair. It may also indicate

²² Gell. 4.3: *Quod nullae fuerunt rei uxoriae actiones in urbe Roma ante Carvilianum divortium; atque inibi, quid sit proprie paelex, quaeque eius vocabuli ratio sit.* [1] *Memoriae traditum est quingentis fere annis post Romam conditam nullas rei uxoriae neque actiones neque cautiones in urbe Roma aut in Latio fuisse, quoniam profecto nihil desiderabantur nullis etiam tunc matrimoniis divertentibus.* [2] *Servius quoque Sulpicius in libro, quem composuit de dotibus, tum primum cautiones rei uxoriae necessarias esse visas scripsit, cum Spurius Carvilius, cui Ruga cognomentum fuit, vir nobilis, divortium cum uxore fecit, quia liberi ex ea corporis vitio non gignerentur, anno urbis conditae quingentesimo vicesimo tertio M. Atilio, P. Valerio consulibus. Atque is Carvilius traditur uxorem, quam dimisit, egregie dilexisse carissimamque morum eius gratia habuisse, set iurisiurandi religionem animo atque amori praevertisse, quod iurare a censoribus coactus erat, uxorem se liberum quaerendum gratia habiturum.*

²³ Wissowa, *Religion und Kultus*² (n. 17) 181 f.; Latte, *Römische Religionsgeschichte* (n. 19) 166, 168.

²⁴ Latte, *Römische Religionsgeschichte* (n. 19) 382.

²⁵ Wissowa, *Religion und Kultus*² (n. 17) 185, on basis of the texts of Festus and Gellius.

that she was not a *matrona*: *matronae* would have their hair in plaids.²⁶ Wagenvoort mentions that touching the altar was contacting the deity because he was supposed to dwell in the stone.²⁷ *Aram tangere* happened in prayer or in oath, in prayer when the cult was performed.²⁸ That means that *paelices* were not allowed to the cult. Her contact with the altar was *contagio*, a harmful touch, which had to be expiated.²⁹ Apparently a *paelex* brought harm to what people expected from Juno: fertility. And that should be avoided in a marriage.³⁰ That it was harmful follows from the duty to offer an ewe: as with manslaughter a ram, an ewe had to be sacrificed as an *expiatio* to pacify Juno. That it was an ewe may point to fertility. The unbound hair was customary for women when mourning.³¹ It may have been appropriate in the expiation or was to indicate that she was not a *matrona*.

What could have made the *paelex* to be a bearer of *contagio*? Wagenvoort thinks the prohibition was because she was *probrosa*, debauched, in line with Gellius. She might transfer bad mana (*contagio inquinans*).³² Slaves were also forbidden to touch altars or the Flamen Dialis. In that case it was, thus Wagenvoort, fear of *contagio enervans* because a slave had no mana and he might drain the altar or Flamen.³³ Another form was the *contagio usurpans*, the touch of aliens which might take over power and desecrate religious places.³⁴ So we have two possibilities, assuming that a *paelex* was not a slave (slave women could participate in at least one cult): either it was because she *probrosa*, immorally behaving, or because she was an alien. However, this choice relies completely on the later sources, because the text itself of Numa's rule does not indicate anything of what Festus and Gellius say it means, viz. that a *paelex* was

²⁶ Peppe, *Paelex e spurius* (n. 2) 353.

²⁷ Wagenvoort, *Roman dynamism* (n. 17) 16.

²⁸ Wagenvoort (n. 17) 48-50, seeing *aram tangere* as having its root in pre-animistic culture, *aram amplecti* in animistic culture.

²⁹ Wagenvoort, *Roman dynamism* (n. 17) 132 ff.

³⁰ Latte, *Römische Religionsgeschichte* (n. 19) 96: the bride is put on the *fascinum* of Mutinus Titinus and then sacrifices with deposition of the *toga praetexta*, which was also a sacrifice for this deity. This toga must have had a protective significance since it was worn by both sexes until puberty.

³¹ J. Marquardt, *Das Privatleben der Römer*², I, besorgt von A. Mau, Leipzig 1886, 356 n. 5, and Plut. *quaest. Rom.* 11: *funus passis prosequi crinibus*.

³² Wagenvoort, *Roman dynamism* (n. 17) 132 ff. It would imply that the *paelex* was a woman who brought bad luck. Perhaps a parallel may be drawn with the person who had committed manslaughter and by that brought bad luck over the people.

³³ Wagenvoort, *Roman dynamism* (n. 17) 132 ff.; on the *contagio enervans*: 143.

³⁴ Wagenvoort, *Roman dynamism* (n. 17) 146 ff.

the bed-mate of a lawful wedded Roman. We rely for that completely on the accompanying texts of Festus and Gellius, which date from some seven centuries later. They may present a later interpretation, perhaps from the same source. But she may have brought bad luck for another reason, which I hope to argue below.

7. Returning to Festus and Gellius, why do they mention Numa's law? For Festus it is connected with the explanation of the word *paelex* in his dictionary. He distinguishes between the meaning in his days and the meaning it had in former days, at least as he thought. He adds the law as an extra: there was even a punishment set for them. The law itself does not serve as explanation of the word. For Gellius it is an addition to his exposition of the actions in the case of a divorce, followed by an example of a divorce, imposed by the censors so that the husband could remarry and have children. Then he mentions the *paelex*, which is strange because he says she is a concubine. One would expect after the preceding the mention of a second lawful wife, not polygamy. A Hagar as in Palestine would be senseless in Rome because only legitimate children counted for the inheritance and *sacra*, so that a *paelex* cannot have been a suitable wife. Or wanted Gellius to suggest that concubines were also a reason for divorce? We do not find that the case in Rome, nor was it seen as a problem if the *pater familias* had sex with his slave women. A reason for divorcing, next to infertility, was a wife's improper behaviour. Gellius may have, by association, given an example of an indecent woman of his days, the *paelex*, and in order to prove her indecentness cited Numa's law with its penalty. Yet as with Festus, it only proves the meaning of *paelex* in his days, the 2nd century AD. And one wonders: was there in the Rome of the kings, until 509 BC, so much concubinage that a law had to be issued? Thus it seems that the only reason for both authors to cite the law was the mention of the word *paelex*.

8. That leaves us with the question, what the law means. Perhaps we have to connect *paelex* with marriage but in a different way than Festus and Gellius did. Once Peppe mentions the *conubium* when discussing the question whether the marriage between a Roman patrician and a plebeian woman might have led to her being considered a *paelex*, which he denies.³⁵ Although *conubium* is mostly used in the context of the possibility of marriage between Romans and non-Romans, it originally functioned in a different context, viz. that of the marriage prohibition between patricians and plebeians. They could not intermarry until the *lex Canuleia* of 450 BC allowed for it by granting them *conu-*

³⁵ Peppe, *Paelex e spurius* (n. 2) 351.

bium. It is even suggested that patricians could only marry patricians of another town there was *conubium* with that town.³⁶

What could have been the origin of this prohibition in Rome, where it would have led to endogamy within the group, be it restricted: within the 6th grade of the kinship marriage was sacrally prohibited (*nefariae nuptiae*).³⁷ There are various suggestions like isolation, religion, language, culture. Yet isolation, language, and culture cannot be the reason here, particularly since the Romans were surrounded by Latin cities with whom they were in the Latin League and could intermarry. Romans and Latins shared much which allowed for *conubium* between them, and plebeians and patricians will have shared much too with their Latin equals. Thus only a social or religious ground remains. Whether the prohibition was the expression of a social difference in that the patricians formed a closed caste of ancient clans, while the plebeians consisted of the rest of the Romans, and that the patricians monopolized, or tried to, the religious offices and thus the communications with the deities, or that a religious structure formed the origin of these differences, must be left an open question in view of the very sparse information we have.³⁸ It is possible that both aspects were intertwined. Cassola considers the reform of the *lex Canuleia* important because the patricians saw themselves as the only ones capable of the rites of the auspices, which passed on from father to son. Marriage with a plebeian would lead to confusion about which bloodline was authorised to perform the rites (*confusio sanguinum*).³⁹ In the same religious context another reason for the prohibition would have been that the priesthoods seem to have been reserved for children of patrician parents, as in the Principate the principal *flamines* had

³⁶ Not so strange since Latin towns shared several categories of priesthoods with Rome, which would suggest the same requirement of patriciate: M. Beard / J. North / S. Price (eds.), *The religions of Rome*, I, Cambridge 1998, 323.

³⁷ Kaser, *Das römische Privatrecht*² I (n. 7) 75. Cfr. C. Lévi-Strauss, *The elementary structures of kinship*, Boston 1969, 46: "True endogamy is merely the refusal to recognize the possibility of marriage beyond the limits of the human community. The definitions of this community are many and varied, depending on the philosophy of the group considered."

³⁸ See Beard / North / Price (eds.), *The religions of Rome* I (n. 36) 17 f.

³⁹ F. Cassola, *Lo scontro fra patrizi e plebei e la formazione della «nobilitas»*, in A. Momigliano / A. Schiavone (eds.), *Storia di Roma*, 1. *Roma in Italia*, Torino 1988, 452 f., referring to Liv. 4.2.6: *Conluuionem gentium, perturbationem auspicioꝝ publicoꝝ privatoꝝque adferre, ne quid sinceri, ne quid incontaminati sit, ut discrimine omni sublato nec se quisquam nec suos noverit. Quam enim aliam vim conubia promiscua habere nisi ut ferarum prope ritu volgentur concubitus plebis patrumque? Ut qui natus sit ignoret, cuius sanguinis, quorum sacroꝝ sit; dimidius patrum sit, dimidius plebis, ne secum quidem ipse concors. Parum id videri quod omnia divina humanaque turbentur: iam ad consulatum volgi turbatores accingi*. Of course, Livy writes much later, but his relation will in essence have been correct.

to be born out of a *confarreatio* marriage between patricians and be married themselves by *confarreatio*.⁴⁰ This wedding ceremony was a sacral act. Taking these few references together, the conclusion is that the patricians formed a closed group in which they intermarried through *confarreatio* for religious reasons (endogamy). In this way, they maintained the purity required for a priestly cast. It might be compared with the prescriptions for Brahmins.⁴¹ For the magistracies, which were also filled by patricians only, the same prescriptions must have applied.

9. Why would this marrying within the patrician group have been so important? The importance of this becomes evident when we place it in the context of religion. As said out before, we must assume that the Romans thought the line of the *gens* was perpetuated through the males, the *genius familiae* (and with patricians the *genius gentis*, who was with some *gentes* object of veneration), manifesting itself in the offspring. That implies that once a woman married, she had to enter the power of her husband (or his *pater's*) or else his *genius* collided with that of her own *pater*. Likewise the *sacra familiae* (or *gentis*) passed on onto the heirs, originally the descendants, linking the past generations with the present and future. Having male descendants was therefore important, alien heirs rather not. A *confusio sacrorum* is not what the Romans liked and in the case of an arrogation the arrogandus had to abjure his *sacra familiaria*. This continuity we see also with inheriting. The original view was that the assets of a family (the *res Mancipi* of later) had to remain within the family, to be passed on with the generations, a *patrimonium*, property of past and future generations. The oldest testament is the *testamentum comitiis calatis*, which is nothing else than an adoption by somebody without male descendants with the purpose that the *adoptandus* becomes his intestate heir and continues the *sacra* and the *familia*. The mancipation testament, by which later on intestate heirs could be passed over, dates from a much later period. Entering marriage with *manus* is completely in line with this. The wife lost her *familia* in marriage to prevent *confusio*.

10. If we accept this analysis, we can now pose a question: is it possible that before the *lex Canuleia* was issued a plebeian woman, who entered a union with a patrician, through a wedding ceremony, not being a *confarreatio*, was called *paelex* and not *uxor*? Even though she might come under *manus*, she would remain a plebeian and therefore children would be of mixed descent. The word

⁴⁰ See note 7.

⁴¹ This does mean that I want to sustain the theories of G. Dumézil, how attractive they are.

'*paelex*' would then not mean a 'dishonest' person, nor a concubine next to a wife, but merely a partner in a religiously not sanctioned way? She could not be called a *matrona* since that title might in the days before the *lex Canuleia* have been reserved for patrician women, and Peppe's reference to the Fasti Praenestini would support that (see nr. 1). She transgressed the taboo of the intercivic marriage, carried because of that bad mana (luck), and was on account of that excluded from religious ceremonies for Juno.⁴² Any children would from the plebeian perspective be legitimate and Roman citizens, but would be called by patricians *spurii* since from the patrician perspective they were offspring of a marriage, not recognised in their group and in sacral law, and they would not count amongst the patricians.⁴³ If this is correct, the father of Servius Tullius, a *spurius*, would have had a patrician father, have been a legitimate Roman citizen, and if Oclisia Corniculana, the Latin captive he lived with, had been a patrician, Servius Tullius would have had sufficient patrician connections to make his kingship not such a surprise.⁴⁴ Would such a union between patrician and plebeian not be a feat, harmful for the *sacra*, both private and public, since it challenged the religious order?⁴⁵ If the intermarriage prohibition, which would have served only the patricians (both for priesthoods and magistracies, or else the plebeians would not have insisted on equation), had such religious connotations, a transgression might have carried a religious sanction.⁴⁶ The *lex Canuleia* would have lifted this prohibition and by that the nefarious religious effect of transgression. Intermarriage could take place and plebeians could become cognates of patricians. However, it would take more time till the highest

⁴² The same would be for the patrician woman who joined a plebeian man, yet that is very unlikely. Her family would have opposed the social degradation.

⁴³ Peppe, *Paelex e spurius* (n. 2) 355 mentions the possibility that *spurius* derives from the Etruscan word *spur* for city. In the case as submitted above, it might have sense: the child did not belong to the patricians, yet was still a citizen of Rome.

⁴⁴ Fest. s.v. *Nothum* (Lindsay 182): *Nothum Graeci natum ex uxore non legitima vocant, qui apud nos spurio patre natus dicitur, quod Ser. Tullius qui Romae regnavit, natus est ex concubina Spuri Tulli Tiburtis, nisi forte malumus credere, Oclisia Corniculana captiva eum susceptum matre serviente.* Spurius Tullius may have lived for Festus in concubinage with Oclisia, but again it may have been a marriage not recognised by the patricians, Spurius lacking patrician status. Yet he would have had patrician cognates, a patrician grandfather, and if the suggestion about Oclisia is correct, Servius would have had a patrician grandfather too.

⁴⁵ With concubinage one wonders how this could harm fertility.

⁴⁶ The restriction did not prevent each group from marrying outside their group and Rome if there was *conubium* (if here no similar restrictions existed). Without *conubium* no legitimate marriage was possible and a Roman would not have *potestas* over the children of his companion; neither would he get *manus* over her; nor would the children be his intestate heirs. That also indicates factors, only existent in Rome.

magistracies were opened to plebeians through the *leges Sextiae Liciniae* of 367 BC. But that may have been aided by the intermarrying.

11. With the *lex Canuleia* the endogamy within the Roman body of citizens was lifted. The application of *conubium* shifted and was now reserved for other unions within the Roman body of citizens (as later on between senators and freedwomen), and for unions between Romans and non-Romans. With it the meaning of *paelex* would have lost its context. Although Peppe had a different setting in mind, we can follow him when he speaks of a slow slide downwards of its meaning towards that of concubine.⁴⁷ It was transposed to the new setting of absence of *conubium*, viz. the living together of a Roman man with a Roman woman outside of marriage or where no marriage was possible. That applied to a concubinate alongside marriage. The reverse did not apply. Socially that was, Messalina excepted, unthinkable in Roman society where women were under constant surveillance and the ideal was the *univira*. The application of *spurius* went along with this shift in application and now applied to children born out of illegitimate unions. This is an hypothesis but in connection with what I suggested above on the origin of these words it would explain the testimonies of Festus and Gellius, five centuries after the *lex Canuleia* and some seven centuries after Numa Pompilius' law. That law would refer to the prohibition, inspired by religion, of marriages between patricians and plebeians. *Paelex* would refer to a Roman plebeian woman who transgressed this taboo by entering a marriage with a Roman patrician, drawing upon her by that bad mana and therefore excluded from touching Juno's altar in order to upkeep the deity's fertility power. The *lex Canuleia* lifted the ban and taboo.

⁴⁷ Peppe, *Paelex e spurius* (n. 2) 358.

Laura Solidoro

(Università di Salerno)

STRATEGIE DEFLATTIVE
NELL'ESPERIENZA GIURIDICA ROMANA:
LA 'DECARCERIZZAZIONE'

1. La deflazione penale nell'ordinamento giuridico romano

Nel corso degli ultimi anni, la scienza penalistica contemporanea ha designato con crescente rigore le coordinate concettuali e terminologiche delle politiche deflattive, peraltro già sfociate in una densa attività normativa e giurisprudenziale, nazionale ed europea.¹

Quali funzioni e finalità della politica deflattiva si indicano comunemente la diminuzione del carico giudiziario mediante una razionalizzazione del sistema e la riduzione del sistema sanzionatorio. La loro realizzazione viene demandata ad alcuni istituti, riconducibili a tre poli tematici: 'decarcerizzazione' (con cui si persegue l'istanza deflattiva mediante la circoscrizione della pena carceraria, talora sostituendola con sanzioni alternative), 'depenalizzazione' (esclusione di taluni comportamenti dall'area del penalmente rilevante), 'deprocessualizzazione' (adozione di strumenti di soluzione delle controversie diversi dal processo penale).²

Con riguardo all'istanza di 'decarcerizzazione', che qui più specificamente ci proponiamo di esaminare in chiave storica, si colloca nella prospettiva deflatti-

¹ Cfr. al riguardo C.E. Paliero, s.v. *Depenalizzazione*, in *Dig. disc. pen.* VIII, Torino 1989, 439 ss.; L. Eusebi, *Ripensare le modalità della risposta ai reati traendo spunto da Corte Eur. Dir. Uomo 19 giugno 2009, Sulejmanovic c. Italia*, in *Cass. pen.* 2009, 4938; A. Pugiotto, *Il volto costituzionale della pena e i suoi sfregi*, Relazione al Seminario dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Roma, 28 maggio 2014, in *Diritto penale contemporaneo online* (www.penalecontemporaneo.it).

² Approfondita trattazione in N. Selvaggi, *La depenalizzazione e le altre politiche deflattive nelle più recenti iniziative di riforma (con particolare riferimento alle novità introdotte dalla l. 28 aprile 2014, n. 67)*, in *Arch. pen.* 2014.2, 420 ss.; M. Daniele / P.P. Paulesu (a cura di), *Strategie di deflazione penale e rimodulazione del giudizio 'in absentia'*, Torino 2015.

va, accanto alle figure tradizionali dell'amnistia e dell'indulto, la legge 26 novembre 2010, n. 199 (la prima legge cd. svuotacarceri), che ha introdotto due nuovi istituti, la sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato e l'esecuzione della pena presso il domicilio del reo; istituto, quest'ultimo, inteso al fine precipuo di "garantire gli standard minimi di umanità e dignità nell'esecuzione della pena detentiva."³ Anche con la legge n. 67 del 2014 si è inteso perseguire un obiettivo deflattivo, attraverso la previsione delle 'nuove pene' domiciliari, quali misure alternative alla detenzione carceraria.⁴

A fronte di queste realtà, nel tracciare le coordinate dogmatiche della materia, la dottrina ha talora fatto ricorso a circostanziati inquadramenti storici,⁵ senza tuttavia chiarire in modo specifico l'utilità di questa scelta. Ebbene, in quale prospettiva si può dire che lo studio dell'esperienza storica soccorra efficacemente nella riflessione critica sulle problematiche e sulle prospettive concernenti la politica della deflazione penale e la relativa normativa vigente? Se ci chiediamo quali elementi dell'articolata costruzione appena abbozzata in ordine alla deflazione penale si possano dire risalenti al diritto antico, la risposta è immediata: i dati odierni, nelle loro esatte connotazioni, non presentano alcuna similitudine con le esperienze del lontano passato, mentre una ricerca orientata sulle sole linee di tendenza potrebbe rivelare ben più di qualche elemento di contatto. Il punto, però, è anche un altro: una banale curiosità antiquaria, che si esaurisca nel reperimento e nella descrizione dei precedenti storici, si risolverebbe in ben poca cosa, di scarsa utilità – pratica e teorica – per il giurista contemporaneo. Può viceversa risultare interessante mettere a fuoco, anziché l'elenco delle similitudini e delle disuguaglianze (e queste ultime, lo ribadisco, sono ovviamente macroscopiche, data la diversità dei contesti storici e la distanza cronologica, quasi bimillenaria, tra i fenomeni qui esaminati), piuttosto le cause e le dinamiche dei lenti movimenti che hanno portato alle trasformazioni del pensiero giuridico e alle soluzioni odierne. E ciò in un'ottica non necessariamente continuista, ma che almeno non respinga in modo aprioristico la possibilità di leggere l'avvicinarsi e l'alternanza tra le diverse tecniche deflative possibili in termini di progressivo affinamento di determinate strategie e linee di politica legislativa, all'interno di un tragitto che di certo non è stato sempre rettilineo.⁶ La finalità di questa operazione può risiedere nel cogliere le criticità

³ F. Fiorentin, *Le aporie sistematiche della delega sulle pene non carcerarie*, in Daniele / Paulesu (a cura di), *Strategie di deflazione penale* (nt. 2) 39 ss., spec. 41.

⁴ Ampia discussione *ibid.*, 53 ss., 74 ss.

⁵ Mi riferisco in particolare a M. Gambardella, *L'abrogazione della norma incriminatrice*, Napoli 2008, 1-70.

⁶ Per questo modo di intendere il senso della ricerca storico-giuridica, rinvio a quanto espongo

e i pregi, nell'immediato e sui lunghi tempi, delle scelte operate nel passato, anche al fine di trarne materia di riflessione sul nostro presente.

Quanto all'esperienza del mondo romano, nei circa tredici secoli della sua storia, la *scientia iuris* non è mai pervenuta all'elaborazione di un disegno deflattivo penale, concepito in modo organico. Neppure le singole strategie deflattive sopra menzionate possono farsi risalire ad intenti enunciati per esplicito in età romana. Il varo di vere e proprie politiche di decarcerizzazione, deprocessualizzazione o depenalizzazione non ci risulta né dagli scritti giurisprudenziali, né nella legislazione imperiale. Ciò non toglie che molte delle criticità che oggi spingono verso politiche deflattive risalgano già al mondo romano: tra queste, il sovraffollamento delle carceri, l'ingorgo giudiziario, la lunghezza dei processi, il mutamento delle concezioni sociali in ordine alla durezza delle pene. E infatti, con riferimento a tali problematiche ci è pervenuto un novero straordinariamente vasto di regole, provvedimenti legislativi, principi, categorie che oggi diremmo mirati ad intenti deflattivi, ma che, contestualizzati nell'epoca della loro formazione, appaiono occasionati da episodi specifici o caratterizzati da una certa frammentarietà, e comunque mai – o quasi mai⁷ – inseriti all'interno di un disegno organico, assimilabile a quello odierno.

Operare una selezione dei materiali di studio utilizzabili per la ricostruzione in chiave storica della tematica qui all'esame non è quindi un compito facile. Alla difficoltà insita nel tracciare un quadro d'insieme, il più completo possibile, di una materia che lungo tutto l'arco di sviluppo dell'ordinamento giuridico romano è restata costantemente priva di una visione unitaria, si aggiunge poi l'ovvia necessità di rilevare, di volta in volta, le peculiarità dei contesti storico-istituzionali all'interno dei quali le più antiche misure deflattive si sono originate.

Per quanto riguarda l'era volgare, va considerato che l'Impero assoluto, evoluto verso la forma del dominio e proteso verso un potenziamento della burocratizzazione, avverte la commissione degli illeciti penali come una minaccia intollerabile agli assetti dell'amministrazione pubblica e della vita collettiva. Di qui la tendenza alla moltiplicazione dei meccanismi di controllo e alla repressione puntuale, tempestiva, severa ed esemplare di ogni fenomeno di inosservanza della legge, specialmente se ad essere violata è una disposizione emanata dall'Imperatore. La continua riorganizzazione della repressione penale tende, nel Tardoantico, ad assicurare alla giustizia i colpevoli (mediante la pratica dell'accusa privata, cui si aggiunge l'accusa pubblica, che gradualmente si gene-

ed argomento in L. Solidoro, *I Fondamenti 'romanistici' del diritto europeo. Contenuti, finalità e limiti della disciplina*, in G. Santucci et al. (a cura di), *Fondamenti del diritto europeo. Esperienze e prospettive. Atti del Convegno (Trento, 13-14 dicembre 2018)*, Trieste 2019, 189 ss.

⁷ Una eccezione può essere vista nella reiterazione delle amnistie pasquali, su cui *infra*, § 6.

ralizza).⁸ Al tempo stesso, però, come più avanti constateremo, l'affermarsi della *clementia* quale virtù imperiale (laica) e gli influssi del Cristianesimo inducono alla mitigazione di alcune pratiche sanzionatorie.

Va ammesso che le dinamiche evolutive del processo criminale degli ultimi due secoli dell'Impero restano ancora molto oscure,⁹ per la coesistenza di una serie di spinte, ideologiche e politiche, fortemente eterogenee. Senza dubbio, come bene ha messo in luce Vincenzo Giuffrè,¹⁰ la produzione alluvionale di *novae leges* riflette il convulso susseguirsi di cambiamenti e di rivolgimenti politici, religiosi, sociali, economici, che per alcuni tipi di illecito danno luogo ad una normazione criminale 'occasionale', talora dettata dall'emergenza e perciò non di rado contraddittoria, in altri ambiti invece ripetitiva, complessivamente volta sì alla reiterazione dei comandi, ma al tempo stesso all'inasprimento delle connesse sanzioni. I modi della repressione penale tardoantica sfuggono, perciò, alla possibilità di facili schematizzazioni.

Ciononostante, all'interno di questo quadro tanto articolato, è dato riscontrare ampie e chiare tracce del fenomeno consistente nella riduzione dell'area di tutela coperta dal sistema penale e nella sua sostituzione con altri mezzi di controllo sociale.¹¹ I singoli elementi del complesso di strategie oggi inquadrato come 'deflazione penale' sono in buona parte già presenti nella nostra storia più antica. Ciò che invece non si è all'epoca realizzato è la riconduzione ad una visione unitaria e sinergica dei vari interventi.

Nell'affrontare il tema della deflazione penale sul piano della sua ricostruzione storica, mi limiterò qui ad esaminare i provvedimenti di scarcerazione, avendo trattato altrove gli altri profili.¹²

⁸ Puntuale sintesi ora in S. Giglio, *Aspetti della procedura penale nel tardo impero romano*, Torino 2017, 1 ss., 16 ss., 83 ss.

⁹ U. Brasiello, *La repressione penale in diritto romano*, Napoli 1937, 52.

¹⁰ V. Giuffrè, *La repressione criminale nell'esperienza romana*⁵, Napoli 1998, 156.

¹¹ La degradazione del reato in illecito amministrativo (con il conseguente insorgere di notevoli difficoltà nel tracciare un discrimine materiale tra reati e illeciti amministrativi) è attualmente lo strumento di depenalizzazione cui si ricorre con maggiore frequenza [dettagli in Paliero, s.v. *Depenalizzazione* (nt. 1) 439 ss.; A. Rossi Vannini, *Illecito depenalizzato-amministrativo*, Milano 1990; R. Bertoni et al., *Modifiche al sistema penale*, I. *Depenalizzazione e illecito amministrativo*, Milano 1982; M. Gambardella, *Una depenalizzazione a due marce*, in Daniele / Paulesu (a cura di), *Strategie di deflazione penale* (nt. 2) 3 ss., 5 ss., 10 ss. e *passim*], mentre il diritto romano tese a trasformare le sanzioni penali in sanzioni civili, irrogabili a seguito dell'esercizio di azioni reipersecutorie, anziché penali.

¹² Rinvio, al riguardo, a L. Solidoro, *Depenalizzazione e altre strategie deflative nell'esperienza giuridica romana*, in G. De Francesco et al. (a cura di), *Istanze di deflazione tra coerenza dogmatica, funzionalità applicativa e principi di garanzia. Atti dell'incontro di studi Pisa, 22 marzo 2019*, Torino 2019, 11 ss.

2. La funzione del carcere nel mondo romano

Tra gli adempimenti preliminari, rispetto allo studio delle strategie deflattive riconducibili alla 'decarcerizzazione', è necessaria qualche riflessione in merito alla funzione assegnata all'imprigionamento nel mondo romano. La lettura delle fonti giuridiche conferma, a mio parere, la convinzione dominante, secondo cui i Romani non consideravano le misure detentive una vera e propria pena, almeno sul piano strettamente formale.¹³ Anche se nelle fonti compare occasionalmente l'espressione, anomala e probabilmente impropria, *poena carceris* (CTh. 9.3.1 pr., a. 320), a rigore il carcere aveva soltanto "funzione preventiva, fino alla punizione del colpevole o all'assoluzione dell'innocente."¹⁴ "*Solent praesides in carcere continendos damnare aut ut in vinculis contineantur: sed id eos facere non oportet. Nam huiusmodi poenae interdictae sunt: carcer enim ad continendos homines non ad puniendos haberi debet*", asseriva Ulpiano in D. 48.19.8.9 (Ulp. 9 *de off. proc.*).¹⁵ Lo scopo precipuo della carcerazione era dunque la custodia dell'imputato.

Il ricorso alla custodia cautelare a carico di imputati di crimini capitali ci risulta già per il 491 a.C., anno del processo celebrato contro Q. Cesone,¹⁶ figlio di Cincinnato, per omicidio o, secondo altra tradizione, per *perduellio*. Non essendosi però fissati i limiti della carcerazione preventiva, poteva accadere che gli imputati restassero per periodi lunghissimi in carcere, dove a volte morivano per gli stenti, prima ancora della conclusione del processo. Nel Tardoantico, in particolare, gli *humiliores* non riuscivano ad ottenere un processo immediato e restavano reclusi, in attesa di giudizio, anche per anni.¹⁷ Non diversa era la sorte dei disertori: una volta catturati e portati dinanzi al giudice, se rei confessi veni-

¹³ Argomentazione in Th. Mommsen, *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1899 (rist. 1955), 960 s. e nt. 1; Brasiello, *La repressione* (nt. 9) 386 ss. Contro l'opinione dominante, che qui si condivide, ma con accenti diversi, v. M. Balzarini, *Pene detentive e cognitio extra ordinem criminale*, in *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino*, 6, Napoli 1984, 2965 ss.; A. Lovato, *Il carcere nel diritto penale romano. Dai Severi a Giustiniano*, Bari 1994, spec. 100 ss., il quale interpreta diversamente, rispetto all'orientamento generale, l'affermazione di Ulpiano, *carcer enim ad continendos homines, non ad puniendos haberi debet* (Ulp. 9 *de off. proc.*, D. 48.19.8.9); sulla stessa linea di pensiero v. ora F. Fasolino, *L'evasione dalla pena ad metalla*, in *Index* 47, 2019, 371 ss.

¹⁴ Lovato, *Il carcere* (nt. 13) 183.

¹⁵ La vasta letteratura sul passo è esaminata compiutamente da Lovato, *Il carcere* (nt. 13) 93 ss., cui rinvio.

¹⁶ Dion. Hal. 10.1.8; 10.7.1-5; Liv. 3.13.1-3; la fonte principale sulla custodia di Cesone è Liv. 3.13.4, 6, 8. Per la lettura critica dei brani, S. Sciortino, *Sull'assenza dell'imputato nel processo criminale romano*, in *AUPA* 60, 2017, 185 ss., spec. 198.

¹⁷ L. De Salvo, *Giudici e giustizia ad Antiochia. La testimonianza di Libanio*, in *AARC* 11, 1996, 485 ss., spec. 503.

vano rinchiusi in carcere fino a che i *magistri militum* non decidessero sulla loro sorte (CTh. 7.18.11, a. 403).¹⁸

D'altra parte, che la carcerazione fosse di fatto considerata e praticata alla stregua di pena sembra affermato a chiare lettere già da Cicerone, nelle catilinarie: "... *in hac urbe esse carcerem quem vindicem nefariorum ac manifestorum scelerum maiores nostri esse voluerunt*" (Cic. *in Catil.* 2.12.27).¹⁹

È probabile che la prigionia fosse una misura coercitiva, mai riconosciuta ufficialmente come 'pena',²⁰ ma di fatto usata in funzione punitiva. Le fonti, nel loro complesso, evidenziano la chiara tendenza, almeno nella prassi, al ricorso alla detenzione in guisa di pena, considerato, peraltro, che il potere di irrogare il carcere spettava ai magistrati titolari di *imperium*.²¹ Il già citato passo ulpiano in D. 48.19.8.9, tratto dai *libri de officio proconsulis* e volto a stigmatizzare l'abitudine dei *praesides* di condannare alla carcerazione o all'incatenamento, dimostra che soprattutto nei tribunali di provincia si faceva regolare ricorso alla carcerazione in funzione di pena.²² Un malcostume, questo, che la giurisprudenza (del cui pensiero sarebbe emblema Ulp., D. 48.19.8.9, appunto) e la legislazione imperiale tentarono ripetutamente di contrastare, ma con scarso successo.

Dopo la conclusione del processo, la detenzione poteva invece legittimamente coincidere con la pena e sommarsi ad essa quando l'imputato veniva condannato ai ludi gladiatorii oppure ai lavori forzati: negli orari in cui non si svolgevano le attività cui i colpevoli erano stati *damnati*, questi ultimi venivano custoditi, talora *in vinculis*, nelle carceri adiacenti ai luoghi dove si svolgeva l'*opus publicum* prescritto.²³

¹⁸ Lovato, *Il carcere* (nt. 13) 217.

¹⁹ Sul testo, F. Salerno, *Carcer e status hominum. Nota minima*, in *Aspetti della 'marginalità' sul finire di un mondo*, Napoli 2009, 29 ss., ora in Id., *Scritti scelti*, Napoli 2019, 3 ss.

²⁰ In tale senso Brasiello, *La repressione* (nt. 9) 386 ss.; P. Garnsey, *Why Penalties become harsher: The Roman Case, Late Republic to fourth Century Empire*, in *Natural Law Forum* 13, 1968, 141 ss., spec. 152, il quale accentua questa impostazione, ipotizzando che i giudici ricorressero spesso alla detenzione come pena, in alternativa ad altre sanzioni, quali l'esilio o i lavori forzati.

²¹ La parziale coincidenza della detenzione con la 'pena' è dimostrata da Balzarini, *Pene detentive* (nt. 13) 2865 ss.; la lista dei magistrati titolari di *imperium*, e dunque dotati di poteri coercitivi, è in D. 2.4.2 (Ulp. 5 *ad ed.*), testo su cui cfr. P. Voci, *Per la definizione dell'imperium*, in *Studi in memoria di Emilio Albertario*, II, Milano 1953, 67 ss., anche in Id., *Studi di diritto romano*, I, Padova 1985, 105 ss.; Lovato, *Il carcere* (nt. 13) 37 ss., con Autori ivi citati.

²² Così V. Marotta, *Multa de iure sanxit. Aspetti della politica del diritto di Antonino Pio*, Milano 1998, 289 s.; *contra* Lovato, *Il carcere* (nt. 13) 103 ss.

²³ Esplicito al riguardo D. 48.19.8.6 (Ulp. 9 *de off. proc.*). Fonti e letteratura sul tema in F. Salerno, *Ad metalla. Aspetti giuridici del lavoro in miniera*, Napoli 2003, 46 ss.; A. McClintock, *Servi*

Il carcere – commentò Costantino – è troppo severo per gli innocenti (sot-toposti a custodia cautelare), ma non abbastanza rigoroso per i colpevoli (CTh. 9.3.1 pr.: ... *ne poenis carceris perimatur, quod innocentibus miserum, noxiis non satis severum esse cognoscitur*). Di fatto, però, spesso si lasciavano per lungo tempo in carcere anche coloro che già avevano subito una sentenza di condanna. Pare che si trattasse di una scelta non di rado voluta e strategica: secondo una prassi assai diffusa, per rendere particolarmente severa la punizione, dilatandola oltre misura, si rinviava il più possibile l'esecuzione della pena inflitta, lasciando estenuare in carcere il condannato (CTh. 9.40.22, a. 414 = CI. 9.47.23).²⁴

Se, almeno formalmente, l'incarcerazione in quanto tale non costituiva una *poena*, era semmai l'incatenamento – i famigerati *vincula* – ad essere irrogato a scopo punitivo,²⁵ benché venisse considerato una *minima poena* (Paul. Sent. 5.17.2).²⁶ Gli schiavi potevano essere ridotti in catene nel carcere privato, domestico (*vincula privata*), a discrezione del *dominus*, nell'ambito del suo potere sanzionatorio. Liberi o schiavi, invece, venivano indistintamente tenuti incatenati nel carcere pubblico a seguito della violazione di talune norme dell'ordinamento giuridico romano, tra cui la forzatura al gioco d'azzardo,²⁷ l'inosservanza degli obblighi alimentari dei figli verso i genitori,²⁸ la cattiva gestione del patrimonio pupillare da parte dei tutori.²⁹ Questa *poena vinculorum* era dunque una pena pubblica, forse irrogata per lo più *extra ordinem*. Abbiamo però motivo di credere che l'incatenamento fosse a maggior ragione previsto e praticato regolarmente per la commissione dei reati più gravi rispetto agli illeciti sopra menzionati. In D. 48.19.8.6 Ulpiano opera infatti una interessante distinzione tra l'uso di catene più pesanti o più leggere, in ragione della maggiore o minore

della pena, Napoli 2010; F. Pulitanò, *La morte 'in anticipo' dei condannati in attesa di esecuzione*, in L. Garofalo (a cura di), *Il corpo in Roma antica. Ricerche giuridiche*, I, Pisa 2015, 249 ss.

²⁴ Sulla condizione, di fatto e di diritto, dei condannati, v. ora Pulitanò, *La morte 'in anticipo'* (nt. 23) 249 ss.

²⁵ Ampia trattazione in Balzarini, *Pene detentive* (nt. 13) 2879 s. (il quale però sostiene che la sanzione fosse l'incarcerazione, non i *vincula*); sulla opportunità di distinguere la detenzione dall'incatenamento, rigoroso esame critico delle fonti e della pertinente letteratura in Lovato, *Il carcere* (nt. 13) 93 ss., 101 ss., 110 ss.; sull'incatenamento dei *damnati ad metalla*, Pulitanò, *La morte 'in anticipo'* (nt. 23).

²⁶ *Summa supplicia sunt crux crematio decollatio: mediocrium autem delictorum poenae sunt metallum ludum deportatio: minimae relegatio exilium opus publicum vincula* rell. Sul testo, Lovato, *Il carcere* (nt. 13) 117 ss.; Salerno, *Ad metalla* (nt. 23) 49 s.

²⁷ D. 11.5.1.4 (Ulp. 23 *ad ed.*).

²⁸ Quint. *inst.* 7.1.54-56.

²⁹ D. 26.10.3.16 (Ulp. 35 *ad ed.*).

gravità dei reati commessi dai condannati. L'incatenamento era riconducibile alla *coercitio corporis*, al pari della fustigazione e della tortura (Ulp. 9 *de off. proc.*, D. 48.19.6.2): la mera detenzione (non accompagnata da incatenamento e / o *tormenta*),³⁰ come si è segnalato, era considerata una sanzione insufficiente. Per quanto ci risulta, dall'epoca severiana e fino a Teodosio I anche la detenzione cautelare prevedeva l'incatenamento (*vincula*) dell'imputato. Dunque, alla reclusione (che a rigore non si considerava 'pena') si affiancava costantemente l'incatenamento, che senza dubbio costituiva una vera e propria sanzione, un inasprimento della condizione del carcerato con finalità punitive.³¹ Era però esclusa la possibilità di punire il reo con l'incatenamento a vita. Tanto aveva disposto già Adriano con un rescritto (Call. 1 *quaest.*, D. 48.19.35), che assunse poi valore generale.³²

Ulteriori attenuazioni di questa disciplina risalgono al IV sec. d.C. Con una costituzione del 22 gennaio 365, in CTh. 9.2.2 (a. 365, accolta da Giustiniano in CI. 9.3.1), Valentiniano I introdusse *ex novo* una discriminazione tra gli arrestati. Nel caso di arresto di un dignitario, il giudice avrebbe dovuto riferirne all'Imperatore, il quale si riservava il potere di decidere un eventuale trattamento diverso dalla custodia; fino al momento della decisione, il dignitario non sarebbe stato destituito dalla carica.

In materia di custodia preventiva, con CTh. 9.2.3 (a. 380 = CI. 9.3.2), nel 380 Teodosio I dispose che in carcere nessuno potesse più essere incatenato, prima che fosse dimostrata la sua colpevolezza (*nullus in carcerem, priusquam convincatur, omnino vinciatur*).³³ Anche sotto Giustiniano la detenzione conservò carattere cautelare: l'Imperatore ribadì il potere del *defensor civitatis* di disporre la carcerazione preventiva e con Nov. 15.6.³⁴ ordinò che i sospetti autori di reati catturati dagli amministratori municipali venissero subito imprigionati, poi inviati al governatore provinciale.

³⁰ Amm. Marc. *res gestae* 15.6.1. Altre fonti in P. Cerami, *Tormenta pro poena adhibita*, in *AUPA* 41, 1991, 33 ss.

³¹ Lo sottolinea Balzarini, *Pene detentive* (nt. 13) 2868 ss.

³² Sul provvedimento, V. Marotta, *Mandata principum*, Torino 1991, 177 nt. 133; Lovato, *Il carcere* (nt. 13) 99 s.

³³ Secondo una diversa, ma assai discutibile interpretazione, Teodosio I avrebbe invece inteso introdurre il divieto di arresto preventivo, che tuttavia sotto Giustiniano risulta ammesso, benché disciplinato mediante nuove restrizioni: cfr. Lovato, *Il carcere* (nt. 13) 196, con Autori ivi citati; F. Fasolino, *Regole di giudizio e garanzie dell'imputato nel processo criminale romano: la presunzione di innocenza*, in L. Solidoro (a cura di), *Regole e garanzie nel processo criminale romano*, Torino 2016, 33 ss., spec. 55 s.

³⁴ Su cui v. R. Bonini, *Ricerche di diritto giustiniano*², Milano 1990, 203 nt. 91; Lovato, *Il carcere* (nt. 13) 226.

3. La 'decarcerizzazione', tra estinzione del reato ed estinzione della pena

Questo massiccio impiego della prigionia non rimase privo di conseguenze: se pure i Romani consideravano la detenzione, almeno formalmente, non come pena, ma soltanto come una 'custodia' degli imputati in attesa di giudizio e dei condannati in attesa dell'esecuzione, le prigioni dell'Impero erano sovraffollate.³⁵ Sin dall'età repubblicana, perciò, invalse l'uso di emanare, occasionalmente, dei provvedimenti 'svuotacarceri'. Sulla natura giuridica di tali interventi molto si discute e le incertezze degli storici del diritto non sono dissimili rispetto a quelle ancora oggi manifestate dalla dottrina penalistica in ordine alla qualificazione di siffatti provvedimenti quali 'cause di estinzione del reato', oppure quali 'cause di estinzione della pena'.

In via preliminare, è bene sottolineare che, con riferimento all'esperienza giuridica romana, è fuori luogo configurare la liberazione dal carcere come una misura funzionale, in materia diretta e immediata, al condono della pena, atteso che i Romani consideravano la detenzione non alla stregua di *poena*, ma in termini di strumento cautelare o misura coercitiva: i detenuti venivano 'custoditi' in attesa del giudizio o, se già condannati, della esecuzione della sentenza. Tuttavia, sebbene in maniera indiretta, la scarcerazione sortiva l'effetto di sottrarre i detenuti in attesa di giudizio al processo penale – e quindi alle conseguenze di una condanna eventuale – e i detenuti che avessero già subito la sentenza di condanna alla esecuzione della pena. La liberazione dal carcere si traduceva perciò in un potenziale, o attuale, condono della pena. Ne consegue che i provvedimenti generali di scarcerazione dal punto di vista pratico producevano un risultato deflattivo sempre e comunque sul piano della 'decarcerizzazione', ma anche su quello della 'deprocessualizzazione' quando ad essere liberati erano i detenuti in attesa di giudizio.

Prima di affrontare l'analisi del problema in prospettiva storica, è però opportuno soffermarsi sulle notevoli implicazioni pratiche che comporta l'inquadramento dogmatico dei provvedimenti di condono alla stregua di estinzione del reato oppure di estinzione della pena, e ciò perché l'opzione dell'una, anziché dell'altra classificazione risulta gravida di conseguenze sui profili sostanziali.

L'esame dei congegni deflattivi legati alla 'decarcerizzazione' con riguardo al mondo romano comporta lo studio dei provvedimenti di clemenza generali e particolari. Nella indagine sulla natura giuridica del condono si incontrano non poche difficoltà di definizione e di classificazione. In ordine, più specificamente, ai provvedimenti di scarcerazione, i problemi nascono dalla necessità pratica di distinguerne la tipologia e, per conseguenza, di operarne la collocazione tra le

³⁵ V. *infra*, ai §§ successivi.

cause di estinzione del reato oppure tra le cause di estinzione della pena, per le rilevanti, diverse conseguenze che ne derivano.

Sul piano dell'indagine storica è fuori luogo ogni tentativo di ricercare gli esatti precedenti storici dell'odierna distinzione tra grazia, indulto e amnistia, distinzione cui i Romani non pervennero mai, né sul piano concettuale, né, quindi, sul piano terminologico.³⁶ Tuttavia, provvedimenti rapportabili a questa tipologia ne furono emanati in numero molto consistente e, in linea più generale, non ci mancano gli strumenti per effettuare un tentativo di distinguere, nell'ambito dell'esperienza storica, le cause escludenti la punibilità, ovvero le cause di estinzione del reato (cui corrisponde la rinuncia da parte dell'apparato pubblico all'applicazione della pena minacciata, per estinzione della punibilità in astratto, cioè per esclusione dell'applicazione della pena anteriormente alla sentenza definitiva di condanna), rispetto alle cause di estinzione della pena, la quale deriva dal condono, totale o parziale, della pena inflitta, cui però non fa riscontro la cancellazione del reato (si estingue la punibilità in concreto, successivamente alla sentenza definitiva di condanna). Le prime operano precedentemente alla sentenza di condanna, mentre le seconde ne presuppongono l'emanazione.

Tra quelle che attualmente si annoverano oggi, non senza incertezze e contestazioni, come cause di estinzione del reato (morte del reo, amnistia, 'prescrizione del reato',³⁷ oblazione, perdono giudiziale per età del reo, sospensione condizionale della pena, messa alla prova), nella specifica visuale deflattiva (da cui è ovviamente esclusa la morte del reo) rilevano, sul piano di una lunga tradizione storica, soprattutto l'amnistia e la prescrizione (almeno per quanti concepiscono la prescrizione come causa di estinzione del reato, anziché dell'azione penale).³⁸ Invece, tra le cause di estinzione della pena (indulto, morte del reo dopo la condanna, grazia, amnistia impropria, prescrizione della pena, liberazione condizionale, riabilitazione, non menzione della condanna penale nel certificato del Casellario Giudiziale), nella specifica visuale deflattiva si prestano ad una analisi storicamente orientata soprattutto le figure dell'indulto, della grazia, dell'amnistia impropria, della riabilitazione.

³⁶ Si leggano al riguardo gli spunti in Giuffrè, *La repressione* (nt. 10) 172 s.; ora in tema F. Fasolino, *Pena, amnistia, emenda: una prospettiva storico-giuridica*, Napoli 2016.

³⁷ Concetto, questo, senz'altro contestabile: è infatti più corretto inquadrare il meccanismo prescizionale come causa della perdita dell'azione penale. Sul punto rinvio a quanto già esposto in Solidoro, *Depenalizzazione* (nt. 12) 22 ss.

³⁸ V. in partic. E. Antonini, *Contributo alla dommatica delle cause estintive del reato e della pena*, Milano 1990, 26 ss.; M. Gambardella, *Segnali di riforma della prescrizione: la proposta Gratteri e il disegno di legge n. 2067*, Relazione svolta il 17 giugno 2016, in occasione del *Convegno Unitelma Sapienza* (consultabile online, 18 ss.).

Ai fini dello studio della 'decarcerizzazione' – e della 'deprocessualizzazione' – rilevano dunque: l'amnistia (propria), quale causa di estinzione del reato, l'indulto e la grazia, quali cause di estinzione della pena.

4. Una ricognizione dei più antichi interventi deflattivi mediante 'decarcerizzazione'

Alla luce di questo inquadramento concettuale e terminologico, veniamo ora all'esame dei più antichi provvedimenti volti a finalità di scarcerazione o di estinzione – totale o parziale – della pena.

Il condono della pena per la commissione dei reati ha origini molto antiche, nell'India antica, nell'Egitto dei Faraoni, in Atene, nei diritti barbarici.³⁹ Se pure, come si è accennato, mancano elementi che consentano di proiettare correttamente all'indietro l'attuale netta distinzione tra amnistia (propria e impropria), indulto (proprio e improprio) e grazia, abbiamo la possibilità di individuare non pochi profili caratterizzanti i più antichi atti di condono, che infatti, almeno per quanto riguarda i diritti greci, sono già stati resi oggetto di studi analitici, ai quali rinvio.⁴⁰

La concessione della 'grazia' (usiamo questo termine in una accezione molto generica, ma per alludere ad un provvedimento di carattere individuale) sin dai tempi più antichi poteva escludere, per intero o solo in parte, la pena e i suoi effetti.⁴¹ Con riguardo all'esperienza romana, che qui interessa ripercorrere, è nella prima fase della Repubblica romana, quando ancora i *crimina* si esaurivano in *perduellio (maiestas)* e *parricidium* (vi rientravano forse pure il sortilegio e il *malum carmen incantare*),⁴² che si ritrovano alcuni dei connotati tipici degli odierni atti di clemenza. Cicerone afferma (*de re publ.* 2.31.54) che già agli albori della repubblica le XII Tavole (*tab.* 9.2) avrebbero consentito di *provocare*: ai condannati alla pena capitale sarebbe stato riconosciuto il diritto di proporre una sorta di 'ricorso in grazia' (è notoriamente senz'altro impropria la rappresentazione di tale atto alla stregua di appello avverso la sentenza del magistra-

³⁹ T.L. Rizzo, *Il potere di grazia nell'età regia*, in *Studi in onore di Giovanni Cassandro*, Roma 1991, 909 ss.; Id., *Il potere di grazia del Capo dello Stato dalla Monarchia alla Repubblica*, in *Rivista della Guardia di Finanza* 2, 1998, 581 ss.; G. Majorana, *La prerogativa del potere di grazia*, in www.forumcostituzionale.it, 28 ottobre 2012, § 2; M. Sordi (a cura di), *Responsabilità perdono e vendetta nel mondo antico*, Milano 1998; Fasolino, *Pena* (nt. 36).

⁴⁰ Si v. soprattutto Sordi (a cura di), *Responsabilità* (nt. 39).

⁴¹ G.F. Falchi, *Diritto penale romano (dottrine generali)*², Padova 1937, 229.

⁴² P. de Francisci, *Storia del diritto romano*, Milano 1943, 345.

to)⁴³ dinanzi all'assemblea popolare (*comitiatus maximus*), la quale poteva stabilire la commutazione della pena di morte – già decisa, o forse soltanto proposta dal magistrato – in deportazione e confisca del patrimonio, oppure la *restitutio*, anch'essa votata dall'assemblea ma in forma di *lex publica*, implicante la remissione della pena, l'estinzione del reato, il ripristino dello *status civitatis* (la cittadinanza) in favore del condannato.

Non sappiamo se la *provocatio* – unico *praesidium libertatis*, la definisce Liv. 3.55.4 – fosse finalizzata ad ottenere l'annullamento in senso tecnico degli effetti di una già compiuta manifestazione di *imperium* magistratuale,⁴⁴ o valesse soltanto a sottoporre a votazione popolare una richiesta presentata dal magistrato.⁴⁵ Comunque, di tale garanzia potevano usufruire soltanto i *cives* maschi, ne erano esclusi stranieri, donne, schiavi; inoltre si trattava di provvedimenti di carattere esclusivamente individuale. Se si interpreta la votazione popolare *de capite civis* come susseguente ad una decisione – e non ad una proposta – del magistrato, si può concludere che la eventuale commutazione della pena disposta dall'assemblea popolare risulta in qualche misura accostabile all'attuale estinzione della pena per grazia, mentre la *lex* di *restitutio*, pur non essendo un appello, a questo si avvicina per *iter* ed effetti.

Augusto avocò nelle sue mani il potere di grazia, esercitandolo inizialmente insieme al Senato, in progresso di tempo da solo.⁴⁶ Fu in questa seconda fase che la *clementia* assunse i caratteri dell'*indulgentia principis* e poi dell'*abolitio*. Nel Tardoantico a nessun magistrato fu più consentito di revocare o mitigare la pena,⁴⁷ una volta che questa fosse stata irrogata (CI. 9.47.14-15, Diocl. et Ma-

⁴³ Lo sottolineava già A. Rocco, *Amnistia, indulto e grazia nel diritto penale romano*, in *Rivista penale di dottrina, legislazione e giurisprudenza* 49, 1899, anche in Id., *Opere giuridiche*, III, Roma 1933, 20 ss., in contrasto con la ricostruzione di Mommsen, *Römisches Strafrecht* (nt. 13); analitica discussione ed *excursus* storiografico ora in C. Pelloso, *Ai primordi del giudizio popolare: poena capitis e garanzie del civis nella prima età repubblicana*, in Solidoro (a cura di), *Regole e garanzie* (nt. 33) 83 ss.

⁴⁴ Così C. Venturini, *Edili e repressione criminale*, in *Labeo* 37, 1991, 351 ss., anche in Id., *Scritti di diritto penale romano*, II, a cura di F. Procchi / C. Tirreni, Padova 2015 (da cui cito), 1035 ss., spec. 1038 s.; la visuale mommseniana della *provocatio* è puntualmente discussa in F. Procchi, *Prime considerazioni su 'imperium' magistratuale e garanzie del 'civis' nello Strafrecht mommseniano*, in Solidoro (a cura di), *Regole e garanzie* (nt. 33) 121 ss., 127 ss., 130 ss.; rinnovato esame critico delle fonti in materia ora in M. Miglietta, *Le norme di diritto criminale*, in F. Corsi (a cura di), *XII Tabulae. Testo e commento*, II, Napoli 2018, 479 ss., spec. 518 ss.

⁴⁵ In questo senso si esprime ora E. Calore, *Le norme di diritto pubblico*, in Corsi (a cura di), *XII Tabulae* II (nt. 44) 721 ss., spec. 742 ss., con ampio ragguaglio bibliografico.

⁴⁶ Dal principe: D. 48.16.13 (Paul. 3 *de adult.*); CI. 3.12.3 (Const., a. 323). Dal Senato: D. 48.16.12 (Ulp. 2 *de adult.*).

⁴⁷ Unica eccezione, legalmente definita, in D. 48.19.22 (Mod. 1 *diff.*), che cita un provvedimento relativo ai *damnati ad metalla*, su cui *infra*, nel testo.

xim., s. d.). Il potere di grazia, di cui era titolare l'Imperatore, si declinava in due varianti, attentamente diversificate dalla legislazione imperiale in CI. 9.51, *De sententiam passis et restitutis*: uno assai ampio, la *restitutio in integrum*, l'altro più limitato, l'*indulgentia*.

La *restitutio in integrum* quale annullamento di una condanna penale risale all'età repubblicana. Ne abbiamo una descrizione in Cic. *Phil.* 2.23.56. Antonio, in qualità di tribuno della plebe, avvalendosi del suo diritto di veto, aveva fatto annullare la condanna *de alea* subita da Licinio Denticola, adducendo da un lato la sua fama di uomo onesto e di bravo cittadino, dall'altro lato la sua assenza al momento dell'incriminazione (*absentem, credo, in reos relatum*); elemento, quest'ultimo, che avrebbe legittimato l'annullamento della condanna, o almeno l'inopportunità dello svolgimento di un processo e della emanazione di una sentenza senza che l'imputato avesse potuto esercitare il suo diritto alla difesa.⁴⁸

Con l'avvento del Principato, la *restitutio in integrum* susseguente a condanna penale si connotò come un provvedimento speciale, di regola disposto dal *princeps* mediante *rescriptum*.⁴⁹ La *restitutio* implicava l'eliminazione di ogni effetto della condanna penale (I. 1.12.1: ... *sed si indulgentia principali restituti fuerint, per omnia pristinum statum recipiunt*) e quindi l'estinzione della pena, la reintegrazione nel patrimonio,⁵⁰ la cancellazione del marchio dell'*infamia* (CI. 5.4.23, a. 520-523), il ripristino di eventuali cariche pubbliche anteriormente ricoperte (CI. 9.51.1, a. 212).

La *restitutio* poteva conseguire per esempio alla emanazione di una *sententia* basata su prove false⁵¹ e in questo caso l'Imperatore, su istanza dell'interessato, riapriva il processo, dando mandato al giudice di effettuare la *restitutio* in ordine alla sentenza, ove questa risultasse effettivamente viziata (una sorta di revocazione *ante litteram*),⁵² oppure provvedeva direttamente a disporre una complessiva *restitutio*, mediante sospensione dell'esecuzione del giudicato e *repetitio*,

⁴⁸ Propende per questa seconda ipotesi Sciortino, *Sull'assenza* (nt. 16) 216.

⁴⁹ Sulla *restitutio* ai tempi di Traiano, si legga Plin. *epist.* 10.56-57, testo ora riesaminato da F. Arcaria, *Cognoscere, iudicare, promere et exercere iustitiam. Princeps iudicis et iustitia in Plinio il Giovane*, Napoli 2019, 31 ss.

⁵⁰ Con riguardo alle situazioni giuridiche attive e passive: D. 50.16.21 (Paul. 11 *ad ed.*).

⁵¹ In tema, rinvio a S. Schiavo, *Intorno alla sentenza pronunciata sulla base di prove false*, in *RDR* 2, 2002, 257 ss., con discussione critica delle fonti e ampio ragguaglio bibliografico.

⁵² Come nel caso riportato in D. 42.1.33 (Call. 2 *cogn.*), dove si illustra il contenuto di un *rescriptum* adrianeo con il quale il *princeps* aveva disposto la riapertura del processo, istruendo il giudice affinché provvedesse a *restituere* in ordine alla sentenza pronunciata sulla base di prove false. All'epoca, dunque, ci si rivolgeva all'Imperatore al fine di ottenere da quest'ultimo la riapertura del processo, ma la *restitutio* verso la sentenza spettava al giudice.

nonché, ove opportuno, la riapertura del processo viziato (CI. 7.58.4, Gord., s. d.; Paul. Sent. 5.5a.10). Ma la *restitutio in integrum* poteva scaturire altresì da valutazioni discrezionali e umanitarie del legislatore, legate alla particolare condizione sociale della persona interessata;⁵³ in questi casi, soprattutto, essa veniva ricondotta da parte delle cancellerie ad una graziosa *indulgentia imperiale*.⁵⁴ Perciò, in senso ampio, la *restitutio* si considerava una *indulgentia principis*.

Se intesa in senso stretto, invece, l'*indulgentia principis* di regola eliminava soltanto la pena (*indulgentia ... quos liberat notat nec infamiam criminis tollit, sed poenae gratiam facit*: CI. 9.43.3, a. 371), non gli effetti della condanna penale, tra cui l'*infamia* e la confisca dei beni (*publicatio bonorum*: CI. 9.51.2, a. 226). Dunque l'indulgenza non operava una *restitutio*, per la quale sarebbe occorsa l'espressa menzione, nel provvedimento indultivo, della eliminazione degli effetti penali, oppure la concessione di un ulteriore *beneficium speciale* (CI. 9.51.2, Ant. s. d.).⁵⁵ L'*indulgentia* poteva avere riguardo ad un solo *civis* (*indulgentia specialis*, assimilabile all'odierna grazia), oppure a più persone (*indulgentia generalis*, accostabile all'indulto).⁵⁶

L'*indulgentia specialis*, concessa dal *princeps* ad un preciso destinatario dopo la sua condanna, era priva di efficacia retroattiva e non pregiudicava i diritti dei terzi.

Come esempio di grazia, si può addurre il seguente.

Teodosio II, con una costituzione del 419, conservataci in CTh. 9.40.24,⁵⁷ concesse la liberazione dal carcere e il condono della pena inflitta ad alcuni uomini, colpevoli di avere rivelato ai barbari le tecniche romane di costruzione delle navi, reato dichiarato punibile, per il futuro, con la pena capitale. Pur non costituendo una figura autonoma di reato, la fattispecie era chiaramente inquadrabile nella *maiestas*, punita con la morte. La clemenza imperiale fu, in questa circostanza, dovuta all'intercessione (*petitio*) del vescovo Asclepiade, al quale evidentemente Teodosio ritenne di non potere opporre un rifiuto, stante anche l'ormai diffusa prassi, da parte delle logore strutture imperiali, di ricorrere all'ausilio degli ecclesiastici per sostenere la pubblica amministrazione.

⁵³ Come nel celebre caso della *restitutio natalium* concessa (per rendere lecite le nozze del nipote Giustiniano con Teodora) dall'imperatore Giustino a tutte le ex-attrici pentite e dedite ad una vita onesta (CI. 5.4.23, a. 520-523).

⁵⁴ Il lessico delle cancellerie è costante: CI. 9.51.12 (Diocl. et Maxim., s. d.) e 13 (Const., a. 321). Anche in I. 1.12.1 la *restitutio* si fa derivare dalla *indulgentia principis*.

⁵⁵ In letteratura, Falchi, *Diritto penale*² (nt. 41) 230 s.

⁵⁶ Sul punto, Rocco, *Amnistia* (nt. 43) 28, 33.

⁵⁷ Su cui rinvio, per una più ampia trattazione, a M. Bianchini, *Caso concreto e lex generalis. Per lo studio della tecnica e della politica normativa da Costantino a Teodosio II*, Milano 1979, 55 ss., 115; Lovato, *Il carcere* (nt. 13) 212.

L'*indulgentia specialis* – è stato osservato – costituisce in qualche misura il precedente storico delle *lettres de grâce*, cui si ricorreva durante il periodo dell'assolutismo francese da parte del re, per i crimini che comportavano la pena di morte; così come delle *lettres d'abolition*, che attenuavano il rigore della giustizia penale per gli illeciti meno gravi.⁵⁸ In Italia,⁵⁹ l'istituto delle lettere di abolizione è stato applicato nel Regno di Sardegna, nel Regno delle due Sicilie, a Piombino. Si trattava di forme di clemenza individuale, esercitata in favore di un singolo reo, e concesse a seguito di una supplica. Le lettere di abolizione presupponevano che il processo non si fosse ancora concluso, estinguevano l'azione penale e cancellavano l'imputazione. Le lettere di grazia, invece, incidevano sulla condanna.

5. *Indulgentia generalis, abolitio publica*: alle radici storiche del condono generale

Veniamo ora ai provvedimenti di carattere generale, di ben maggiore interesse ai fini dello studio delle politiche deflattive.

In Roma, l'*indulgentia generalis* e l'*abolitio publica* non costituiscono probabilmente formule espressive sinonimiche. L'*indulgentia* veniva accordata in un primo tempo dal Senato mediante senatoconsulto, poi sempre più spesso con provvedimento imperiale, in occasione di lieti eventi, quali nascite, anniversari, ricorrenze religiose, vittorie militari etc.⁶⁰ Sul piano della loro natura giuridica, queste 'indulgenze' ci si presentano in una veste non in tutto chiara e anzi oscillante – se si vogliono usare le categorie moderne – tra l'amnistia e l'indulto: in linea di massima, alle indulgenze generali conseguiva la liberazione dal carcere di tutti i detenuti, tranne quelli accusati dei reati più gravi.

L'esclusione dal beneficio dei reati di maggiore gravità vanta una lunga tradizione, risalente ai diritti greci, dai quali peraltro ci deriva il termine e la nozione di 'amnistia' ('assenza di ricordo', 'dimenticanza', 'perdono').⁶¹ Già Lisia,

⁵⁸ A. Esmein, *Course élémentaire d'histoire du droit français des origines à la Révolution*, Paris 1882, 434 ss.

⁵⁹ Riferimenti storici in P. Nocito, s.v. *Abolizione dell'azione penale – Lettere di abolizione*, in *Dig. it.* I, Torino 1884, 93 ss., spec. 103 ss.

⁶⁰ Sulle *abolitiones* pasquali v. ora D.A. Centola, *Alcune osservazioni sui provvedimenti imperiali di clemenza in occasione della Pasqua*, in *Koinonia* 39, 2015, 411 ss., con ampio ragguaglio bibliografico; F. Fasolino, *Indulgentia principis ed emenda: aspetti della politica criminale nell'Impero romano tra IV e VI sec. d.C.*, in *Vergentis* 4, giugno 2017, 179 ss., spec. 187 ss.

⁶¹ Dettagliata trattazione in C. Milani, *Il lessico della vendetta e del perdono nel mondo classico*, in M. Sordi (a cura di), *Amnistia perdono e vendetta nel mondo antico*, Milano 1997, 3 ss., spec. 11. Il

con riferimento ad alcune vicende giudiziarie e al conseguente dibattito amnistiale, pone una netta distinzione tra quanti si possono considerare meritevoli di amnistia e quanti, invece, avendo compiuto atti di estrema gravità, vanno esclusi dal godimento di un perdono ingiustificato e immeritato.⁶² Nel dibattito accesosi all'epoca, paiono evidenti gli sforzi di sceverare i reati amnestiabili da quelli che, per la loro gravità, devono essere regolarmente perseguiti in giudizio.

Tornando ora all'esperienza romana, è significativo – al fine di ricostruire la natura giuridica degli atti di clemenza – il ricorso ai due diversi vocaboli, *indulgentia* e *abolitio*. L'*indulgentia* (termine utilizzato dai compilatori teodosiani per denominare il titolo trentottesimo del libro nono, *De indulgentiis criminum*) allude alla liberazione, a una sorte di immunità; mentre *abolescere* e la forma più tarda *abolere* indicano in origine il 'ridurre a niente', il 'fare dimenticare', ma poi assumono l'accezione tecnico-giuridica di 'cancellare l'illecito', 'cancellare l'azione penale'. In realtà, la sovrapposizione e l'uso promiscuo dei due vocaboli (*indulgentia* e *abolitio*) nelle fonti giuridiche ha finito per rendere poco chiaro, ed infatti ancora attualmente molto discusso, il punto se l'*indulgentia / abolitio publica generalis* determinasse soltanto la sospensione dell'azione penale in corso, oppure l'abbandono della stessa. In questa prospettiva, si deve ritenere che il provvedimento annullasse il procedimento penale, ma che si potesse in seguito dare luogo ad una nuova accusa per lo stesso fatto: l'abolizione arrestava la causa penale, la quale poteva però riproporsi una volta cessato l'impedimento. Ma non è escluso, dato il tenore delle fonti, che, magari soltanto in qualche caso o in specifici momenti storici, questi provvedimenti implicassero l'estinzione del reato.⁶³

Il criterio terminologico ci soccorre soltanto in parte. Il vocabolo greco *amnestia* (cui è correlato il verbo *amnestéo*, dimentico), adoperato in senso tecnico-giuridico nelle fonti greche da Plutarco in poi (Plut. *Cic.* 42; *Ant.* 14), trova la sua traduzione latina più propria, secondo Vop. *Aur.* 39, nel termine *oblivio*

primo esempio di *amnestia* risale alla legge di Solone (Plut. *Sol.* 19), il quale restituì i diritti civili a tutti coloro che li avevano persi, tranne a chi ne fosse stato privato per avere commesso assassinio o atti di tirannia.

⁶² V. soprattutto l'orazione XXVIII del *corpus* lisiano, *contro Ergogle*, § 11, in cui Lisia implora i giudici affinché Ergocle non resti impunito. Ampia rassegna e discussioni di fonti greche sul tema in C. Bearzot, *Criteri alternativi di applicazione dell'amnistia in Lisia*, in Sordi (a cura di), *Responsabilità* (nt. 39) 111 ss., spec. 140 ss. In relazione all'orazione XXV di Lisia, v. Ead., *Lisia e l'amnistia: l'orazione XXV e il suo sfondo politico*, in Sordi (a cura di), *Amnistia* (nt. 61) 59 ss.

⁶³ Ritengono che non avesse l'effetto di cancellare il reato Nocito, s.v. *Abolizione* (nt. 59) 93 ss.; Falchi, *Diritto penale*² (nt. 41) 233 s., da cfr. con C. Ferrini, *Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale*, Milano 1902, 338; Rocco, *Amnistia* (nt. 43) 20 ss.; V. Manzini, *Trattato di diritto penale romano*, III, Torino 1981, 424 ss.; v. ora Fasolino, *Pena* (nt. 36).

(Cic. *Phil.* 1.1.1; Corn. Nep. *Thras.* 3), anche se ricorrono pure *venia et oblivio* (Svet. *Claud.* 11) e *abolitio facti* (Svet. *Tib.* 4).⁶⁴ In realtà, i Greci usarono il vocabolo *amnestia* assai poco. Esso fu diffuso da Cicerone ed ebbe fortuna in prevalenza tra gli scrittori romani, mentre vi si ricorse solo occasionalmente nei provvedimenti ufficiali. Le sole “amnistie nel senso moderno del termine sono ... quella annunciata, secondo Erodiano, da Macrino nel suo discorso iniziale al senato e quella concessa, secondo Dione, da Elagabalo a chi aveva offeso la memoria di Caracalla; però in entrambi i casi i due storici usano termini diversi”.⁶⁵ Come osserva Giuliano Crifò,⁶⁶ le fonti romane non fanno ricorso a vocaboli specifici, tecnici e ricorrenti in modo costante per indicare indulgenza, perdono e grazia in campo giuridico, ponendo piuttosto attenzione alla descrizione del caso o della singola disposizione imperiale. Seguire un criterio strettamente terminologico sarebbe pertanto fuorviante. D'altra parte, purtroppo neppure lo studio dei contenuti risulta sempre risolutivo: molti dei provvedimenti riprodotti nei codici tardoantichi hanno una natura giuridica poco chiara (forse per i tagli subiti dai testi originari per mano dei compilatori) o ibrida.

Al fine di orientarsi, pure se solo approssimativamente, in questa intricata materia, occorre innanzitutto tenere ben presenti le poche distinzioni operate nei testi giurisprudenziali⁶⁷ tra le varie *abolitiones*: *abolitio privata*, *abolitio publica*, *abolitio ex lege*. L'*abolitio privata* consisteva nella desistenza dall'accusa, autorizzata dal magistrato, e richiede una trattazione a parte, in quanto non pertinente al tema delle indulgenze generali; l'*abolitio publica*, che qui invece rileva, veniva concessa dal Senato con senatoconsulto o dall'Imperatore in occasione di festeggiamenti pubblici e sortiva l'effetto di eliminare le accuse pendenti (*abolitio reorum*) per tutti i reati o per alcuni reati; l'*abolitio ex lege* era quella disposta dalla legge per morte dell'accusatore o per suo impedimento *ex iusta causa* (D. 48.16.10 pr., 12-13).

Nell'ambito dell'*abolitio publica*, interviene nel corso del IV sec. d.C. una ulteriore distinzione, quanto alla natura giuridica, tra la figura dell'indulgenza pa-

⁶⁴ *Amplius* M. Sordi, *La fortuna dell'amnestia del 403/2 a.C.*, in Sordi (a cura di), *Amnestia* (nt. 39) 79 ss., 85 ss.; Milani, *Il lessico* (nt. 60) 11 s.

⁶⁵ C. Minelli, *Le amnistie imperiali del III secolo*, in Sordi (a cura di), *Amnestia* (nt. 61) 137 ss., spec. 139.

⁶⁶ G. Crifò, *Lessico del perdono nel diritto romano*, in K. Härter / C. Nubola (a cura di), *Grazia e giustizia. Figure della clemenza fra tardo medioevo ed età contemporanea*, Bologna 2011, 71 ss., spec. 73.

⁶⁷ D. 48.16.8 (Pap. 2 *de adult.*); D. 48.16.9 (Macer 2 *publ.*); D. 48.16.12 (Ulp. 2 *de adult.*); in letteratura, fondamentale W. Waldstein, *Untersuchungen zum römischen Begnadigungsrecht. Abolitio-indulgentia-venia*, Innsbruck 1964, 88 ss., 181 ss.; v. ora M. Raimondi, *Gioia interiore e solennità pubblica: considerazioni sull'introduzione delle 'amnistie pasquali'*, in Sordi (a cura di), *Responsabilità* (nt. 39) 267 ss., spec. 270 s.; Centola, *Alcune osservazioni* (nt. 60) 413 ss., con altra letteratura.

squale, di ispirazione prettamente religiosa, e le altre forme di *abolitio publica*. Solo la prima, come constateremo, eliminava le cause pendenti e rendeva impossibile la riproposizione dell'accusa, avendo estinto il reato. Mentre l'*abolitio publica* non concessa per la Pasqua aveva ben diverse caratteristiche: a seguito di *abolitio* il processo veniva sospeso (*nomen rei aboletur postulante reo*: D. 48.2.3.4)⁶⁸ e l'imputato rilasciato, ma la cancellazione non era necessariamente definitiva,⁶⁹ perché a seguito di *abolitio publica* l'accusa era riproponibile entro trenta giorni dal giorno finale dell'impedimento, secondo le disposizioni di Traiano,⁷⁰ anche dal primo accusatore⁷¹ (mentre in caso di *abolitio privata* colui il quale avesse chiesto di ritirarsi non poteva riproporre la medesima accusa).⁷² Se l'accusa veniva nuovamente mossa, non era consentito riprendere il processo se non dopo trenta giorni a decorrere dall'ultimo giorno feriale e all'accusatore era interdetto l'opporre eccezioni che non fossero state già sollevate.⁷³ Qualora invece il tempo stabilito fosse trascorso senza riproposizione dell'accusa, il nome dell'imputato veniva cancellato dalle tavole dell'accusa (*eripere ex reis, eximere ex reis*). Quanto esposto consente di concludere che l'*abolitio publica* (non pasquale) di regola comportava la sospensione del procedimento penale (sospensione passibile di divenire definitiva), ma non l'estinzione del reato. Fatte salve, però, le dovute eccezioni.

Numerosi sono gli esempi di *abolitiones publicae* (non pasquali),⁷⁴ per le quali non ci risulta alcun proposito di mera provvisorietà del condono. Un primo gruppo di provvedimenti si caratterizza come perdono concesso a nemici ancora in armi o in qualche misura pericolosi, al fine di ottenerne la resa o l'appoggio.⁷⁵ Con riguardo a questa tipologia, Erodiano (*hist.* 3.4.7) qualifica 'amnistia' l'indulgenza concessa nel III secolo da Settimio Severo ai seguaci di Pescennio Nigro, fuggiti presso i Parti, per convincerli a tornare indietro; ma anche il provvedimento con cui Elagabalo promise indulgenza ai soldati del suo

⁶⁸ D. 48.2.3.4 (Paul. 3 *de adult.*).

⁶⁹ Falchi, *Diritto penale*² (nt. 41) 233 s.

⁷⁰ D. 48.16.10.2 (Pap. 2 *de adult.*).

⁷¹ D. 48.16.7 pr. (Ulp. 8 *disp.*): *Si quis repetere velit crimen publica abolitione interveniente, eo iure repetit, quo accusabat* rell.

⁷² D. 48.16.4.1 (Pap. 15 *resp.*).

⁷³ Ferrini, *Diritto penale* (nt. 63) 338; Rocco, *Amnistia* (nt. 43) 21; Nocito, s.v. *Abolizione* (nt. 59) 96.

⁷⁴ Su cui v. A. Di Mauro Todini, *Indulgentia principis in età tardo antica: materiali e prospettive di ricerca*, Napoli 1996, 157 ss., 183 ss.; Raimondi, *Gioia interiore* (nt. 67) 281 ss.; Centola, *Alcune osservazioni* (nt. 60) 416.

⁷⁵ Sugli *exempla* che seguiranno, v. Minelli, *Le amnistie imperiali* (nt. 65) 137 ss.

avversario, Macrino, affinché passassero dalla sua parte (*hist.* 5.4.10); e ancora la proposta di Balbino di concedere venia ai soldati, per sedare i disordini scoppiati in Roma a causa degli scontri tra i militari seguaci di Massimino e i sudditi fedeli al Senato (*hist.* 7.12.3); infine la promessa di clemenza fatta da Massimino ai cittadini di Aquileia, purché si arrendessero (*hist.* 8.3.2) e, per il periodo immediatamente successivo alla morte di Massimino ad Aquileia, la promessa di perdono rivolta da Pupieno ai soldati del defunto, affinché passassero dalla sua parte senza creare disordini (*hist.* 8.7.6).

Altre disposizioni paiono mirate a ristabilire la pace sociale tra i sudditi e a favorire la riconciliazione tra fazioni politiche contrapposte. Cassio Dione (*hist.* 79.3.2) testimonia, per esempio, che l'Imperatore Elagabalo subito dopo la sua elezione promise a quanti avevano offeso la memoria di Caracalla, appena riabilitato, di non perseguirli in alcun modo. Lattanzio (*de mort. pers.* 34) riferisce che Galerio, con l'editto del 311, ordinò la liberazione dei cristiani che si impegnassero a non ribellarsi più all'ordine costituito. Di questi atti di clemenza non siamo in grado di ricostruire gli esatti profili giuridici.

A provvedimenti di tal genere, testimoniati dalle fonti letterarie, si affiancano altre indulgenze, volte a festeggiare qualche lieto evento di pubblica risonanza. Nel 303 Diocleziano celebrò i suoi *vicennalia* con una scarcerazione generale, secondo quanto apprendiamo da Eusebio di Cesarea.⁷⁶ Più preciso è il resoconto delle fonti giuridiche che ci soccorrono, in materia, a partire dal IV secolo. Con una disposizione conservata in CTh. 9.38.1 (a. 322), Costantino festeggiò un evento privato (il parto *Crispi et Helenae*) concedendo una *indulgentia* generale, di cui non conosciamo gli esatti profili giuridici, con esclusione di avvelenatori, omicidi e adulteri. Invece la formulazione di CTh. 9.38.2 (a. 354), contenente una costituzione emanata da Costanzo dopo la vittoria sull'usurpatore Magnenzio, sembra alludere ad una vera e propria amnistia generale, determinante, oltre la scarcerazione, pure l'estinzione dei reati. Tanto lascia intendere il riferimento alla *securitas* dei condonati (*omnia penitus amputentur ... universos ergo praecipimus esse securos exceptis quinque criminibus* rell.), ad eccezione di quelli macchiatisi dei *crimina* più gravi.⁷⁷ Da questo punto di vista, l'amnistia di Costanzo è stata accostata alle indulgenze pasquali. Ma il modello di indulgenza 'laica' che più influenzò la concezione e i criteri alla base dell'amnistia pasquale di ispirazione cristiana fu probabilmente quello dell'amnistia disposta annualmente per festeggiare il *dies natalis* dell'Imperatore con la scarcerazione dei detenuti, testimoniata da

⁷⁶ Eus. Caes. *de mart. Pal.* 2.4, su cui v. Raimondi, *Gioia interiore* (nt. 67) 281 ss.

⁷⁷ Sulla *lex*, Di Mauro Todini, *Indulgentia* (nt. 74) 169 ss.; Raimondi, *Gioia interiore* (nt. 67) 283 ss.

Gregorio di Nissa, nella terza omelia pasquale del 379 d.C.⁷⁸

A partire da questo periodo, i provvedimenti accostabili alle moderne figure dell'amnistia e dell'indulto si richiamano in massima parte ad una ispirazione religiosa, a tutto scapito delle *abolitiones* 'laiche'.

Da parte di alcuni studiosi, però, almeno parte delle *abolitiones publicae* (non pasquali) potrebbe vedersi già come il precedente storico dell'attuale amnistia, la quale 'abolisce' l'azione penale ed estingue il reato se applicata a reati con procedimenti penali ancora in corso (cd. amnistia propria), mentre estingue la sola pena se applicata ai reati già accertati con sentenza passata in giudicato (cd. amnistia impropria); ciò naturalmente sull'incerto presupposto che queste antiche indulgenze (non pasquali) si applicassero indifferentemente ai detenuti ancora sotto processo e a quelli già condannati.⁷⁹

Ai fini della *indulgentia* non erano richiesti particolari requisiti, a parte la tenuità del reato, sebbene non manchi l'esempio di provvedimenti non pasquali, volti alla scarcerazione generale dei detenuti, e vevoli per tutti i crimini (*omnium criminum reos relaxari praecipimus*: CTh. 9.38.12, a. 410 [?]).⁸⁰ L'*abolitio*, comunque, non aveva mai la stessa efficacia della *restitutio*. Il dato è di particolare rilievo, perché i caratteri della tradizionale *abolitio publica generalis* si trasmisero in larga parte alle indulgenze pasquali.

6. Le indulgenze di ispirazione religiosa

Le *abolitiones* fin qui ricordate ebbero carattere straordinario, ad eccezione di quelle – menzionate da Gregorio di Nissa – annualmente disposte dagli Imperatori per il festeggiamento del proprio compleanno. Ricalcando probabilmente questa prassi, gli Imperatori cristiani introdussero *abolitiones* ordinarie e periodiche, ispirate al mistero della resurrezione pasquale. Le prime tracce delle indulgenze pasquali risalgono a tempi lontani: nel Vangelo è menzionato il *beneficium paschale* del quale si avvantaggiò Barabba.⁸¹ Ma con Valentiniano I le indulgenze pasquali assunsero una veste in qualche misura assimilabile ad una vera e propria amnistia, concessa quale 'dono' imperiale, all'insegna dell'ideale cristiano del perdono.

⁷⁸ Greg. Nyss. *resurr.* III (PG XLVI 658).

⁷⁹ Dettagli in Lovato, *Il carcere* (nt. 13) 17, 202 ss.; Centola, *Alcune osservazioni* (nt. 60) 411 ss. con fonti e altra letteratura.

⁸⁰ Così pure CTh. 9.38.10 (a. 400 [405]): Raimondi, *Gioia interiore* (nt. 67) 284.

⁸¹ Ma il beneficio tuttavia aveva ad oggetto all'epoca la liberazione di una sola persona, su richiesta del popolo e successiva decisione discrezionale del magistrato: v. sul punto Fasolino, *Indulgentia principis* (nt. 60) 189 e nt. 21, con Autori ivi citati.

Il più antico provvedimento imperiale di clemenza riguarda la parte occidentale dell'Impero. Accordato in occasione della Pasqua del 367 d.C., esso è indirizzato al *praefectus urbi* Vivenzio, ed è conservato in CTh. 9.38.3 (a. 367 [369]), sotto il titolo *De indulgentiis criminum*.⁸² Valentiniano I dispone quale *munus* – e l'idea del dono collima perfettamente con la visione paternalistica dell'atteggiamento imperiale – la liberazione dalle carceri di tutti i detenuti (*Ob diem paschae, quem intimo corde celebramus, omnibus, quos reatus adstringit, claustra dissolvimus*), probabilmente anche mirando ad uno sfoltimento della popolazione carceraria. Non è chiaro se ad avvantaggiarsi del beneficio fossero soltanto gli accusati in stato di carcerazione preventiva (è questa però l'interpretazione comunemente accolta), o anche gli imputati già condannati e in attesa di esecuzione. Comunque, venivano esclusi dal beneficio i *rei* di *maiestas*, di *sacrilegium*, violatori di sepolcri, avvelenatori, adulteri, rapitori, omicidi.

Al 368 (o 370) d.C. risale il secondo intervento di clemenza in occasione della Pasqua. La *lex* di Valentiniano I, indirizzata al prefetto urbano Olibrio e sistemata come CTh. 9.38.4, è intesa ad 'assolvere' (*absolvamus*) tutti i detenuti tormentati dall'attesa del processo penale (*aegra expectatio quaestionis*) e dal terrore della pena (*poenae formido*). Questa seconda espressione potrebbe alludere ad imputati già condannati e detenuti in attesa dell'esecuzione della pena.⁸³ Anche Valentiniano richiama ed applica le norme antiche (*decretis veterum*), per escludere dal beneficio gli autori dei reati più gravi.

Negli anni successivi l'indulgenza pasquale diviene una prassi, che con il tempo si consolida al punto da diventare un modo consueto per celebrare la ricorrenza religiosa. La cadenza liturgica viene allora pienamente istituzionalizzata come festività da celebrare pure con la remissione delle colpe, e dunque con la liberazione dei prigionieri, grazie alla *indulgentia mansuetudinis* imperiale.⁸⁴

La finalità della redenzione, propria dell'amnistia pasquale, viene esplicitata nel 381 d.C. da Graziano e Valentiniano II (CTh. 9.38.6): l'*indulgentia*, di cui si può usufruire soltanto una volta⁸⁵ – ammonisce la cancelleria imperiale –, costituisce un'occasione per emendarsi (... *qui inpunitatem veteri admissi non emendationi potius quam consuetudini deputarunt*). La natura giuridica del prov-

⁸² Sul provvedimento, Lovato, *Il carcere* (nt. 13) 202 s., il quale sottolinea il fine di decongestionamento delle prigioni, che tuttavia non è esplicitato dal legislatore; Centola, *Alcune osservazioni* (nt. 60) 414 ss., 421 s.

⁸³ In questo senso Waldstein, *Untersuchungen* (nt. 67) 216 nt. 63; Raimondi, *Gioia interiore* (nt. 67) 273.

⁸⁴ Così Lovato, *Il carcere* (nt. 13) 204 s.

⁸⁵ Ampia discussione in Lovato, *Il carcere* (nt. 13) 203; M.L. Navarra, *La recidiva nell'esperienza giuridica romana*, Torino 2015, 172 ss.

vedimento non è molto chiara. Nonostante il ricorso al termine *remissio*, la *lex* dispone semplicemente la scarcerazione dei detenuti. Dalla *remissio* risultano esclusi non soltanto i rei dei crimini più gravi, ma anche – e questo costituisce un elemento di novità – coloro che abbiano reiterato una condotta illecita (non necessariamente la medesima). L'amnistia non si applica dunque, potremmo dire con terminologia moderna, in caso di recidiva generica,⁸⁶ sempre che la disposizione faccia riferimento ad imputati già condannati, come sembra indicare l'espressione *sub absolute damnatis indultum* rell. Quanto ai motivi ispiratori della *lex*, appare chiaro che alla benevolenza imperiale (nel 381 denominata *indultum* e *remissio*) debba corrispondere un percorso di purificazione interiore del colpevole, mirato al suo pieno ravvedimento.⁸⁷ Perdono e cambiamento di vita costituiscono il binomio nel quale si sostanzia il rinnovamento cristiano della Pasqua, in una visione paternalistica del potere imperiale. Ma la disposizione in oggetto assolve pure ad una funzione pratica, peraltro enunciata a chiare lettere⁸⁸ nella *lex*: quella di richiamare gli autori di scelleratezze varie (*flagitia*) a non fare eccessivo affidamento sulla reiterazione delle indulgenze pasquali e a non interpretare la *humanitas* e la *liberalitas* imperiali come un tacito invito a delinquere nuovamente, in attesa della successiva amnistia.⁸⁹ Possiamo allora concludere che il provvedimento in questione può accostarsi alla cd. amnistia impropria, in quanto mirato alla scarcerazione e alla estinzione della pena, lasciando però integri gli altri effetti penali della condanna (che resta titolo ai fini della dichiarazione di recidiva e di abitualità).

Nel 380 o 381 d.C. Teodosio I indirizza al prefetto del pretorio Eutropio un provvedimento di indulgenza pasquale, conservatoci in *Const. Sirm.* 7, i cui contenuti – è stato osservato – sembrano avvicinarsi molto alle due moderne figure dell'amnistia e dell'indulto.⁹⁰ L'Imperatore prevede l'indulto (*indultio*) provando commiserazione per quanti vivono nel terrore dell'imminente supplizio (*illos, quos imminenti supplicii terror exagitat*) e dispone che essi vengano restituiti ad una vita normale con perpetua certezza della remissione delle loro colpe (*insperatae*

⁸⁶ Navarra, *La recidiva* (nt. 85) 172 ss.

⁸⁷ V. sul punto Lovato, *Il carcere* (nt. 13) 203. L'intento di incoraggiare, attraverso un atto di benevolenza, alla conduzione di una vita più retta, è espresso a chiare lettere anche in una costituzione di Teodosio I, non inclusa nel Codice Teodosiano: con il provvedimento in *Const. Sirm.* 7 (su cui v. ora Fasolino, *Indulgentia principis* [nt. 60] 193 ss.) in occasione delle festività pasquali si concesse un inatteso indulto (*insperatae miserationis indultio*) tanto ai detenuti già condannati e terrorizzati dall'imminente supplizio, cui veniva condonata la pena (*noxas remittimus*), quanto agli altri reclusi.

⁸⁸ V. il tratto *ne-deputarunt*.

⁸⁹ Sottolinea l'ammonimento Centola, *Alcune osservazioni* (nt. 60) 428.

⁹⁰ Per la difficoltà di distinguere, in questa legge, la distinzione tra condono della pena ed estinzione del reato, cfr. Waldstein, *Untersuchungen* (nt. 67) 190 s.

miserationis indultio securitati perpetuae restitutos ad communis vitae gaudia depulsa culparum acerbitate perducatur). Il condono delle pene (*noxas remittimus*), precisa la cancelleria, ha lo scopo di orientare i beneficiati verso un comportamento migliore, affinché non osino compiere più nulla di pericoloso. Dal provvedimento di clemenza sono esclusi, per volontà imperiale, i soliti *quinque crimina*. Tutti gli altri detenuti devono essere scarcerati e restituiti al loro precedente *status*.

Tra gli elementi di spicco del provvedimento vi è la condizione dei destinatari dell'indulgenza: la remissione delle pene e, sembra, l'estinzione del reato (vi allude la menzione della *securitas*) vengono stabiliti anche in favore di chi è detenuto in carcere per essere già stato condannato.⁹¹ Con terminologia moderna, potremmo qualificare questa disposizione come una amnistia impropria.

Con *Const. Sirm.* 8, su cui si ritornerà più avanti, oltre ad ordinarsi la liberazione dei reclusi, viene prevista una amnistia per quanti, in esilio o condannati *ad metalla*, stessero scontando la pena senza essere necessariamente detenuti in carcere (*catenis levamus, exilio solvimus, a metallo abstrahimus, deportatione liberamus*).⁹² Anche in questo caso il provvedimento presenta i caratteri dell'amnistia impropria e sembra mirato all'estinzione della pena.

Nel 384, Valentiniano II promulga una *lex*, indirizzata al vicario Marciano, in cui stabilisce la liberazione dal carcere di tutti gli accusati e i già condannati per reati meno gravi (CTh. 9.38.7).⁹³ Similmente a quanto osservato con riguardo alle due precedenti disposizioni, l'amnistia di Valentiniano II beneficia tanto i detenuti in attesa di giudizio quanto quelli già condannati (... *ut omnes omnino periculo carceris metuque poenarum eximi iuberemus, qui levioere crimine rei sunt postulati* rell.). Sono esclusi dall'indulgenza, come al solito, i crimini più gravi, tra i quali però nel 384 figura anche la falsificazione di moneta.

Con una legge del 385 d.C., in Occidente l'indulgenza perde il suo originario carattere occasionale e imprevedibile, per trasformarsi in beneficio permanente, a cadenza fissa: Valentiniano II indirizza al prefetto del pretorio Neoterio una costituzione con cui prescrive ai giudici di procedere annualmente, in coincidenza con le festività pasquali, alla liberazione dei detenuti, senza dovere attendere l'emanazione di ulteriori specifici provvedimenti.⁹⁴ La disciplina ricalca le precedenti disposizioni.

⁹¹ Lo nota anche Raimondi, *Gioia interiore* (nt. 67) 274.

⁹² Cenni in Raimondi, *Gioia interiore* (nt. 67) 274.

⁹³ Sulla disposizione, Lovato, *Il carcere* (nt. 13) 203 s.; Di Mauro Todini, *Indulgentia principis* (nt. 74) 218 ss.

⁹⁴ Sulla legge di Valentiniano II, v. F. Fasolino, *Osservazioni in tema di certezza del diritto e della pena nell'ambito del sistema di repressione criminale tra IV e V sec. d.C.*, in *Koinonia* 40, 2016, 583 ss., spec. 607; Id., *Indulgentia principis* (nt. 60) 196 ss.

Dal beneficio della clemenza imperiale risultano perciò esclusi i recidivi ‘impropri’ (CTh. 9.38.6, a. 381), coloro che dopo la prima sentenza di condanna avessero violato nuovamente la legge (CTh. 9.38.10, a. 400 [405]) e i responsabili dei delitti considerati più gravi (*scaelera saeviora*) e perciò non amnestiabili, ovvero *maiestas*, sacrilegio, omicidio, veneficio, incesto, adulterio, rapimento di vergine (CTh. 9.38.6, a. 381; CTh. 9.38.8, a. 385), profanazione di sepolcri, cui si aggiunge la falsificazione di monete (CTh. 9.38.7, a. 384).

Si tratta forse di una trasposizione in termini legislativi della dottrina terulliana sui peccati irremissibili oppure ci si muove ancora nell’ambito dell’antico pensiero greco?⁹⁵ Certo è che attraverso questi reiterati provvedimenti si tende a fissare un elenco (in progressivo aumento) dei *crimina* che presentano maggiori pericoli per gli assetti politico-istituzionali, per l’integrità della persona, per la morale pubblica, per l’economia e le finanze; *crimina* la cui imputazione richiedeva il protrarsi della custodia in carcere. È con criterio residuale che si addivene all’individuazione dei reati meno gravi, per i quali è consentita la restituzione della libertà personale. Al di là dei peggiori criminali, tassativamente individuati dalle leggi, nessuno più deve rimanere chiuso in carcere (CTh. 9.38.8: *omnium vincla solvatur*).

L’esclusione dei recidivi e dei delinquenti abituali dal beneficio (il recidivo in senso lato si qualificava *indignus humanitate*: CTh. 9.38.10) significa che al ‘perdono’ non corrisponde l’oblio.⁹⁶ In realtà, la clemenza imperiale non dà adito ad una vera e propria remissione, secondo una logica che già animava peraltro la dottrina di Seneca (*de clem.* 2.7.1-5): essere clementi non significa perdonare, cioè rimettere la pena meritata, ma portare il colpevole sulla strada della correzione.⁹⁷ Anzi, secondo il filosofo cordobense la pena riveste una importante funzione emendativa (Sen. *de clem.* 1.22.1-3) e deterrente al tempo stesso (Sen. *de ira* 1.15.3; 1.19.7). Ne consegue che, per Seneca, l’attività repressiva migliore è quella in cui la pena assolve al compito di emendare tanto i singoli,

⁹⁵ Tert. *de pudic.* 9.9; 19.25; *adv. Marc.* 4.9. In letteratura v. K. Baus / H. Jedin, *Storia della Chiesa*, I, Milano 1976 (rist. 2006), 419 s.; G. Rizzelli, *L’ordine dei peccati nel De Pudicitia di Tertulliano. Motivi giuridici*, in *RGDR* 16, 2011, 1 ss.

⁹⁶ Così Fasolino, *Indulgentia principis* (nt. 60) 191. L’A. (*op. ult. cit.* 200 nt. 42) ricorda altresì che questo principio, già affermato nell’ordine giuridico romano in tema di recidiva con riguardo ai reati militari, è stato poi in qualche misura recepito dal c.p. italiano, che all’art. 151, ultimo capoverso, recita: “l’amnistia non si applica ai recidivi, nei casi preveduti dai capoversi dell’art. 99, né ai delinquenti abituali, o professionali, o per tendenza, salvo che il decreto disponga diversamente.”

⁹⁷ Approfondimenti in F. Fasolino, *Poena constituitur in emendationem hominum: riflessioni sulla funzione emendatrice della pena nel tardo antico*, in *Koinonia* 39, 2015, 157 ss.; A. Manni, *Poena constituitur in emendationem hominum. Alle origini di una riflessione giurisprudenziale sulla pena*, Napoli 2017, 76 ss.

tanto la comunità. Perciò, nella tradizione romana la *generalis indulgentia* non opera una *restitutio* in senso stretto, non ripristina l'*integram atque illibatam existimationem* (CI. 9.51.7, s. d.). Questa distinzione si rivela gravida di conseguenze quando, per esempio, l'*indulgentia* si indirizza verso i *damnati ad metalla in perpetuum*, la cui condanna implica la *capitis deminutio maxima*, dunque la perdita del patrimonio, della libertà (essi risultano schiavi della pena, non dell'Imperatore: D. 49.14.12) e della cittadinanza,⁹⁸ con conseguente scioglimento del matrimonio ed estinzione delle potestà familiari. Diversa la sorte dei *damnati ad metalla ad tempus* (su cui ci informa Ulpiano in D. 48.19.8.8), i quali non perdono né la libertà né i propri beni.

Ma torniamo alla decisione imperiale di stabilizzare, in Occidente, l'ammnistia pasquale, contenuta in CTh. 9.38.8. Pochi mesi dopo, il 22 aprile 386 d.C., in Oriente Teodosio I promulga una legge già sopra citata, da noi conosciuta non attraverso il Codice di Teodosio, ma come *Const. Sirm.* 8.⁹⁹ Dopo avere richiamato, elogiandola, l'antica usanza dei benefici pasquali a cadenza annuale, l'Imperatore dichiara di volere andare oltre le consuete indulgenze, perché non è un bene che durante le cerimonie festive e la celebrazione dei riti si levino le voci degli infelici. Dispone pertanto la liberazione di quasi tutti coloro che sono stati incarcerati per la severità delle leggi e inoltre il condono delle pene ai condannati all'esilio, alla deportazione, o ai lavori forzati nelle miniere.

Per quanto ci risulta, è questo il primo provvedimento imperiale in cui si dispone il condono della pena pure a chi non sia detenuto nelle carceri. L'intervento deflattivo fuoriesce dunque dall'ambito della 'decarcerizzazione' e della 'deprocessualizzazione'. Ed è in relazione a questo ampliamento dei beneficiari che la cancelleria qualifica le disposizioni contenute nella *lex* come *generales indulgentiae*. Inoltre, Teodosio precisa che detta liberazione debba avvenire non soltanto nel giorno di Pasqua, ma anche nei giorni precedenti e successivi. Sono esclusi dal beneficio imperiale, come di consueto, gli autori dei crimini più gravi, tra cui maghi e falsificatori di monete. Il mancato inserimento di questa costituzione tanto nel Codice di Teodosio, tanto nel Codice di Giustiniano, fa comprendere che si tratta di un provvedimento di carattere eccezionale, che non consegue neppure in seguito alcuna forma di 'stabilizzazione'. Nel complesso, *Const. Sirm.* 8, per i suoi tratti caratteristici, ricorda le amnistie generali di età precristiana, disposte da Alessandro Severo, Filippo l'Arabo, Diocleziano.¹⁰⁰

⁹⁸ D. 48.19.8.4 (Ulp. 9 *de off. proc.*); D. 28.1.8.4 (Gai. 17 *ad ed. prov.*); D. 50.13.5.3 (Call. 1 *de cogn.*).

⁹⁹ Sul testo, per quanto qui rileva, Waldstein, *Untersuchungen* (nt. 67) 193 s.; Di Mauro Todini, *Indulgentia principis* (nt. 74) 227 ss.

¹⁰⁰ CI. 9.51.4 (Alex., s. d.), 7 (Phil., s. d.), 9 (Diocl. et Maxim., s. d.), su cui v. Raimondi, *Gioia interiore* (nt. 67) 280 s.

Nel Codice di Giustiniano ancora si conserva traccia di queste indulgenze pasquali. I compilatori bizantini hanno però riprodotto in un'unica *lex* (in CI. 1.4.3, a. 385), collocata sotto il titolo *De episcopali audientia et de diversis capitulis, quae ad ius curamque et reverentiam pontificalem pertinent*, i contenuti di CTh. 9.38.8 e la sola parte finale di CTh. 9.38.6. Ne risulta reiterata la liberazione annuale dei prigionieri per intervento dei giudici, con esclusione dei reati più gravi, dei recidivi e dei delinquenti abituali.¹⁰¹

8. La funzione delle amnistie romane: perdono cristiano o agevolazione della macchina repressiva?

La lettura delle costituzioni passate in rassegna evidenzia che i provvedimenti generali di clemenza occasionati dalla Pasqua si caratterizzano per uno spiccato spirito umanitario e religioso, legato alla nuova idea di emenda (una correzione, cioè, che deriva dallo spirito misericordioso imperiale, piuttosto che dalla espiazione integrale della pena), ma, al tempo stesso, per la loro funzione politica e per un marcato intento propagandistico. All'interno dei testi normativi ricorrono frequenti i richiami alla clemenza imperiale e viene sottolineato il potere di grazia e di indulto esercitato dall'Imperatore, al quale piace rappresentarsi come padre e sommo protettore dei suoi sudditi.¹⁰² Già Teodosio I – si è di recente osservato¹⁰³ – esplicita in modo molto efficace “il parallelo tra la grazia divina, che rimette i peccati, e il potere di cancellare i reati e condonare le pene, riservato esclusivamente all'imperatore. Significativo è anche il mutamento della terminologia impiegata: viene abbandonato il termine *abolitio*, che nel suo significato tecnico indicava il venir meno dell'azione penale, e ad esso viene preferito quello più generale di *indulgentia*, applicabile senza distinzione ai provvedimenti di grazia tanto precedenti quanto successivi alla sentenza”.

Ma quanto influì sulle leggi di 'decarcerizzazione' il ben diverso problema pratico del sovraffollamento carcerario e delle condizioni disumane della prigionia? Sul piano storico, la questione è certamente controvertibile. Da un lato, correttamente si mette in guardia dal credere che le *indulgentiae* imperiali siano valutabili come provvedimenti mossi in via esclusiva dall'adesione ai valori cristiani,¹⁰⁴

¹⁰¹ Sul testo giustiniano, Waldstein, *Untersuchungen* (nt. 67) 191 s.; Navarra, *La recidiva* (nt. 85) 177 s.

¹⁰² Così Centola, *Alcune osservazioni* (nt. 60) 426.

¹⁰³ Fasolino, *Osservazioni* (nt. 94) 608.

¹⁰⁴ V. al riguardo M. Bianchini, *Cadenze liturgiche e calendario civile fra IV e V secolo. Alcune considerazioni*, in *AARC* 6, 1986, 241 ss., spec. 247.

sottolineando che “il linguaggio legislativo tardo imperiale nasconde spesso le situazioni più difficili o delicate dietro il velo della precettistica moraleggiante”¹⁰⁵ e ricorre alla retorica quale “mezzo espressivo ma anche persuasivo ed educativo.”¹⁰⁶ Perciò, oltre al movente politico, si segnalano, quali fattori causanti gli interventi di grazia, amnistia, indulto, anche le gravi carenze dell'organizzazione carceraria dell'epoca,¹⁰⁷ l'esigenza di sfoltimento delle prigioni, di uno snellimento dei processi, di una maggiore rapidità della fase istruttoria, della diminuzione degli abusi nell'ambito della repressione criminale.

Non si può negare il buon fondamento di questi rilievi. Sin dall'età repubblicana il sovraffollamento carcerario conseguiva in buona parte all'abuso del diritto di accusa, che si traduceva nella celebrazione di processi inutili, per la incapacità degli accusatori di dimostrare le proprie affermazioni. Con scarsi risultati la legislazione dell'età repubblicana e imperiale tentò di sradicare questo malcostume:¹⁰⁸ i procedimenti penali messi in moto da accuse calunniose si concludevano con l'assoluzione dell'imputato, il quale però nel frattempo restava soggetto alla carcerazione preventiva.

La maggior parte di queste disfunzioni del sistema repressivo e le pessime condizioni di vita all'interno delle carceri si possono intuire dai resoconti delle fonti letterarie,¹⁰⁹ mentre soltanto raramente – e quando risulta davvero inevitabile – vengono esplicitate dal legislatore (una eccezione in tal senso è costituita dalla costituzione costantiniana in CTh. 9.3.1, che esaminerò in altra sede).

Cipriano descrive con dovizia di particolari le sofferenze dei detenuti, dovute alla immobilizzazione per incatenamento (*ep.* 76.2). Con riguardo agli anni compresi tra il 371 e il 375, Ammiano Marcellino (*res gestae* 29.1.13) narra di prigioni sovraffollate, luoghi malsani dove le sofferenze risultavano talmente insopportabili da indurre molti detenuti al suicidio per impiccagione. Non diversamente si esprime Libanio (*or.* 45.7 ss.), il quale riferisce di carceri piene di detenuti, resi oggetto di violenze e soprusi di ogni sorta, costretti a vivere di priva-

¹⁰⁵ Lovato, *Il carcere* (nt. 13) 204 nt. 74.

¹⁰⁶ G. Crifò, *A proposito di humanitas*, in M.J. Schermaier / V. Zoltan (a cura di), *Ars boni et aequi. Festschrift für Wolfgang Waldstein zum 65. Geburtstag*, Stuttgart 1993, 80 ss., spec. 90.

¹⁰⁷ Cenni in J. Gaudemet, *Droit et société aux derniers siècles de l'Empire romain*, Napoli 1992, 35; Centola, *Alcune osservazioni* (nt. 60) 420 s.; 435 s.; Fasolino, *Osservazioni* (nt. 94) 608; Id., *Indulgentia principis* (nt. 60) 201.

¹⁰⁸ Rinvio, sul tema, alle approfondite trattazioni di L. Fanizza, *Delatori e accusatori: l'iniziativa nei processi di età imperiale*, Roma 1988; B. Santalucia, *Costantino e i libelli famosi*, in *Index* 26, 1998, 185 ss.; D.A. Centola, *Il crimen calumniae. Contributo allo studio del processo criminale romano*, Napoli 1999.

¹⁰⁹ Di cui ampia disamina in De Salvo, *Giudici* (nt. 17) 485 ss.; v. anche Centola, *Alcune osservazioni* (nt. 60) 436.

zioni alimentari e in condizioni igieniche pessime. La reclusione si protraeva per periodi talmente lunghi, da provocare la morte dei prigionieri per stenti e atroci sofferenze.

Dunque, sebbene le disposizioni imperiali di clemenza mirate alla scarcerazione dei detenuti non facciano alcuna menzione dell'esigenza pratica di svuotare le prigioni, i resoconti delle succitate fonti letterarie ci istruiscono con sufficiente precisione sullo stato di grave malessere delle carceri.

Sul piano della tecnica legislativa, si può osservare che l'amnistia tardoantica conserva solo parte dell'antica struttura dell'*abolitio generalis*. Essa inoltre assume una diversa natura giuridica – ha dimostrato Wolfgang Waldstein – la quale tuttavia ci si presenta instabile, suscettibile di non poche e sensibili variazioni, di anno in anno. La principale differenza tra le *abolitiones publicae* pre-cristiane e le amnistie pasquali risiede nel fatto che, mentre le vecchie *abolitiones* concesse con senatoconsulto per festeggiare eventi e ricorrenze liete per il popolo romano consentivano il rinnovo dell'accusa nei confronti dei beneficiari del provvedimento, le amnistie pasquali non prevedono più questa possibilità;¹¹⁰ esse risultano quindi molto più favorevoli ai destinatari dell'indulgenza. Le amnistie pasquali inizialmente danno luogo alla scarcerazione dei detenuti in attesa di giudizio e ad una abolizione delle accuse pendenti per i *crimina* meno gravi (accuse peraltro non rinnovabili, perché il provvedimento di clemenza garantisce la *securitas* al beneficiario). In progresso di tempo, i provvedimenti *ob diem paschae* prevedono pure il condono delle pene in favore di imputati già condannati e detenuti in carcere perché in attesa della esecuzione della pena. In un caso si dispone, anziché la sola scarcerazione, persino il condono delle pene (non detentive) che i rei stanno già scontando (purché in relazione a reati di non estrema gravità). Ma il condono generale delle pene delle quali si è già iniziata l'espiazione è destinato a restare un evento eccezionale.

In definitiva, l'amnistia pasquale si caratterizza per un nuovo, preciso carattere morale¹¹¹ e squisitamente religioso,¹¹² che lascia soltanto intravedere, sullo sfondo, preoccupazioni di carattere amministrativo e politico. L'*indulgentia* infatti, insieme all'*humanitas* (è proprio l'*humanitas* a costituire il fondamento del potere di indulgenza: CTh. 9.38.6),¹¹³ alla *mansuetudo*, alla *clementia*, contribuisce a co-

¹¹⁰ Così Waldstein, *Untersuchungen* (nt. 67) 188 ss., 216, il quale ha fornito convincente dimostrazione di tale assunto, contro una tralaticia *communis opinio*, ormai abbandonata.

¹¹¹ C. Ventrella Mancini, *Tempo divino e identità religiosa. Culto rappresentanza simboli dalle origini all'VIII secolo*, Torino 2012, 134 ss.

¹¹² Centola, *Alcune osservazioni* (nt. 60) 434 s. e *passim*.

¹¹³ In cui è particolarmente significativo il richiamo alla *humanitas liberalitatis augustae*, come rileva Centola, *Alcune osservazioni* (nt. 60) 436.

stituire quel complesso di virtù etiche facenti capo all'Imperatore, idonee a giustificare tanto la sua assoluta preminenza nella sfera politico-istituzionale, tanto l'appartenenza al suo insindacabile giudizio della misura del lecito e del giusto.¹¹⁴ Sotto altro profilo, si può osservare come la diversa struttura dell'amnistia pasquale cristiana, rispetto alle vecchie *abolitiones publicae*, derivi direttamente dal pensiero cristiano: nell'ambito dei criteri seguiti a partire dal IV sec. d.C., infatti, sembra riconducibile alla dottrina dei Padri della Chiesa l'idea del perdono quale 'cancellazione' definitiva (*inpunitas*: CTh. 9.38.6) delle colpe (fatta salva la ricaduta nel peccato). Di qui la nuova regola circa l'esclusione della riproponibilità dell'accusa nei confronti degli amnistiati.

Le innegabili tracce di alcune concezioni cristiane del perdono, che abbiamo ravvisato nei contenuti delle amnistie pasquali, si spiegano e si chiariscono meglio attraverso la conoscenza del pensiero dei maestri morali degli Imperatori. Sul finire del IV secolo d.C., particolarmente incisivo sui contenuti della legislazione occidentale si presenta il contributo di Ambrogio, nelle cui concezioni teologiche la dottrina del perdono assume un ruolo di fondamentale importanza.¹¹⁵ L'atteggiamento benevolo e comprensivo di Ambrogio è antinomico rispetto al rigorismo dei Novaziani,¹¹⁶ i quali, sulla scia del pensiero stoico,¹¹⁷ ai fini della punizione che reputano ineludibile, non distinguono le colpe in base alla loro maggiore o minore gravità. Secondo Ambrogio, il peccato può costituire invece una buona occasione per desiderare e ottenere la catarsi (*felix ruina quae reparatur in melius*).¹¹⁸ D'altronde, sostiene Ambrogio nel *De paenitentia*, la Chiesa non può negare la possibilità di una redenzione, perché altrimenti nessuno sarebbe indotto a pentirsi e a migliorare la propria condotta.¹¹⁹ Ambrogio però non è un lassista: il perdono ha le sue regole e va concesso a condizione che il colpevole operi il riconoscimento del proprio peccato, manifesti un sincero pentimento, rifugga dal peccare ancora e compia una adeguata penitenza.¹²⁰ Il peccato si cancella solo con

¹¹⁴ In questo senso L. Pietanza, *Indulgentia: virtù e strumento amministrativo del princeps*, Bari 2010; Fasolino, *Osservazioni* (nt. 94) 608.

¹¹⁵ Così D. Lassandro, *Ambrogio, Teodosio e il perdono*, in Sordi (a cura di), *Responsabilità* (nt. 39) 291 ss.

¹¹⁶ Su cui rinvio a P. Grattarola, *Gli scismi di Feliciano e Novaziano*, in *RSCI* 38, 1984, 371 ss.

¹¹⁷ Ben sintetizzato in Cic. *pro Mur.* 29.61.

¹¹⁸ Ambr. *in psalm.* 39.20.

¹¹⁹ Ambr. *de paenit.* 1.4.59.

¹²⁰ Tra le varie attestazioni in questo senso, particolarmente significativo è il racconto di Paolino, nella *vita* 19.2-3 (v. anche Ambr. *ep.* 24 a Valentiniano): chi non riconosce la colpa e persevera nell'errore non merita e non ottiene il perdono, anche se l'atto di superbia proviene da un Imperatore. Emblematico, al riguardo, il celebre episodio avvenuto a Milano nel 390. Il vescovo Ambrogio

le lacrime e con la penitenza (*peccatum non tollitur nisi lacrimis et paenitentia*).¹²¹

È a questi principi che Ambrogio ispira il suo operato in qualità di vescovo di Milano, allora capitale dell'Impero. Sotto gli influssi di Ambrogio, Teodosio, dopo la famosa penitenza del 390, adotta un atteggiamento clemente e di notevole inclinazione al perdono misericordioso, esaltato da Latino Pacato Drepanio. Lo scrittore, nel panegirico del 389, al cap. 44 ricorda che Teodosio, dopo avere ucciso ad Aquileia il suo nemico Massimo per volontà dei soldati benché avrebbe preferito risparmiargli la vita, si incaricò di provvedere al sostentamento della madre di Massimo e di accogliere e fare educare le figlie orfane da una sua parente. Molti altri elogi della clemenza e dell'attitudine al perdono di Teodosio provengono da Ambrogio.¹²² Nel *De obitu Theodosii*, il vescovo elogia l'impegno dell'Imperatore nel prevenire la punizione dei reati con la sua indulgenza (*Quidni mundus ipse defleret eum principem continuo esse rapiendum, per quem dura mundi istius temperari solerent, cum criminum poenas indulgentia praeveniret?*).¹²³ E sottolinea come, sebbene il potere induca a punire, più che a perdonare, la fede cristiana abbia portato Teodosio a perdonare più che a punire, con ciò dimostrando una grande disponibilità, tipicamente cristiana, alla misericordia.¹²⁴ Nelle sue *epistulae*, il vescovo di Milano riferisce episodi specifici:¹²⁵ l'Imperatore aveva liberato molti prigionieri, risparmiato la vita ai pagani sobillatori e autori della sanguinosa rivolta del 391.

Veniamo allora alle conclusioni, sul significato dei provvedimenti deflattivi di indulgenza. Se da un lato non è corretto ricondurre i provvedimenti di *indulgentia principis* alle sole valutazioni di tipo umanitario e agli intenti di perdono, riconciliazione e correzione del reo, per altro verso risulterebbe senz'altro limitativo sottovalutare il significato dell'emenda e le preoccupazioni per le disumane condizioni dei prigionieri nelle diffuse convinzioni dell'epoca. L'effetto voluto con le amnistie pasquali, ovvero il pieno ravvedimento dei colpevoli, è dichiarato in *Const. Sirm. 7*.¹²⁶ «È infatti proprio l'obiettivo dell'emenda – scri-

impedì a Teodosio, macchiatosi dell'eccidio di Tessalonica costato la vita a 7000 persone inermi, l'ingresso in chiesa, imponendogli una pubblica penitenza, che l'Imperatore accettò di compiere ed effettuò il giorno di Natale del 390 (Ambr. *ep.* 51.5.13; Aug. *de civ. Dei* 5.26); altre fonti e commento in Lassandro, *Ambrogio* (nt. 115) 295 ss.

¹²¹ Ambr. *ep.* 51.11.

¹²² In tema, Lassandro, *Ambrogio* (nt. 115) 299 s.

¹²³ Ambr. *de ob. Theod.* 1.

¹²⁴ Ambr. *de ob. Theod.* 12.

¹²⁵ Ambr. *ep.* 40.25.

¹²⁶ Sul testo, v. soprattutto Waldstein, *Untersuchungen* (nt. 67) 190 s.

ve Francesco Fasolino¹²⁷ – che sottrae ai provvedimenti di clemenza imperiale quell'originaria caratteristica che li rendeva espressione e strumento di decisioni puramente discrezionali del potere politico". L'esclusione dall'amnistia dei re- cidivi e degli autori di un folto numero di *crimina* conferma il peso determi- nante dei valori sottesi ai provvedimenti tardoimperiali di clemenza. La conces- sione dell'amnistia non è soltanto atto arbitrario dell'Imperatore: è di certo una graziosa concessione, che però mira alla riabilitazione dei colpevoli. Emblemati- co, al riguardo, ci pare il contenuto dell'epistola scritta nel 388 da Ambrogio, vescovo di Milano, ed indirizzata a Teodosio (Ambr. *ep.* 74.2, 25), con cui l'Imperatore viene invitato ad osservare il suo dovere di rispetto della libertà dei sudditi. Sul presupposto della indipendenza della Chiesa e della subordinazione imperiale al giudizio dei vescovi (Ambr. *ep.* 74.2; 75.4), Ambrogio afferma con orgoglio di avere influito in modo decisivo sulla decisione imperiale circa la li- berazione dei carcerati e dei condannati a morte (*me petente liberasti plurimos: ep.* 74.25).

Tanto considerato, e dal momento che nei testi legislativi non emergono le pur presenti preoccupazioni di carattere pratico, è dato ritenere che i provve- dimenti di clemenza del IV e V secolo non fossero percepibili alla stregua di leggi emergenziali e quindi quale *vulnus* rispetto al sistema della giustizia pe- nale, atto a scardinarne la coerenza,¹²⁸ come pure suggerirebbe la loro cadenza annuale, a fare data dal 385 d.C. Le indulgenze, nella visuale dell'epoca, ci appaiono piuttosto assimilate a graziose concessioni imperiali, atti di discre- zionalità politica dettati da considerazioni umanitarie e da intenti di riabilita- zione – sebbene in concreto rispondenti anche alle esigenze di sfooltimento della popolazione carceraria e di esaltazione della munificenza imperiale –, ma pur sempre modulati, in sintonia con le lontane esperienze maturate in Gre- cia, sull'attenta valutazione delle condotte dei destinatari.

¹²⁷ Fasolino, *Indulgentia principis* (nt. 60) 205.

¹²⁸ Così Fasolino, *op. ult. cit.* 209 s.

Mario Varvaro

(Università degli Studi di Palermo)

ALCUNE CONSIDERAZIONI
SULLA RICOSTRUZIONE DELLE FORMULE
DELLE AZIONI DIVISORIE*

1. Sono davvero poche, sfortunatamente, le formule processuali che ci sono pervenute integralmente in via diretta, come quella dell'*actio certae creditae pecuniae* con connessa formula dell'*actio ex sponsione tertiae partis*, tramandata in bozza da un trittico dell'archivio puteolano dei Sulpicii,¹ databile al 52 d.C., e una versione greca della formula dell'*actio tutelae* trasmessa in triplice copia da un papiro dell'archivio di Babatha² che è possibile datare fra il 124 e il 132 d.C.³

* Al professore Marrone devo l'incoraggiamento ad approfondire temi di ricerca legati agli aspetti tecnici del processo privato romano e a cimentarmi criticamente con le ricostruzioni formulari proposte da Lenel. A Lui, pertanto, dedico queste pagine con riconoscenza e con affetto. Con riconoscenza, per avermi appassionato con le Sue lezioni e con il Suo manuale allo studio del diritto privato romano e per avere scelto di continuare a sostenermi fino a oggi nella mia vita universitaria. Con affetto, perché lo ha sempre fatto con misura e in modo del tutto disinteressato, come un dono, senza attendere o pretendere corrispettivi.

¹ TPSulp. 31 = TP 34. Il documento ci fa sapere che nella formula della *condictio certae pecuniae* erano presenti le parole '*qua de re agitur*', che dovevano giocare un ruolo sul quale v., da ultimo, M. Varvaro, *Condictio e causa actionis*, in *AUPA* 57, 2014, spec. 278 ss. e 298 ss., con discussione critica della letteratura precedente. Dopo la compiuta dimostrazione di R. Santoro, *Le due formule della Tabula Pompeiana 34*, in *AUPA* 38, 1985, 335-350, anche in Id., *Scritti minori*, a cura di M. Varvaro, I, Torino 2009, 329-346, non possono esservi più dubbi sul fatto che si tratti della formula di un'*actio certae creditae pecuniae* con connessa formula dell'*actio ex sponsione tertiae partis*. Non appare condivisibile, pertanto, la lettura di G. Purpura, *Tabulae Pompeianae' 13 e 34: due documenti relativi al prestito marittimo*, in *Atti del VII Congresso Internazionale di Papirologia (Napoli, 19-26 maggio 1983)*, 3, Napoli 1984, 1245-1266, il quale vi aveva scorto la formula di un'*actio certae creditae pecuniae* preceduta dal programma di giudizio dell'azione nascente dalla *stipulatio* degli interessi convenuti nella misura di un terzo.

² P. Yadin 28-29 = SB X.1 10288, 3 a-b (Inv. Nrr. 28-29). Il documento è di estremo interesse anche perché, subito dopo la *iudicis nominatio*, la *demonstratio* ha inizio con la congiunzione *ἐπεὶ* che, reggendo il verbo all'indicativo (*ἐπεὶ ὁ δεῖνα τ[οῦ] δεῖν[ος] ὄρ[φανοῦ] ἐπιτροπ[ῆ]ν ἐχειρεσ[ε]ν, περὶ [οὔ] πράγματος ἄγεται*), traduce con valore sicuramente causale il latino '*quod*' con cui comincia la

Nel quarto commentario delle Istituzioni di Gaio possono leggersi i programmi di giudizio della *condictio certae pecuniae*,⁴ dell'azione intentata dal patrono contro il liberto che lo avesse citato in giudizio senza rispettare quanto disposto dall'editto del pretore,⁵ nonché quelli dell'*actio depositi in ius ex fide bona* e dell'*actio depositi in factum*.⁶ Alcuni esempi di singole parti formulari, come *exceptiones*, *replicationes* o *praescriptiones*, sono adottati in passi che forniscono preziose informazioni su di esse⁷ e sul modo in cui tali parti potevano combinarsi fra loro.⁸

I richiami alle formule processuali presenti nelle opere dei giuristi classici pervenute nella versione tramandata dalla compilazione di Giustiniano sono stati intenzionalmente obliterati in modo sistematico⁹ allo scopo di eliminare

demonstratio; sul punto v. M. Varvaro, *Ricerche sulla praescriptio*, Torino 2008, 99 s. Il papiro, inoltre, consente di fare un passo in avanti rispetto alla ricostruzione della formula dell'*actio tutelae* suggerita da O. Lenel, *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*³, Leipzig 1927 (d'ora innanzi: EP³), 318 s. (§ 124), e includervi le parole 'qua de re agitur' prima dell'*intentio*.

³ Si veda la letteratura citata in D. Mantovani, *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*², Padova 1999, 56 s. ntt. 161-162, cui *adde* H.J. Wolff, *Römisches Provinzialrecht in der Provinz Arabia (Rechtspolitik als Instrument der Beherrschung)*, in ANRW II.13, Berlin / New York 1980, 773-775; K. Hackl, *Il processo civile nelle province*, in F. Milazzo (a cura di), *Gli ordinamenti giudiziari di Roma imperiale. Princeps e procedura dalle leggi giulie ad Adriano. Atti del Convegno internazionale di diritto romano e del III Premio romanistico "G. Boulvert"*, Napoli et al. 1999, 315, con ulteriori indicazioni bibliografiche alla nt. 76.

⁴ Gai 4.86. Nell'esempio riferito in questo passo si ha una formula di *condictio certae pecuniae* impiegata dal *cognitor* Lucio Tizio nominato dall'attore Publio Mevio.

⁵ Gai 4.46.

⁶ Gai 4.47. Non riesce a convincere la tesi, ultimamente rinverdità da S.A. Cristaldi, *La sigla nr nella formula in ius dell'actio depositi riportata da Gaio (inst. 4,47): difesa di un dato testuale*, in ZRG RA 133, 2016, 135-175, secondo cui all'interno del programma di giudizio dell'*actio depositi in ius* vi sarebbe stata una clausola restitutoria legata alla *condemnatio*.

⁷ Come il testo di talune *exceptiones* e *replicationes* (Gai 4.119 e 4.126-127) e *praescriptiones* (Gai 4.131-137).

⁸ Gai 4.44. Su questo testo v. *infra*, § 5. Sfortunatamente il Digesto di Giustiniano ha tramandato un solo frammento in materia di *exceptiones* (Paul. *l. s. de concept. formul.*, D. 44.1.20) del *liber singularis* dedicato da Paolo alla *conceptio formularum*. Tale *liber* è forse da identificare con il *liber singularis de actionibus* (Παύλου μονόβιβλον *De actionibus*) menzionato nell'*Index Florentinus* (v. F. Schulz, *History of Roman Legal Science*, Oxford 1946, 156 e nt. 2; D. Liebs, *Iulius Paulus*, in K. Sallmann [a cura di], *Die Literatur des Umbruchs. Von der römischen zur christlichen Literatur 117 bis 284 n. Chr.* [HLL IV], München 1997, 168) o con una sua parte. Non è sicuro, tuttavia, che il giurista classico abbia realizzato davvero tale *liber singularis* come operetta autonoma. Esso potrebbe essere frutto, infatti, dell'avvenuto smembramento in età postclassica di un'opera in origine più ampia dedicata alla materia del processo che ricomprendeva anche la trattazione trasmessa dal Digesto come oggetto di altri *libri singulares*, quale per esempio quello *de centumviralibus* (o *septemviralibus*? : v. Liebs, *op. ult. cit.* 165) *iudiciis* o quello *de concurrentibus actionibus*.

⁹ Un'unica traccia della *condemnatio* della formula dell'*actio furti aduersus nautas*, per cui v. Le-

tutto ciò che fosse divenuto inutile e desueto.¹⁰ Qualche traccia di riferimenti alla tecnica formulare, comunque, può ancora trovarsi nelle fonti bizantine, che talora contengono notizie attinte da materiale di età pregiustiniana.¹¹

Per tutte le formule non tramandate dalle fonti, pertanto, bisogna affidarsi alle varie ipotesi ricostruttive suggerite dagli studiosi. In alcuni casi si è potuto contare su alcune reliquie formulari ancora rintracciabili nelle fonti giuridiche e letterarie.¹² In altri casi, invece, è stato necessario immaginare programmi di giudizio nei quali il regime delle situazioni giuridiche soggettive di volta in volta tutelate potesse trovare riscontro sul piano dell'azione.

Benché Jhering canzonasse gli spiriti dei romanisti trapassati che nella classe inferiore dell'Accademia di Storia del diritto romano da lui sognata nel 'Cielo dei concetti giuridici' si cimentavano con il compito di ricostruire le formule processuali,¹³ da tali tentativi non si può prescindere.¹⁴ Essi, infatti, costituisco-

nel, *EP*³ (nt. 2) 206, sembra sopravvissuta nel testo di D. 47.2.42 pr. (Paul. 9 *ad Sab.*): *Si seruus nauem exerceat non uoluntate domini, de eo, quod ibi perit, uolgaris formula in dominum danda est, ut quod alter admisit 'dumtaxat de peculio', quod ipse exercitor, adiciatur 'ut noxae dederet' rell.*

¹⁰ Cfr. const. *Omnem*, § 3: ... *omnia noua pulchritudine sunt decorata, nullo inutili, nullo desueto in his penitus inueniendo rell.*

¹¹ Sul punto v. M. Varvaro, *Praescriptio e pregiudizio*, in *IAH* 2, 2010, 186 s., con altra letteratura.

¹² Così, per esempio, la *demonstratio* della formula dell'*actio uenditi* è riferita in Gai 4.39; quella della formula dell'*actio empti* in Gai 4.59; quella dell'*actio iniuriarum* in Coll. 2.6.4-5; l'*intentio* della formula della *rei uindicatio per formulam petitoriam* può leggersi in Gai 4.41; quella della formula dell'*actio Publiciana* in Gai 4.36; quella della formula della *condictio certae pecuniae* in Gai 4.41; quella della formula dell'*actio furti* contro il peregrino in Gai 4.37 (il cui testo tramandato dal palinsesto veronese, tuttavia, dà luogo a vari problemi di lettura che andrebbero riesaminati con attenzione); quella della formula dell'*actio prohibitoria usufructus* in Sch. 6 *ad B.* 16.6.5 (BS III 993); una parte delle *intentiones* della formula dell'*actio rei uxoriae* e della formula dell'*actio fiduciae* sono riferite in Cic. *top.* 17.66 e *de off.* 3.15.61; una parte dell'*adiudicatio* delle formule delle azioni divisorie, come si vedrà (*infra*, § 4), è riferita in Gai 4.42.

¹³ R. von Jhering, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz. Eine Weihnachtsgabe für das juristische Publikum*, Leipzig 1884, 264 s.; una critica nello stesso senso può leggersi già in Id., *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*², II.2, Leipzig 1869, 604 s. In queste pagine Jhering considerava con accenti critici la "Unsitte des Reconstruierens römischer Klagformeln" e osservava: "Wenn man bedenkt, wie lückenhaft und völlig unvollkommen zur Zeit noch unsere Kenntniß der Gesetze dieses Zweiges der altjuristischen Kunst beschaffen ist, und wie wenig unser modernes Auge die Schärfe oder Uebung besitzt, die Feinheiten derselben wahrzunehmen, so daß selbst unsern größten Meistern Verstöße der aller größten Art begegnen konnten, so wird man derartigen zum großen Theil aus wissenschaftlicher Coketterie und Schaustellung hervorgehenden Versuchen schwerlich einen großen Werth für die Wissenschaft beilegen können, vielmehr sich durch sie nur in der hausbackenen Wahrheit bestärken lassen, daß man eine Kunst, bevor man sie übe, erst kennen müsse." Come esempi di grandissimi Maestri colpevoli di essere inciampati in errori grossolani sono indicati Savigny, Puchta, Dernburg, Keller, Rudorff, Bruns e Salkowski (*op. ult. cit.* 604 s. nt. 861^d).

¹⁴ In questo senso A.F. Rudorff, *Ueber die Julianische Edictsredaction*, in *ZfRG* 3, 1864, 2. Con-

no punti di riferimento irrinunciabili nell'ambito di un sistema, come quello dell'antico diritto romano, in cui i giuristi tendevano a porsi comunemente dal punto di vista delle azioni anziché da quello dei diritti soggettivi. In questo ordine di idee la presenza di una formula nell'editto testimonia l'avvenuto riconoscimento di una situazione giuridica soggettiva.

Non è un caso che nelle fonti si parli da un lato di *'agere posse'*, *'actionem habere'* o *'actionem competere'*, e dall'altro di *'actione teneri'*. Come ben osservato da Marrone, finché fu in uso il processo formulare l'ampiezza delle singole situazioni giuridiche soggettive e le facoltà in esse ricomprese dipendevano dalla struttura del programma di giudizio delle azioni che le tutelavano e venivano determinate dai giuristi romani dell'età classica interpretando i rispettivi *uerba formulari*.¹⁵ I grandi commentari lemmatici appositamente dedicate agli editti dei magistrati giurisdicenti ne costituiscono l'esempio più significativo.

2. Ancor oggi per la conoscenza delle formule dell'età adrianea siamo soliti affidarci all'*Edictum Perpetuum* di Lenel. L'opera fu realizzata per partecipare a un concorso bandito nel 1879 con fondi della *Savigny-Stiftung* dalla Regia Accademia bavarese delle Scienze, su iniziativa di Brinz,¹⁶ per la concessione di un premio per la ricostruzione delle "Formeln des edictum perpetuum (Hadriani) in ihrem Wortlaute und ihrem Zusammenhange". Secondo il bando del concorso, la ricostruzione avrebbe dovuto basarsi sull'esame critico dei commentari all'editto dei giuristi romani e dell'opera già realizzata in questa stessa direzione da Rudorff.¹⁷ Quest'ultima necessitava di una revisione critica,¹⁸ ma indusse

tro la posizione di M. Wlassak, *Edict und Klageformel. Eine romanistische Studie*, Jena 1882, 4, che considerava inutili tali tentativi, v. O. Lenel, *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu dessen Wiederherstellung*, Leipzig 1883 (d'ora innanzi: *EP*¹), IX s.

¹⁵ M. Marrone, *Istituzioni di Diritto Romano*³, Palermo 2006, 59 e 79 s.

¹⁶ Ad Alois von Brinz (1820-1887) e a Bernhard Windscheid (1817-1892) è dedicata la prima edizione dell'opera; la seconda è dedicata a Paul Laband (1838-1918), mentre la terza a Moriz Wlassak (1854-1939).

¹⁷ A.F. Rudorff, *De iuris dictione edictum. Edicti perpetui quae reliqua sunt. Constituit adnotavit edidit Adolphus Fridericus Rudorff*, Lipsiae 1869, ove sono ricordati i precedenti tentativi di ricostruzione dell'editto, a cominciare da quelli compiuti nel XVI secolo (*op. ult. cit.* 20-23), sui quali può vedersi anche lo specifico contributo di G. Haubold, *Ueber die Versuche, das Prätorische Edict herzustellen*, in *Civilistisches Magazin* 2, 1797, 288-327. Rudorff aveva già dedicato uno studio, pubblicato nel 1864, all'editto di età adrianea 'codificato' da Salvio Giuliano: Rudorff, *Ueber die Julianische Edictsredaction* (nt. 14) 1-89. In esso egli aveva fissato le direttive metodologiche necessarie alla sua ricostruzione, sottolineando la necessità di provvedere a un lavoro che, rispetto ai precedenti tentativi, tenesse conto anche delle *notae iuris* di Valerio Probo.

¹⁸ Il bando è pubblicato in *ZRG RA* 1, 1880, XX. I limiti dell'opera di Rudorff sono ricordati in O. Lenel, *Beiträge zur Kunde des prätorischen Edicts*, Stuttgart 1878, III, anche in Id., *Gesammelte*

Lenel a mettere in cantiere un lavoro che – a ricordarlo è lui stesso¹⁹ – portò anche alla redazione della *Palingenesia iuris ciuivilis*, poi pubblicata come opera autonoma.²⁰

Questa fatica è stata presentata a chiare lettere dallo stesso Lenel come un tentativo di ricostruzione dell'editto (*ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*). Non deve stupire, pertanto, che nelle sue tre edizioni²¹ e in alcuni studi paralleli²² l'opera abbia conosciuto ripensamenti anche significativi.²³ Per quanto spesso conget-

Schriften I (1876.1889), a cura di O. Behrends / F. d'Ippolito, Napoli 1990, 165; Id., *Beiträge zur Kunde des Edicts und der Edictcommentare. Mit einer Tafel*, in *ZRG RA 2*, 1881, 14 s., anche in Id., *Gesammelte Schriften I* 280 s.; v. anche Id., *EP*³ (nt. 2) VII. Un'ulteriore critica può leggersi in M. Wlassak, *Edict und Klageform* (nt. 14) 4 s., ove sono espresse perplessità sull'oggetto del bando; v. *op. cit.* 2: "Die k. bayerische Akademie der Wissenschaften hat vor Kurzem einen Preis ausgesetzt auf die Restitution der formularen Bestandtheile des edictum perpetuum Hadriani. Hat die gelehrte Gesellschaft mit dieser Frage einen glücklichen Griff gethan? War es gerathen, ein Fortschreiten auf dem von Rudorff eingeschlagenen Wege zu veranlassen? Meines Erachtens hätte die Frage so, wie sie vorliegt, überhaupt oder mindestens zur Zeit nicht gestellt werden sollen."

¹⁹ Lenel, *EP*¹ (nt. 14) VII.

²⁰ *Palingenesia iuris ciuivilis. Iuris consultorum reliquiae quae Iustiniani Digestis continentur ceteraque iuris prudentiae ciuivilis fragmenta minora secundum auctores et libros disposuit Otto Lenel*, I-II, Leipzig 1889 (rist. Roma 2000). Le vicende sono ricordate in O. Lenel, *Selbstdarstellung*, in H. Planitz (a cura di), *Die Rechtswissenschaft der Gegenwart in Selbstdarstellungen*, Leipzig 1924, 8 s., anche in Id., *Gesammelte Schriften V. Besprechungen, Reden, Erinnerungen*, a cura di O. Behrends / F. d'Ippolito, Napoli 1994, 322 s.

²¹ Lenel, *EP*¹ (nt. 14); Id., *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*², Leipzig 1907 (d'ora innanzi: *EP*²); Id., *EP*³ (nt. 2). Della prima edizione dell'opera si ha una traduzione francese: Id., *Essai de reconstitution de l'Édit perpétuel*, trad. franc. di F. Peltier, I-II, Paris 1901-1903. Per una traduzione italiana della prima parte dell'opera v. Id., *Il sistema dell'editto. Prima parte di 'L'edictum perpetuum. Un tentativo di ricostruzione'*. Traduzione di Iole Fagnoli, Milano 2012. Già in precedenza Lenel si era occupato della ricostruzione dell'editto publiciano e della cd. *actio de eo quod certo loco* in Id., *Beiträge zur Kunde des prätorischen Edicts* (nt. 18), anche in Id., *Gesammelte Schriften I* (nt. 18) 163-277, nonché Id., *Beiträge zur Kunde des Edicts und der Edictcommentare* (nt. 18) 14-83, anche in Id., *Gesammelte Schriften I* (nt. 18) 280-349; Id., *Quellenforschungen in den Edictcommentaren I und II*, in *ZRG RA 3*, 1882, 104-120 e 177-197, anche in Id., *Gesammelte Schriften I* 456-493; Id., *Quellenforschungen in den Edictencommentaren III*, in *ZRG RA 4*, 1883, 112-125, anche in Id., *Gesammelte Schriften I* (nt. 18) 494-507.

²² Come i *Nachträge* alla prima edizione: O. Lenel, *Nachträge zum Edictum Perpetuum*, in *ZRG RA 12*, 1892, 1-14, e Id., *Nachträge zum Edictum Perpetuum*, in *ZRG RA 20*, 1899, 1-32, ripubblicati in Id., *Gesammelte Schriften II (1892-1902)*, a cura di O. Behrends / F. d'Ippolito, Napoli 1990, 105-118 e 405-436; da ricordare pure, a seguito della pubblicazione della seconda edizione, Id., *Zum Edictum Perpetuum*, in *ZRG RA 37*, 1916, 104-128, e nello stesso anno di pubblicazione della terza edizione Id., *Die Formeln der actiones noxales*, in *ZRG RA 47*, 1927, 1-28, contributi ripubblicati in *Gesammelte Schriften IV (1915-1932)*, a cura di O. Behrends / F. d'Ippolito, Napoli 1992, 62-86 e 491-518.

²³ Per fare solo qualche esempio, può ricordarsi: (a) che nell'ambito della rubrica editale *De bonae fidei iudiciis* il titolo *De aestimato* nella prima edizione precede i titoli *Empti uenditi* e *Locati conducti* [Lenel, *EP*¹ (nt. 14) 237-239 (§ 110)], mentre nella seconda e nella terza edizione risulta

turali, le proposte di Lenel continuano a godere di tanto credito da essere poste a fondamento di ulteriori ipotesi, come se esse avessero lo stesso valore delle pochissime formule tramandate direttamente e per intero dalle fonti.²⁴ A tali tentativi, dunque, sembra essere toccato in sorte lo stesso destino temuto da Lenel per le formule ricostruite da Rudorff, le quali rischiavano di essere considerate come assistite da una sorta di presunzione di correttezza per l'autorità dello studioso che le aveva proposte. Ciò avrebbe potuto incoraggiare a citarle in assenza di un previo controllo critico, per farne così la base di ulteriori illazioni. In tal modo non si sarebbe considerato il pericolo di fondare le proprie ipotesi sulla 'sabbia':

“Objectiv betrachtet sind sie nicht nur wertlos – bei der grösseren Zahl der von Rudorff erfundenen Formeln dürfte der positive Nachweis der Unrichtigkeit zu erbringen sein –, sondern sie wirken geradezu schädlich. Gelehrte Versuche solcher Art, zumal wenn sie von bewährten Schriftstellern ausgehen und im Ganzen auf solide Arbeit gebaut sind, erlangen leicht grosse Autorität; da sich nur Wenige die Mühe des Nacharbeitens nehmen, entsteht für die einzelnen Conjecturen eine Art Präsumtion der Richtigkeit; man citirt sie ungeprüft, nimmt sie zur Grundlage weiterer Folgerungen und denkt gar nicht mehr daran, dass diese Basis möglicher Weise Sand sein könnte. Wer die Art und Weise der Benutzung von Rudorffs Edict in der Literatur des letzten Jahrzehnts verfolgt, wird nicht wenige Belege für das Gesagte finden.”²⁵

L'*Edictum Perpetuum* di Lenel rimane tutt'oggi ammirevole per la maestria con cui è stato realizzato e rappresenta un notevole progresso rispetto al precedente sforzo di Rudorff.²⁶ Non bisogna dimenticare, tuttavia, che accanto alle

collocato dopo di essi: v. Id., *EP*² (nt. 21) 290-292 (§ 112); Id., *EP*³ (nt. 2) 300-302 (§ 112); (b) che l'esistenza di una *formula prohibitoria* accanto a una *formula confessoria ususfructus* [esistenza negata con decisione in Id., *EP*¹ (nt. 14) 179 s. (§ 72); v. già Id., *Beiträge zur Kunde des Edicts und der Edictcommentare* (nt. 18) 72-83, anche in *Gesammelte Schriften I* (nt. 18) 338-349], è riconosciuta invece in Id., *EP*² (nt. 21) 186 (§ 72); ma v. già Id., *Nachträge zum Edictum Perpetuum* (nt. 22) 1-14 e in Id., *EP*³ (nt. 2) 190 s. (§ 72); (c) che la formulazione dell'*exceptio procuratoria* ipotizzata in Id., *EP*¹ (nt. 14) 401 (§ 271: SI A° A° MANDATUM EST, ut eo nomine ageret) appare corretta nella seconda e nella terza edizione in Id., *EP*² (nt. 21) 483 (§ 271: SI A° AS LUCII TITII PROCURATOR EST); analogamente: Id., *EP*³ 503 (§ 271); (d) che la formulazione dell'*exceptio rei iudicatae uel in iudicium deductae* suggerita in Id., *EP*¹ (nt. 14) 404 (§ 275: SI EA RES Q. D. A. IUDICATA UEL IN IUDICIUM DEDUCTA NON EST INTER N^m N^m ET A^m A^m) è stata ritoccata nella seconda e nella terza edizione in Id., *EP*² (nt. 21) 490 (§ 275: Si ea res q. d. a. iudicata non est inue iudicium deducta non est); analogamente Id., *EP*³ (nt. 2) 511 (§ 275).

²⁴ In tal senso può rinviarsi a quanto osservato in M. Varvaro, *Gai 4.163 e la struttura della formula arbitraria nell'agere ex interdico sine poena*, in *AUPA* 55, 2012, 722 s.

²⁵ O. Lenel, *Beiträge zur Kunde des Edicts und der Edictcommentare* (nt. 18) 15 s., anche in Id., *Gesammelte Schriften I* (nt. 18) 281 s.

²⁶ Tali differenze sono sottolineate in Lenel, *EP*¹ (nt. 14) VIII: “Ich habe ... auch die Formeln, sei es ganz sei es teilweise, nur da reconstruirt, wo sich für diese Reconstruction Anhaltspunkte in

ricostruzioni basate in tutto o in parte sui punti di appoggio ricavati dal materiale delle fonti, ve ne sono altre – e non sono poche – nelle quali le congetture costituiscono un ingrediente indispensabile.²⁷

Il *caueat* metodologico enunciato da Lenel nei confronti delle formule ricostruite da Rudorff, di conseguenza, vale anche per i risultati raggiunti nell'ultima edizione del suo *Edictum Perpetuum*. Dall'anno della pubblicazione della terza edizione di quest'opera a oggi, peraltro, la scoperta di nuova documentazione e l'avanzamento delle conoscenze acquisite nel corso di quasi un secolo al patrimonio della scienza romanistica in vari settori d'indagine consiglierebbero prudenza ancora maggiore nel valutare le ricostruzioni cui Lenel è approdato. In alcuni casi, anzi, è necessario rivedere dalle fondamenta i risultati da lui proposti²⁸ e tenere conto, ove possibile, delle informazioni provenienti da papiri e tavolette cerate.

Senonché, l'autorità di Lenel continua a gravare tuttora sul modo in cui ci raffiguriamo i programmi di giudizio di molte azioni.²⁹ Non sono rari i casi in cui a conferma della bontà dei risultati delle proprie ricerche e delle proprie interpretazioni delle fonti gli studiosi del diritto romano chiamano in causa le sue ricostruzioni formulari, dimenticando che esse non possono considerarsi alla stregua di quelle tramandate in via diretta dalle fonti. Si andrebbe incontro, altrimenti, al pericolo di alimentare le ipotesi con altre ipotesi. A onta delle osservazioni contrarie di Lenel,³⁰ il timore a suo tempo paventato da Wlassak a tale riguardo si dimostrerebbe così non infondato.³¹

den Quellen fanden.” Al riguardo va ricordato però che per alcuni programmi di giudizio le ipotesi suggerite da Rudorff sembrano maggiormente persuasive. Per un esempio v. Varvaro, *Gai 4.163* (nt. 24) 705-734.

²⁷ Lenel, *EP*¹ (nt. 14) VIII: “Dass ich mich nicht immer auf blosse Anführung dieser Anhaltspunkte beschränkte, sondern eigentliche Reconstructionen versuchte, bei denen es ganz ohne Hypothesen nicht abgeht, wird mir hoffentlich nicht zum Vorwurf gemacht werden: eine solche Reconstruction gewährt ein anschauliches Gesamtbild der zerstreut gefundenen Ergebnisse und ist überdies, wenn sie in einleuchtender Weise gelingt, eine Art Probe auf die Richtigkeit dieser Ergebnisse. Einen hierüber hinausgehenden Wert beanspruche ich für diese Versuche nicht.”

²⁸ Per una diversa proposta di ricostruzione del programma di giudizio dell'*actio rei uxoriae* v. M. Varvaro, *Studi sulla restituzione della dote*, I. *La formula dell'actio rei uxoriae*, Torino 2006, spec. 273 s., in cui ho suggerito la ricostruzione di una *formula incerta* munita di una *demonstratio* nella quale si menziona in un cd. *Quod-Satz* l'atto costitutivo della dote. Per una ricostruzione alternativa del programma di giudizio della *formula arbitraria* nell'*agere ex interdicto sine poena* v. Id., *Gai 4.163* (nt. 24) 705-734, spec. 734, in cui ho proposto la ricostruzione di una formula al '*Si paret*'.

²⁹ Per addurre un esempio, finisce per appiattirsi in larga misura sulle proposte ricostruttive di Lenel il lavoro di Mantovani, *Le formule*² (nt. 3).

³⁰ Lenel, *EP*¹ (nt. 14) X.

³¹ Wlassak, *Edict und Klageformel* (nt. 14) 4 s.: “Ganz anders verhält es sich aber mit den recon-

Fra le ricostruzioni formulari sulle quali è necessario tornare a riflettere vi sono anche quelle delle azioni divisorie propriamente dette, l'*actio familiae erciscundae*³² e l'*actio communi diuidundo*, incluse in età giustiniana – quando l'*agere per concepta uerba* era stato abolito ormai da quasi due secoli – nella categoria delle *actiones mixtae* che erano tanto *in rem* quanto *in personam*.³³ Da lungo tempo, infatti, all'argomento non sono stati dedicati studi specifici e le proposte di Lenel continuano ancora a tenere il campo benché, come si avrà modo di vedere, non possano ritenersi del tutto persuasive.

3. In età classica le azioni divisorie miravano allo scioglimento della comunione dell'eredità o di altri beni comuni da realizzarsi tramite assegnazione delle quote ai condividenti. Poiché doveva accadere non di rado che la divisione in parti effettuata in virtù dell'*adiudicatio* non corrispondesse esattamente alla quota di ciascuno dei condividenti,³⁴ si è ritenuto che la formula dei giudizi divisorii fosse congegnata

struirten Formeln, die doch nichts Anderes sind als unsere eigenen, mit Hilfe der Quellen erzeugten Geschöpfe. Hiesse es nicht, sich im Kreise bewegen, wenn man mit Zugrundelegung derartiger Klageformeln einen Quellentext interpretieren wollte?"

³² Sul significato con cui intendere il termine *familia* v., per tutti, B. Albanese, *La successione ereditaria romana in diritto romano antico*, in *AUPA* 20, 1949, 258-351. Per il significato di *erciscere* può vedersi G. Aricò Anselmo, *Studi sulla divisione giudiziale*, I. *Divisio e vindicatio*, in *AUPA* 42, 1992, 371 s. nt. 210.

³³ I. 4.6.20: *Quaedam actiones mixtam causam optinere uidentur tam in rem quam in personam. qualis est familiae erciscundae actio, quae competit coheredibus de diuidenda hereditate: item communi diuidundo, quae inter eos redditur, inter quos aliquid commune est, ut id diuidatur: item finium regundorum, quae inter eos agitur qui confines agros habent. in quibus tribus iudiciis permittitur iudici rem alicui ex litigatoribus ex bono et aequo adiudicare et, si unius pars praegruari uidebitur, eum inuicem certa pecunia alteri condemnare.* Come rilevato da V. Arangio-Ruiz, *Appunti sui giudizi divisorii* [A proposito di un libro recente], in *RISG* 52, 1913 (estr. con paginatura autonoma, 1912) 18-20 [ora anche in *Scritti di diritto romano*, I, Napoli 1974, 504-506], la contrapposizione fra *actiones in rem* e *actiones in personam* posta da Gaio in testa al quarto commentario delle sue Istituzioni (Gai 4.1) non esaurisce in età classica tutto il catalogo delle azioni e la categoria giustiniana delle *actiones mixtae*, che non sarebbe stata mai menzionata nel Digesto, avrebbe avuto origine bizantina. Per questa ragione si ritiene che l'espressione '*mixta personalis actio*' presente nel testo di Cl. 3.31.7 pr. (Diocl. et Maxim., a. 294) con riferimento alla *hereditatis petitio* sia frutto di un intervento compilatorio: cfr., in breve Marrone, *Istituzioni*³ (nt. 15) 589 nt. 63; non risultano del tutto perspicue le osservazioni compiute al riguardo da F.J. Casinos Mora, *De hereditatis petitione. Estudios sobre el significado y contenido de la herencia y su reclamación en derecho romano*, Madrid 2006, 70 s., il quale crede che "la calificación de la *h. p.* como acción [!] mixta no procede certamente de los compiladores sino que es anterior al *Corpus Iuris*, en el que, además, partiendo de una ya existente manifiesta inclinación a considerar a la *h. p.* como una acción mixta personal sino como una acción personal, se seguirá el criterio de conceptuarla como una acción personal de buena fe."

³⁴ Delle possibili difficoltà incontrate dall'organo decidente nell'eseguire la divisione con conseguente aggiudicazione a uno solo dei condividenti e condanna al pagamento di conguagli in denaro si trova un riflesso in quanto si legge, per esempio, in I. 4.17.5 (cfr. I. 4.6.20, il cui testo è stato tra-

in modo tale da attribuire al giudice (in origine: all'*arbiter*) il potere di condannare al pagamento di eventuali conguagli in denaro. Questo scopo, si pensa, poteva essere raggiunto grazie a un programma di giudizio in cui all'*adiudicatio* si faceva seguire una *condemnatio*. La stessa soluzione doveva adottarsi nelle ipotesi in cui l'eredità o il bene da dividere fossero indivisibili. A tale proposito ci si è chiesti se la clausola condannatoria facesse parte sin dalle origini delle formule dei giudizi divisorii o se rappresentasse il frutto di un'aggiunta compiuta in un secondo momento.³⁵ Come si vedrà, può ritenersi che in età classica il programma di giudizio delle azioni divisorie contenesse tanto un'*adiudicatio* quanto una *condemnatio*.³⁶

Dalle opere dei giuristi romani che si occuparono di determinare cosa fosse da considerarsi oggetto dell'azione divisoria (in quanto *uenit in iudicium*),³⁷ risulta che anche le questioni relative alle *praestationes* nascenti dalla situazione di comunione si facessero valere nel corso del giudizio divisorio.³⁸ Se è genuino il dettato dei testi che vi fanno riferimento,³⁹ e se dunque la categoria dogmatica delle *praestationes* ricondotte in età giustiniana alla categoria delle *obligationes quasi ex contractu*⁴⁰ non è di conio bizantino,⁴¹ risale alla giurisprudenza roma-

scritto nella nt. precedente); CI. 3.37.3.1 (Alex. Sev., a. 224): *si commode diuidi non potest*; D. 10.2.55 (Ulp. 2 *ad ed.*), trascritto *infra*, § 4, nel testo.

³⁵ Per l'idea che la clausola condannatoria facesse parte sin dalle origini dei programmi di giudizio delle azioni divisorie v. A. Berger, *Zur Entwicklungsgeschichte der Teilungsklagen im klassischen römischen Recht*, Weimar 1912, 95-100; A. Audibert, *L'évolution de la formule des actions familiae erciscundae et communi dividundo*, in *Mélanges Ch. Appleton. Études d'histoire du droit dédiées à M. Charles Appleton Professeur à la Faculté de Droit de Lyon à l'occasion de son XXV^e anniversaire de Professorat*, Paris 1903, 17-19; P. Frezza, *Actio communi dividundo*, in *RISG N.S.* 7 (fasc. 1), 1932, 13. L'idea che tale clausola sia stata aggiunta al programma di giudizio solo in seguito è stata sostenuta da P.F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*⁶, Paris 1918, 641 nt. 2.

³⁶ *Infra*, § 4.

³⁷ Per il significato con cui questa espressione ricorre nei commentari dei giuristi classici con riferimento all'*actio familiae erciscundae* e alla *hereditatis petitio* v. Aricò Anselmo, *Studi sulla divisione giudiziale I* (nt. 32) 301.

³⁸ Secondo A. Brinkmann, *Verhältniß der actio communi dividundo und der actio negotiorum gestorum zu einander, insbesondere über die Zulässigkeit der einen oder der andern Klage von Seiten der Teilnehmer einer Communion gegen einander*, Kiel 1855, 11, questa seconda funzione sarebbe stata un *Nebenzweck*.

³⁹ V. soprattutto il testo di D. 10.2.22.4 (Ulp. 19 *ad ed.*), la cui classicità è stata sospettata già a partire da F.C. von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, V, Berlin 1841, 89 nt. y. Per l'interpolazione v. anche A. Pernice, *Parerga*, in *ZRG RA* 19, 1898, 171 s. nt. 3; B. Kübler, *Rec. di A. Audibert, L'évolution de la formule des actions familiae erciscundae et communi dividundo*, in *ZRG RA* 25, 1904, 449; Berger, *Zur Entwicklungsgeschichte* (nt. 35) 103 s.; Arangio-Ruiz, *Appunti sui giudizi divisorii* (nt. 33) 15, anche in *Id.*, *Scritti I* (nt. 33) 501.

⁴⁰ Come risulta dalla lettura di I. 3.27.3.

⁴¹ V., in tal senso, Arangio-Ruiz, *Appunti sui giudizi divisorii* (nt. 33) 14, anche in *Id.*, *Scritti I* (nt. 33) 500.

na di età classica l'individuazione dei tre campi nei quali potevano farsi valere tali pretese, e cioè quello delle spese (*impensae*) effettuate sull'eredità o sul bene comune, quello dei frutti (*fructus*) percepiti dai condividenti oltre i limiti delle rispettive quote (ove esse fossero determinate) e quello dei danni (*damna*) arrecati all'eredità o al bene comune.⁴² Di qui, una volta chiarito se con l'espressione '*uenire in iudicium*' i giuristi romani alludessero alla loro esplicita considerazione nell'ambito del '*iudicium*' (inteso come programma di giudizio) su cui le parti del processo privato esprimevano il loro assenso partecipando alla *litis contestatio*,⁴³ l'interrogativo relativo all'individuazione del modo in cui tali *praestationes* si facessero rientrare nel calcolo divisorio dell'organo giudicante.

4. Nel ricostruire le formule delle azioni divisorie, gli unici dati da considerare sicuri, in definitiva, riguardano la loro natura di azioni civili derivanti dall'antica *legis actio per iudicis arbitriue postulationem* e la presenza nei rispettivi programmi di giudizio di un'*adiudicatio* il cui tenore è riferito in

Gai 4.42: *Adiudicatio est ea pars formulae, qua permittitur iudici rem alicui ex litigatoribus adiudicare.*⁴⁴ *ueluti si inter coheredes familiae erciscundae agatur, aut*

⁴² Cfr. quanto si ricava dalla lettura di D. 10.3.3 pr. (Ulp. 30 *ad Sab.*): *In communi diuidundo iudicio nihil peruenit ultra diuisionem rerum ipsarum quae communes sint et si quid in his damni datum factumue est siue quid eo nomine aut abest alicui sociorum aut ad eum peruenit ex re communi*; D. 17.2.34 (Gai. 10 *ad ed. prou.*): *Quibus casibus si quid forte unus in eam rem impenderit siue fructus mercedesue unus perceperit uel deteriozem fecerit rem, non societatis iudicio locus est, sed inter coheredes quidem familiae herciscundae iudicio agitur, inter ceteros communi diuidundo. inter eos quoque, quibus hereditario iure communis res est, posse et communi diuidundo agi*; CI. 3.37.4.2 (Diocl. et Maxim., a. 294): *Idem eorum etiam, quae uobis permanent communia, fieri diuisionem prouidebit, tam sumptuum, si quis de uobis in res communes fecit, quam fructuum, item doli et culpa, cum in communi diuidundo iudicio haec omnia uenire non ambigitur, rationem, ut in omnibus aequalitas seruetur, habiturus*. Per un'analisi delle fonti relative alle tre categorie delle *praestationes personales* può rinviarsi a Berger, *Zur Entwicklungsgeschichte* (nt. 35) 111-198. In argomento v. anche Aricò Anselmo, *Studi sulla divisione giudiziale I* (nt. 32) 318-323, e ivi nt. 90, con considerazioni a favore della tesi propugnata da Arangio-Ruiz e da Frezza che nega che "i poteri del giudice di operare in materia di *praestationes* fossero formalmente fondati sulla formula".

⁴³ Tale significato – è noto – ricorre in espressioni come '*iudicium dare*', '*iudicium dictare*' e '*iudicium accipere*'. Al *iudicium* come formula dell'azione alludono anche testi come Gai 4.114; Lex Rubria, XIX.3-4; XXI.6-7; XXI.10; XXI.37-38; XXI.42-44; XXI.50; Tab. Heracl., linn. 44-45 (*FIRA I*² 144 [nr. 13]), oltre ai passi indicati in *Vir* III.5, Berlin / New York 1979, col. 1368 s., s.v. *iudicium*. Il termine ricorre con tale significato anche in Cic. *de off.* 3.15.61; *top.* 17.66; *pro Roscio com.* 4.11. In questo senso v. già M. Wlassak, *Römische Prozessgesetze. Ein Beitrag zur Geschichte des Formularverfahrens*, I, Leipzig 1888, 78 e 85, nonché, fra i tanti, L. Wenger, s.v. *Formula*, in *RE VI*, Stuttgart 1909, col. 2863 s.; C.A. Cannata, s.v. *Formula*, in *NNDI* 7, Torino 1961, 581 s.; G. Pugliese, s.v. *Iudicium*, in *NNDI* 9, Torino 1963, 337 s., anche in Id., *Scritti giuridici scelti*, I. *Diritto romano*, Napoli 1985, 336.

⁴⁴ Il modo in cui è formulato questo passo non consente di accogliere l'idea di E. Vogt, *Zur Lehre von der Actio communi diuidendo*, Bern 1842, 17, secondo cui nel caso in cui le parti fossero più

*inter socios communi diuidundo, aut inter uicinos finium regundorum. Nam illic ita est: QVANTVM ADIVIDICARI OPORTET, IVDEX TITIO*⁴⁵ *ADIVIDICATO.*

Per il resto, le fonti non hanno tramandato reliquie formulari che consentano di stabilire a quali altre parti cd. ordinarie della formula⁴⁶ l'*adiudicatio* si coordinasse in tali programmi di giudizio.

Sappiamo anche che potevano esservi programmi di giudizio privi di *condemnatio*, perché Gaio dice che essa era '*ad pecuniariam aestimationem ... concepta*' in quelle formule che ne erano provviste,⁴⁷ facendo così intendere che vi erano anche formule che ne erano sprovviste. È lo stesso Gaio, del resto, a informarci che le *praeiudiciales formulae* constavano della sola *intentio*.⁴⁸ Non dimeno, come si è accennato, è ragionevole pensare che la struttura della *conceptio uerborum* delle azioni divisorie dovesse essere congegnata in modo tale da contenere le istruzioni processuali necessarie ad attribuire all'organo decidente non solo il potere di effettuare l'*adiudicatio* delle quote, ma anche quello (logicamente e sintatticamente dipendente da quanto dedotto nella prima parte del programma di giudizio) di condannare le parti, ove necessario, al pagamento di conguagli in denaro. Ciò poteva accadere, come si è accennato, nell'ipotesi in cui i beni aggiudicati alle parti in causa non corrispondessero esattamente al valore delle rispettive quote, o quando il bene non fosse divisibile, e pertanto non potesse attribuirsi che a un solo partecipante al giudizio, con condanna a pagare all'altro o agli altri somme di denaro a titolo di conguaglio.

di due l'*adiudicatio* delle formule delle azioni divisorie sarebbe stata enunciata probabilmente nei termini '*Quantum adjudicari oportet, iudex unicuique ex litigatoribus adiudicato*'.

⁴⁵ Nel palinsesto veronese (fol. 55^a, lin. 23) si legge '*Titio*': v. W. Studemund, *Gaii Institutionum commentarii quattuor codicis Veronensis denuo collati apographum confecit et iussu academiae Regiae scientiarum Berolinensis edidit Guilelmus Studemund*, Lipsiae 1874, 202. F.C. von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, VI, Berlin 1847, 329 nt. a, pensava che la lezione fosse incerta e che "Der unzweifelhafte Sinn würde am sichersten bezeichnet seyn durch *utrique* oder *alterutri*, da nach Umständen bald dem Einem das Ganze, bald Jedem ein Theil zuzusprechen ist." Lo stesso Studemund (*op. ult. cit.* 308) ipotizzava che potrebbe trattarsi di un errore del copista per '*tantum*'. Tale dubbio, ripreso da B.J. Polenaar, *Syntagma institutionum novum*, Lugduni Batavorum 1876, 375, ha trovato eco in Lenel, *EP*³ (nt. 2) 208 e ivi nt. 1. Ad avviso di Ph.E. Huschke, *Iurisprudentiae anteiustinianae quae supersunt in usum maxime academicum*, Lipsiae 1861, 263, invece, '*Titius*' sarebbe stato il primo di un elenco di nomi (*Titio*, *Seio*, etc.) di cui il copista avrebbe ommesso gli altri. Mutando opinione, Ph.E. Huschke, *Iurisprudentiae anteiustinianae quae supersunt in usum maxime academicum*², Lipsiae 1867, 278, sostituì a questa prima congettura la proposta di emendare '*Titio*' in '*cui*'. Sul punto v. Girard, *Manuel élémentaire*⁶ (nt. 35) 642 nt. 1.

⁴⁶ Tali sono considerate comunemente le quattro parti indicate in Gai 4.39: v., per tutti, Marro-ne, *Istituzioni*³ (nt. 15) 80.

⁴⁷ Gai 4.48: *Omnium autem formularum quae condemnationem habent ad pecuniariam aestimationem condemnatio nunc concepta est* rell.

⁴⁸ Gai 4.44: *... certe intentio aliquando sola inuenitur, sicut in praeiudicialibus formulis* rell.

L'idea che nella formula dell'*actio familiae erciscundae* vi fossero tanto un'*adiudicatio* quanto una *condemnatio*, d'altra parte, trova saldi appigli testuali nella lettura di

D. 10.2.1.1 (Gai. 7 *ad ed. prou.*): ... *nisi enim coheres sit, neque adiudicari quicquam ei oportet neque aduersarius ei condemnandus est*

di

D. 10.2.27 (Paul. 23 *ad ed.*): *In hoc iudicio condemnationes et absolutiones in omnium persona faciendae sunt: et ideo si in alicuius persona ommissa sit damnatio, in ceterorum quoque persona quod fecit iudex non ualebit, quia non potest ex uno iudicio res iudicata in partem ualere, in partem non ualere*⁴⁹

di

D. 10.2.36 (Paul. 2 *quaest.*): *Cum putarem te coheredem meum esse idque uerum non esset, egi tecum familiae erciscundae iudicium et a iudice inuicem adiudicationes et condemnationes factae sunt* *rell.*⁵⁰

e di

D. 10.2.55 (Ulp. 2 *ad ed.*): *Si familiae erciscundae uel communi diuidendo iudicium agatur et diuisio tam difficilis sit, ut paene impossibilis esse uideatur, potest iudex in unius personam totam condemnationem conferre et adiudicare omnes res.*⁵¹

Sulla sostanziale classicità di questi testi può farsi affidamento e pensare che le formule delle azioni divisorie contenessero un'*adiudicatio* e solitamente, a seguire, una *condemnatio*. Di conseguenza, tutte le parti in causa, e non solo – come nelle altre azioni – il convenuto, potevano essere condannate, tanto che le azioni divisorie, per impiegare l'espressione che ricorre in D. 5.1.13 = D. 10.3.2.1 (Gai. 7 *ad ed. prou.*), si potevano configurare come *iudicia duplicia*.⁵²

⁴⁹ La classicità del testo è stata impugnata da G. Beseler, *Et (atque) ideo, et (atque) idcirco, ideoque, idcircoque*, in *ZRG RA* 45, 1925, 462.

⁵⁰ Per i sospetti di interpolazione dell'ultima parte di questo frammento v. Berger, *Zur Entwicklungsgeschichte* (nt. 35) 97 s. nt. 2.

⁵¹ Dubbi sulla classicità del testo sono stati formulati da Berger, *Zur Entwicklungsgeschichte* (nt. 35) 99 s. nt. 4, che esprimeva perplessità sulla genuinità delle espressioni '*diuisio tam difficilis, ut paene impossibilis uideatur*' e '*omnes res*', considerando da espungere, perché inutile, la parola '*totam*'; E. Albertario, *Iustum pretium e iusta aestimatio*, in *BIDR* 31, 1921, 15 s. nt. 1, anche in Id., *Studi di diritto romano, III. Obbligazioni*, Milano 1936, 420 nt. 1, che proponeva di espungere dal testo, perché di mano compilatoria, le parole '*tam difficilis, ut paene*'; G. Beseler, *Einzelne Stellen*, in *ZRG RA* 46, 1926, 272, che criticava radicalmente l'intero passo per la presenza dello *hysteron próteron* nel periodo '*in unius rell.*' e la mancanza del pronome '*ei*' prima di '*adiudicare*' e suggeriva di ritoccare il testo in più punti.

⁵² In tale direzione E. Zimmermann, *Ueber die Theilung unter wenigen von mehreren Kommu-*

5. La constatazione che le formule delle azioni divisorie potessero contenere sia un' *adiudicatio* sia una *condemnatio*, in ogni caso, consente di assumere posizione nel dibattito relativo al modo in cui è possibile intervenire per sanare il testo di Gai 4.44 tramandato nel palinsesto veronese. Si tratta del brano in cui si forniscono preziose informazioni sul modo in cui potevano combinarsi fra loro le parti cd. ordinarie della formula.

Nel tratto finale del testo, il codice veronese riferisce in *scriptio continua* le parole ' *adiudicatione nullas uires habet* ' all'inizio della lin. 14 del fol. 51^r, che è una pagina con due soli strati di scrittura e di facile lettura, come risulta dall'apografo di Studemund:⁵³

10 **λecompluresdemonstratioλt-etadiudicatioet**
 11 **condemnationuncqsolλeinueniunt'ηηηomni**
 12 **nosineintentioneūγdemnationeulλetit'con**
 13 **demnatioσinedemonstrationeū-intentioneū**
 14 **λdiudicationenullasuireshλbetobidnumqso**
 15 **λeinueniunt'**

nions-Interessenten, in *AcP* 34, 1851, 199; E. Eck, *Die sogenannten doppelseitigen Klagen des Römischen und gemeinen Deutschen Rechts*, Berlin 1870, 89; Lenel, *EP*³ (nt. 2) 208, che adduceva anche le testimonianze di D. 10.2.22.4-5 (Ulp. 19 *ad ed.*) e di D. 10.2.24 pr. (Ulp. 19 *ad ed.*); P. Bonfante, *Istituzioni di diritto romano*⁹, Milano 1932, 560; M. Kaser, *Das römische Privatrecht*², I. *Das altrömische, das vorklassische und das klassische Recht*, München 1971, 412 e 592 (con riferimento all'*actio communi diuidundo*); M. Kaser / K. Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*², München 1996, 345 s. (§ 50); Marrone, *Istituzioni*³ (nt. 15) 350 e 591. La categoria di strumenti ' *in quibus uterque actor est* ' (ossia: *actio finium regundorum*; *actio familiae erciscundae*; *actio communi diuidundo*; *interdictum uti possidetis*; *interdictum utrubi*) è stata ritenuta "ein anscheinend schwer zu lösendes Räthsel" da parte di H. Göppert, *Rec. di E. Eck, Die sogenannten doppelseitigen Klagen*, in *KViert.* 14, 1872, 557. Sui problemi derivanti dall'impiego di questa espressione, che ricorre in modo improprio anche in D. 44.7.37.1 (Ulp. 4 *ad ed. praet.*), v. P. Steinlechner, *Das Wesen der juris communitio und juris quasi communitio*, II. *Das Miteigentum in seinen prinzipiellen Einzelbeziehungen*, Innsbruck 1878, 137-146; O. Geib, *Die rechtliche Natur der Actio communi diuidundo*, Tübingen 1882, 69-72.

⁵³ Cfr. Studemund, *Gaii institutionum apographum* (nt. 45) 203. In Ph.E. Huschke, *Iurisprudentiae anteiustinianae quae supersunt. In usum maxime academicum composuit, recensuit, andotavit Ph. Eduardus Huschke*⁵, Lipsiae 1886, 360, si interviene sul testo tramandato dal manoscritto veronese con proposta di leggere: ' *item condemnatio uel adiudicatio sine intentione nullas uires habet* '. Altri studiosi come Seckel e Kübler (v. *infra*, nel testo) e M. David, *Gai institutiones secundum codicis Veronensis apographum Studemundianum et reliquias in Aegypto repertas iterum edidit M. David. Editio minor*, Leiden 1964, 132, hanno preferito l'integrazione ' *adiudica<tio sine demonstra>tione* '. Questa soluzione appare preferibile. Bisognerebbe ipotizzare, altrimenti, una varietà di formule con *intentio* e *adiudicatio* oppure con *demonstratio* e *adiudicatio*. È ragionevole pensare, invece, che i tre soli programmi di giudizio in cui era presente l'*adiudicatio* (quelli delle due azioni divisorie propriamente dette e quello dell'*actio finium regundorum*) avessero un unico schema formulare in cui essa era preceduta solamente da una *demonstratio*.

Nella prima edizione delle Istituzioni il testo, trascritto da Göschen senza interventi ('*item condemnatio sine demonstratione uel intentione uel adiudicatione nullas uires habet: ob id numquam solae inueniuntur*'),⁵⁴ rende l'affermazione secondo cui la *condemnatio* sarebbe stata priva di efficacia ove non fosse stata accompagnata nel programma di giudizio da una *demonstratio*, da un'*intentio* o da un'*adiudicatio*.

Tale lettura, però, ha destato perplessità. Già all'indomani della pubblicazione dell'*editio princeps*, infatti, Brinkmann bollava il passo come un *locus ualde obscurus*: sarebbe stato strano, infatti, che la *condemnatio* non potesse avere valore senza *adiudicatio*.⁵⁵ Si è pensato così che il testo potesse sanarsi leggendo '*item condemnatio <uel adiudicatio> sine demonstratione uel intentione nullas uires habe<n>t*'.⁵⁶ Nella seconda edizione pubblicata nel 1824 Göschen suggeriva, in alternativa a tale proposta, un intervento che avrebbe dato come esito la lettura '*item adiudicatio uel condemnatio sine demonstratione uel intentione nullas uires habet*'.⁵⁷ Anche questo intervento, però, non è riuscito pienamente convincente.⁵⁸ Né appare del tutto persuasiva l'integrazione '*adiudica<tio sine demonstratione uel inten>tione*' adottata nell'edizione di Krüger e Studemund.⁵⁹

Noi sappiamo con certezza, tuttavia, che nelle formule delle azioni divisorie era presente un'*adiudicatio*, come attestato da Gai 4.42. Se per le ragioni che si

⁵⁴ I.F.L. Goeschen, *Gaii institutionum commentarii IV e codice rescripto bibliothecae Capitularis Veronensis auspiciis Regiae scientiarum Academiae Borussicae nunc primum editi. Accedit fragmentum ueteris iurisconsulti de iure fisci ex aliis eiusdem bibliothecae membranis transcriptum. Cum tabulis aeneis*, Berolini 1820, 274 s.

⁵⁵ L'osservazione è di H.R. Brinkmann, *Notae subitaneae ad Gaii Institutionum Commentarios*, Slesuici 1821, 37.

⁵⁶ C.A.D. Unterholzner, *Coniecturae de suppleendis lacunis quae in Gaii institutionum commentario quarto occurrunt*, Wratislaviae 1823, 17 s.

⁵⁷ I.F.L. Göschen, *Gaii Institutionum commentarii IV. E codice rescripto bibliothecae Capitularis Veronensis a Frid. Bluhmio iterum collato secundum edidit Io. Frid. Lud. Goeschen. Accedit fragmentum ueteris iurisconsulti de iure fisci ex aliis eiusdem bibliothecae membranis transcriptum*, Berolini 1824, 322 nt. 26.

⁵⁸ Sulle difficoltà connesse alla *constitutio textus* di questo passo delle Istituzioni di Gaio e sui vari tentativi compiuti per sanarlo v. F.P. Bremer, *Zu Gaius IV, 44*, in *RhM. für Philol.* 15, 1860, 484-488.

⁵⁹ P. Krüger / W. Studemund, *Gai institutiones ad codicis Veronensis apographum Studemundianum novis curis auctum in usum scholarum ediderunt Paulus Krueger et Guilelmus Studemund*⁷, Berolini 1923, 167, in ciò seguiti da J. Baviera, in *FIRA II*² 159 s. Può ricordarsi che nella prima delle edizioni pubblicate a cura di Krüger e Studemund è riferita la proposta di Mommsen secondo cui la prima parte del passo gaiano andrebbe letta all'incirca in questo modo: '*sed <abesse potest una aliaue; item solae> quaedam inueniuntur etc.*': P. Krüger / W. Studemund, *Gai institutiones ad codicis Veronensis apographum Studemundianum in usum scholarum ediderunt Paulus Krueger et Guilelmus Studemund. Inest epistula critica Theodori Mommsen*, Berolini 1877, 153.

vedranno fra breve è da ritenere molto probabile che nel loro programma di giudizio vi fosse anche una *demonstratio*,⁶⁰ appare ragionevole integrare il testo di Gai 4.44 nel modo già proposto nell'edizione di Seckel e Kübler, vale a dire: '*item condemnatio sine intentione uel adiudica<tio sine demonstra>tione nullas uires habet*'.⁶¹

Gai 4.44: ... *Non tamen*⁶² *istae omnes partes simul inueniuntur; sed quaedam inueniuntur, quaedam non inueniuntur. certe intentio aliquando sola inuenitur, sicut in praeiudicialibus formulis, qualis est qua quaeritur, aliquis libertus sit, uel quanta dos sit, et aliae conplures. demonstratio autem et adiudicatio et condemnatio numquam solae inueniuntur; nihil enim omnino demonstratio sine intentione uel condemnatione ualet; item condemnatio sine intentione, uel adiudicatio sine demonstratione nullas uires habet et ob id numquam solae inueniuntur.*

6. Resta da accertare come fosse congegnata la prima parte della *conceptio uerborum* delle azioni divisorie. Occorre stabilire, innanzi tutto, se essa contenesse una *demonstratio* e quale funzione essa assolvesse nel programma di giudizio. Solo in seguito ci si potrà chiedere in quali termini tale *pars formulae* fosse concepita, allo scopo di rispondere alla domanda se fosse possibile, in alcuni casi, porre in discussione quanto in essa enunciato.

Per rispondere a tali interrogativi è utile confrontarsi criticamente con le ricostruzioni finora proposte dagli studiosi, a cominciare da quelle più antiche.

6.1. Heffter aveva immaginato un programma di giudizio composto soltanto da *demonstratio* e *adiudicatio* nei termini:

⁶⁰ Cfr. *infra*, § 7. Alla presenza della *demonstratio* nei programmi di giudizio delle azioni divisorie hanno creduto, fra i tanti, anche P. de Francisci, *Sintesi storica del diritto romano*⁴, Roma 1968, 464; H. Honsell / Th. Mayer-Maly / W. Selb, *Römisches Recht*⁴, Berlin et al. 1987, 531: "An eine *demonstratio* (über den Grund des Teilungsbegehrens) schloß sich eine *adiudicatio* an (*quantum adiudicari oportet, iudex ... adiudicato*)"; M. Talamanca, s.v. *Processo civile (Diritto romano)*, in *ED* 36, Milano 1987, 45 nt. 325; Id., *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, 309, che immaginava una formula priva di *intentio*.

⁶¹ E. Seckel / B. Kübler, *Gai institutiones ediderunt E. Seckel et B. Kuebler*⁷, Lipsiae 1935, 209 s. (lezione proposta già a partire dalla prima edizione pubblicata nel 1903), che nell'apparato (*ibid.*, nt. 1) osservavano "*de adiudicatione confer, quae Lenel dicit in Edicto, p. 162 sq. de iudiciis divisoriiis*", con riferimento alla prima edizione dell'*Edictum Perpetuum*. Tale proposta di lettura è stata accolta anche da V. Arangio-Ruiz e, più di recente, nell'edizione curata da U. Manthe: *Gaius. Institutiones. Die Institutionen des Gaius. Herausgegeben, übersetzt und kommentiert von Ulrich Manthe*², Darmstadt 2010, 342 e 344, che però aggiunge la parola '*demonstratio*' dopo la parola '*ualet*' ('*nihil enim omnino sine intentione uel condemnatione ualet <demonstratio>*').

⁶² Contro la proposta di leggere "*(Neque tamen semper) istae partes simul inueniuntur*" formulata da Goeschen, *Gaii institutionum commentarii IV*² (nt. 57) 321, v. G.F. Puchta, *Cursus der Institutionen*, II, Leipzig 1842, 128 nt. a (§ 167).

HEFFTER (1827): *Iudex (vel Arbiter) esto. Qui inter Lucium Seium et Aulum Servilium communis est ager, quo de agitur, quantum inde utrique adiudicari oportet, adiudicato.*⁶³

Per Rudorff, invece, alla *demonstratio* e all'*adiudicatio* sarebbe seguita anche la *condemnatio*:

RUDORFF (1869): *FAMILIAE HERCISCUNDAE: Iudex esto. Quod hereditas illius illi cum illo communis est, quam ob rem familiae herciscundae arbitrum sibi dari postulerunt, quantum paret ex ea hereditate alteri ab altero aut Titio adiudicari oportere, tantum iudex alteri ab altero aut Titio adiudicato, quodque ob eam rem alterum alteri dare facere praestare oportet ex fide bona, eius iudex alterum alteri condemna s. n. p. a.*

RUDORFF (1869): *COMMUNI DIVIDUNDO: Iudex esto. Quod ille fundus illi et illi communis est, quam ob rem ille illum communi dividundo provocavit (ambo communi dividundo arbitrum sibi dari postulaverunt) quantum ob eam rem alteri ab altero aut Titio adiudicari oportet, id iudex alteri aut Titio adiudicato, quodque alterum alteri ob eam rem dare facere praestare oportet ex fide bona, eius iudex alterum alteri c. s. n. p. a.*⁶⁴

Nelle formule immaginate da entrambi gli studiosi la *demonstratio* (che per Heffter non è introdotta da 'qui', e non da 'quod') rinvia alla situazione giuri-

⁶³ A.W. Heffter, *Observationum liber*, in *Gaii iuriconsulti institutionum commentarius quartus sive de actionibus. Recensuit, restituere conatus est, adnotationem perpetuam librumque observationum adiecit Augustus Guilelmus Heffter antecessor Bonnensis*, Berolini 1827, 59: "Singularem praeterea speciem habebant formulae iudiciorum divisoriorum et praeiudiciales. Ista sola demonstratio, ut mihi videtur, et adiudicatione (loco condemnationis) concludebantur, nulla interiecta intentione."

⁶⁴ Rudorff, *De iuris dictione edictum* (nt. 17) 85 s. Queste ricostruzioni di Rudorff sono state giudicate convincenti da Eck, *Die sogenannten doppelseitigen Klagen* (nt. 52) 89 s. Un precedente tentativo di ricostruzione era stato compiuto da Rudorff in Id., *Römische Rechtsgeschichte*, II. *Rechtspflege*, Leipzig 1859, 82 e 97, ove in punti separati della trattazione venivano adottati esempi della *demonstratio* della formula dell'*actio communi dividundo* e dell'*adiudicatio* di un'azione divisoria che, combinate fra loro, hanno come esito il seguente programma di giudizio: "Quod L. Titii familia cum illo mihi communis est, QVANTVM (alteri ab altero aut Titio) ADIVDICARI (quantive alterum ob eam rem condemnari) OPORTET, IVDEX (alteri aut) TITIO (extraneo) ADIVDICATO". Questa particolare forma di *adiudicatio* ipotizzata in un primo momento da Rudorff, contenente al proprio interno un inciso che in realtà sembra profilarsi come una *condemnatio*, si spiega con l'idea che tale parte della formula fosse (Rudorff, *op. ult. cit.* 97) "die Klausel, durch welche dem Judex in einer Theilungsklage das ... Recht übertragen wird, Eigenthum und *Iura in re aliena* zu constituiren, indem er einem Socius oder auch einem Dritten die gemeinschaftliche Sache ganz oder theilweise, frei oder belastet zuspricht und den Adjudicatar in den Geldwerth des fremden Antheils bezüglich des Ganzen condemniert". La stessa idea si trova riproposta, senza alcun richiamo a Rudorff, in G. Gugino, *Trattato storico della procedura civile romana*, Palermo 1873, 130: "L'*adiudicatio*, è quella parte della formula, per la quale vien dato al giudice il potere, in un'azione divisoria di attribuire ad uno dei soci la cosa avuta in comune sia tutta sia in parte, talvolta libera, talvolta gravata da una prestazione da farsi all'altro socio".

dica che legittimava le parti ad agire per chiedere la divisione dell'eredità o del bene comune. L'intuizione, come si vedrà, merita consenso. A non convincere, semmai, è la circostanza che nella *demonstratio* presente in tali ricostruzioni il verbo si trova espresso all'indicativo presente, anziché all'indicativo perfetto, come avviene in tutti gli esempi di *demonstrationes* a noi noti con sicurezza dal materiale testuale di cui disponiamo.

I tentativi di Rudorff, in ogni caso, sono stati giudicati 'infelici' da Lenel sia per il modo in cui risultavano connessi i due periodi che componevano una *demonstratio* concepita nei termini "*quod hereditas ... communis est, quam ob rem ...*", sia perché non avrebbero trovato riscontro nelle informazioni fornite dalle fonti.⁶⁵

6.2. Nella *conceptio uerborum* ricostruita da Lenel la *demonstratio* sarebbe stata costituita dalla *iudicis postulatio* e da un'apposita clausola *de praestationibus*⁶⁶ coordinata con un'*intentio incerta* (forse di buona fede)⁶⁷ al '*quidquid ob eam rem alterum alteri praestare oportet [ex fide bona?]*'. Tale *intentio* avrebbe trovato posto dopo l'*adiudicatio* e prima della *condemnatio*:

LENEL (1883-1927): FAMILIAE ERCISCUNDAE: *Quod Lucii Titii heredes de familia erciscunda deque eo, quod in ea hereditate ab eorum quo, postea quam heres factus sit, gestum admissum sit, iudicem sibi dari postulauerunt: quantum adiudicari oportet, iudex Titio adiudicato: quidquid ob eam rem alterum alteri praestare oportet [ex fide bona?], eius iudex alterum alteri c. s. n. p. a.*

⁶⁵ Per la critica alla proposta di ricostruzione della formula dell'*actio familiae erciscundae* v. Lenel, *EP*³ (nt. 2) 207: "Allein weder ist die Verbindung „quod hereditas ... communis est, quam ob rem ...“ glücklich, noch entspricht die demonstratio im übrigen dem, was sich aus den Quellen ermitteln läßt." Per la critica alle proposte di ricostruzione della formula dell'*actio communi diuidendo*, considerate "reine Phantasiegebilde", v. Lenel, *EP*³ (nt. 2) 210.

⁶⁶ La presenza di questa clausola nel programma di giudizio dell'*actio communi diuidendo* era stata ipotizzata già nei più antichi tentativi di ricostruzione dell'editto sintetizzati in C.G.L. de Weyhe, *Libri tres edicti sive libri de origine fatisque jurisprudentiae Romanae praesertim edictorum pratoris ac de forma edicti perpetui quos scripsit Carol. Guil. Ludov. de Weyhe doctor juris*, Cellis Luneburgicis 1821, 195-197. Lenel ne ricostruiva il dettato per l'*actio familiae erciscundae* sulla base di D. 10.2.49 (Ulp. 2 *disp.*); D. 10.2.16.4-ult. (Ulp. 19 *ad ed.*); D. 10.2.18 (Ulp. 19 *ad ed.*); D. 10.2.20 pr. (Ulp. 19 *ad ed.*); D. 10.2.25.15-19 (Paul. 23 *ad ed.*); D. 10.2.17 (Gai. 7 *ad ed. prou.*); D. 10.2.19 (Gai. 7 *ad ed. prou.*); e per l'*actio communi diuidendo* richiamandosi a quanto si legge in D. 10.3.4.3-4 (Ulp. 19 *ad ed.*); D. 10.3.6 pr. (Ulp. 19 *ad ed.*); D. 10.3.8.2-4 (Paul. 23 *ad ed.*); D. 10.3.10 pr. (Paul. 23 *ad ed.*); D. 10.3.11 (Gai. 7 *ad ed. prou.*); D. 9.4.19 pr. (Paul. 22 *ad ed.*); v. Lenel, *EP*³ (nt. 2) 207 s. nt. 6 e 211 nt. 6. Per critiche alla formulazione della clausola *de praestationibus* suggerita da Lenel per la formula dell'*actio familiae erciscundae* v. Berger, *Zur Entwicklungsgeschichte* (nt. 35) 106-108.

⁶⁷ Almeno nella terza edizione dell'*Edictum Perpetuum*: v. *supra*, nel testo. Sulla natura di buona fede delle azioni divisorie v. *infra*, nt. 148.

LENEL (1883-1927): COMMUNI DIUIDUNDO: *Quod L. Titius C. Seius de communi [eorum?] diuidundo et si quid in communi damni datum factumue sit siue quid eo nomine aut absit eorum cui aut ad eorum quem peruenerit, iudicem sibi dari postulauerunt: quantum ... adiudicari oportet, iudex ... adiudicato: quidquid ob eam rem alterum alteri praestare oportet [ex fide bona?], eius iudex alterum alteri c. s. n. p. a.*⁶⁸

Queste proposte, in cui la sequenza delle quattro parti cd. ordinarie della formula non segue quella riferita in Gai 4.44, sono state accolte da Kübler⁶⁹ e da Berger.⁷⁰ Frezza ha pensato invece che per far valere le *praestationes* fosse sufficiente interpretare estensivamente la *condemnatio* che seguiva l'*adiudicatio*.⁷¹ Per tale ragione, come ritenuto da Arangio-Ruiz⁷² (in base a quanto potrebbe ricavarsi da alcuni rescritti)⁷³ e da Biondi,⁷⁴ sarebbe da escludere che nella formula fosse presente una clausola *de praestationibus*.

In effetti, se è probabile che nelle formule delle azioni divisorie la *demonstra-*

⁶⁸ Per la formula dell'*actio familiae erciscundae*: Lenel, *EP*³ (nt. 2) 207 s. (§ 80); cfr. già Id., *EP*¹ (nt. 14) 163 s. (§ 80) e Id., *EP*² (nt. 21) 201 s. (§ 80), che però non aveva dubbi sulla presenza nella formula delle parole '*ex fide bona*'. Per la formula dell'*actio communi diuidundo*: Lenel, *EP*³ (nt. 2) 211 (§ 81); cfr. già Lenel, *EP*¹ (nt. 14) 165 (§ 80) e Id., *EP*² (nt. 21) 204 s. (§ 81), anche in questo caso sicuro della presenza delle parole '*ex fide bona*'.

⁶⁹ Kübler, *Rec. di A. Audibert* (nt. 39) 449.

⁷⁰ Berger, *Zur Entwicklungsgeschichte* (nt. 35) 106 s.

⁷¹ Frezza, *Actio communi diuidundo* (nt. 35) 40 s. In senso analogo v. Aricò Anselmo, *Studi sulla divisione giudiziale I* (nt. 32) 420-423. Per la posizione di Karlowa v. *infra*, § 6.6.

⁷² V. Arangio-Ruiz, *Rec. di Otto Lenel – Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung. Dritte Verbesserte Auflage*, in *BIDR* 37, 1929, 81-92, spec. 87: "Una frase per se stessa interpretabile sia come riproduzione di una clausola formulare sia come espressione di una communis opinio è quella contenuta in D. 10, 3, 3 pr. (Ulp. 30 *ad Sab.*): "....in communi diuidundo iudicio.... venit.... si quid in (rebus communibus) damni datum factumue est, sive quid eo nomine aut abest alicui sociorum aut ad eum peruenit ex re communi". Ma contro la dottrina leneliana, che senz'altro include tutto il periodetto nella *demonstratio* (§ 81), sta la considerazione che in più di un rescritto la facoltà del giudice di condannare, oltre che per conguagli fra i condividenti, anche per le cosiddette *praestationes*, è presentata con parole che meglio si adattano a massime interpretative".

⁷³ A sostegno della propria opinione, infatti, Arangio-Ruiz, *op. ult. cit.* 88, richiamava i testi di CI. 3.36.9 (Alex. Sev., s. d.); CI. 3.36.19 (Diocl. et Maxim., a. 293); CI. 3.37.4.2 (Diocl. et Maxim., a. 294) e osservava che (*ibid.*): "Ad intendere questi rescritti nel senso già detto, si è confortati proprio dall'autorità del L., massime quando (§ 113), per escludere l'esistenza di un'apposita clausola sul *beneficium competentiae* nell'a. rei uxoriae, si richiama a D. 24, 3, 12 (Ulp. 36 *Sab.*), 'maritum in id quod facere potest condemnari *exploratum est*': la stessa deduzione avrebbe ben potuto servire alla semplificazione delle formule divisorie."

⁷⁴ B. Biondi, *Rec. di A. Berger, Zur Entwicklungsgeschichte der Teilungsklagen im klassischen römischen Recht*, in *BIDR* 25, 1912, 269, che si mostrava sicuro per l'editto pregiuliano e riteneva che anche per l'età successiva pure in assenza di una specifica clausola all'interno della formula la giurisprudenza avrebbe potuto continuare a operare in via d'interpretazione per consentire al giudice di tenere conto delle *praestationes*.

tio fosse enunciata – come ipotizzato da Heffter e da Rudorff – in modo da rinviare all'esistenza di un'eredità comune o di un altro stato di comunione fra le parti del giudizio, ciò doveva giustificare di per sé la *condemnatio* relativa alle *praestationes* nascenti dalla gestione della coeredità o della *communio*.

6.3. Convinto che i programmi di giudizio delle azioni divisorie contenesse-
ro tutte e quattro le parti cd. ordinarie della formula, Keller⁷⁵ suggeriva per l'*actio communi diuidundo* una ricostruzione così articolata:

KELLER (1883): *C^s. iud. e^o. Q^d. L. Seio cum Q. Licinio fundus Titianus, q. d. r. a. communis est, q. d. r. L. Sei^s. Q. Lic^m. (oder alter alterum) coⁱ. diu^o. prouocauit, quantum paret o. e. r. alteri ab altero adiudicari alterumue alteri condemnari op^e. ex fide bona, tantum iudex alteri ab altero adiudicato tantique alterum alteri condemnato, s. n. p. a.*⁷⁶

L'idea di un programma di giudizio con un'*intentio* contepita nei termini '*quantum paret ob eam rem alteri ab altero adiudicari alterumue alteri condemnari oportere ex fide bona*', tuttavia, sembra da respingere sulla base della testimonianza di Gai 4.42.⁷⁷ Da questo brano, infatti, risulta che l'istruzione processuale espressa dalle parole '*quantum adiudicari oportere*' era contenuta con sicurezza nell'*adiudicatio*, sicché essa non può considerarsi parte dell'*intentio* del programma di giudizio con l'aggiunta della clausola '*ex fide bona*'.⁷⁸

6.4. Poco convincente risulta anche il tentativo ricostruttivo di Puchta,⁷⁹ se-

⁷⁵ F.L. von Keller, *Der römische Civilprocess und die Actionen in summarischer Darstellung zum Gebrauche bei Vorlesungen*⁶, a cura di A. Wach, Leipzig 1883, 200 nt. 458. Contro questa idea, sulla base del tenore del passo di Gaio, Puchta, *Cursus* II (nt. 62) 128 nt. a (§ 167), osservava: "Sodann könnten die Klagen, in denen alle Theile zusammen vorkommen, möglicherweise nur die drey Theilungsklagen seyn, wie inept aber wäre es zu sagen: sie finden sich n i c h t i m m e r beisammen, wenn sie nur in dreien von den unzähligen Formeln, die es giebt, sich beisammen finden."

⁷⁶ Un analogo schema formulare si ritrova, senza alcun richiamo agli studi di Keller, anche in J. Baron, *Institutionen und Civilprozeß*, Berlin 1884, 401.

⁷⁷ Il cui testo è stato trascritto *supra*, nel testo, § 4.

⁷⁸ In tal senso si vedano le condivisibili osservazioni di O. Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte*, II.1. *Privatrecht*, Leipzig 1901, 457 nt. 1.

⁷⁹ Puchta, *Cursus* II (nt. 62) 130 s. (§ 167), e ivi nt. g e nt. h: "Eine besondere Bewandniß hat es mit den Theilungsklagen. Diese haben eine doppelte Intentio. Die eine ist mit der Adjudicatio verbunden: *quantum adiudicare oportet (ex bono et aequo)*, iudex Titio adiudicato. Dieß würde für den andern Theil ebenso wiederholt. Aber diese Klagen gehen nicht bloß auf Theilung (worauf die Adjudicatio sich bezieht) sondern auch auf *praestationes personales*, zu denen ein Theilhaber dem andern zu condemniren, oder von denen er zu absolviren ist. Sie enthielten daher noch eine zweite Intentio, welcher eine Condemnatio folgte, etwa: *tum quidquid ob eam rem alterutrum alteri dare facere*

condo cui la formula delle azioni divisorie, dopo una prima parte del programma di giudizio che avrebbe indicato l'oggetto della divisione (per esempio: *'de fundo de quo agitur'*), avrebbe avuto una doppia *intentio* contenente la clausola *'ex bono et aequo'*: la prima, concepita *in rem*, nei termini *'quantum adiudicare oportet (ex bono et aequo)'* in connessione all'*adiudicatio* (*'iudex Titio adiudicato'*); e la seconda, concepita *in personam*, nei termini *'tum quidquid ob eam rem alterutrum alteri dare facere oportet ex fide bona'* seguita dalla *condemnatio* (*'eius iudex alterum alteri condemnato s. n. p. a.'*).

Tale ipotesi si fonda su due presupposti: che una *demonstratio* potesse trovarsi soltanto nelle *actiones in personam* che fossero *in ius conceptae* e nascessero da negozi che avessero un *nomen ciuilis*; e che alla *demonstratio* dovesse sempre seguire un'*intentio* cd. *incerta*.⁸⁰ Il primo convincimento, tuttavia, non può considerarsi un punto fermo. Non può escludersi, infatti, che, oltre agli esempi di formule con *demonstratio* attestati con sicurezza dalle fonti, ve ne fossero anche altri di cui in esse non è rimasta alcuna traccia.⁸¹ Se è vero, poi, che nei programmi di giudizio a noi noti l'*intentio incerta* si trova sempre dopo una *demonstratio*, da ciò potrebbe trarsi solamente la regola secondo la quale nei casi in cui nel programma di giudizio vi fosse un'*intentio incerta*, questa era preceduta da una *demonstratio*. In base a ciò, tuttavia, non sarebbe corretto escludere che vi fossero formule in cui la *demonstratio* risultava coordinata a un'altra parte, diversa da un'*intentio* (cd. *incerta*). Del resto, la possibilità che una *conceptio uerborum* fosse costituita solamente da *demonstratio* e *condemnatio*, come doveva accadere per l'*actio iniuriarum* cd. *aestimatoria*,⁸² troverebbe un riscontro nel

oportet ex fide bona, eius iudex alterum alteri condemnato s. n. p. a. Von diesen zwey Intentionen ist die erste, mit der Adjudicatio verbundene *in rem* concipirt, da der Gegner nicht genannt ist, die andere, welcher die Condemnatio folgt, *in personam*." Per una critica alla plausibilità di questo tentativo di ricostruzione v. Eck, *Die sogenannten doppelseitigen Klagen* (nt. 52) 89.

⁸⁰ Così Puchta, *Cursus* II (nt. 62) 128 s. (§ 167). Non va dimenticato che la distinzione fra *intentio certa* e *incerta* correntemente usata dalla storiografia è estranea alle fonti, sicché sembra più corretto discorrere di *incerta formula* o di *incerta actio* (Gai 4.54 e 4.131a), così come in linea di principio sembra opportuno parlare di *formula in factum concepta*, secondo quanto attestato da Gai 4.45-47, anziché di *intentio in factum concepta*, per riferirsi a quelle formule che, pur non avendo un'*intentio* in senso proprio, trovassero il loro fondamento in un *factum* che poteva essere espresso anche in una parte diversa della formula, come la *demonstratio*.

⁸¹ D'altra parte, come osservato in Varvaro, *Studi sulla restituzione della dote* I (nt. 28) 186, è opportuno "tener presente che la teorizzazione delle parti della formula rappresentata nel manuale di Gaio è sicuramente successiva alla nascita delle prime *formulae*; e che, per questa ragione, non è detto che tutte le *conceptiones uerborum* debbano ricondursi alle schematizzazioni gaiane per cui si possono avere formule *certae* e *formulae incertae* munite di *demonstratio*".

⁸² Cfr. Kaser / Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*² (nt. 52) 313 e nt. 15 (§ 45), con letteratura. Per le incertezze relative all'esistenza di altre formule composte in questo modo (la formula dell'*actio*

testo di Gai 4.44, da leggere nel modo che – lo si è visto⁸³ – sembra da preferire agli altri suggeriti dagli editori delle Istituzioni di Gaio.

6.5. In questo stesso ordine di idee occorre valutare anche l'ipotesi di Audibert. Secondo lo studioso francese la formula dei giudizi divisorii avrebbe avuto una doppia *intentio*:⁸⁴ l'una relativa ai rapporti obbligatori intercorrenti fra le parti e l'altra alle compensazioni pecuniarie nascenti dall'*adiudicatio* ('*in quantum ob eam rem condemnari oportet*'):

AUDIBERT (1903): *Quod L. Titii heredes de familia erciscunda iudicem sibi dari postulauerunt* (oppure: *Quod L. Titius C. Seius de fundo communi diuidendo iudicem sibi dari postulauerunt*), *quantum adiudicare oportet, tantum iudex adiudicato, in quantum ob eam rem condemnari oportet, tantum condemnato.*

I giudizi divisorii, per Audibert, sarebbero stati sì *arbitria*, ma – quanto meno in origine – non sarebbero stati *bonae fidei iudicia*⁸⁵ e avrebbero avuto la peculiarità di non implicare alcuna contestazione fra le parti sull'esistenza dei rispettivi diritti a partecipare alla divisione, configurando più un *iurgium* che un vero e proprio processo.⁸⁶ A suo giudizio in età classica le formule dell'*actio familiae erciscundae* e dell'*actio communi diuidendo* avrebbero certamente avuto una *demonstratio*, diversa da quella immaginata nella prima edizione dell'*Edictum Perpetuum* leneliano, indicante i nomi delle parti (e nell'*actio familiae erciscundae* anche la loro qualità di eredi e il nome del *de cuius*) nonché il bene o il com-

funeraria e la *formula quae appellatur arbitraria*) può consultarsi Varvaro, *Studi sulla restituzione della dote* I (nt. 28) 182 s.; Id., *Gai 4.163* (nt. 24) 707-734.

⁸³ V. *supra*, § 5.

⁸⁴ Audibert, *L'évolution de la formule* (nt. 35) 3-37, con critica del tentativo di ricostruzione suggerito da Lenel nella prima edizione dell'*Edictum Perpetuum*; Id., *Nouvelle Étude sur l'histoire des actions familiae erciscundae et communi diuidendo*, in *RHD* 28, 1904, 273-304, 401-439 e 640-697.

⁸⁵ Audibert, *L'évolution de la formule* (nt. 35) 19 s. e 30-33. Secondo lo studioso francese la natura di buona fede delle azioni divisorie potrebbe riconoscersi solamente a partire dall'epoca in cui, grazie a una nuova formulazione dei rispettivi programmi di giudizio, all'organo giudicante sarebbe stato riconosciuto anche il potere di statuire sulle *praestationes* in forza di un'*intentio ex fide bona* preceduta da una *demonstratio de praestationibus* e seguita da una *condemnatio* che avrebbe attribuito all'organo decidente il potere di condannare o assolvere.

⁸⁶ V. Audibert, *L'évolution de la formule* (nt. 35) 23, il quale rilevava che proprio a causa di questa caratteristica nel sistema delle *legis actiones* le azioni divisorie non potevano svolgersi nello schema della *legis actio sacramenti* "avec ses affirmations et dénégations absolues." In questo senso v. già M.A. von Bethmann-Hollweg, *Der römische Civilprozeß*, I. *Legis actiones*, Bonn 1864, 64. Sul punto cfr. anche V. Puntchart, *Die Entwicklung des grundgesetzlichen Civilrechts der Römer. Für Juristen, Philologen und Historiker auf Grund von Forschungen dargestellt*, I, Erlangen 1872, 271 s. e gli altri autori citati da Aricò Anselmo, *Studi sulla divisione giudiziale* I (nt. 32) 423 nt. 116.

plesso di beni oggetto della chiesta divisione,⁸⁷ cui sarebbe seguita un'*adiudicatio*.⁸⁸ In questi programmi di giudizio, tuttavia, sarebbe stato impossibile pensare a un'unica *intentio* in grado di reggere sia l'*adiudicatio* sia la *condemnatio*. Come Puchta, dunque, anche Audibert immaginava una formula con due distinte *intentiones*, entrambe *in ius conceptae*: la prima connessa all'*adiudicatio*, volta a condizionare e determinare il potere di aggiudicare ('*quantum adiudicari oportet*') e l'altra connessa a una *condemnatio*, priva della formula assolutoria, per fare valere fra le parti eventuali conguagli derivanti dalla divisione.⁸⁹

Come già osservato da Lenel,⁹⁰ tuttavia, tale proposta non potrebbe accettarsi in quanto priva di riscontri nel materiale testuale di cui disponiamo.

6.6. Non condivisibile appare anche l'opinione di Karlowa secondo cui la formula dell'*actio communi dividundo* sarebbe stata priva di *demonstratio*, contemplando invece un'*intentio* che affermava in connessione al rapporto giuridico da dedurre in giudizio la pretesa alla divisione e che potrebbe immaginarsi concepita nei termini '*Quas res paret Lucio Titio et Gajo Sejo communes esse inter eosque arbitrio tuo dividi oportere*',⁹¹ eventualmente integrata dalle parole '*et quidquid paret eo nomine alterum alteri dare facere oportere ex fide bona*' in caso di richiesta di condannare uno dei partecipanti alla divisione a pagare in favore

⁸⁷ Audibert, *L'évolution de la formule* (nt. 35) 11-15, con critica della diversa opinione espressa da Lenel, *Essai I* (nt. 21) 239, corrispondente a Id., *EP*¹ (nt. 14) 164, secondo cui quanto si legge in D. 10.3.4.2 (Ulp. 19 *ad ed.*) e D. 10.3.13 (Ulp. 75 *ad ed.*) dovrebbe indurre a escludere che la *demonstratio* menzionasse con precisione i beni da sottoporre alla divisione, limitandosi a fornire all'organo giudicante le istruzioni necessarie a dividere ciò che fosse '*commune*'. L'opinione di Lenel è stata ribadita anche nella terza edizione del suo *Edictum Perpetuum*: Lenel, *EP*³ (nt. 2) 210.

⁸⁸ Audibert, *L'évolution de la formule* (nt. 35) 15-17.

⁸⁹ Audibert, *op. ult. cit.* 21-23.

⁹⁰ Lenel, *EP*³ (nt. 2) 209 e ivi nnt. 3-4, con richiamo ai dubbi espressi da Kübler, *Rec. di A. Audibert* (nt. 39) 446 s.

⁹¹ Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte* II.1 (nt. 78) 457 nt. 1: "Es ist die Frage, wie man sich den mit der *actio communi dividundo* geltend zu machenden Anspruch in einzelnen *partes formularum* zum Ausdruck gebracht zu denken hat. Das von Gaius angeführte *quantum adiudicari oportet*, welches man in die *intentio* der Formel aufgenommen hat (KELLER sogar in Verbindung damit ein *quantum paret condemnari oportere*), gehört nicht dahin, sondern ist ein Teil der *adiudicatio*, welche, zusammen mit der *condemnatio*, die Konsequenzen des in der *intentio* bezeichneten Rechts zu ziehen hat. Ferner läßt man eine *demonstratio* die unter den Parteien stattfindende *communio* bezeichnen, was auch nicht zu rechtfertigen ist, weil die *demonstratio*, wo sie vorkommt, den Entstehungsgrund des in der *intentio* zu bezeichnenden Rechts, also etwa das Rechtsgeschäft oder das Delikt anzugeben hat. Meines Erachtens hat die *actio communi dividundo* keine *demonstratio* gehabt. In der *intentio* selbst war das *in iudicium* zu deduzierende Rechtsverhältnis, also die *communio* und der daran sich knüpfende Anspruch auf Teilung, zu behaupten, also etwa: *Quas res paret Lucio Titio et Gajo Sejo communes esse inter eosque arbitrio tuo dividi oportere*."

dell'altro una somma di denaro per le *praestationes personales*.⁹² Come si è avuto modo di osservare leggendo Gai 4.44 in connessione a Gai 4.42, infatti, è da credere che nei programmi di giudizio caratterizzati dalla presenza dell'*adiudicatio*, quest'ultima fosse preceduta da una *demonstratio*.⁹³

7. A favore della presenza di una *demonstratio* nei programmi di giudizio delle azioni divisorie può addursi un ulteriore argomento. Come ricordato, infatti, entrambe queste azioni rappresentano le eredi formulari delle applicazioni della *legis actio per arbitri postulationem* introdotte dalla *lex XII tabularum* per la divisione dell'eredità comune⁹⁴ e dalla *lex Licinnia* per la divisione di beni comuni diversi dall'eredità.⁹⁵ In entrambe queste applicazioni della *legis actio* – lo ricorda un passo delle Istituzioni di Gaio – '*nominata causa ex qua agebatur statim arbiter petebatur*'.⁹⁶

Non c'è da stupirsi, dunque, che Lenel fosse convinto che nelle formule del-

⁹² Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte* II.1 (nt. 78) 459 nt. 1: "Daß ein Miteigentümer dem andern zu jenen *personales praestationes* zu kondemnieren war, leitete man wohl aus einem Zusatz zu der früher bezeichneten *intentio* her, etwa: *et quidquid paret eo nomine alterum alteri dare facere oportere ex fide bona*, welchen ja LENEL selbst in die Formel aufgenommen hat."

⁹³ V. *supra*, § 5.

⁹⁴ Nel commentarne la formula contenuta nell'editto provinciale Gaio ricorda che l'*actio familiae erciscundae* derivava dalla *lex XII tabularum*; v. D. 10.2.1 pr. (Gai. 7 *ad ed. prou.*): *Haec actio proficiscitur e lege duodecim tabularum: namque coheredibus uolentibus a communione discedere necessarium uidebatur aliquam actionem constitui, qua inter eos res hereditariae distribuerentur*.

⁹⁵ Gai 4.17a, il cui testo è trascritto per la parte che interessa *infra*, nel testo di questo paragrafo. Non è possibile stabilire quando le due azioni affiancarono o presero il posto delle corrispondenti applicazioni della *legis actio per iudicis arbitriue postulationem*. Può pensarsi all'età di Cicerone, perché all'*actio communi diuidendo* si allude in una sua lettera a Trebazio databile al febbraio del 53 a.C. (Cic. *ad fam.* 7.14[12].2 [Kasten 394]: ... *quod ius statuet 'COMMVNI DIVIDVND0,' quom commune nihil possit esse apud eos, qui omnia uoluptate sua metiuntur?*). Sulla possibilità di leggere altri cenni a quest'azione nelle opere di Cicerone v. A. Lintott, *Cicero as Evidence. An Historian's Companion*, Oxford 2008, 54 e 57.

⁹⁶ Si tratta del passo delle Istituzioni in cui Gaio ricorda che la *lex XII tabularum* aveva imposto che per la divisione dell'eredità i coeredi dovessero agire *per iudicis postulationem*, soggiungendo che una *lex Licinnia* aveva esteso l'applicabilità di questo *modus agendi* alle azioni *de aliqua re communi diuidenda* (Gai 4.17a). Il passo ci è noto grazie ai frammenti antinoensi [per la lettura '*Licinnia*' v. V. Arangio Ruiz (a cura di), *PSI XI, N.° 1182. Frammenti di Gaio*, Firenze 1933, 24 s.]. La datazione del provvedimento, però, non è sicura: v. G. Rotondi, *Leges publicae populi Romani*, Milano 1912, 481. Per una collocazione intorno al 210 a.C. v. Arangio Ruiz, *op. ult. cit.* 42 nt. 3, che dopo aver criticato i tentativi di datazione proposti da Beseler, ha pensato che la legge fosse "coeva all'affermazione del *ius gentium*"; Id., *Il nuovo Gaio*, in *BIDR* 42, 1934, 617; E. Levy, *Neue Bruchstücke aus den Institutionen des Gaius*, in *ZRG RA* 54, 1934, 294-296, che in base a un'interpretazione di quanto si legge in D. 4.7.12 (Marcian. 14 *inst.*) ha proposto una datazione diversa da quella suggerita da Arangio-Ruiz.

le azioni divisorie, come pure in quella dell'*actio finium regundorum*, la cui *conceptio uerborum* aveva pure un'*adiudicatio* come quella delle azioni divisorie (Gai 4.42; cfr. Tit. Ulp. 19.16), si alludesse a una *iudicis postulatio*⁹⁷ e che ciò avvenisse, appunto, in una *demonstratio*.⁹⁸

Questa sua idea, formulata nel tentativo di superare le ricostruzioni proposte da Rudorff,⁹⁹ si basava esclusivamente su quanto si legge in un brano di Cicerone¹⁰⁰ e nel cap. XXIII della *lex Rubria de Gallia Cisalpina*.¹⁰¹ La *iudicis postulatio*, a suo giudizio, sarebbe stata il fondamento giuridico dell'*adiudicari oportere*, rimasto tale anche quando, in un momento successivo, alla *conceptio uerborum* si sarebbe aggiunta un'*intentio* nei termini '*quiquid ob eam rem alterum alteri praestare oportet*'.¹⁰²

⁹⁷ Lenel, *EP*³ (nt. 2) 207. Analogamente, senza porsi interrogativi al riguardo, Mantovani, *Le formule*² (nt. 3) 60 s. [Nr. 49].

⁹⁸ Si vedano le ricostruzioni delle formule trascritte più su, nel testo, § 6.2.

⁹⁹ V. *supra*, § 6.1.

¹⁰⁰ Si tratta di Cic. *pro Caec.* 7.19: *In possessione bonorum cum esset, et cum ipse (mss.; Schütz: iste) sextulam suam nimium exaggeraret, nomine heredis arbitrum familiae erciscundae postulauit. atque illis paucis diebus, posteaquam uidet, nihil se ab A. Caecina posse litium terrore abradere, homini Romae in foro denuntiat fundum illum de quo ante dixi, cuius istum emptorem demonstraui fuisse mandatu Caesenniae, suum esse seseque sibi emisse* rell. L'interpretazione del passo non è sicura e ha indotto da tempo a intervenire sul testo tramandato dalla tradizione manoscritta (emendando '*ipse*' con '*iste*' o proponendo di aggiungere un '*non*') per leggerci un riferimento all'esercizio dell'azione per la divisione dell'eredità ora da parte di Ebuzio, ora da parte di Cecina; fra gli Autori più antichi v. già, per esempio, F.L. Keller, *Semestrium ad M. Tullium Ciceronem libri sex*, I, Turici 1842, 290 s., da leggere con la recensione di A. Schmidt von Ilmenau, in *Krit. Jbb.* 8 Jg., 15, 1844, 707, e quella di Th. Mommsen, in *ZfAW* 3, 1845, col. 1100, anche in Id., *Gesammelte Schriften*, III, *Juristische Schriften*, Berlin 1907, 558; H. Bögli, *Ueber Ciceros Rede für A. Caecina*, Burgdorf 1906, da leggere insieme con la recensione di P. Koschaker, in *ZRG RA* 28, 1907, 450 s.; O. Karlowa, *Beiträge zur Geschichte des Römischen Civilprozesses*, Bonn 1865, 41-44.

Va osservato, inoltre, che in questo passo è impiegato il singolare *postulauit*, e che forse per tale ragione lo stesso Lenel, *EP*³ (nt. 2) 207 nt. 4, era stato indotto a pensare che la formula potesse eventualmente riferirsi alla *postulatio* da parte di un solo soggetto: "Eventuell: Quod C. Seius inter se et ceteros L. Titii heredes ... postulauit" (sul punto v. *infra*, § 13, nt. 162).

¹⁰¹ *Lex Rubria*, cap. XXIII, linn. 54-57: *Queiquomque in eorum quo o(ppido) m(unicipio) c(olonia) p(raefectura) f(oro) u(eico) c(onciliabulo) c(astello) t(erritorio)ue, quae in Gallia Cisalpina sunt erunt, i(ure) d(eicundo) p(raeerit), is inter eos, quei de familia erciscunda deiuidunda iudicium sibi dari reddeue in eorum quo o(ppido) m(unicipio) c(olonia) p(raefectura) f(oro) u(eico) c(onciliabulo) c(astello) t(erritorio)ue quae s(upra) s(crupta) s(unt) postulauerint, ita ius deicito decernito iudicia dato iudicare iubeto, uti in eo o(ppido) m(unicipio) c(olonia) p(raefectura) f(oro) u(eico) c(onciliabulo) c(astello) t(erritorio)ue, in quo is, quouis....*

¹⁰² Lenel, *EP*³ (nt. 2) 207: "Dahin nämlich führen uns auch die Kommentare, indem es nur durch diese Annahme möglich wird, die aus ihnen ersichtlichen Formelstücke zu einem Ganzen zu vereinigen, und ebenso auch die Natur der Sache, da ja wirklich lediglich die *iudicis postulatio* das juristische Fundament des *adiudicari oportere*, dieses letztere aber den eigentlich Grundstock der

Tale opinione, tuttavia, non appare convincente. Non si riesce a comprendere bene, difatti, per quali ragioni l'*adiudicari oportere* dovrebbe fondarsi proprio sulla *iudicis postulatio*, che è uno soltanto dei singoli momenti della procedura che caratterizzava le azioni divisorie, e non su altri elementi della stessa procedura, come per esempio la *iudicis datio* oppure – come sembra più ragionevole – sulla situazione giuridica che giustificava la richiesta dello scioglimento dello stato di comunione.

La proposta ricostruttiva immaginata da Lenel per l'età adrianea, in ogni caso, non tiene conto del fatto che ancora in età classica nel caso di azioni divisorie – stando a quanto risulta dai commentari dei giuristi romani – l'organo giudicante è chiamato più volte *arbiter*,¹⁰³ anche se nell'esempio di *adiudicatio* riferito in Gai 4.42 si ritrova il termine *iudex*.¹⁰⁴ Dovremmo aspettarci, allora, che nella *demonstratio* dei programmi di giudizio delle azioni divisorie potesse alludersi anche a un *arbitrum* – non solo a un *iudicem* – *postulare*.

Una più attenta lettura del testo della *lex Rubria* chiamato in causa da Le-

Formel bildet, an den sich das „quidquid ob eam rem alterum alteri praestare oportet“ erst in verhältnismäßig später Zeit ankrystallisiert haben dürfte.“

¹⁰³ In relazione all'*actio familiae erciscundae* si leggano, per esempio, D. 10.2.20 pr. (Ulp.19 *ad ed.*); D. 10.2.30 (Mod. 6 *resp.*); D. 10.2.31 (Pap. 7 *quaest.*); D. 10.2.43 (Ulp. 30 *ad Sab.*); D. 10.2.44.7 (Paul. 6 *ad Sab.*); D. 10.2.47 pr. (Pomp. 21 *ad Sab.*); D. 10.2.51 pr. (Iul. 8 *dig.*); D. 10.2.52.2 (Iul. 2 *ad Urs. Fer.*); D. 10.2.57 (Pap. 2 *resp.*); PS. 1.18.1; in relazione all'*actio communi diuidundo*: D. 10.3.23 (Alf. 2 *dig.*); D. 33.2.31 (Lab. 2 *post. a Iulol. epit.*); CI. 3.37.3.1 (Alex. Sev., a. 224); CI. 3.37.21 (Diocl. et Maxim., a. 294); CI. 3.38.2 (Alex. Sev., a. 229); PS. 1.18.1; v. anche D. 23.4.26.1 (Pap. 4 *resp.*), nel cui testo si parla di un *arbiter diuisionis*. Altrove si discorre però di *iudex* e di *officium iudicis*: D. 10.2.1.1 (Gai. 7 *ad ed. prou.*); D. 10.2.3 (Gai. 7 *ad ed. prou.*); D. 10.2.5 (Gai. 7 *ad ed. prou.*); D. 10.2.16 (Ulp. 19 *ad ed.*); D. 10.2.19 (Gai. 7 *ad ed. prou.*); D. 10.2.22.1 (Ulp. 19 *ad ed.*); D. 10.2.26 e 28 (Gai. 7 *ad ed. prou.*); D. 10.2.27 (Paul. 23 *ad ed.*); D. 10.2.36 (Paul. 2 *quaest.*); D. 10.2.42 (Pomp. 6 *ad Sab.*); D. 10.2.55 (Ulp. 2 *ad ed.*); CI. 3.36.3 (Anton., s. d.); CI. 3.36.7 (Alex. Sev., a. 239 o 241); PS. 1.18.2-4. Sull'incertezza ancora regnante fra i giuristi romani dell'ultima età repubblicana, che non riuscivano a mettersi d'accordo fra loro se dire *iudex* o *arbiter*, può richiamarsi quanto osservato con tono di scherno in Cic. *pro Mur.* 12.27: ... *Iam illud mihi quidem mirum uideri solet, tot homines, tam ingeniosos, post tot annos etiam nunc statuere non potuisse utrum 'diem tertium' an 'perendinum', 'iudicem' an 'arbitrum', 'rem' an 'litem' dici oporteret.* Sebbene nei passi richiamati si discorra di un *arbiter*, Lenel, *EP*³ (nt. 2) 207 e nt. 1, si limitava a osservare che “In der Formel des Edikts dürfte es iudicem geheißten haben”. È lo stesso Lenel, *EP*³ (nt. 2) 207 nt. 1, peraltro, a ricordare che nel brano della *pro Caecina* Cicerone fa riferimento alla *postulatio* di un *arbiter*. Pure Mantovani, *Le formule*² (nt. 3) 61 nt. 189 ha richiamato tale passo, senza nemmeno chiedersi – come sarebbe stato opportuno – se nella formula dell'*actio familiae erciscundae* in luogo della parola '*iudicem*' non potesse comparire invece il termine '*arbitrum*'.

¹⁰⁴ A questo dato sembrano avere attribuito un eccessivo peso, invece, Savigny, *System V* (nt. 39) 104 nt. g, e Geib, *Die rechtliche Natur* (nt. 52) 75 nt. 244. Sul punto v. pure Puntchart, *Die Entwicklung* (nt. 84) 273 s.

nel,¹⁰⁵ in ogni caso, induce a escludere che in esso possa trovarsi un riscontro dell'attività di *iudicem postulare*, perché nel passo si discorre, a ben guardare, di un *iudicium postulare* ('*quei de familia erescunda deiuidunda iudicium sibi dari reddeue ... postulauerint*'), che è attività che non può identificarsi con il '*iudicem postulare*'.¹⁰⁶

Il dato letterale, allora, non consente di scorgere nel passo della *lex Rubria* un riflesso della *iudicis postulatio* che avrebbe caratterizzato il rito del *lege agere per iudicis arbitriue postulationem* e si sarebbe trasformata nel presupposto, enunciato nella *demonstratio* delle formule delle azioni divisorie, necessario a giustificare l'*adiudicari oportere*.

Secondo quanto ricordato da Gaio, peraltro, negli impieghi della *legis actio per iudicis arbitriue postulationem* diretti allo scioglimento di una situazione di coeredità o di comproprietà il '*petere arbitrum*' (si noti: '*arbitrum*', non '*iudicem*') sarebbe stato immediatamente preceduto dalla *nominatio causae*:

Gai 4.17a: ... *Item de hereditate diuidenda inter coheredes eadem lex* (scil. *XII tabularum*) *per iudicis postulationem agi iussit. Idem fecit lex Licinnia, si de aliqua re comuni diuidenda ageretur. Itaque, nominata causa, ex qua agebatur, statim arbiter petebatur.*

È ragionevole immaginare che nel passaggio dal sistema del *lege agere* a quello dell'*agere per concepta uerba* sia rimasta traccia nel programma di giudizio delle azioni divisorie, e in particolare nella *demonstratio*, anche dell'indicazione del titolo in base al quale si agiva, come accadeva nelle *legis actiones*.¹⁰⁷

A porsi da questo punto di vista, le parole '*iudicium sibi dari reddue postulare*' presenti nel cap. XXIII della *lex Rubria* non possono ritenersi un fondamento testuale sufficientemente solido per reggere l'idea secondo cui nella *demonstratio* delle formule delle azioni divisorie dovesse farsi riferimento a un '*iudicem postulare*' senza alludere al titolo in base al quale si agiva in giudizio per chiedere la divisione dell'eredità o di altri beni comuni. Nel passo si allude semplicemente all'attività del *postulare*, che è espressione tecnica volta a designare in ge-

¹⁰⁵ Un riferimento al testo della *lex Rubria* per la ricostruzione della *demonstratio* della formula dell'*actio familiae erescundae* si trova già in Rudorff, *De iuris dictione edictum* (nt. 17) 85 nt. 3 (§ 71).

¹⁰⁶ È per questa ragione che Debray aveva proposto una *demonstratio* in termini più aderenti al dato testuale riferito nel cap. XXIII della *lex Rubria* e concepita nei termini 'QVOD ... DE FAMILIA ERISCVNDA IVDICIVM SIBI DARI POSTVLAVERVNT'; v. L. Debray, *Pétrone et le droit privé romain*, in *RHD* 43, 1919, 164 nt. 1: "Mais on le comprendrait encore mieux si au lieu de reconstituer *judicem dari* on reconstituait *judicium dari*, ce qui serre du reste de plus près le texte de la loi Rubria, laquelle ne dit pas *judicem* mais *judicium*."

¹⁰⁷ Di ciò doveva essersi reso ben conto, invece, Rudorff, *Römische Rechtsgeschichte* II (nt. 64) 82; Id., *De iuris dictione edictum* (nt. 17) 85 (§ 71).

nerale la presentazione di una richiesta all'organo giudicante.¹⁰⁸ La circostanza che in questo caso tale attività riguardi proprio un'azione per la divisione dell'eredità, tuttavia, non deve trarre in inganno, perché non legittima a pensare che nel testo in questione possa riconoscersi un riflesso della *postulatio* di un *iudex* menzionata nella *demonstratio* della formula della relativa azione.¹⁰⁹

Neppure il brano della *pro Caecina* di Cicerone, ove si parla di '*arbitrum postulare*',¹¹⁰ d'altra parte, può costituire prova sicura del fatto che con tale espressione si alludesse al modo in cui era enunciata la *demonstratio* del programma di giudizio dell'*actio familiae erciscundae*, tanto più che non si hanno elementi sicuri per riferire in modo univoco la testimonianza ciceroniana al processo formulare anziché alle *legis actiones*.¹¹¹ Proprio tale brano, infatti, è stato invocato da alcuni studiosi come testimonianza della sopravvivenza della *legis actio per iudicis arbitriue postulationem* in un'epoca successiva alla legge Ebuza,¹¹² quan-

¹⁰⁸ Nell'ambito del testo della stessa legge, del resto, il verbo *postulare* ricorre con questo significato tecnico con riferimento alla richiesta di una *cautio damni infecti* ai magistrati muniti di *ius iudicatio*, come risulta da quanto si legge in *lex Rubria*, cap. XX, linn. 7-10: *Qua de re quisque et a quo in Gallia Cisalpeina damni infectei ex formula restipulari satisue accipere uolet, et ab eo quei ibei i(ure) d(eicundo) <p(raeerit)> postulauerit, idque non k(alumni)ae k(aussa) se facere iurauerit* rell.

¹⁰⁹ Non è un caso che il passo in questione della *lex Rubria* sia stato censito nel *Thesaurus linguae Latinae* insieme agli altri testi in cui si allude a un *postulare iudicium* nel senso di 'richiedere una formula', come appunto può riscontrarsi in *Cic. de inu.* 2.60: *iudicium purum postulat*; *pro Quinct.* 19.61: *iudicium postulas*; 20.64: *non omnia iudicia, quae quisque in uerba postularit*; in *Verr.* II 3.11.28: *postulat ... ex edicto iudicium in octuplum*; D. 39.2.4.8 (Ulp. 1 ad ed.): *Hoc autem iudicium certam condicionem habet, si postulatum est: ceterum qui non postulauit, experiri non potest* rell.; cfr. *ThLL* X.2.1, Berlin / New York 1980-1995, col. 261, s.v. *postulo*, sub I.B.b (*strictius et technice -atur apud magistratum, iudicem sim. sec. certas formulas*). Per altri impieghi tecnici del verbo *postulo* nelle fonti giuridiche romane può rinviarsi, nella letteratura più recente, a F. Fasolino, '*Postulare iudicem*', in L. Garofalo (a cura di), *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, II, Padova 2012, 243-266.

¹¹⁰ L'espressione deve avere avuto carattere tecnico, se ricorre con riferimento al processo formulare anche in *Gai* 4.163 in relazione alla richiesta di nomina di un arbitro in seno all'*agere ex interdicto*.

¹¹¹ Sulla possibilità di leggere in questo testo un riferimento tanto al *lege agere* quanto al processo formulare v. già E.I. Bekker, *Ueber den Entwicklungsgang der Römischen Actionen*, in *ZRG RA* 15, 1894, 164. All'esercizio di un'*actio familiae erciscundae* da farsi valere nel sistema formulare ha pensato B.W. Frier, *The Rise of the Roman Jurists. Studies in Cicero's pro Caecina*, Princeton 1985, 22 nt. 58, senza porsi però l'interrogativo se Cicerone potesse riferirsi invece alla *legis actio per arbitri postulationem*.

¹¹² G.F. Puchta, *Cursus der Institutionen*⁴, III, Leipzig 1857, 271 nt. mm; Puntchart, *Die Entwicklung* (nt. 84) 311; H.H. Pflüger, *Causa iudicati*, in *ZRG RA* 43, 1922, 160 (da leggere insieme a Id., *Zur Lehre vom Erwerbe des Eigentums nach römischem Recht*, München / Leipzig 1937, 56), che considerava questo e altri passi tratti dalle opere di Cicerone (*Cic. de orat.* 1.56.237; *top.* 10.43) quali prove della vitalità di questo *modus agendi* ancora nell'ultimo secolo dell'età repubbli-

do appunto Cicerone pronunciò l'orazione in difesa di Aulo Cecina.¹¹³

Un dato, tuttavia, sembra rimasto finora in ombra e va adeguatamente rivalutato. Nel brano in questione, difatti, si discorre di una *familiae erciscundae arbitri postulatio* compiuta spendendo il titolo di erede da parte di chi aveva assunto l'iniziativa processuale ('... *nomine heredis arbitrum familiae erciscundae postulavit*'). L'espressione sembra rinviare proprio alla *nominatio causae ex qua agitur*¹¹⁴ che nel rito del *lege agere per iudicis arbitriue postulationem* applicato alle azioni divisorie precedeva immediatamente la *petitio* di un *arbitrum*, come assicura la lettura di Gai 4.17a.¹¹⁵ Il testo del passo ciceroniano potrebbe riferirsi anche all'esercizio di un' *actio familiae erciscundae*. In questo caso può immaginarsi che la *postulatio* dell'*arbiter*, modellata su quella dell'antica *legis actio*, si riconnettesse comunque all'indicazione del titolo di erede. Di conseguenza, nella ricostruzione della relativa formula può pensarsi che nella parte della *conceptio uerborum* in cui si richiedeva la nomina di un *arbiter* si esprimesse anche la posizione dell'erede che aveva dato impulso alla procedura per la divisione dell'eredità comune.

Alla luce di queste osservazioni la ricostruzione della *demonstratio* dei programmi di giudizio delle azioni divisorie suggerita da Lenel non risulta convincente, perché si limita a menzionare la *postulatio* del giudice senza alludere alla titolarità della situazione giuridica che giustificava la richiesta di divisione dell'eredità o del bene comune oggetto del giudizio.

8. A non persuadere, inoltre, è un ulteriore elemento che, se debitamente considerato, impedisce di accettare la stessa prospettiva in cui Lenel si è posto nel suo tentativo ricostruttivo. A differenza di quanto può riscontrarsi in tutte le altre *demonstrationes*, infatti, quella immaginata da Lenel per i programmi di giudizio delle azioni divisorie non sarebbe una *pars formulae* che descrive il fatto sul quale si fonda la pretesa di chi agisce in giudizio, come ci si aspetterebbe da una *demonstratio* nel senso indicato dalla definizione fornita in

cana. Su tale possibilità v. anche M. Talamanca, *Il riordinamento augusteo del processo privato*, in Mi-lazzo (a cura di), *Gli ordinamenti giudiziari di Roma imperiale* (nt. 3) 89 e ivi nt. 117.

¹¹³ L'orazione, come è noto, può datarsi al 69 o al 68 a.C., anno nel quale ricoprì la pretura P. Cornelio Dolabella, da identificare con il Dolabella che fu proconsole d'Asia. A questo Dolabella, infatti, Aulo Cecina chiese l'emanazione dell'interdetto *De ui armata* cui si allude nell'orazione (Cic. *pro Caec.* 8.23); v. G. Bellardi, *Introduzione*, in *Le orazioni di M. Tullio Cicerone*, II. *dal 69 al 59 a.C.*, Torino 1981, 15 nt. 23; per indicazioni bibliografiche sul punto può consultarsi G. D'Angelo, *La perdita della possessio animo retenta nei casi di occupazione*, Torino 2007, 100 nt. 3.

¹¹⁴ L'espressione trova riscontro in tema di *legis actio per manus iniectionem* in Gai 4.24: ... *nominata causa ex qua agebant* rell.

¹¹⁵ Il cui testo è stato trascritto per la parte che interessa *supra*, in questo stesso paragrafo.

Gai 4.40: *Demonstratio est ea pars formulae, quae praecipue*¹¹⁶ *ideo inseritur, ut demonstretur res, de qua agitur.*

Già Eisele aveva osservato che la *demonstratio* non era un *Beweissatz* in cui si dava per ammesso il fatto in essa descritto: essa, piuttosto, aveva lo scopo di indicare in modo generale l'oggetto dell'azione allo scopo di contribuire a determinare l'oggetto dell'*agere* su cui si sarebbero prodotti gli effetti della consunzione processuale.¹¹⁷

Nei casi in cui è certo che una *demonstratio* fosse presente nella formula di un'azione, in effetti, essa non si limitava a indicare un fatto di natura esclusivamente processuale, quale la *postulatio* di un *iudex* o di un *arbiter*, bensì la situazione giuridica che giustificava l'intervento dell'organo chiamato a giudicare e in ordine alla quale si svolgeva l'*agere*. Le fonti ci assicurano che ciò accadeva con certezza nei programmi di giudizio dell'*actio uenditi* ('*quod A. Agerius N. Negidio hominem uendidit, qua de re agitur*'),¹¹⁸ dell'*actio depositi in ius* ('*quod A. Agerius apud N. Negidium mensam argenteam deposuit, qua de re agitur*'),¹¹⁹ dell'*actio tutelae* ('*quod A. Agerius N. Negidii orphani tutelam gessit, qua de re agitur*')¹²⁰ e dell'*actio iniuriarum* ('*quod A. Agerio pugno mala percussa est, qua de re agitur*').¹²¹

Raffrontata con questi esempi di *demonstratio*, quella immaginata da Lenel per le formule delle azioni divisorie presta il fianco a ulteriori obiezioni. Non si riesce a comprendere bene, difatti, come sia possibile impiegare il verbo al perfetto ('*quod ... postulauerunt*') per descrivere un'attività che, in realtà, si compie innanzi al magistrato giudicante nel corso stesso della fase *in iure* culminante nella *litis contestatio*, e non in un momento a essa antecedente. Poiché la richiesta del *iudex* o dell'*arbiter* non precede il momento in cui si esercita l'azione divisoria, ci si dovrebbe aspettare, piuttosto, l'uso del presente, come si

¹¹⁶ Alla lin. 12 del fol. 55^u del palinsesto delle Istituzioni di Gaio, in effetti, sembra doversi leggere la parola '*praecipue*': v. Studemund, *Gaii institutionum apographum* (nt. 45) 202, che trascriveva fra parentesi quadre le lettere riferite nelle schede di Bluhme (su cui può vedersi M. Varvaro, *La revisione del palinsesto veronese delle Istituzioni di Gaio e le schede di Bluhme*, in *AUPA* 57, 2014, 389-438), ma che egli non era più in grado di leggere con i propri occhi quando effettuò il riesame del manoscritto. Per le ragioni che suggeriscono di mantenere in questo passo la lezione tramandata dal codice veronese, da alcuni editori emendata in '*principio*', v. Varvaro, *Ricerche* (nt. 2) 114 s. e ivi nt. 443, con rinvio alla letteratura precedente.

¹¹⁷ Così F. Eisele, *Die materiale Grundlage der Exceptio. Eine römisch-rechtliche Untersuchung*, Berlin 1871, 14. Dal canto suo, Gugino, *Trattato storico* (nt. 64) 129, considerava la *demonstratio* come "una breve esposizione del fatto dal quale l'attore deriva il suo diritto".

¹¹⁸ Gai 4.40.

¹¹⁹ Gai 4.40 e 4.60.

¹²⁰ P. Yadin 28-29 = SB X.1 10288, 3 a, linn. 4-7 (v. *supra*, nt. 2).

¹²¹ Coll. 2.6.4. Che si tratti di una *demonstratio* è testimoniato da quanto si legge in Gai 4.60.

desume dal modo in cui è formulata l'*exceptio doli cd. praesentis* ('*si in ea re nihil dolo malo A. Agerii ... fiat*'),¹²² che si riferisce proprio a un comportamento dell'attore considerato nel momento processuale che sfocia nella *litis contestatio*.

Inoltre, benché Lenel non facesse seguire alle *demonstrationes* dei programmi di giudizio delle azioni divisorie le parole '*qua de re agitur*',¹²³ occorre chiedersi se esse – come nelle altre formule in cui sono presenti – rinviassero alla *res de qua agitur* con riferimento al profilo della *causa actionis*, e se dunque in questo genere di giudizi tale *causa* potesse essere rappresentata dal fatto che le parti avessero effettuato una *iudicis postulatio* senza alludere minimamente alla questione giuridica che stava alla base della richiesta di divisione.

Quella immaginata da Lenel, in altri termini, è una *demonstratio* che non presenta nulla in comune con gli esempi di questa parte della formula attinti in via diretta dalle fonti. Infatti, nel descrivere all'indicativo perfetto la *res qua de agitur*, cui le parole '*qua de re agitur*' rinviano come alla *causa actionis*, esse alludono invariabilmente a un fatto giuridicamente rilevante (la conclusione di un contratto, la gestione di una tutela o la commissione di un *delictum*) che, sul piano temporale, precede non solo la *litis contestatio*, ma anche l'assunzione dell'iniziativa processuale. Si tratta peraltro di un fatto che, in caso di contestazione da parte dell'avversario, deve essere dimostrato in giudizio,¹²⁴ come l'avvenuta vendita di uno schiavo all'attore o la circostanza che il convenuto gli avesse sferrato un pugno su una guancia.¹²⁵

Per le azioni divisorie di questo profilo va tenuto conto considerando che tutte le parti in causa di solito – anche se non sempre, come si avrà modo di vedere¹²⁶ – riconoscevano reciprocamente la loro legittimazione a partecipare

¹²² Cfr. Gai 4.119.

¹²³ Sul valore con cui intendere queste parole, che non rappresentavano semplicemente una clausola la cui presenza nelle formule era "essenzialmente pleonastica, inutile", come affermato piuttosto sbrigativamente da Mantovani, *Le formule*² (nt. 3) 25 s., v. Varvaro, *Condictio e causa actionis* (nt. 1) 278-280.

¹²⁴ In questo senso M. Kaser, *Formeln mit intentio incerta, actio ex stipulatu und condictio*, in *La-beo* 22, 1976, 7-29, spec. 9 s., con richiamo a quanto già ritenuto in tal senso da M. Wlassak, *Praescriptio und bedingter Prozeß*, in *ZRG RA* 33, 1912, 95, e da W. Selb, *Formeln mit unbestimmter intentio iuris. Studien zum Formelaufbau*, I, Wien et al. 1974, 26 s., secondo cui la *demonstratio* sarebbe stata "ein einseitiger formularer Vorschlag des Klägers".

¹²⁵ D'altra parte, che quanto dedotto nella *demonstratio* potesse essere oggetto di verifica nel corso del giudizio risulta in modo implicito dal discorso che Gaio conduce sulle conseguenze connesse al *plus aut minus ponere in demonstratione* (Gai 4.58-60). Tali conseguenze, infatti, presupponevano che il giudice, prima di emettere la sentenza, accertasse nel corso del giudizio se l'affermazione contenuta nella *demonstratio* costituisse un *plus* o un *minus* rispetto a quanto avrebbe poi rilevato ai fini della eventuale condanna del convenuto.

¹²⁶ V. *infra*, § 12.

alla divisione. Ma anche l'assenza, in questo tipo di giudizi, di quell'aspetto di contrapposizione che caratterizzava invece tutte le azioni contenziose non varrebbe a giustificare l'idea di una *demonstratio*, come quella ipotizzata da Lenel per le formule delle azioni divisorie, che si limitava a descrivere un fatto di natura esclusivamente processuale (qual era la *postulatio* di un *iudex*). Occorre prendere atto, allora, che è un'altra la direzione da seguire ove si voglia provare a ricostruirne il tenore.

9. Si può pensare che, come le altre *demonstrationes* a noi note, anche quella presente nei programmi di giudizio delle azioni divisorie fosse introdotta da 'quod'.¹²⁷ Resta da chiarire quale fosse il suo significato. Per alcuni studiosi, infatti, esso andrebbe inteso in senso condizionale, analogo a 'si';¹²⁸ in senso causale, invece, secondo altri,¹²⁹ fra i quali va ricordato Arangio-Ruiz. Nel suo noto studio sull'origine delle formule con *demonstratio*,¹³⁰ infatti, egli aveva pensato che in questa parte della formula fosse enunciato in modo assertorio un fatto non controverso. In tali formule il giudice non sarebbe stato investito del compito di ricercare se il fatto in essa affermato fosse effettivamente avvenuto, ma sarebbe stato "anzi invitato a porre questo avvenimento, come presupposto di fatto, a base di ogni indagine ulteriore". A suo giudizio, pertanto, il 'quod' con cui cominciava la *demonstratio* andrebbe inteso nel senso di 'poiché'.¹³¹

¹²⁷ Il 'quod' della *demonstratio* presente nelle formule delle azioni divisorie doveva avere valore analogo a quello che compare nella *demonstratio* delle formule di altre azioni, come quelle dei *bonae fidei iudicia*: v. Varvaro, *Ricerche* (nt. 2) 60 nt. 225, *in fine*. Non vi sono valide ragioni, infatti, per seguire Talamanca, s.v. *Processo civile* (nt. 60) 45 nt. 325, che sosteneva l'opinione contraria sulla scia di V. Arangio-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, Napoli 1960 (rist. 2006) 122 nt. 1. Tale convincimento, difatti, ha come unico fondamento una ricostruzione della *demonstratio* dei programmi di giudizio delle azioni divisorie come quella proposta da Lenel, che però si espone a varie obiezioni di cui non è possibile non tenere conto e appare priva peraltro di solidi agganci nel materiale testuale di cui disponiamo, come si è visto *supra*, §§ 7-8.

¹²⁸ In questo senso v. gli autori citati in Varvaro, *Ricerche* (nt. 2) 82 nt. 299.

¹²⁹ In tema v. da ultimo Varvaro, *Ricerche* (nt. 2) 82-100, con discussione critica della letteratura in argomento e conclusione nel senso di intendere il 'quod' della *demonstratio* con valore causale; nello stesso senso già Id., *Studi sulla restituzione della dote* I (nt. 28) 271 nt. 759, in considerazione del valore da riconoscere alla congiunzione *ἐπεὶ* con cui comincia la *demonstratio* della formula dell'*actio tutelae* trasmessa dal P. Yadin 28-29 = SB X.1 10288, 3 a, linn. 4-7 (v. *supra*, § 1, nt. 2).

¹³⁰ V. Arangio-Ruiz, *Le formule con «demonstratio» e la loro origine*, in *Studi economico-giuridici dell'Università di Cagliari* 4, 1912, 3-72, ristampati in *Rivista*, Roma 1946, 25-121, e in Id., *Scritti* I (nt. 33) 323-392.

¹³¹ Anche G. Pugliese, *Studi sull'«iniuria»*, I, Milano 1941, 93, condivideva l'idea di Arangio-Ruiz, secondo cui la *demonstratio* avrebbe indicato un fatto apparentemente non controverso, salvo poi ritenere che il 'quod' andasse inteso non nel senso di 'poiché', ma nel senso di 'in quanto a', 'per ciò che si riferisce a'. Secondo Kaser, *Formeln mit intentio incerta* (nt. 122) 26 s., il 'quod' della *de-*

Sennonché, pur essendo condivisibile l'intuizione secondo cui il 'quod' che apre la *demonstratio* va inteso con valore causale, ci si deve chiedere se da questa premessa debba farsi discendere la conclusione che ne traeva Arangio-Ruiz. Egli, infatti, credeva che i giudizi divisorii appartenessero a un gruppo di azioni civili riconducibili all'antica *legis actio per iudicis arbitriue postulationem*¹³² che, almeno in origine, si sarebbero fondate su fatti dati per scontati dalle parti e che avrebbero comportato una mera valutazione. Solo in età postebuzia i programmi di giudizio di tali azioni si sarebbero trasformati in modo da riconoscere all'organo giudicante la possibilità di valutare, oltre al *quantum adiudicatur*, anche l'*an debeatur*, aggiungendo alla clausola estimatoria (pensata da Arangio-Ruiz nei termini 'iudex aestimato')¹³³ anche la clausola condannatoria tipica di altri programmi di giudizio.

L'ipotesi, come è noto, non si è sottratta a obiezioni,¹³⁴ ma ha continuato a rappresentare nel suo nucleo essenziale la base di ulteriori studi che non ne hanno messo in discussione i presupposti. Fra queste indagini può ricordarsi un'articolata ricerca che, nell'occuparsi in modo specifico dei rapporti fra *diuisio* e *uindicatio*, ha concluso nel senso che al giudizio divisorio si sarebbe potuti approdare solamente nel caso in cui i condividenti avessero già risolto in modo pacifico la questione relativa alla contitolarità del diritto, perché in caso diverso si sarebbe dovuto agire con il giudizio petitorio. Dovrebbe ritenersi, pertanto, che all'azione divisoria potesse farsi ricorso unicamente nel caso in cui vi fosse

monstratio andrebbe inteso nel senso di 'wenn, sofern, soweit', giacché "folgt vielmehr aus dem 'ea res agatur, quod', das die *praescriptio* und nach Selbs Vermutung ursprünglich auch die *demonstratio* einleitet". Nello stesso senso v. B. Schmidlin, *La fonction de la "demonstratio" dans les actions de bonne foi*, in *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, 5, Milano 1984, 709-725, spec. 716; Kaser / Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*² (nt. 52) 315 (§ 45), con altra letteratura *ibid.*, nt. 29: "Der Richter hatte den kurz umrissenen Sachverhalt der *demonstratio* nachzuprüfen." Sul punto può vedersi anche Varvaro, *Ricerche* (nt. 2) 160 s.; Id., *Praescriptio e pregiudizio* (nt. 11) 170 e ivi nt. 3.

¹³² Secondo l'ipotesi avanzata da Keller: v. Arangio-Ruiz, *Le formule con «demonstratio»* (nt. 129) 372 s. e ivi nt. 4.

¹³³ Cfr. Arangio-Ruiz, *Le formule con «demonstratio»* (nt. 130) 376 e 380.

¹³⁴ Si veda, per esempio, Talamanca, *Istituzioni* (nt. 60) 310: "le formule in questione sarebbero state introdotte come giudizi estimatori rispetto ad un fatto dato per scontato fra le parti (ma ciò dà luogo a forti perplessità)". D'altra parte può notarsi che, a differenza di quanto ritenuto da Arangio-Ruiz, *Le formule con «demonstratio»* (nt. 129) 334 nt. 1, la duplicità di formule *in ius* e *in factum* per la tutela di deposito e comodato – le prime con *demonstratio* e le seconde con *intentio in factum* – si potrebbe spiegare non già "ammettendo che la f. *in ius* fosse data per il caso che fosse incontroverso il negozio giuridico fondamentale", ma con le diverse conseguenze in materia di *plus petere*. Mentre, infatti, la *formula in factum* aveva un'*intentio* che avrebbe esposto l'attore al pericolo di *plus petere*, quella *in ius*, deducendo nella *demonstratio*, anziché nell'*intentio*, il fatto generatore della obbligazione fatta valere in giudizio, e configurandosi come *formula incerta*, lo avrebbe messo al riparo da un rischio del genere.

un accordo fra le parti sulla questione di diritto che stava alla base della richiesta di divisione.¹³⁵

Se tale accordo poteva esserci, e probabilmente in punto di fatto spesso vi era, ciò varrebbe a spiegare come in tali casi l'iniziativa processuale fosse assunta di comune accordo dai condidenti. In effetti, con riferimento alle azioni divisorie propriamente dette e all'*actio finium regundorum* le nostre fonti sottolineano come vi fosse, per dirla con Gaio, una '*par causa omnium*'¹³⁶ caratterizzata dall'assenza di una contrapposizione dei ruoli processuali di attore e convenuto.¹³⁷

Sulla scorta di queste fonti una parte consistente della storiografia romanistica ha creduto che le azioni divisorie non avessero mai carattere contenzioso e di conseguenza, che non fossero azioni in senso proprio. Hasse, per esempio, riteneva che esse fossero "*iudicia, die hauptsächlich auf die Aufhellung einer Verdunkelung des Rechts ohne eigentliche Streitigkeit berechnet*

¹³⁵ Aricò Anselmo, *Studi sulla divisione giudiziale* I (nt. 32) 257-467, spec. 383. In questo senso v. già Frezza, *Actio communi dividundo* (nt. 35) 5: "manca nel giudizio divisorio la controversia intorno al diritto. Che anzi un presupposto perchè esso possa esperirsi, è – come è noto – che tutti i condidenti si riconoscano scambievolmente titolari di un diritto della stessa natura sulla cosa comune"; v. anche 8 s., con richiamo alla tesi di Arangio-Ruiz sull'origine delle formule con *demonstratio*. In proposito può ricordarsi che secondo questo Autore tale caratteristica sarebbe stata presente già nei giudizi che si facevano valere nelle forme della *legis actio per iudicis arbitriue postulationem*, che sarebbe spettata "ogni volta che, essendo le parti d'accordo sulla esistenza di un rapporto materiale tutelato dalla legge, [fosse] necessario attuare, mediante un procedimento di aggiudicazione o di valutazione, la sanzione legale"; così Arangio-Ruiz, *Le formule con «demonstratio»* (nt. 130) 374.

¹³⁶ D. 10.3.2.1 (Gai. 7 *ad ed. prou.*): *In tribus duplicibus iudiciis familiae erciscundae, communi diuidundo, finium regundorum quaeritur, quis actor intellegatur, quia par causa omnium uidetur: sed magis placuit eum uideri actorem, qui ad iudicium prouocasset* [lex gem.: D. 5.1.13].

¹³⁷ D. 10.1.10 (Iul. 51 *dig.*): *Iudicium communi diuidundo, familiae erciscundae, finium regundorum tale est, ut in eo singulae personae duplex ius habeant agentis et eius quocum agitur*; D. 10.2.2.3 (Ulp. 19 *ad ed.*): *In familiae erciscundae iudicio unusquisque heredum et rei et actoris partes sustinet*; D. 10.2.44.4 (Paul. 6 *ad Sab.*): *Qui familiae erciscundae et communi diuidundo et finium regundorum agunt, et actores sunt et rei rell.*

Fra i giuristi romani di età classica, nondimeno, si era agitata la questione relativa alla possibilità di individuare un attore anche nell'ambito di queste azioni. La soluzione doveva rilevare, evidentemente, allo scopo di stabilire chi, all'atto della *litis contestatio*, dovesse procedere a *dictare iudicium* o chi dovesse sopportare l'onere probatorio; v. Savigny, *System* V (nt. 39) 152; più di recente Aricò Anselmo, *Studi sulla divisione giudiziale* I (nt. 32) 384 s. nt. 37. Pur riconoscendo una parità della posizione delle parti in causa, Gaio riteneva che fosse da considerare attore colui che avesse assunto l'iniziativa processuale, tanto che nell'ipotesi in cui ciò fosse avvenuto a opera di entrambe le parti (evidentemente di comune accordo), come precisato da Ulpiano, doveva procedersi a un sorteggio: D. 10.3.2.1 *gem.* D. 5.1.13 (Gai. 7 *ad ed. prou.*), il cui testo è stato trascritto *supra*, nt. 136; D. 5.1.14 (Ulp. 2 *disp.*): *Sed cum ambo ad iudicium prouocant, sorte res discerni solet*; quest'ultimo testo non sarebbe genuino ad avviso di Beseler, *Einzelne Stellen* (nt. 51) 271, che però non adduceva ragioni specifiche a sostegno della propria diagnosi di interpolazione.

sind.”¹³⁸ Per Geib ci troveremmo di fronte a un negozio eseguito dal *iudex* nelle forme di un processo.¹³⁹

Anche più di recente vari studiosi¹⁴⁰ hanno sostenuto che quelle divisorie sarebbero state azioni in senso solo formale. Confortati dalla ricostruzione della formula dell'*actio communi diuidundo* proposta da Lenel e facendo perno sulla posizione di parità delle parti in causa riscontrabile nell'ambito delle azioni divisorie, essi hanno pensato che il loro contenuto si sarebbe risolto in un atto di volontaria giurisdizione.¹⁴¹

In realtà, già Heffter aveva intuito che nell'ambito delle azioni divisorie si potesse talora procedere a un accertamento riguardante la questione di diritto sulla base della quale il giudice doveva poi procedere alla divisione e alla aggiudicazione. Egli riteneva infatti che in tale genere di azioni non vi fosse una *iuris contentio*, a meno che colui nei confronti di cui si agiva non si fosse difeso con un'eccezione pregiudiziale, che era ammessa solamente in alcune ipotesi.¹⁴² Come si vedrà,¹⁴³ questa intuizione – confortata da autorevoli opinioni¹⁴⁴ – è corretta e

¹³⁸ J.Chr. Hasse, *Ueber das Wesen der actio, ihre Stellung im System des Privatrechts und über den Gegensatz der in personam und in rem actio*, in *RhM. für Jurispr.* 6, 1835, 12.

¹³⁹ Geib, *Die rechtliche Natur* (nt. 52) 92, che parlava di una “Vornahme eines Geschäftes durch den iudex und zwar in der Form eines förmlichen Processes.”

¹⁴⁰ Fra i tanti possono citarsi qui Eck, *Die sogenannten doppelseitigen Klagen* (nt. 52) 2-4; Frezza, *Actio communi dividundo* (nt. 35) 5 e 49; J. Gaudemet, *Étude sur le régime juridique de l'indivision en droit romain*, Paris 1934, 300 s.; Aricò Anselmo, *Studi sulla divisione giudiziale I* (nt. 32) 384, la quale ha addotto a riprova della propria ricostruzione l'assenza di una vera e propria *intentio* nelle formule dei giudizi divisorii, richiamandosi espressamente ai risultati degli studi di Arangio-Ruiz e di Frezza (*op. cit.* 384-386 e nt. 38); Kaser, *Das römische Privatrecht*² I (nt. 52) 100 e 412, da confrontare con M. Kaser / R. Knütel / S. Lohsse, *Römisches Privatrecht*²¹, München 2017, 466 (§ 84 Rz. 24); Kaser / Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*² (nt. 52) 345 (§ 50); C.A. Cannata, *Profilo istituzionale del processo privato romano, II. Il processo formulare*, Torino 1982, 106; Talamanca, s.v. *Processo civile* (nt. 60) 44 nt. 318.

¹⁴¹ In tal senso v. anche E. Redenti, *Pluralità di parti nel processo civile (diritto romano)*, in *AG* 79, 1907, 3-134, spec. 74, in nota.

¹⁴² Heffter, *Observationum liber* (nt. 63) 59: “Neque enim in his causis ulla iuris contentio erat, nisi is, cum quo agebatur, praeiudicio se defendebat, quod tamen non semper admittebatur; vel dicendum est, in ipsa adiudicatione etiam versari intentionem.” A sostegno di questa idea Heffter richiamava il testo di D. 10.2.1.1 (Gai. 7 *ad ed. prou.*), relativo all'*actio familiae erciscundae*, e quello di D. 44.1.18 (Afr. 9 *quaest.*), relativo all'*actio communi diuidundo*, sui quali v. *infra*, nel testo, §§ 12.1 e 12.2.

¹⁴³ *Infra*, § 11.

¹⁴⁴ Fra gli autori che avevano pensato che l'azione divisoria potesse esperirsi pure in caso di un disaccordo fra le parti possono ricordarsi Zimmermann, *Ueber die Theilung* (nt. 52) 195 s., il quale aveva notato che il giudizio divisorio poteva intraprendersi sia di comune accordo, sia su iniziativa di una sola parte; Eck, *Die sogenannten doppelseitigen Klagen* (nt. 52) 148; B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*⁴, II, Düsseldorf 1875, 683 nt. 16.

induce a un approfondimento che permette di acquisire elementi utili alla discussione sulla ricostruzione dei programmi di giudizio delle azioni divisorie.

10. A porsi in tale prospettiva, si potrebbe pensare che la *conceptio uerborum* delle azioni divisorie fosse applicabile sia alle ipotesi in cui i partecipanti al giudizio non discutessero il loro diritto a partecipare alla divisione giudiziale, sia a quelle in cui ciò non fosse pacifico, perché una delle parti negava che l'altra avesse valido titolo per partecipare alla divisione. Se si tiene conto di tale duplice eventualità verrebbe meno uno dei fondamenti della tesi di Arangio-Ruiz, secondo cui le formule delle azioni divisorie, ricostruite con *demonstratio* e senza *intentio*, fossero programmi di giudizio in cui al giudice si sarebbe demandato solamente il compito di procedere a una stima senza dovere compiere altro tipo di valutazione.

Va detto che contro tale idea non appare in sé decisivo un passo di Scevola tramandato dal Digesto di Giustiniano nel cui testo, stando all'edizione di Mommsen, si leggerebbe:

D. 10.2.37 (Scaev. 12 *quaest.*): *Qui familiae erciscundae iudicio agit, confitetur* (Flor.: *non confitetur*)¹⁴⁵ *aduersarium sibi esse coheredem*.¹⁴⁶

¹⁴⁵ Il testo dell'edizione di Mommsen e Krüger che espunge il 'non' si fonda sul corrispondente passo dei Basilici (B. 42.3.36): *Digesta Iustiniani Augusti recognouit adsumpto in operis societatem Paulo Kruegero Th. Mommsen*, I, Berolini 1870, 317, linn. 31-32, nel cui apparato critico si avverte: "confitetur] ὁμολογεῖ τὸν ἀντίδικον αὐτοῦ συγκληρονόμον εἶναι B, non confitetur libri nostri omnino male, cum praesertim lex haec non casu, sed consilio collocata sit post locum Pauli negantem consistere iudicium familiae erciscundae nisi inter coheredes acceptum". Nell'apparato critico dell'edizione dei Basilici di Heimbach (Hb. IV 271) si ricorda però (*ibid.*, nt. p) che "Negationem οὐχ ante ὁμολογεῖ inserendam censent Cuiacius Obs. lib. IX cap. 36 et Iensius Notit. Basil. p. LXVII." Si allude qui a I. Cuiacius, *Observationum et emendationum libri XXVIII*, Coloniae Agrippinae 1598, 386: "sed deest (ut arbitrator) negatio: quandoquidem ita recte accipi ea Scaeuolae sententia potest, ut etiamsi familiae erciscundae agatur, quasi in coheredem, tamen non omnino fateatur actor aduersarium coheredem esse, quin sit ei integrum aduersus eundem agere petitione hereditatis. sicut is qui exceptione utitur, non utique fatetur statim de intentione actoris". La proposta risulta accolta anche da J. Jens, *Librorum Basilicorum Ulterior Notitia*, in *Joannis Jensii ad Iustiniani Caesaris Codicem ac Pandectas stricturae, multo quam ante locupletiores Praefixa est ampliata demonstratio Pandectas, nunc exstantes, ex versione Graeca esse trajectos: item ulterior τῶν Βασιλικῶν notitia ac plurima emendatio*, Rotterodami 1649, LXVII. Sulla questione v. anche Karlowa, *Beiträge* (nt. 100) 43. Da ricordare inoltre il suggerimento di H. Cannegieter, *Observationum juris Romani libri quatuor, in quibus plurima juris civilis Aliorumque Auctorum loca explicantur et emendantur*, Lugduni Batavorum 1772, 113 s., secondo cui nel frammento di Scevola dovrebbe sostituirsi 'mox' oppure 'modo' a 'non'. Per la proposta di leggere invece 'Qui familiae erciscundae iudicio agit, nonne confitetur, aduersarium sibi esse coheredem?' v. Chr.F. Glück, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld*, XI.1, Erlangen 1809, 15 s. Ha ritenuto che il 'non' tramandato dalla *Florentina* vada conservato, invece, R. Düll, *Zu Gaius Veronensis, den iudicia der Legisaktionen und zum Vorformularprozeß*, in *ZRG RA* 95, 1978, 276 nt. 27, che preferiva seguire l'edizione milanese: *Digesta Iustiniani Augusti recognoverunt et ediderunt P. Bonfante - C. Fadda - C. Ferrini - S. Riccobono - V. Scialoja iuris antecessores*, Mediolani 1960, 261.

¹⁴⁶ Sul frammento, non sospettato dalla critica interpolazionistica, può vedersi Berger, *Zur Entwick-*

Nel testo di questo frammento tramandato dalla *Littera Florentina*, in realtà, si legge ‘*non confitetur*’. Ma anche a seguire la versione emendata sulla base dei Basilici che ha indotto a espungere il ‘*non*’, il passo appena trascritto potrebbe provare soltanto che a riconoscere la legittimazione a partecipare alla divisione alle altre parti del giudizio divisorio fosse colui che avesse assunto l’iniziativa processuale (‘*qui ... agit*’), ma non anche chi fosse stato chiamato in giudizio, secondo quanto risulta, del resto, da quanto può leggersi in D. 10.2.1.1 (Gai. 7 *ad ed. prou.*).¹⁴⁷

11. Già Heffter, come si è accennato, aveva pensato che nell’ambito delle azioni divisorie fosse possibile talora accertare la questione di diritto sulla base della quale il giudice doveva poi procedere alla divisione e all’aggiudicazione. Egli credeva che in tale genere di azioni non vi fosse una *iuris contentio*, a meno che colui nei confronti di cui si agiva non si fosse difeso con un’eccezione pregiudiziale, che era ammessa solamente in alcuni casi.¹⁴⁸ Come intuito anche da altri studiosi,¹⁴⁹ l’azione divisoria poteva esperirsi pure in caso di un disaccordo fra le parti. È certo, in ogni caso, che la richiesta effettuata *in iure* di inserire nella *conceptio uerborum* un’eccezione avrebbe spezzato la posizione di parità fra coloro che avrebbero partecipato al giudizio e avrebbe introdotto un momento contenzioso sul quale il giudice non avrebbe potuto fare a meno di decidere.

Oltre all’ipotesi cui pensava Heffter, della quale ci si dovrà occupare fra poco,¹⁵⁰ vi era anche un altro caso in cui in seno a un’azione divisoria poteva emergere una controversia che avrebbe creato una contrapposizione fra le parti in causa. In tale ipotesi una di esse si sarebbe trovata a rivestire, e non solo in punto di fatto, la posizione di convenuto. Secondo quanto attestato dalle fonti, ciò poteva accadere quando una delle parti avesse chiesto di fare inserire nel programma di giudizio un’*exceptio doli* allo scopo di ottenere il cd. *ius re-*

lungsgeschichte (nt. 35) 13 s. nt. 4, con richiamo della precedente letteratura e precisazione che nel *confitetur* non potrebbe scorgersi in ogni caso “die Zuerkennung der Erbenqualität dem Beklagten”; Aricò Anselmo, *Studi sulla divisione giudiziale* I (nt. 32) 383; T. Masiello, *Le Quaestiones di Cervidio Scevola*, Bari 1999, 226-228, che ha letto il frammento in connessione a D. 10.2.36 (Paul. 2 *quaest.*).

¹⁴⁷ Su tale frammento v. *infra*, nel testo, § 12.1.

¹⁴⁸ V. *supra*, § 10, nt. 142.

¹⁴⁹ Oltre agli autori citati *supra*, nt. 144, v. Bonfante, *Istituzioni*⁹ (nt. 52) 560 s., il quale notava che nell’ambito dell’*actio familiae erciscundae* non si esige che “chi accetta il giudizio riconosce la qualità di erede nell’attore o nel convenuto; ma ... il convenuto, che voglia garantirsi, può reclamare che sia sperimentata prima la *petitio hereditatis*, opponendo l’eccezione *ne praeiudicium hereditati fiat*.”

¹⁵⁰ *Infra*, § 12.1.

*tentionis*¹⁵¹ in caso di rifiuto da parte dell'aggiudicatario di rimborsare le spese erogate in buona fede spese sul bene comune.¹⁵²

L'*exceptio doli* da inserire in questo caso nella formula del giudizio divisorio, in realtà, riguardava pretese relative alle *praestationes personales*, che non coinvolgevano l'aspetto della titolarità a partecipare alla divisione del bene comune.¹⁵³ Si sarebbe trattato in ogni caso di uno strumento come l'*exceptio doli praesentis* volto a sanzionare il comportamento scorretto della controparte, ma che, come in tutti gli altri programmi di giudizio in cui poteva essere inserita si sarebbe configurata come condizione negativa della *condemnatio* e sarebbe valsa

¹⁵¹ Dunque anche il *iudicium communi diuidundo*, al pari della *rei vindicatio*, sarebbe stato in età classica un *iudicium strictum* che avrebbe comportato per il convenuto l'onere di inserire nel programma di giudizio l'*exceptio doli*. In alcuni passi tramandati dalla compilazione giustiniana, della cui classicità potrebbe dubitarsi, risulta tuttavia la natura di buona fede di quest'azione: v. D. 10.3.4.2 (Ulp. 19 *ad ed.*): *Hoc iudicium bonae fidei est* rell., la cui genuinità è stata sospettata da Audibert, *Nouvelle Étude* (nt. 85) 429 s. e da B. Biondi, '*Iudicia bonae fidei*', in *AUPA* 7, 1918, 222 s., il quale ha giudicato il testo "profondamente alterato dai compilatori"; D. 10.3.14.1 (Paul. 3 *ad Plaut.*): ... *quia bonae fidei iudicium est communi diuidundo* rell.; D. 10.3.24 pr. (Iul. 8 *dig.*): ... *communi diuidundo eam summam percipere potest, quia bonae fidei conuenit, ut unusquisque praecipuum habeat, quod ex re eius seruus adquisierit* (la cui genuinità è stata sospettata, per esempio, da O. Gradenwitz, *Interpolationen in den Pandekten. Kritische Studien*, Berlin 1887, 108 nt. 1) = D. 41.1.45 (Gai. 7 *ad ed. prou.*). Per non ricorrere a ipotesi interpolazionistiche che dovrebbero indurre a revocare in dubbio la genuinità di tali brani (in tal senso v. Honsell / Mayer-Maly / Selb, *Römisches Recht*⁴ [nt. 58] 357 nt. 4), si potrebbe pensare che anche a fronte della natura di buona fede dell'*actio communi diuidundo* riconosciuta in età classica il convenuto, pur non essendovi tenuto, potesse comunque chiedere di inserire l'*exceptio doli* in un programma di giudizio. Può immaginarsi, infatti, che ciò potesse avvenire anche nel caso in cui fosse superfluo perché la formula, in quanto *bonae fidei iudicium*, avrebbe consentito già all'organo giudicante di valutare eventuali comportamenti dolosi dell'attore in virtù del cd. principio di inerenza dell'*exceptio doli* formulato in D. 30.84.5 (Iul. 33 *dig.*); al riguardo, nella letteratura più recente, B. Kupisch, '*Exceptio doli generalis*' und '*iudicium bonae fidei*'. *Zur Frage der Inhärenz bei Verträgen nach Treu und Glauben*, in L. Garofalo (a cura di), *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, Padova 2006, 203-232. Sulla questione della natura di buona fede delle azioni divisorie e sulla presenza della clausola '*ex fide bona*' nelle loro formule v. la letteratura citata in Aricò Anselmo, *Studi sulla divisione giudiziale* I (nt. 32) 416 s. nt. 102, cui *adde* M. Kaser, *Oportere und ius civile*, in *ZRG RA* 83, 1966, 24, con ulteriori richiami bibliografici; Id., *Das römische Privatrecht*² I (nt. 52) 592; II. *Die nachklassischen Entwicklungen*, München 1975, 538. Non apporta progressi allo stato delle nostre conoscenze in argomento il recente contributo di V. Carro, *Alcune osservazioni in tema di communio*, in *Jus-online* 1/2019, spec. 312-319.

¹⁵² Ciò risulta da vari luoghi delle fonti, come D. 12.6.33 (Iul. 39 *dig.*); D. 6.1.48 (Pap. 2 *resp.*); CI. 3.32.16 (Diocl. et Maxim., a. 293); altri passi sono ricordati in S. Riccobono, *Dal diritto romano classico al diritto moderno*, in *AUPA* 3-4, 1917, 182 nt. 1. Contro l'idea che nel programma di giudizio dell'*actio communi diuidundo* potesse inserirsi un'*exceptio doli* secondo quanto potrebbe dedursi dal testo di D. 10.3.14.1 (Paul. 3 *ad Plaut.*) v. però Aricò Anselmo, *Studi sulla divisione giudiziale* I (nt. 32) 385 nt. 37 e 416-424.

¹⁵³ Come notato da E.I. Bekker, *Die Aktionen des Römischen Privatrechts, I. Ius civile*, Berlin 1871, 241.

a distinguere sul piano processuale il ruolo delle parti in causa, contrapponendo un convenuto a un attore.

12. Più significativi, perché concernono invece la situazione giuridica presupposta per poter precedere alla divisione di una eredità o di un altro bene comune, sono i casi attestati in D. 10.2.1.1 (Gai. 7 *ad ed. prou.*) e in D. 44.1.18 (Afr. 9 *quaest.*). In questi due passi si fa l'ipotesi di due eccezioni pregiudiziali da inserire nelle formule di un'*actio familiae erciscundae* e di un'*actio communi diuidundo*. In entrambi i testi si considerano ipotesi in cui nel programma di giudizio dell'azione divisoria può inserirsi un'eccezione pregiudiziale, e dunque – volendo utilizzare una categoria moderna – un'eccezione non di merito, ma processuale.

Come si accennava, poiché tutte le eccezioni (anche quelle processuali) erano considerate come mezzi di difesa del convenuto,¹⁵⁴ può ritenersi che la posizione di parità che caratterizzava le parti in causa non fosse più come quella che si aveva nell'ipotesi in cui tutti i partecipanti al giudizio si riconoscessero reciprocamente il loro pacifico diritto a partecipare alla divisione.

Gaio ci fa sapere, peraltro, che l'eccezione '*si in ea re, qua de agitur, praeiudicium hereditati non fiat*' costituiva il frutto della trasformazione della più antica *praescriptio pro reo*.¹⁵⁵ Si potrebbe ritenere, perciò, che anche per l'ipotesi di azioni divisorie nel cui programma di giudizio fosse inserita un'eccezione del genere vi fosse una parte che si trovasse nella posizione di convenuto, posizione di fronte alla quale, in modo speculare, doveva stare un attore.

12.1. Cominciamo dalla lettura di

D. 10.2.1.1 (Gai. 7 *ad ed. prou.*): *Quae quidem actio (scil. familiae erciscundae) nihilo minus ei quoque ipso iure competit, qui suam partem non possidet: sed si is qui possidet neget eum sibi coheredem esse, potest eum excludere per hanc exceptionem 'si in ea re, qua de agitur, praeiudicium hereditati non fiat'. quod si possideat eam partem, licet negetur esse coheres, non nocet talis exceptio: quo fit, ut eo casu ipse iudex, apud quem hoc iudicium agitur, cognoscat, an coheres sit: nisi enim coheres sit, neque adiudicari quicquam ei oportet neque aduersarius ei condemnandus est.*¹⁵⁶

¹⁵⁴ Come si insegna in Gai 4.116: *Comparatae sunt autem exceptiones defendendorum eorum gratia, cum quibus agitur. saepe enim accidit, ut quis iure ciuili teneatur, sed iniquum sit eum iudicio condemnari*; v. anche Gai 4.119.

¹⁵⁵ Gai 4.133, per la cui *constitutio textus* v. quanto osservato in Varvaro, *Ricerche* (nt. 2) 24-111; Id., *Praescriptio e pregiudizio* (nt. 11) 150-157; Id., *Der Gaius der Preußen*, in *ZRG RA* 128, 2011, 256-261.

¹⁵⁶ Sul passo v. la letteratura richiamata in Varvaro, *Ricerche* (nt. 2) 24 nt. 77.

A tale *exceptio* poteva farsi ricorso quando l'esercizio dell'*actio familiae erciscundae* avrebbe comportato la possibilità che il giudice dell'azione divisoria considerasse come oggetto del giudizio questioni che, invece, andavano trattate in una causa autonoma e pregiudiziale, quale l'accertamento del titolo di erede della controparte. Ove il giudice avesse conosciuto incidentalmente tale questione, ciò avrebbe potuto arrecare pregiudizio alla causa ereditaria. L'erede non possessore, infatti, avrebbe dovuto agire appositamente con la *hereditatis petitio* per vedersi riconoscere il proprio titolo.¹⁵⁷

Legittimato all'esercizio di tale azione, però, era solamente l'erede non possessore. Ciò spiega come mai nel passo del commentario riferito in D. 10.2.1.1 Gaio tenesse a specificare che l'eccezione pregiudiziale '*si in ea re, qua de agitur, praeiudicium hereditati non fiat*' potesse farsi valere soltanto contro colui che, affermando di essere coerede, non fosse possessore. Infatti, se colui che partecipava all'azione divisoria si fosse trovato già nel possesso dei beni ereditari (possedendo *pro herede*), non sarebbe stato legittimato alla *hereditatis petitio*. Di conseguenza, egli non avrebbe potuto esperire quest'azione per fare accertare la propria qualità di coerede e, in tal modo, la propria legittimazione a partecipare al giudizio divisorio. In questa ipotesi, ove la controparte avesse negato la sua qualità di coerede, e dunque la sua legittimazione a partecipare al giudizio divisorio, il giudice dell'*actio familiae erciscundae* avrebbe potuto accertare tale qualità. L'accertamento, infatti, non avrebbe arrecato pregiudizio a una causa che non poteva comunque essere intentata, in quanto il soggetto in questione, come si è osservato, non poteva agire con la *hereditatis petitio*.

L'eccezione pregiudiziale, in conclusione, mirava a far intentare per prima, fra due azioni astrattamente esperibili (azione petitoria e azione divisoria), quella che consentiva di accertare la questione della legittimazione ad agire in giudi-

¹⁵⁷ La stretta connessione fra esercizio dell'azione volta alla divisione di un'eredità e la legittimazione a esercitare in ordine a essa il giudizio petitorio, del resto, risulta dalla lettura di D. 10.2.2 pr. (Ulp. 19 ad ed.): *Per familiae erciscundae actionem diuiditur hereditas, siue ex testamento siue ab intestato, siue ex lege duodecim tabularum siue ex aliqua lege deferatur hereditas uel ex senatus consulto uel etiam constitutione: [et generaliter eorum dumtaxat diuidi hereditas potest, quorum peti potest hereditas]*. Sulla genuinità del frammento possono vedersi M. Wlassak, *Kritische Studien zur Theorie der Rechtsquellen im Zeitalter der klassischen Juristen*, Graz 1884, 116 e 127, che proponeva di espungere, in quanto spurie, le parole '*uel etiam constitutione*', in ciò seguito da A. Pernice, *Rec. di M. Wlassak, Kritische Studien zur Theorie der Rechtsquellen*, in *ZRG RA* 6, 1885, 299, e da F. Pringsheim, *Der Kauf mit fremdem Geld. Studien über die Bedeutung der Preiszahlung für den Eigentumserwerb nach griechischem und römischem Recht*, Leipzig 1916, 149 nt. 1; Id., *Jus aequum und ius strictum*, in *ZRG RA* 42, 1921, 659 nt. 2; Berger, *Zur Entwicklungsgeschichte* (nt. 35) 16 s., che ha pronunciato una condanna dell'intero tratto '*et generaliter-fin.*', condanna condivisa da B. Biondi, *La Legittimazione Processuale nelle azioni divisorie romane*, in *AUPA* 3, 1913, 370, anche in Id., *Scritti giuridici*, II. *Diritto romano. Fonti – Diritto pubblico – penale – processuale civile*, Milano 1965, 683.

zio. Essa, infatti, era un' *exceptio ex tempore dilatoria* che, se inserita nella formula dell'azione divisoria, conduceva non già a un arresto del giudizio,¹⁵⁸ ma sempre e comunque alla soccombenza della controparte, che così veniva indotta a rinunciare all'esercizio di tale azione ove fosse necessario agire invece con la *hereditatis petitio*.¹⁵⁹

In ogni caso, nell'ambito del programma di giudizio dell'azione divisoria l'eccezione si profilava non solo come condizione negativa della *condemnatio*, ma anche dell'*adiudicatio* ('*quo fit, ut eo casu ipse iudex, apud quem hoc iudicium agitur, cognoscat, an coheres sit: nisi enim coheres sit, neque adiudicari quicquam ei oportet neque aduersarius ei condemnandus est*').

12.2. Un analogo ragionamento può ripetersi considerando l'eccezione pregiudiziale attestata in D. 44.1.18 (Afr. 9 *quaest.*), che riguardava la questione dell'accertamento del diritto di proprietà nel corso di un altro giudizio ai fini della verifica della legittimazione a partecipare all'esercizio dell'azione dipendente, che era un' *actio communi diuidundo*:

D. 44.1.18 (Afr. 9 *quaest.*): *Fundi, quem tu proprium tuum esse dicis, partem a te peto et uolo simul iudicio quoque communi diuidundo agere sub eodem iudice: item si eius fundi, quem tu possideas et ego proprium meum esse dicam, fructus condicere tibi uelim: quaesitum est an exceptio 'quod praeiudicium fundo partie eius non fiat' obstet an deneganda sit. et utrobique putat interuenire praetorem debere nec permittere petitori, priusquam de proprietate constet, huiusmodi iudicii experiri.*¹⁶⁰

In questo caso l'eccezione pregiudiziale aveva lo scopo di consentire che un'azione particolare (il *iudicium communi diuidundo* o la *condictio fructuum*) non

¹⁵⁸ Secondo quanto creduto, invece, da Frezza, *Actio communi diuidundo* (nt. 35) 49, e da Aricò Anselmo, *Studi sulla divisione giudiziale I* (nt. 32) 399 e 402. Il tenore del testo tramandato in D. 10.2.1.1 (Gai. 7 *ad ed. prou.*) non consente di seguire l'interpretazione che ne ha dato R. Fiori, *Ea res agatur. I due modelli del processo formulare repubblicano*, Milano 2003, 26 nt. 83, secondo cui il pretore avrebbe negato l'eccezione al convenuto che fosse possessore. Nel passo, infatti, non si dice che l'eccezione viene negata, ma solamente che essa '*non nocet*': il che ha diverso significato, come opportunamente precisato da Aricò Anselmo, *Studi sulla divisione giudiziale I* (nt. 32) 399 s. nt. 58, con citazione di altra letteratura.

¹⁵⁹ Come risulta da Gai 4.123: *Observandum est autem ei cui dilatoria obicitur exceptio, ut differat actionem; alioquin si obiecta exceptione egerit, rem perdit; non enim post illud tempus, quo integra re <eam> euitare poterat, adhuc ei potestas agendi superest re in iudicium deducta et per exceptionem perempta*. In argomento v. Varvaro, *Ricerche* (nt. 2) 66 s.

¹⁶⁰ Sul frammento v. Aricò Anselmo, *Studi sulla divisione giudiziale I* (nt. 32) 393-397, con citazione di ulteriore bibliografia cui adde F. Sturm, *Zur Ausschaltungsbefugnis im Formularprozess*, in *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, VIII, Napoli 2001, 133; Fiori, *Ea res agatur* (nt. 158) 24-26.

venisse intentata prima di un autonomo giudizio nel quale andava decisa la questione relativa alla proprietà.¹⁶¹

Nelle ipotesi in cui una parte avesse agito con il giudizio divisorio senza che vi fossero i presupposti, anziché intentare il petitorio, quando nella formula fosse stata inserita l'eccezione pregiudiziale, la sentenza sarebbe stata a lui sfavorevole e, per gli effetti preclusivi della *litis contestatio*, l'azione non avrebbe potuto essere esperita una seconda volta fra le stesse parti e per la stessa *res qua de agitur*, la cui determinazione doveva risultare dai termini in cui era concepito il programma di giudizio.

13. Le formule delle azioni divisorie, perciò, dovevano indicare con esattezza tutti gli elementi necessari a individuare la *res qua de agitur* e impedire di ripetere una seconda volta il giudizio fra le stesse parti in seguito all'esito negativo di un'azione esperita senza rispettare i necessari rapporti di pregiudizialità (negli esempi che si sono appena fatti: *hereditatis petitio* o *rei vindicatio*).

È ragionevole immaginare che ciò avvenisse in una *demonstratio* diversa da quella, ipotizzata da Lenel, nella quale tutti i coeredi o i comproprietari si limitavano semplicemente a effettuare di comune accordo¹⁶² una *postulatio* del giudice (in origine: dell'*arbiter*) che avrebbe dovuto provvedere alla divisione dell'eredità o dei beni comuni. Oltre a individuare il bene oggetto della divisione, infatti, la *demonstratio* doveva alludere al titolo su cui si fondava la richiesta di '*quantum adiudicari oportet*' contenuta nella restante parte del programma di giudizio. Può credersi che, una volta affermatosi l'*agere per concepta uerba*, i programmi di giudizio delle due azioni divisorie si siano caratterizzati rispetto all'antica *legis actio per arbitri postulationem* in modo da far emergere le diverse *causae petendi* che nel nuovo sistema processuale ne costituivano la peculiarità rispecchiata nel nome stesso delle due azioni che si riferiva all'oggetto della divi-

¹⁶¹ Cfr. Varvaro, *Ricerche* (nt. 2) 73 s.

¹⁶² La sussistenza di un accordo risulta da testi come D. 10.2.1 pr. (Gai. 7 *ad ed. prou.*); D. 10.2.16 pr. (Ulp. 19 *ad ed.*); D. 10.3.21 (Ulp. 30 *ad Sab.*). Lenel, *EP*³ (nt. 2) 207 nt. 4, in realtà, riconosceva che anche un solo coerede potesse compiere la *postulatio* ("Eventuell: Quod C. Seius inter se et ceteros L. Titii heredes ... postulauit"). Se da riferire al processo formulare, questa eventualità potrebbe essere attestata dal passo della *pro Caecina* che, come si è visto (*supra*, § 7), è stato invocato da Lenel, *EP*³ (nt. 2) 207 nt. 1, come base testuale della *demonstratio* da lui suggerita, ove si trova impiegato il singolare *postulauit*. La richiesta di nominare un arbitro per la divisione dell'eredità comune poteva avvenire su iniziativa di uno solo dei coeredi anche contro la volontà degli altri, come risulta da D. 10.2.43 (Ulp. 30 *ad Sab.*): *Arbitrum familiae erciscundae uel unus petere potest: nam prouocare apud iudicem uel unum heredem posse palam est: igitur et praesentibus ceteris et inuitis poterit uel unus arbitrum poscere*. Sul frammento ulpiano, da leggere insieme alla versione riferita in B. 42.3.42, aveva richiamato l'attenzione Bekker, *Die Aktionen* I (nt. 153) 243 nt. 42, notando che difficilmente Ulpiano si sarebbe espresso in questo modo se il principio non fosse stato oggetto di discussione fra i giuristi.

sione.¹⁶³ È probabile pertanto che nelle formule delle azioni divisorie il *causam nominare ex qua agitur* si sia tradotto nell'indicazione della sussistenza fra le parti in causa di una comune eredità o di una comunione di beni, situazione rispetto alla quale si chiedeva la nomina di un *arbiter* che procedesse alla divisione. In ogni caso, la *nominatio causae* doveva precedere la richiesta di nomina dell'*arbiter* e costituire rispetto a essa un momento diverso.

Diverso era il caso dell'azione che nel sistema dell'*agere per concepta uerba* prese il posto *legis actio per iudicis postulationem* cui si ricorreva per far valere in giudizio crediti nascenti da *sponsio*, in cui pure si agiva *nominata causa* ('... *ex sponsione te mihi X milia sestertiorum dare oportere aio* rell.'). Nel relativo formulario tramandato dalle Istituzioni di Gaio, difatti, la *nominatio* della *causa* indicante la fonte del '*dare oportere*' da addurre in giudizio come *causa petendi* ('*ex sponsione*')¹⁶⁴ era inclusa nel corpo dell'affermazione con cui l'attore innescava

¹⁶³ Per il fenomeno di emersione delle cause processuali nel passaggio dal sistema del *lege agere* a quello dell'*agere per concepta uerba* può vedersi, in breve, Varvaro, *Ricerche* (nt. 2) 176-178, e per le *actiones in rem*, G. Nicosia, *Dall'unitaria "vindictio" dell'"agere lege" alle diversificate "vindicationes" dell'"agere per formulas"*, in L. Gagliardi (a cura di), *Antologia giuridica romanistica ed antiquaria*, II, Milano 2018, 33-40.

¹⁶⁴ A tale riguardo, peraltro, possono richiamarsi anche gli altri passi del quarto commentario delle Istituzioni in cui Gaio, a proposito di altri *modi agendi*, discorre di un *nominata causa agere*. Fra questi, innanzi tutto, quello relativo alla *legis actio per manus iniunctionem*. L'espressione '*nominata causa*', infatti, ricorre in Gai 4.24: *Nam et actor in ipsa legis actione non adiciebat hoc uerbum PRO IUDICATO, sed nominata causa ex qua agebat ita dicebat ...; cum hi, quibus pro iudicato actio data erat, nominata causa ex qua agebant ita inferebant: OB EAM REM EGO TIBI PRO IUDICATO MANVM INICIO* rell. Che anche in questo caso la *nominatio causae* avvenisse in una forma analoga a quella che sarebbe poi stata la *demonstratio* di una formula risulta dal formulario ricordato in Gai 4.21: *QVOD TV MIHI IUDICATVS SIVE DAMNATVS ES SESTERTIVM X MILIA* rell. Per la determinazione del significato con cui intendere il termine '*causa*' nell'ambito del resoconto gaiano relativo al *lege agere* è significativa anche la descrizione della *legis actio per pignoris captionem* (Gai 4.26-29), in cui come *causae* in base alle quali si aveva una presa di pegno *certis uerbis* sono ricordate le applicazioni *moribus* della *pignoris capio* (Gai 4.27) *propter stipendium*, quella *propter eam pecuniam ... , ex qua equus emendus erat; propter eam pecuniam, ex qua hordeum equis erat comparandum*; e quelle *legibus* (Gai 4.28) della *pignoris capio aduersus eum, qui hostiam emisset nec pretium redderet, o aduersus eum, qui mercedem non redderet pro eo iumento, quod quis ideo locasse, ut inde pecuniam acceptam in dapem, id est in sacrificium, inpenderet*, nonché quella attribuita *lege censoria* ai *publicani*. Più complesso appare il caso della eventuale *nominatio causae* nella *legis actio sacramenti in rem*, per cui va letto attentamente il formulario riferito in Gai 4.16: ... *HVNC EGO HOMINEM EX IVRE QVIRITIVM MEVM ESSE AIO SECVNDVM SVAM CAVSAM ... POSTVLO ANNE DICAS, QVA EX CAVSA VINDICAVERIS*. In ogni caso, ai fini del discorso che interessa vanno esaminati i rapporti fra questi formulari di *legis actiones* e quelli dei programmi di giudizio delle corrispondenti azioni formulari. Non è un caso che la formula dell'*actio certae creditae pecuniae*, che era priva di *demonstratio*, riproducesse da questo punto di vista una caratteristica della *legis actio per conditionem*, il cui formulario, secondo quanto ricordato in Gaio, non alludeva ad alcuna causa (Gai 4.17: ... *AIO TE MIHI SESTERTIORVM X MILIA DARE OPORTERE: ID POSTVLO, AIES AVT NEGES* rell.). Al riguardo non va dimenticato che una delle azioni che costituiscono le eredi formulari

un dialogo contenzioso con il convenuto, il quale avrebbe potuto negare la sussistenza del debito la cui esistenza veniva asseverata nei suoi confronti.¹⁶⁵ Solamente dopo lo scambio di battute fra le due parti in causa l'attore avrebbe rivolto al magistrato giurisdicente la richiesta di nominare un giudice.¹⁶⁶

A tener conto di quanto appena osservato, può notarsi che nel sistema formulare il programma di giudizio dell'*actio (incerti) ex stipulatu*¹⁶⁷ per un debito reale, la *nominatio causae* era formulata in un cd. *Quod-Satz* contenuto nell'ambito della *praescriptio inserta formulae loco demonstrationis* che seguiva la *iudicis nominatio* e precedeva una *intentio* al '*quidquid dare facere oportet*'.¹⁶⁸ È vero che in questa ipotesi saremmo di fronte a una *conceptio uerborum* deducente un credito nascente da *stipulatio*, anziché da *sponsio*. È anche vero che l'oggetto di quanto promesso dal debitore è un *incertum*, mentre nell'esempio addotto da Gaio per la *legis actio per iudicis arbitriue postulationem* la *sponsio* ha per oggetto una somma determinata di denaro. Può constatarsi, nondimeno, che la *praescriptio inserta formulae loco demonstrationis* ricordata in Gai 4.136 rinvia nell'ambito di un *Quod-Satz* proprio all'atto da cui è nato il rapporto obbligatorio fra l'attore e il convenuto e che tale *Quod-Satz* è analogo nella sua struttura ('*quod*' che regge l'indicativo perfetto) a quello di una *demonstratio*. È lecito pensare, pertanto, che l'indicazione della *nominatio* della *causa* contenuta nel formulario dell'antica *legis actio per iudicis arbitriue postulationem*, con il passaggio all'*agere per concepta uerba*, abbia potuto trovare espressione in una *demonstratio*.¹⁶⁹

della *legis actio sacramenti in rem*, ossia la formula della *uindicatio per formulam petitoriam*, sicuramente non era munita di *demonstratio*. Su tali questioni può vedersi anche A.M. Giomaro, *La tipicità delle legis actiones e la nominatio causae*, Milano 1988, su cui criticamente M. Talamanca, *Pubblicazioni pervenute alla Direzione*, in *BIDR* 92-93, 1989-1990, 711-723.

¹⁶⁵ Cfr. Gai 4.17a: ... *Aduersarius dicebat non oportere rell.*

¹⁶⁶ Gai 4.17a: ... *Qui agebat sic dicebat: EX SPONSIONE TE MIHI X MILLA SESTERTIORVM DARE OPORTERE AIO: ID POSTVLO, ALAS AN NEGES. Aduersarius dicebat non oportere. Actor dicebat: QVANDO TV NEGAS, TE PRAETOR IVDICEM (sive ARBITRVM) POSTVLO VTI DES rell.*

¹⁶⁷ Per la ricostruzione della formula v. Lenel, *EP*³ (nt. 2) 151-154 (§ 55).

¹⁶⁸ Gai 4.136: ... *IVDEX ESTO. QVOD A. AGERIVS DE N. NEGIDIO INCERTVM STIPVLATVS EST, CVIVS REI DIES FVIT, QVIDQVID OB EAM REM N. NEGIDIVM A. AGERIO DARE FACERE OPORTET et reliqua.*

¹⁶⁹ Può essere interessante osservare in proposito che prima della pubblicazione delle pergamene rinvenute ad Antinoe da parte di Arangio-Ruiz nel 1933 (PSI XI 1182), quando ancora non era noto il contenuto del passo del quarto commentario delle Istituzioni di Gaio sulla *legis actio per iudicis arbitriue postulationem*, impossibile da leggere sul palinsesto veronese, gli studiosi più antichi avevano provato a ricostruirne il formulario basandosi proprio su un'analogia con la *demonstratio* di una formula espressa in un enunciato introdotto da '*quod*': v. Keller, *Der römische Civilprocess*⁶ (nt. 75) 82 (§ 17). Dal canto suo Rudorff, *Römische Rechtsgeschichte* II (nt. 64) 82 (§ 22), aveva notato che la *postulatio* doveva contenere, innanzi tutto, "eine Bezeichnung (*Demonstratio*) des zu ordnenden Streitverhältnisses". Sul punto v. anche Bethmann-Hollweg, *Der römische Civilprozeß* I (nt. 86) 167.

Nelle formule delle azioni divisorie tale *demonstratio*, che pure doveva essere introdotta da un *'quod'*,¹⁷⁰ avrebbe indicato la *causa* del rapporto processuale dedotto in giudizio, cui si sarebbe riconnessa non un *'intentio* al *'quidquid ob eam rem N. Negidium A. Agerio dare facere oportet'*,¹⁷¹ ma l'*adiudicatio* con la quale si attribuiva all'organo giudicante il compito di assegnare alla parte agiudicataria una parte reale (*'quantum'* come *pars quanta*) corrispondente alla sua parte ideale della coeredità o del bene comune (*'tantum'* come *pars tanta*), indicando così il criterio con cui egli avrebbe dovuto operare al fine di determinare l'oggetto della propria pronuncia.

14. In conclusione, è ragionevole ipotizzare che nei programmi di giudizio delle azioni divisorie derivanti dalla *legis actio per iudicis arbitriue postulationem* la *'nominatio causae ex qua agebatur'*, in essa presente come momento autonomo rispetto al *petere arbitrum* (ossia alla *iudicis* o all'*arbitri postulatio*) – e anzi come suo presupposto¹⁷² – fosse espressa in una *demonstratio* enunciata in un periodo introdotto da *'quod'* reggente l'indicativo.

¹⁷⁰ Sul punto v. *supra*, § 9.

¹⁷¹ Questa *intentio* indicava il criterio con cui nell'ambito di un rapporto contenzioso il giudice avrebbe determinato quanto dovuto dal convenuto all'attore per farne oggetto della *condemnatio* nei termini *'eius iudex N. Negidium A. Agerio c. s. n. p. a.'*: v. Lenel, *EP*³ (nt. 2) 153. Al riguardo può ricordarsi che una *demonstratio* era presente anche nei programmi di giudizio delle azioni di buona fede, che pure avevano un *intentio* cd. *incerta* e che le nostre fonti non di rado chiamano *arbitria*: v. Varvaro, *Studi sulla restituzione della dote* I (nt. 28) 108 nt. 266. Queste azioni dovevano apprestare tutela a rapporti di *ius gentium* portati innanzi alla cognizione del *praetor peregrinus* in cui la condizione di *peregrinus* di una o di entrambe le parti in causa non consentivano di ricorrere al *lege agere*. Secondo la seducente ipotesi di Arangio-Ruiz, *Istituzioni*¹⁴ (nt. 126) 122 s., che riprende quella formulata in Id., *Le formule con «demonstratio»* (nt. 129), tali rapporti sarebbero stati originariamente tutelati da forme processuali scelte “ad imitazione della *legis actio per iudicis postulationem*”, in cui le parti potevano “d'accordo chiedere al pretore peregrino un giudice che risolvesse le questioni derivanti dal loro contratto.” Sulla relazione individuabile sul piano storico fra i *bonae fidei iudicia* e la *legis actio per iudicis arbitriue postulationem* possono ricordarsi anche le osservazioni di Keller, *Der römische Civilprozess*⁶ (nt. 75) 33 ss. e 81 ss.; Bethmann-Hollweg, *Der römische Civilprozeß* I (nt. 86) 166 s.; [Ph.]E. Huschke, *Die multa und das sacramentum in ihren verschiedenen Anwendungen. Zugleich in ihrem grundlegenden Zusammenhange mit dem römischen Criminal- und Civil-Process dargestellt*, Leipzig 1874, 396; A. Schmidt, *Ueber die legis actio per iudicis postulationem*, in *ZRG RA* 2, 1881, 148 ss. L'origine civilistica delle azioni di buona fede è stata ribadita di recente da R. Fiori, *'Ius civile', 'ius gentium', 'ius honorarium': il problema della «rezezione» dei 'iudicia bonae fidei'*, in *BIDR* 101-102, 1998-1999, 165-197, con indicazione di altra bibliografia sul tema. Per un tentativo di rinverdire la tesi dell'origine pretoria dei *bonae fidei iudicia*, che sarebbero stati recepiti solo in un momento successivo dal *ius civile*, può vedersi L. Franchini, *La recezione nel 'ius civile' dei 'iudicia bonae fidei'*. *Questioni di metodo e di merito*, Napoli 2015, su cui v. le recensioni di G. Finazzi, in *Iura* 64, 2016, 432-444, e di G. Santucci, in *LR* 6, 2017, 440-448.

¹⁷² Sul punto v. *supra*, § 7.

Con ogni verosimiglianza la *demonstratio* chiamata ad assolvere lo scopo della *nominatio* della *causa* esprimeva la situazione per cui le parti si affermavano coeredi in caso di *actio familiae erciscundae* o partecipanti alla comunione di beni diversi dall'eredità in caso di *actio communi diuidundo*, contribuendo così a determinare la *res qua de agitur*.¹⁷³ Alla *demonstratio* sarebbero seguite un'*adiudicatio* e una *condemnatio*.¹⁷⁴ Non si hanno elementi, invece, per stabilire con sicurezza se il programma di giudizio contenesse una clausola *de praestationibus*.¹⁷⁵

Le ricostruzioni delle formule dell'*actio familiae erciscundae* e dell'*actio communi diuidundo* proposte nell'*Edictum Perpetuum* leneliano, pertanto, non possono considerarsi convincenti e non possono costituire base sufficientemente solida per costruire su di esse ulteriori ipotesi.

Una *demonstratio* diversa da quella ipotizzata da Lenel, che per le ragioni che si sono illustrate non può limitarsi a indicare la *iudicis postulatio* e va pensata invece come parte della formula che rinviasse alla situazione giuridica che legittimava a partecipare al giudizio divisorio, permette inoltre di guardare sotto nuova luce al gruppo delle formule delle azioni munite di *demonstratio* e di conquistare una nuova prospettiva d'indagine. Se, infatti, si è disposti ad ammettere che anche nell'ambito delle azioni divisorie potesse procedersi a un accertamento riguardante la questione di diritto sulla base della quale il giudice avrebbe dovuto poi provvedere alla divisione e all'aggiudicazione,¹⁷⁶ come attestato da D. 10.2.1.1, potrebbe valutarsi in un'ottica più ampia e unitaria la funzione di tutte le *demonstrationes* nell'ambito dei programmi di giudizio che le contenevano, comprese quelle che si può ipotizzare caratterizzassero la struttura formulare delle azioni divisorie.

Osservate da questo angolo visuale, le ricadute dell'indagine sarebbero di notevole rilievo. Come si è osservato, infatti, l'origine dei programmi di giudizio munite di *demonstratio* e le vie per le quali si è pervenuti alla loro peculiare struttura formulare non sono ancora chiare.¹⁷⁷ L'individuazione di una nuova prospettiva di indagine in un orizzonte di ricerca diverso da quello tracciato da Arangio-Ruiz, ma anche da studi più recenti,¹⁷⁸ peraltro, potrebbe fornire un significativo contributo a una più compiuta ricostruzione della storia del processo formulare anche nei suoi rapporti con il *lege agere*.

¹⁷³ V. *supra*, § 13.

¹⁷⁴ V. *supra*, § 4.

¹⁷⁵ V. *supra*, § 6.2.

¹⁷⁶ V. *supra*, § 10.

¹⁷⁷ In questo senso v. Talamanca, *Istituzioni* (nt. 60) 310: "Il modo in cui si è pervenuti a questa struttura formulare rimane ancora molto dubbio."

¹⁷⁸ Suggestiva, ma non del tutto convincente, appare infatti nel suo complesso la prospettiva suggerita da Fiori, *Ea res agatur* (nt. 158) spec. 237-245.

Andreas Wacke

(Universität zu Köln)

DIE *SENECTUS* IN KAISERZEITLICHEN RECHTSQUELLEN

I. Stand der Forschung

1. Für Kinder, Jugendliche und Heranwachsende galten im römischen Privatrecht verschiedene Altersstufen. Darüber gibt es zahlreiche Quellen; im Schrifttum wurden sie ausführlich untersucht.¹ Über die *senectus*, das „Greisenalter“ oder hohe Lebensalter,² existieren im Gegensatz dazu nur wenige rechtshistorische Abhandlungen. Diesbezüglich enthalten nämlich auch die in Justinians Digesten und Codex gesammelten Quellen keine *sedes materiae*, sondern nur vereinzelte, auf unterschiedliche Gebiete verstreute Aussagen. Die römisch-rechtlichen Untersuchungen dazu sind schnell aufgezählt. Aus der älteren, ge-

¹ Zahlreiche Literatur-Hinweise unter dem Stichwort „*Aetas hominum (Eorumque condicio secundum aetatem: impuberes – infantes – minores XXV annis)*“ im von M. Sargenti u. a. herausgegebenen *Index Operum ad ius Romanum pertinentium* I, Ticini Pavia 1978, 103-106 und Series 2, vol. I, Mediolani 1989, 98-101.

² Das lateinische Wort *senex* ist in den Sprachen der Romania untergegangen. Die Wörter *senile*, *senilità*, *senescenza* sind jüngere Entlehnungen aus dem Latein. Für ‚Greis‘ haben die romanischen Sprachen kein spezielles Wort. Italienisch *vecchio*, *anziano* bedeutet allgemein der Alte. *Vecchio* stammt ab von lat. *vetus*, später erweitert zu *vetulus*: Nach dem Ausfall des *u* in der zweiten Silbe wandelte sich *tl* lautgeschichtlich zu *ki*. In *anziano*, span. *anciano* steckt die lateinische Wurzel *ante*, italienisch *anzi* (in der Bedeutung ‚vor‘, vgl. *anzitutto*, *dinanzi*). Andere Bezeichnungen sind *vegliardo*, frz. *veillard*, *longevo*. Das deutsche Wort ‚Greis‘ entstand durch Substantivierung von *gris*, grau(haarig). Parallel gebildet ist frz. *chenu*, von lat. *canus*, it. *canuto*, span. *canudo*, weiß(haarig). Englisch *old age* (wörtlich „altes Alter“) klingt pleonastisch. Die lateinische Wurzel *aetas* bedeutet jedoch jedes (Lebens)alter. *Aetas* wird später erweitert zu *aetaticum*; nach dem lautgeschichtlichen Wegfall des *t* zwischen Konsonanten entsteht zunächst frz. *aage*, später *âge*, das Zirkumflex ist Dehnungersatz. Erhalten blieb das *t* in ital. *età*; erweicht in span. *edad*. *Moyen Âge* wurde vermutlich gebildet nach engl. *Middle Ages*. (Einen Teil dieser Angaben verdanke ich dem Kölner Sprachromanisten Dieter Bork).

meinrechtlichen Literatur zu nennen ist ein Aufsatz von A.J.Fr. Thibaut von 1825,³ aus der jüngeren ein Beitrag von Danilo Dalla von 1995.⁴ Anna Bellodi Ansaloni verfasste schließlich einen instruktiven zusammenfassenden Überblick, allerdings in einer für Rechtshistoriker etwas entlegenen großen medizinischen Enzyklopädie.⁵ Weitere Abhandlungen befassen sich mit der enigmatischen sprichwörtlichen Redewendung *Senes de ponte*.⁶

³ A.Fr.J. Thibaut, *Über die senectus*, in *AcP* 8, 1825, 74-90. Zuweilen polemisch, behandelt Thibaut die *senectus* vorwiegend als Befreiungsgrund. Die Quellen erklärt er nicht, deren Inhalt setzt er voraus. Schon wegen der damals üblichen Zitierweise ist Thibauts Aufsatz für heutige Leser (zumal für Nichtjuristen) nicht immer leicht verständlich.

⁴ D. Dalla, *La vecchiaia nelle fonti giuridiche romane*, in U. Mattioli (a cura di), *La vecchiaia nel mondo antico*, II, Bologna 1995, 287-321, wieder abgedruckt in D. Dalla, *Ricerche di diritto delle persone*, Torino 1995, 65-110. Ich zitiere nach dem für Römischrechtler leichter zugänglichen Wiederabdruck. Dieser Sammelband enthält keinen Quellenindex. Die meisten der von Dalla analysierten Quellen (es sind nicht alle) sind (ohne Seitenangabe) in der von ihm angeordneten Reihenfolge angeführt in der Bibliotheca Iuris Antiqui [BIA] von 2000/2002. – Der Aufsatz von A. De Francesco, „*Senectus*“ *tra cultura e politica nell'età repubblicana*, in C. Cascione / C. Masi Doria (Hg.), *Fides Humanitas Ius. Studii in onore di Luigi Labruna*, II, Napoli 2007, 1369-1399 behandelt dem Titel entsprechend nur die Zeit der römischen Republik und nicht unsere Rechtsquellen. Das staunenswert quellenreiche Werk von B. Albanese, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo 1979, geht auf *senectus* nicht ein. Die *senes* bildeten eben keine einheitliche juristische Kategorie.

⁵ A. Bellodi Ansaloni, s.v. *Anziano. Parte giuridica, diritto romano*, in *Enciclopedia di bioetica e scienza giuridica*, I, Napoli 2009, 580-592, mit reichen Schrifttumsangaben. Gegliedert ist der Artikel in drei Abschnitte: 1. Anfibologia (Mehrdeutigkeit, hier wohl eher Unschärfe) del concetto – 2. La dimensione pubblica – 3. La dimensione privata. Im kurzen dritten, privatrechtlichen Abschnitt werden nicht alle einschlägigen Themen berührt. – Andere Artikel in dieser Enzyklopädie behandeln das Greisenalter aus medizinischer und aus rechtsvergleichender Sicht.

⁶ A. Guarino, *Depontani senes*, in *ANA* 90, 1979, 535 ff. = *Pagine di diritto romano*, III, Napoli 1994, 167 ff.; J.-P. Néraudau, *Sexagenarii de ponte. Réflexions sur la genèse d'un proverbe*, in *REL* 56, 1978, 159-174; juristischen Einschlag hat W. Suder, *Sexagenarios de ponte. Statut juridique des vieillards dans la famille et dans la société romaine*, in *RIDA* 42, 1995, 393-413. Mir nicht zugänglich ist Ph. Moreau, *Les depontani senes romains: syntagme, proverbe, mythe*, in *Métis* 5, 2007, 239-266. Bellodi Ansaloni, s.v. *Anziano* (Fn. 5) 587 spricht von der „cosiddetta depontazione degli ultrasessantenni“.

Ein Zusammenhang mit dem verbreiteten Mythos von der Altentötung läge nahe, dazu vgl. Chr. Gnilka, s.v. *Greisenalter*, in *RAC* 12, 1983, 1041 und 1043; kulturgeschichtlich A. Wacke, *Der alte Vater und die Keule oder Die Mär vom Undank der Kinder*, in L. Carlen (Hg.), *Forschungen zur Rechtsarchäologie und Rechilichen Volkskunde* 10, Zürich 1988, 31 f., mit weit. Lit. Tatsächlich berichtet Fest. s.v. *Depontani* (Lindsay 66): *Depontani senes appellabantur, qui sexagenarii de ponte deiciebantur, »Depontani, »Vonbrücker« nannte man Greise, die als Sechzigjährige von der Brücke (sc. in den Tiber) gestürzt wurden.*“ Wahrscheinlich handelt es sich jedoch um ein dem „Hammelsprung“ in heutigen Parlamenten vergleichbares Abstimmungsverfahren, bei dem die stimmberechtigten Bürger in durch Seile oder Schranken getrennten Gruppen beim Überschreiten einer Stimmbrücke dem *rogator* gegenüber ihre Voten abgaben; so überzeugend R. Knütel, *Schädliche Stürze – juristische Aspekte zu einem leidvollen Phänomen*, in E. Becker-Eberhard u. a. (Hg.), *Rechtsslage –*

Das Fehlen einschlägiger rechtsgeschichtlicher Untersuchungen ist auffallend. Abweichend vom relativ kleinen Anteil alter Menschen unter den geschätzten Bevölkerungszahlen der Antike⁷ werden die Menschen nämlich heute wegen der medizinischen Fortschritte und ihrer guten Versorgung zunehmend älter.⁸ Geriatrie (Altersheilkunde) und Gerontologie (Altersforschung) haben Konjunktur.⁹ Dementsprechend steigt auch die Zahl sozialhistorischer Veröffentlichungen über die *senectus* in der griechisch-römischen Antike.¹⁰ Aus-

Rechtserkenntnis – Rechtsdurchsetzung. Festschrift für Eberhard Schilken, München 2015, 47-49. Auch historisch aufschlussreich ist der Artikel in Wikipedia <https://de.wikipedia.org/wiki/Hammelsprung> (aufgerufen am 11.2.2019). „Für einen auch nur teilweisen Verlust des Stimmrechts mit Vollendung des 60. Lebensjahres gibt es keine Anhaltspunkte“: so Knütel, S. 49 unter Berufung auf Th. Mommsen, *Römisches Staatsrecht*³, II.1, Leipzig 1887, 408 Fn. 2. Neu bearbeitete Knütel seinen Aufsatz in V. Vladár (Hg.), *Perpauca Terrena blande honori dedicata: Pocta Petrovi Blahovi k nedožitym narodeninám* [Festschrift für Peter Blaho zum 80. Geburtstag], Trnava 2019, 377 ff. [383-386].

Senes de ponte! kann nach Mommsen aber auch als rebellischer Aufruf der zum Kriegsdienst verpflichteten *iuniores* gegen das Mitstimmen der vom Dienst befreiten Greise zu verstehen sein; zustimmend Dalla, *Ricerche* (Fn. 4) 68 f. Gegen den öfters behaupteten Stimmrechtsverlust von über 60jährigen bes. J. Timmer, *Altersgrenzen politischer Partizipation in antiken Gesellschaften* [Studien zur Alten Geschichte 8], Berlin 2008, 76-90; zust. Chr. Michels, *Alter, Ansehen und politischer Einfluss in Rom*, in C. Blume-Jung / W. Buchwitz (Hg.), *Alter und Gesellschaft. Herausforderungen von der Antike bis zur Gegenwart*, Paderborn 2016, 138 mit 153 Fn. 9.

⁷ In antiken Gesellschaften lebten überwiegend junge Menschen. Den Anteil der über 60jährigen schätzt man auf 6 bis 8 Prozent: Michels, *Alter* (Fn. 6) 136. Nicht zugänglich ist mir J.-N. Corvisier, *La vieillesse dans l'antiquité: Le point de vue du démographe*, Montpellier 2003, angezeigt in Drant: <https://www2i.misha.fr/flora/servlet/LoginServlet>.

⁸ Ein Viertel der bundesdeutschen Gesellschaft ist heute über 60 Jahre alt. Allein im Bundesstaat Nordrhein-Westfalen mit einer Einwohnerzahl von fast 18 Millionen leben derzeit 1 Million über 80jährige Menschen. Der Topos von der Kürze des Lebens (*vita nostra brevis est; ars longa – vita brevis*) trifft heute kaum noch zu. Etliche gesund gebliebene Senioren setzen sich für soziale Aufgaben durch vielfältige ehrenamtliche Tätigkeiten ein.

⁹ Das Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte in Frankfurt/M. förderte dementsprechend von 2005 bis 2012 eine interdisziplinäre Forschergruppe „Lebensalter und Recht“, woraus etliche Monographien hervorgingen: <https://www.rg.mpg.de/forschung/lebensalter-und-recht> [letzter Aufruf 2.3.2019], beispielsweise der Sammelband von S. Ruppert (Hg.), *Lebensalter und Recht: Segmentierung des menschlichen Lebenslaufs seit 1750*, Frankfurt a.M. 2010, rezensiert von W. Schubert, in *ZRG GA* 128, 2011, 485-487. Dem „troisième âge“ der rüstigen, noch studierwilligen Pensionäre folgt danach eine „viertes Lebensalter“ der pflegebedürftigen Greise.

¹⁰ Ein guter Überblicksartikel ist Gnilka, s.v. *Greisenalter* (Fn. 6); neuerdings H. Brandt, *Wird auch silbern mein Haar. Eine Geschichte des Alters in der Antike*, München 2002; T.G. Parkin, *Old Age in the Roman World*, London / Baltimore 2003; K. Cockayne, *Experiencing old age in ancient Rome*, London 2003, rezensiert von M. Bonvicini, in *Gnomon* 76, 2004, 611-614; E. Herrmann-Otto u. a. (Hg.), *Die Kultur des Alterns von der Antike bis zur Gegenwart*, St. Ingbert 2004; B. Wagner-Hasel, *Alter in der Antike: Eine Kulturgeschichte*, Wien / Köln 2012, teilw. krit. rezensiert von H. Brandt, in *Klio* 95, 2013, 513-516; Blume-Jung / Buchwitz (Hg.), *Alter und Gesellschaft* (Fn. 6); C.

gangspunkt vieler Überlegungen ist dafür Ciceros fiktiver Dialog mit dem älteren Cato über das Greisenalter.¹¹ Unser Thema von interdisziplinärer Reichweite hat zahlreiche Aspekte. Ich beschränke mich im Folgenden auf die wichtigsten Rechtsfragen, besonders des Privatrechts.

2. Nach allgemeiner Ansicht wurden alte Menschen wegen ihrer reichen Lebenserfahrung in der Antike hoch geehrt. *Semper in civitate nostra senectus venerabilis fuit* lehrte unter Septimius Severus (194-211; arg. D. 49.14.2.6) der spätclassische Jurist Callistratus D. 50.6.6 pr.: Stets war in unserer Gesellschaft das hohe Alter verehrungswürdig.¹² Schon in der römischen Republik galt nach Cicero das hohe Ansehen (die *auctoritas*) als „die Krone des Alters“.¹³ Dem Rat betagter Personen folgten Jüngere bereitwillig.¹⁴ Die Ehrerbietung ihnen ge-

Rubiera Cancelas u. a. (Hg.), *Las edades vulnerables. Infancia y Vejez en la Antigüedad*, Gijón 2018, darin bezüglich römischen Rechts L. Gutiérrez Masson über Ehen mit großem Altersunterschied (*matrimonium impar*) und E. Osaba García über alte Frauen in der *lex Visigothorum*. Ergänzend siehe W. Suder, *Census populi. Bibliographie de la démographie de l'antiquité romaine*, Bonn 1988, Stichwort Vieillesse-Old Age S. 115. Neuere Angaben in K.H. Leven (Hg.), *Antike Medizin. Ein Lexikon*, München 2005, Stichwörter Alter, Altersversorgung, Greis, Lebensalter.

¹¹ Der ältere Cato war für Cicero als „Mustergreis“ die Verkörperung aller Alterstugenden. Eine gut strukturierte Interpretation der Schrift bringt Brandt, *Wird auch silbern mein Haar* (Fn. 10) 127-132. Neuere lateinisch-deutsche Internet-Ausgaben unter lateinlehrer.de Das Latein-Portal; zweisprachig: 2000-2018 - /Lat/CicSen/sen011a.php – Letzte Aktualisierung: 12.6.2018-20:59. Zur Einführung ein Überblick unter Wikipedia Cato maior de senectute. – Betrachtungen dazu aus juristischer Sicht bei M. Alonso Pérez, *Reflexiones de Cicerón sobre la tertia aetas: Consecuencias jurídicas*, in J. García Sánchez u. a. (Hg.), *Estudios jurídicos in memoriam del Profesor Alfredo Calonge*, I, Salamanca 2002, 27-41. Der Zivilrechtsprofessor Alonso Pérez aus Salamanca übersetzte schon mit vierzehn Jahren Ciceros Werk aus dem Lateinischen (so seine Angabe S. 28).

¹² Der Text fährt fort: *namque maiores nostri paene eundem honorem senibus, quem magistratibus tribuebant*. „Unsere Vorväter erwiesen nämlich den Greisen fast die gleiche Ehre wie den Magistraten.“ Zu diesem „elogio della vecchiaia“ etwa S. Puliatti, *Il De iure fisci di Callistrato*, Milano 1992, 12-15, 36, 52 f. „Servir ses maîtres et les vieillards est le premier point de l'honneur et de la civilité,“ heißt es entsprechend bei C. de Méry, *Histoire générale des proverbes, adages, apophthegmes etc.*, I, Paris 1828, 485 Nr. 102 [Volltext im Internet]. – Die monographische Bearbeitung des Reichsfinanzrechts in 4 Büchern durch Callistratus war nach Liebs „eine Pionierleistung des Callistratus“: D. Liebs, in K. Sallmann (Hg.), *Handbuch der lateinischen Literatur der Antike*, IV. *Die Literatur des Umbruchs. Von der römischen zur christlichen Literatur 117 bis 284 n. Chr.*, München 1997, 211 f.

¹³ H. Brandt, „Die Krönung des Alters ist das Ansehen“, in A. Gutsfeld / W. Schmitz (Hg.), *Am schlimmen Rand des Lebens? Altersbilder in der Antike*, Köln 2003, 141-160.

¹⁴ *Quod senior loquitur, omnes consilium putant*, Publil. Q 54. „Des Älteren Wort gilt Allen als ein weiser Rat“: S. Singer / R. Liver (Hg.), *Thesaurus proverbiorum medii aevi*, I, Berlin / New York 1995, s.v. *Alter*. Zur Lebensweisheit alter Landleute gehört nach Prokulus *ap. Cels. 9 dig.*, D. 32.79.1 der Erfahrungssatz, dass erspartes Geld ohne abgesonderte Aufbewahrung allzu leicht verausgabt werden und so dahinschmelzen kann (*pecuniam sine peculio fragilem esse*); A. Wacke, *Alte Sammlungen niederländischer Rechtssprichwörter*, in K. Muscheler (Hg.), *Römische Jurisprudenz –*

genüber äußerte sich in einer Reihe von Höflichkeitsbezeugungen.¹⁵ Ältere Personen galten auch als vertrauenswürdiger als jüngere.¹⁶ Einzelne Zerrbilder wie „der verliebte Alte“ in der Komödie¹⁷ oder das Sprichwort: „Alter schützt vor Torheit nicht“¹⁸ tun der allgemeinen Wertschätzung keinen Abbruch.¹⁹

3. Von dieser herrschenden Ansicht abweichend vertritt der in Münster habilitierte, seit einigen Jahren in Nancy lehrende Althistoriker Andreas Gutsfeld

Dogmatik, Überlieferung, Rezeption. Festschrift für Detlef Liebs zum 75. Geburtstag, Berlin 2011, 726 ff.; kürzer R. D'Alessio, „*Pecuniae*“ *nomine non solum numerata pecunia*, in *QLSD* 1, 2011, 75.

¹⁵ Gnilka, s.v. *Greisenalter* (Fn. 6) 1036 f.; Timmer, *Altersgrenzen* (Fn. 6) 144-146; Michels, *Alter* (Fn. 6) 140. Höflichkeitsgebote waren z.B. einen *senex* zu grüßen, vor ihm aufzustehen, ihm Platz zu machen, ihn heimwärts zu begleiten, seine Bevorzugung in der Tischordnung beim Gastmahl und bei dessen Ablauf, etc. Über die Nichterfüllung von Ehrerbietungspflichten wurde zuweilen Klage geführt.

¹⁶ Eine nach der Vertrauenswürdigkeit abgestufte Hierarchie bringt für den Fall der Testamentsaufbewahrung Ulpian D. 22.4.6: *Si de tabulis testamenti deponendis agatur et dubitetur, cui eas deponi oportet, semper seniorem iuniori et amplioris honoris inferiori et marem feminae et ingenuum libertino praeferemus*. „Wenn es sich um die Hinterlegung einer Testamentsurkunde handelt und fraglich ist, wem sie übergeben werden solle, dann ziehen wir stets den Älteren gegenüber einem Jüngeren, den Höherrangigen gegenüber einem Niederrangigen, den Mann einer Frau und den Freigeborenen einem Freigelassenen vor.“ Dalla, *Ricerche* (Fn. 4) 71 f. – Bei mündlicher Beschlussfassung in Gremien ist hingegen die vom Großen Kurfürsten 1667 und von der Französischen Nationalversammlung 1791 für die Gerichte eingeführte aufsteigende Abstimmungsreihenfolge demokratischer: A. Wacke, *Das Rechtssprichwort „Der Jüngste stimmt zuerst“*. – *Der Ältere teilt, der Jüngere wählt*, in *Juristische Arbeitsblätter*, 1981, 176.

¹⁷ Brandt, *Wird auch silbern mein Haar* (Fn. 10) 98-101, 133-136; M.M. Bianco, *Ridiculi senes. Plauto e i vecchi da commedia*, Palermo 2003; angezeigt von B. Dunsch, in *JRS* 95, 2005, 281 f.; L. Castagna, in *Aevum* 80, 2006, 273 f. Angesichts der faktischen Dominanz der Alten in der römischen Gesellschaft war deren komische Rolle in der Komödie gewissermaßen ein Ventil; so Brandt, *„Die Krönung des Alters ist das Ansehen“* (Fn. 13) 149-157. Der liebestolle *senex amans* (oder *amator*) ist Zielscheibe des Altenspotts, wenn beispielsweise Vater und Sohn durch Liebeswerbungen um die Gunst derselben jungen Frau miteinander konkurrieren. Das weltweit verbreitete Thema schildert eingehend E. Frenzel, *Motive der Weltliteratur*⁵, Stuttgart 1999, 1-11. Ein weibliches Gegenstück ist *vetula* (von *vetulus* ‚ältlich‘), wovon das deutsche Lehnwort „Vettel“ im 15. Jh. die pejorative Bedeutung „unzüchtige alte Frau von hexenhaftem Aussehen“ (Kupplerin) annahm.

¹⁸ Singer / Liver (Hg.), *Thesaurus proverbiorum* (Fn. 14) Zl. 130 ff. Der Spruch wird zurückgeführt auf Shakespeares *Drama Antonius und Kleopatra I 3. Lateinische Version: Senectus non solet pel-lere stultitiam* bei W. Binder, *Novus Thesaurus adagiorum latinorum*², Stuttgart 1866. Einschränkend fügte aber Shakespeare sogleich sinngemäß hinzu: Alter schützt doch vor dem Kindischsein (from childishness). Ein in andere Sprachen nicht übersetzbare Wortspiel ist „Weißheit (des Kopfes) bürgt nicht immer für Weisheit (des Inhalts)“. *Un capello bianco non sempre contiene saggerza*.

¹⁹ Allgemein über Alterslob und Altersspott siehe M. Haller unter http://www.literarischealtersbilder.unikoeln.de/index.php/Miriam_Haller:_Topoi_des_Alters_in_der_Literaturgeschichte_-_Altersklage,_Alterslob,_Altersspott [besucht am 28.11.2019].

neuerdings die These, rechtspolitische Bestrebungen der Kaiserzeit seien seit Augustus auf eine Zurückdrängung der *seniores* aus dem öffentlichen Leben und auf eine Schwächung der *patria potestas* hinausgelaufen.²⁰ Diese Ansicht wird sich als unzutreffend erweisen. Wegen der für diesen Beitrag zu Ehren von Matteo Marrone mir von den Herausgebern auferlegten räumlichen Beschränkung muss ich meine Entgegnung auf Gutsfeld anderen Ortes veröffentlichen.

II. Beginn der *senectus* – Terminologisches

1. Erst in den modernen Industrienationen ist der Beginn des („dritten“) Lebensalters durch Renten- und Pensionsgesetze klar definiert. In Rom gab es für den Beginn der *senectus* keine allgemeine Altersgrenze.²¹ Dasselbe gilt für die griechischen Stadtstaaten. Symptome des Greisenalters wurden aber schon in der altgriechischen Lyrik beschrieben, als da sind weiße Haare, schmerzende Glieder, schwächliche Knie, gebeugter Körper, runzeliges Gesicht, stumpfe Augen, schlechte Zähne.²² Den Zyklus des Menschenlebens teilte man schon in der Antike auf unterschiedliche Weise in diverse Phasen ein. Zahlreiche griechische und römische Quellen nennen drei, vier, fünf, sechs oder sieben Lebensabschnitte.²³ Veranschaulicht wurden sie später (als eine Art von An-

²⁰ A. Gutsfeld, „Das schwache Lebensalter“. *Die Alten in den Rechtsquellen der Prinzipatszeit*, in Gutsfeld / Schmitz (Hg.), *Am schlimmsten Rand des Lebens?* (Fn. 13) 161-180. Angezeigt von G. Gottlieb, in *Gymnasium* 113, 2006, 578 f. Inhaltlich berichtet über die Beiträge des Sammelbandes E. Stauch, *Bonner Jahrbücher des Vereins von Altertumsfreunden* 204, 2004-2006, 417-420. Die zweite Auflage von 2009 unter Umkehrung von Haupttitel und Untertitel (University Press, Bonn) enthält nach Mitteilung des Mitherausgebers Winfried Schmitz eine erheblich erweiterte Gesamtbibliographie, doch blieben die Aufsätze unverändert. Michels, *Alter* (Fn. 6) übernimmt 148 f. einige von Gutsfelds Argumenten, wenngleich unter dem Vorbehalt, Gutsfeld habe leicht übertrieben. Gutsfelds Thesen sind indessen, wie sich andernorts zeigen wird, gar nicht haltbar.

²¹ A. Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia 1953, 700. Gleichsinnig schon die Untersuchung von Thibaut, *Über die senectus* (Fn. 3).

²² F. Preisshofen, *Untersuchungen zur Darstellung des Greisenalters in der frühgriechischen Dichtung*, Wiesbaden 1977, zusammenfassend 111 ff. Im griechischen Mythos wurde Geras (das Pendant zur *senectus*) als verhasstes und verkrüppeltes altes Männchen personifiziert; siehe den Art. in *DNP* 4, Stuttgart 2003, 949. Eine bildliche Darstellung in [https://de.wikipedia.org/wiki/Geras_\(Mythologie\)](https://de.wikipedia.org/wiki/Geras_(Mythologie)) [Aufruf 8.9.2019]. Ausführlicher Bessie Ellen Richardson, *Od age among the ancient Greeks*, Baltimore 1933 (Nachdr. New York 1969, Volltext auch im Internet).

²³ J. de Ghellinck, *Iuventus, gravitas, senectus*, in *Studia Mediaevalia in honorem admodum Reverendi Patris Raymundi Josephi Martin*, Brugge 1948, 39-59; E. Eyben, *Die Einteilung des menschlichen Lebens im römischen Altertum*, in *RhM. für Philol.* n. F. 116, 1973, 150-190 mit reichen Quellenangaben; Parkin, *Old Age* (Fn. 10) 15 ff.; K. Brodersen, *De gradibus aetatis humanae (Censorinus 14,1 ff.)*, in P. Mauritsch / Chr. Ulf (Hg.), *Kultur(en) – Formen des Alltäglichen in der Antike. Fest-*

dachtsbildern) in vielfältiger Gestalt einer sogenannten Lebens- oder Alterstreppe.²⁴ Konstantin spricht bei der von ihm 324 n. Chr. eingeführten *venia aetatis* (Volljährigkeitserklärung) von fünf Altersklassen.²⁵ Doch konnte sich seine Einteilung wohl nicht lange halten.²⁶ Für den Beginn der *excusatio* von verschiedenen *munera* nennen literarische und juristische Quellen ein Alter von 50, 55, 60 oder 70 Jahren.²⁷ *Summa summarum* darf man davon ausgehen, dass mit ungefähr 60-65 Jahren nach römischer Auffassung die *senectus* begann.

2. Grundlegend zu unterscheiden ist jedoch bei den Altersangaben zwischen dem juristischen und dem Alltagssprachgebrauch. Darüber belehrte Marcellus einen bezüglich einer Testamentsauslegung Anfragenden auf beherzigenswerte, im für unser Thema einschlägigen Schrifttum bislang zu wenig beachteten Weise. Ein Testator hatte in einem Kodizill über „alle ihm dienenden jungen Männer“ (gemeint waren Sklaven) verfügt. Die Frage, welcher Personenkreis unter „*omnes iuvenes quos in ministerio habeo*“ zu verstehen sei, solle nach Marcellus der Richter nach seinem Ermessen entscheiden. Bei Testamenten dürfe man nämlich nicht immer auf feste Begriffsbestimmungen zurückgreifen, da sich Erblasser zuweilen ungewöhnlich (*abusive*)²⁸ ausdrücken und nicht immer die

schrift für Ingomar Weiler zum 75. Geburtstag, I, Graz 2013, 3-18. Weitere Literatur zu dem auf antiker Zahlensymbolik beruhenden sogenannten „Hebdomadenschema“ bringt E. Herrmann-Otto, *Ex ancilla natus. Untersuchungen zu den ‚hausgeborenen‘ Sklaven und Sklavinnen im Westen des römischen Kaiserreiches*, Stuttgart 1994, 306 ff. Nicht zugänglich ist mir die Abhandlung von G. Pugliese, *Il ciclo della vita individuale nell'esperienza giuridica romana*, in *Atti dei Convegni Lincei* 61, Roma 1984, 55 ff. (zitiert von Dalla, *Ricerche* [Fn. 4] 75 Fn. 36), sie wurde leider in G. Pugliese, *Scritti giuridici scelti*, V, Napoli 1986, nicht aufgenommen, auch nicht in den von L. Vacca herausgegebenen Ergänzungsband, Napoli 2007.

²⁴ P. Joerissen (Hg.), *Die Lebenstreppe. Bilder der menschlichen Lebensalter* (Ausstellungskatalog), Köln 1983, 187. Das Motiv der aus 7 bis 9 auf- und wieder absteigenden Stufen bestehenden Treppe, Mitte des 16. Jh. aus den Niederlanden stammend, wurde mit der Verbreitung der Druckgraphik seit dem 17. Jh. populär. Weitere leicht zugängliche Beispiele unter <https://www.google.de/search?q=bild+alterstreppe&tbm> [Aufruf 10.3.2019]. – Zu nennen ist auch das bei Schulentlassungsfeiern oft rezitierte Gedicht von Hermann Hesse (1877-1962) „Stufen“ (von 1941).

²⁵ CTh. 2.17.1.3 = Brev. Alar. 2.17.1.3: ... *imponimus, ut prima aetas pueritiae sit, sequens adolescentiae, firmata haec tertia, quarta legitima, quinta senectus habeatur*. Schon Varro nahm *quinque gradus aetatis* an, Isidor hingegen *sex*, siehe Thibaut, *Über die senectus* (Fn. 3) 76 ff.; Bellodi Ansaloni, s.v. *Anziano* (Fn. 5) 584; dies., *Emersione storica e sviluppo della venia aetatis*, in *Labeo* 46, 2000, 58 ff.

²⁶ C. Zülch, *Der liber singularis resonsorum des Ulpianus Marcellus*, Berlin 2001, 132 f.

²⁷ Übersichtlich die Tabelle von Suder, *Sexagenarios de ponte* (Fn. 6) 410 f.

²⁸ Die alte wörtliche Übersetzung von *abusive* als ‚missbräuchlich‘ ist zu stark. Dem Sinne nach gemeint ist hier: ungenau, inkorrekt, untechnisch, nachlässig, schludrig (niederländisch *slordig*, in der Übersetzung von Spruit 1997). Geradezu „unrichtig“ muss die Wortwahl nicht sein; so aber übersetzen Knütel / Kupisch / Rüfner / Seiler (2012, künftig *BKKS*). „Unrichtig“ ist die Abwei-

präzisen Vokabeln verwenden.²⁹ Nach einer von Marcellus abschließend gegebenen Hilfsregel könne man als *iuvenis* einen Sklaven ansehen, der über das Alter eines Heranwachsenden (*adulescens*) hinaus ist, bis er zu den *seniores* gezählt werde. Die Ermahnung zur Berücksichtigung des untechnischen Sprachgebrauchs in Äußerungen juristischer Laien gilt generell, *mutatis mutandis* auch für die Altersbezeichnungen *senior* und *senex*.

3. Abusiver Sprachgebrauch bei Altersbezeichnungen gibt es auch sonst. Nach Gutsherren-Manier sind auf Afrikaans „jongens“ alle männlichen Dienstboten jeden Alters; ähnliches gilt für die englischen Ausdrücke *liftboy*, *shoeshine-boy*, sowie überhaupt *boy*. Kölner reden von „de Jong“ bei einem männlichen Wesens beliebigen Alters; und wer in einem Ladengeschäft höflich mit „junger Mann“ angesprochen wird, muss durchaus nicht mehr jung an Jahren sein. Die Höflichkeit erzwingt zuweilen sogar geradezu widersinnige Anreden. So hält man eine „ältere Dame“ für jünger als eine „alte Dame“. Die Scheu vor Altersdiskriminierung³⁰ wirkt sich auf den Alltagssprachgebrauch aus.

4. Vom lateinischen *senior* abgeleitet sind die Anreden *signore*, *señor* auf italienisch und spanisch.³¹ Als Ersatz für die antike Anrede *domine* (Herr, Gebieter, fortlebend im spanischen *don*) war diese Anrede vornehmen Standespersonen vorbehalten. Hingegen ist im französischen *monsieur* der lateinische Ursprung *senior* kaum noch erkennbar.³² – *Maior* bedeutet einfach der Ältere, besonders im Verhältnis zum Jüngeren, etwa in der (unrömischen) brüderlichen Erbteilungsregel *Maior dividat, minor eligat*.³³ Im eigentlichen Sinne ist *maior*

chung vom juristischen Sprachgebrauch, wenn beispielsweise eine Naturalobligation zwischen Herrn und Sklaven (untechnisch) mit *debere* bezeichnet wird (*verbo abutimur*, D. 15.1.41). Siehe meine Rezension in *ZRG RA* 122, 2005, 385 f. zu T. Peralta Escuer, in A. Murillo Villár (Hg.), *Estudios de derecho romano en memoria de Benito M^e Reimundo Yanes*, II, Burgos 2000, 199-211.

²⁹ Marcellus *l. s. resp.*, D. 32.69.1 (medio): ... *non enim in causa testamentorum ad definitionem utique descendendum est, cum plerumque abusive loquantur nec propriis nominibus ac vocabulis semper utantur*. Zu Unrecht leider für verfälscht erklärt von Zülch, *Der liber singularis responsorum* (Fn. 26) 128-134; dagegen beifallswert die Rezension von D. Liebs, in *ZRG RA* 120, 2003, 254 f.

³⁰ Zu Einzelheiten <https://de.wikipedia.org/wiki/Altersdiskriminierung>; (englisch *ageism*) [aufgerufen 12.2.2019]. Das Attribut „alt“ ist umgangssprachlich oft abwertend, das Adjektiv „jung“ hingegen positiv konnotiert.

³¹ U.K. Jacobs, s.v. *Senior*, in *HRG IV*, Berlin 1980, Sp. 1633 ff.

³² *Senior* wurde zu *seigneur*, die respektvolle Anrede namentlich im kirchlich-monastischen Umgang. Italienisch *monsignore* wurde dann zu französisch *monsieur*; seit dem 16. Jh. eine reine Höflichkeitsfloskel.

³³ D. Liebs, *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter*⁷, München 2007, Nr. M 4 mit Lit.; B.H.D. Hermesdorf, *Maior dividat minor eligat*, in *TR* 33, 1965, 78-81.

im römischen Recht der Volljährige, im Gegensatz zum *minor viginti quinque annis*. Seneschall, der einem Major Domus (Hofmarschall) oder Truchsess vergleichbare Titel eines hohen Hofbeamten, lässt sich in seinem ersten Wortbestandteil auf lateinisch *senior* zurückführen.³⁴ Das Verb *senescere* ‚alt werden‘ findet sich in den Rechtsquellen nur ein einziges Mal bei Scaevola 7 *dig.*, D. 33.2.33.2 in der testamentarischen Anordnung, die Freigelassenen bis an ihr Lebensende bei sich wohnen zu lassen.

5. *Senectus* bezieht sich schließlich nur auf das hohe Lebensalter von Personen. Das Parallelwort *vetustas* bezeichnet hingegen den „durch die Länge der Zeit herbeigeführten Zustand einer Sache“,³⁵ auch einen seit unvordenklichen Zeiten bestehenden allgemeinen Zustand oder einfach das Herkommen oder altes Gewohnheitsrecht.³⁶

III. Eingeschränkte Geschäfts- und Testierfähigkeit von Senioren (*senes*)? – Abgrenzung zum *mente captus*

Für die Stellung betagter Menschen im Rechtsleben grundlegend ist die Frage, ob sie wegen ihres hohen Alters eine Beschränkung ihrer Geschäftsfähigkeit erleiden. Die Frage wird von Diokletian am Ende des 3. Jh. n. Chr. in zwei kurzen klaren Leitsätzen sowohl für Schenkungen³⁷ unter Lebenden (1.) als auch für die Testamentserrichtung (2.) apodiktisch verneint.

1. CI. 8.53(54).16 (Diocl. et Maxim. AA. et CC. Theodoro, a. 293): *Senectus ad donationem faciendam sola non est impedimento.*

[Diokletian und Maximilian, Augusti et Caesares, an *Theodoros*): Hohes Alter allein ist für die Vornahme einer Schenkung kein Hindernis.]

³⁴ Italienisch *siniscalco*, mittellateinisch *seniscalcus*, zusammengesetzt aus *senex* und *scalca*, Schalk i. S. v. Diener. Jacobs, s.v. *Senior* (Fn. 31) 1634; K. Andermann, s.v. *Seneschall*, in *HRG* IV, Berlin 1980, Sp. 1631 ff.; F. Kluge / E. Seebold, *Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache*²³, Berlin / New York 1999, 758 (nicht unstreitig).

³⁵ So der gut untergliederte Artikel von Heumann / Seckel, *Handlexikon*, mit vielen Beispielen (*vetustate corruere, corrupta villa*, auch von Bäumen oder Weinstöcken gesagt). Die Zusammensetzung *vetus homo* kommt (soweit ersichtlich) in römischrechtlichen Quellen nicht vor.

³⁶ Über *vetustas* hielt der zu früh verstorbene Lütticher Kollege und Freund Roger Vigneron auf dem Grazer Rechtshistorikertag 1984 einen Vortrag. Sein Lehrstuhlnachfolger Jean-François Gerkens konnte das unveröffentlichte Manuskript unter den von Vigneron hinterlassenen Aufzeichnungen leider nicht aufspüren.

³⁷ Zahlreiche die Schenkung betreffende Reskripte Diokletians sind mit Übersetzungen geordnet zusammengestellt von J.D. Harke, *Iuris prudentia* [treffender wäre wohl *iuris dictio*] *Diocletiana: Kaiserliche Reskripte am Ende des 3. Jh.*, Berlin 2019, 254-284.

Das an einen gewissen Griechen namens Theodoros gerichtete Reskript vom Jahre 293 n. Chr. enthält mit nur sieben Worten eine präzise Rechtsauskunft, offenbar auf eine Anfrage zu einem praktischen Fall. Der kurze kaiserliche Bescheid ist ein exzellentes Beispiel für die Kunst der Bildung von Leitsätzen, wie sie noch heute den veröffentlichten Urteilen unserer Obergerichte vorangestellt werden. In meinen Lehrveranstaltungen zur Einführung in die Quellenexegese verwendete ich das Reskript oft als Einstiegstext. Der genaue Sachverhalt wird zwar nicht mitgeteilt, lässt sich aber unschwer rekonstruieren. Zu der an den Beginn jeder Exegese zu stellenden Sachverhaltsrekonstruktion verhelfen die beiden Fragen: a) Wieviele Personen sind beteiligt? und: b) Was ist geschehen?

a) Beteiligt sind mindestens drei Personen: jedenfalls ein *senex* (Greis), zweitens ein Beschenkter, denn die *donatio* bedarf auch nach römischem Recht einer Annahme (wenngleich sie nicht zu den typisierten *contractus* zählt); außerdem eine oder mehrere weitere Personen, vermutlich nahe Angehörige des Schenkers, die der Verminderung seines Vermögens widersprechen und den ihrer Ansicht nach ungültig verschenkten Gegenstand zurückverlangen.³⁸

b) Was ist geschehen? Ein *senex* hat jemandem eine Sache oder einen Geldbetrag geschenkt. Andere Personen, wahrscheinlich die Erben (nahe Angehörige, vor allem Kinder) des Schenkers, verlangen das Geschenk vom Empfänger zurück. Der alte Schenker ist daher vermutlich gestorben, und seine Kinder hätten den geschenkten Gegenstand geerbt, falls die Schenkung (wie sie behaupten) ungültig ist. Sie könnten die Sache dann mit der *rei vindicatio*, einen Geldbetrag mit einer *condictio (indebiti)* zurückverlangen.

Nach Auskunft der Kaiser ist die *donatio* jedoch wegen des hohen Alters des Schenkers allein nicht ungültig; die Klage der Kinder ist daher als unbegründet abzuweisen. Die Betonung liegt auf *senectus sola*: Wenn nichts weiter als das hohe Alter vorgetragen wird, genügt dies zur Anfechtung nicht; die *senectus* allein nimmt der Schenkung nicht die Wirksamkeit. Es müssten denn andere, aber von den Anfragenden nicht vorgebrachte Unwirksamkeitsgründe hinzutreten,³⁹ vor allem Geisteskrankheit (*furor*) oder Ent-

³⁸ Wegen der ins Futur weisenden Gerundiv-Form *ad donationem faciendam* könnte auch eine erst künftig vorzunehmende Schenkung gemeint sein. Vielleicht will also ein *senex* wissen, ob er eine beabsichtigte Schenkung gültig vornehmen könne. Adressat des Reskripts wäre dann der potentielle Geber. Sachlich (juristisch) wäre diese Variante des Sachverhalts allerdings unwesentlich. Und die Übersetzung „Vornahme“ (einer Schenkung) ist neutral genug, wenn man sich dieser möglichen Nebendeutung bewusst bleibt.

³⁹ Nichtig wäre eine Schenkung an die Ehefrau wegen des Verbots der *donatio inter virum et*

mündigung wegen Verschwendung (*interdictio prodigi*).

Hohes Alter allein nahm also einem römischen *pater familias* nicht die Geschäftsfähigkeit. Wer Vermögensgegenstände ohne Gegenleistung weggeben kann, der kann nämlich onerose Geschäfte erst recht abschließen. Kein einziges Wort aus dem kurzen, prägnanten Reskript ist überflüssig. Das Schwergewicht liegt (wie erwähnt) auf dem Wörtchen *sola*. – Das Gegenteil für einen geistesverwirrten Schenker finden wir bei Modestin:

D. 39.5.23.1 (Mod. 15 *resp.*): *Modestinus respondit mente captum donare non posse.*

[Modestinus gab zum Bescheid, ein seines Verstandes Beraubter könne nichts verschenken.]

2. Ebenso eindeutig verneinen die Kaiser für alte oder körperlich geschwächte Personen auch einen Verlust ihrer Testierfähigkeit:

CI. 6.22.3 pr. (Diocl. et Maxim., a. 294): *Senium quidem aetatis vel aegritudinem corporis sinceritatem mentis tenentibus testamenti factionem certum est non auferre rell.*⁴⁰

[Hohes Lebensalter oder körperliche Gebrechen entziehen den Personen von klarem Verstande gewiss nicht ihre Fähigkeit zur Testamentserrichtung ...]

uxorem; mit dem (hier unterstellten) Tode des Schenkers wäre sie allerdings nach einer *oratio Severi* konvalesziert. Anlässlich einer Ehescheidung vorgenommene Schenkungen waren überdies gestattet, und unter den Motiven für eine Scheidung in gutem Einvernehmen (*bona gratia*) nennt Gaius 11 *ad ed. prov.*, D. 24.1.61 ausdrücklich die *senectus*. Ein eigenes gewaltunterworfenen Kind oder einen Sklaven hätte der Erblasser gleichfalls nicht wirksam beschenken können, weil es diesen Personen an eigener Vermögensfähigkeit fehlte. Gegen das Verlangen nach Erfüllung großer Schenkungsversprechen, die über ein bestimmtes (uns unbekanntes) Maß hinausgingen, schützte den Versprechenden eine *exceptio legis Cinciae*. War die Schenkung jedoch bereits vollzogen, fiel diese *exceptio* weg. Auch waren bestimmte dem Schenker nahestehende Personen von diesem Schenkungsverbot ausgenommen. Übermäßige Schenkungen, die das Pflichtteilsrecht eines Abkömmlings beeinträchtigten, konnten nach Kaiserrecht mit einer *querela inofficiosi donationis* angefochten werden (Paul. 14 *resp.*, D. 31.87.3-4). Denkbar wären schließlich Willensmängel bei der Schenkung, z.B. Drohung, Zwang (*metus*) oder Betrug (*dolus*). Bei einer remuneratorischen (belohnenden) Schenkung hat der Beschenkte z.B. vorgetäuscht, eine gute Tat begangen (etwa einem treuen Freund das Leben gerettet) zu haben. Da aber zu alledem nichts vorgetragen ist, bleibt die Schenkung unangreifbar gültig.

⁴⁰ Wenig klar, aber für unseren Zusammenhang unwichtig ist § 1: *Filiam autem, quae in potestate eius est, testamentum facere non posse indubitati iuris est.* „Hingegen kann eine gewaltunterworfenen Tochter nach unzweifelhafter Rechtslage kein Testament errichten.“ Vielleicht wollte die Tochter anstelle ihres altersgeschwächten Vaters testieren. Für die Testamentserrichtung gilt jedoch noch heute das Gebot der Höchstpersönlichkeit, §§ 2064, 2065 BGB. Nur Frauen *sui iuris* konnten seit Hadrian testieren, M. Kaser / R. Knütel / S. Lohsse, *Römisches Privatrecht*²¹, München 2017, 405 (§ 68 Rz. 13).

Für einen Geisteskranken (*mente captus*)⁴¹ wird aber die Testierfähigkeit ebenso eindeutig verneint in:

D. 28.1.17 (Paul. 3 *sent.*) = Paul. Sent. 3.4a.11: *In adversa corporis valetudine mente captus eo tempore testamentum facere non potest.*

[Bei geschwächtem körperlichem Zustand kann ein seines Verstandes Beraubter zu dieser Zeit kein Testament errichten.]

3. Körperliche Schwäche allein war für letztwillige Verfügungen jedoch kein Hinderungsgrund. Hierin unterscheidet sich das römische Recht deutlich vom Recht des Sachsenspiegels. Für Vergabungen von Todes wegen musste ein Mann mit einem Schwert gegürtet und mit einem Schild in der Hand ohne fremde Hilfe von einem Stein aus ein Pferd besteigen und um sein Anwesen herumreiten können (Sachsenspiegel Landrecht I 52.2). Rechtliche Handlungsfähigkeit war gebunden an körperliche Handlungsfähigkeit. Wenn im Alter die Kräfte schwanden, waren Veräußerungen nicht mehr möglich.⁴² Ein solches Junktum zwischen körperlicher und geistiger Gesundheit (entsprechend der Devise *mens sana in corpore sano*)⁴³ bestand im römischen Recht nicht.

⁴¹ Die technische Vokabel *mente captus* für den Geisteskranken begegnet in den Rechtsquellen 16 Mal, meist bei Testamenten. Für *dement** finden sich 28 Belege. Die Synonyme *furor* begegnen in 78, *furiosus* sogar in 257 Stellen. Die rechtliche Problematik behandeln nicht abschließend F.P. Moog / D. Schäfer, *Aspekte der Altersdemenz im antiken Rom: Literarische Fiktion und faktische Lebenswirklichkeit*, in *Sudhoffs Archiv* 91, 2007, 73-81. Die beiden Kölner Medizinhistoriker erörtern ausführlich den perifer liegenden Fall der Errichtung eines pflichtwidrigen Testaments zugunsten einer bescholtenen Frau bei Iuv. 10.232-239. Beiden Autoren entgehen die juristischen Regeln über die Testamentsanfechtung wegen Lieblosigkeit beim Übergehen von nahen Angehörigen, die *querela inofficiosi testamenti*: Kaser / Knütel / Lohsse, *Römisches Privatrecht*²¹ (Fn. 40) 410 f. (§ 70 Rz. 1-9). Bei einem Verstoß des Testators gegen seine *officia pietatis* wurde angenommen, er sei *quasi non sanae mentis* gewesen, D. 5.2.2 und 5. Im Falle echter Geisteskrankheit wäre sein Testament nicht bloß anfechtbar, sondern nichtig gewesen. Beim Vorwurf des *color insanitatis* geht es aber nur um den äußerlichen „Anstrich“ (so wörtlich), Anflug oder Anschein von Geistesverwirrtheit. – Tauglicher Gegenstand für medizinhistorische Untersuchungen über ärztliche Fachkenntnisse römischer Juristen wären ihre eingehenden Kommentare zum kurulischen Edikt über anzeigepflichtige Krankheiten verkaufter Sklaven in D. 21.1.1.7 bis D. 21.1.16. Erörtert werden dort auch Grenzfälle psychischer Erkrankungen; dazu R. Knütel, *Pamphylos inter fanaticos*, in Th. Baums / M. Lutter u. a. (Hg.), *Festschrift für Ulrich Huber*, Tübingen 2006, 41-50. Das auf den Sklavenhandel bezügliche Ediktswort *morbus* betrifft aber nicht die Vornahme von Rechtsgeschäften, die wegen Geisteskrankheit ungültig wären, arg. Pomponius *ap. Ulp.* 1 *ad ed. aed. cur.*, D. 21.1.4.5 *i. f.*

⁴² B. Kannowski, s.v. *Altersstufen*, in *HRG*², Berlin 2004, Sp. 195. Das im Raum Frankfurt am Main um 1350 aufgezeichnete Kleine Kaiserrecht verlangte den Nachweis der Körperkraft hingegen nicht mehr: D. Munzel-Everling, *Das Kleine Kaiserrecht. Text und Analyse eines mittelalterlichen Rechtsbuches*, Wiesbaden 2019, 98 ff.

⁴³ Das Zitat aus Iuv. 10.336 lautet: *Orandum est, ut sit mens sana in corpore sano*. Von den Göttern erlebe der Mensch, gesund an Körper und Geist zu bleiben. Eine kausale Wechselwirkung zwischen Körper und Verstand enthält das oft missverständliche Dichterwort nicht.

4. Solange der römische *pater familias* lebte, vereinigte er die gesamte Familienhabe in seiner Hand. Er konnte folglich allein darüber verfügen. Die Kinder konnten, auch wenn sie widersprachen, seine Verfügungen nicht verhindern. Das römische Recht der Antike unterscheidet sich darin strukturell grundlegend vom germanischen und von einigen Rechten der Rezeptionszeit: Danach galten die Kinder als künftige Erben bereits bei Lebzeiten des Vaters als potentiell Mitberechtigte. Zur Veräußerung eines Grundstücks bedurfte der Vater daher ihrer Zustimmung. Widrigenfalls konnten die Kinder nach seinem Tode das Gut wieder an sich ziehen (sog. Retraktrecht, Revokationsrecht, Beispruchs- oder Näherrecht; *retractus ex iure consanguinitatis*). Derartige Mitwirkungsbefugnisse der engsten Verwandten kannten sowohl die Glossatoren als auch viele deutsche Stadtrechte an (z.B. das 1520 von Ulrich Zasius verfasste Stadtrecht von Freiburg).⁴⁴ Der Individualismus der Naturrechtsepoche überwand sie als verkehrsfeindlich. Für die streng patriarchalisch strukturierte römische Familie waren sie undenkbar.⁴⁵ Solange der *pater familias* bei gesundem Verstande lebte, war er monokratischer Regent über das gesamte Familiengut.

⁴⁴ W. Ogris, s.v. *Retraktrecht*, in *HRG*¹ IV, Berlin 1987, Sp. 949 f.; Chr. Becker, s.v. *Näherrecht*, in *HRG*², Berlin 2016, Sp. 1753 ff.; A. Erler, s.v. *Miserabiles*, in *HRG* III, Berlin 1984, Sp. 597 ff. Das Frankfurter Recht hielt daran nicht fest: Munzel-Everling, *Das Kleine Kaiserrecht* (Fn. 42) 100.

⁴⁵ Das einem Gewaltunterworfenen eingeräumte *peculium* konnte ihm der Hausvater jederzeit grundlos durch formlose Erklärung wieder entziehen, Paulus D. 15.1.8. Beim Tode des Hausvaters wurden die Sondergüter aller Abkömmlinge zum Nachlass hinzugerechnet und der Gesamtwert auf sie quotenmäßig verteilt, einerlei, wie gut oder schlecht sie damit gewirtschaftet hatten. Ein Präzepsionsrecht am Sondergut gab es nicht, der Hausvater müsste es denn ausdrücklich testamentarisch vermacht haben, Papinian *Fragm. Vat.* 294 (Pap. 12 *resp.*); Diokletian *Cl.* 3.36.13 (Diocl. et Maxim., o. J.); A. Wacke, *Peculium non ademptum videtur tacite donatum*, in *Iura* 42, 1991, 43-95, 59 f. Rechtsgeschäfte des Gewaltunterworfenen verpflichteten zwar den Gewalthaber bis zur Höhe des Sonderguts. Ihre Erfüllung bedurfte jedoch seiner Zustimmung (die auch generell erteilt werden konnte): A. Wacke, *Die libera administratio peculii. Zur Verfügungsmacht der Hauskindern und Sklaven über ihr Sondergut*, in Th. Finkenauer (Hg.), *Sklaverei und Freilassung im römischen Recht. Symposium für Hans Wieling zum 70. Geburtstag*, Berlin et al. 2006, 252-316. Darlehen durften Haus söhne grundsätzlich nur mit Zustimmung des *pater familias* aufnehmen: A. Wacke, *Das Verbot der Darlehensgewährung an Hauskinder und die Gebote wirtschaftlicher Vernunft*, in *ZRG RA* 112, 1995, 317. – Wenn Paulus D. 28.2.11 hingegen die Kinder schon bei Lebzeiten ihres *pater familias* als *quodammodo domini* des väterlichen Vermögens bezeichnet, dann hat dieser rein theoretische Lehrsatz keinerlei praktische Konsequenzen und dient nur zur Erklärung ihrer nahtlosen Sukzession als *sui heredes* in den Nachlass. Die Aussage enthält eine unhistorische (wenngleich vielleicht volkstümliche) Idealisierung. Entwicklungsgeschichtlich ist nicht organisch zu erklären, auf welchen Wegen die *patres* die Kinder aus ihrem Teilhaberecht verdrängt und die Vermögenszuständigkeit allein auf sich selbst konzentriert haben könnten. Sollen sich die wenigen *patres* gegen die große Mehrheit ihrer Angehörigen „verschworen“ haben? Ihre bruchlose Erbfolge ist eher eine Konsequenz der engen agnatischen Verwandtschaft. Vgl. Wacke, *Die libera administratio peculii*, 312; ders., *Erbrechtliche Sukzession als Persönlichkeitsfortsetzung?*, in *ZRG RA* 123, 2006, 210 ff. Ein kollektives Miteigentum

Die römische Gesellschaft kennzeichnet man zutreffend als eine Gerontokratie.⁴⁶ In der Konzentration großer Vermögen unter der Herrschaft einzelner führender Persönlichkeiten lag ein Faktor für den Aufstieg Roms zur Weltmacht.

5. Schließlich konnten auch alte Menschen heiraten und eine Person als Kind annehmen. Für Eheschließung und Adoption gab (und gibt) es keine Altersgrenze (*nec aetas nec sterilitas ei rei impedimento est*: D. 28.2.6 pr. i. f.). Über Eheschließungen zwischen Personen mit großem Altersunterschied finden sich aber in späteren Traktaten aus dem *Usus Modernus* ausgiebige Erörterungen.⁴⁷

IV. Mildere Sorgfaltsanforderungen an Kranke und Senioren

Hohes Alter und Krankheit (*senectus* und *morbis*) begegnen als Entlastungsgründe für den Entleiher neben Fällen von höherer Gewalt bei Ulpian in dem folgenden, oft zitierten Text. Aber nirgends fand ich eine einleuchtende Erklärung für *senectus* und *morbis* als zureichende Entschuldigungsgründe für die Nichtrückgabe der entliehenen Sache. Das Fehlen einer Erläuterung der *ratio decidendi* im bisherigen Schrifttum ist unbefriedigend. Aber durch gründliche Exegesen lassen sich Erkenntnisfortschritte in unserer alten Wissenschaft erzielen. Grundvoraussetzung dafür ist die Klärung des Sachverhalts.

D. 13.6.5.4 (Ulp. 28 *ad ed.*): *Quod vero senectute contigit vel morbo, vel vi latronum ereptum est, aut <si> quid simile accidit, dicendum est nihil eorum esse inputandum ei qui commodatum accepit, nisi aliqua culpa interveniat. proinde et si incendio vel ruina aliquid contigit vel aliquid [scr. aliud] damnum fatale, non tenebitur, nisi forte, cum possit res commodatas salvas facere, suas praetulit.*

[Was sich aber infolge hohen Alters ereignete oder wegen Erkrankung, oder was durch Gewalt von Räubern entrissen wurde, oder wenn etwas Ähnliches geschah, so ist zu sagen dass nichts davon dem Entleiher zuzurechnen ist, sofern nicht ir-

der Familienmitglieder hält hingegen im Ursprung (teilweise) für glaubhaft M. Avenarius, *Continuatio dominii. Die vorklassische Mitberechtigung der künftigen Hauserben und der Vonselbsterwerb des klassischen Rechts*, in C. Cascione / C. Masi Doria (Hg.), *Fides Humanitas Ius. Studii in onore di Luigi Labruna*, I, Napoli 2007, 231 ff.

⁴⁶ Dalla, *Ricerche* (Fn. 4) 67; Bellodi Ansaloni, s.v. *Anziano* (Fn. 5) 580. Obwohl der Anteil der Alten an der Gesamtbevölkerung im Unterschied zu heute nur wenige (ca. 5) Prozent ausmachte. Zu den Alten im Sozialgefüge der Kaiserzeit Brandt, *Wird auch silbern mein Haar* (Fn. 10) 157 ff. Galba war bei seiner Kaiserakklamation bereits 70 Jahre alt: Brandt, ebd. 171.

⁴⁷ Th. Duve, *Sonderrecht in der Frühen Neuzeit*, Frankfurt a.M. 2008, 237 ff. Das *matrimonium impar* war keine Missheirat oder Mesalliance von Mann und Frau ungleichen Standes.

gendein Verschulden hinzukam. Daher wird er auch nicht haften, wenn sich durch Feuer oder Einsturz etwas ereignete oder durch einen anderen Unglücksfall, außer wenn er, obwohl er die entliehenen Sachen retten konnte, seine eigenen vorzog.]

Der Text ist (zumal im ersten Satz) etwas holperig formuliert und wurde deshalb von der textkritischen Literatur als teilweise unecht verdächtigt.⁴⁸ Diese Methode beruhte auf dem Vorverständnis, nur in einwandfreiem Latein verfasste Aussagen seien für klassisch zu halten. Aber schon Alfred Pernice zeigte in seiner Akademie-Abhandlung über „Ulpian als Schriftsteller“ von 1885 gewisse Defizite in dessen Stil auf.⁴⁹ Als vielbeschäftigter Staatsmann diktierte Ulpian vielleicht seine zahlreichen Schriften einem Sekretär,⁵⁰ später fand er nicht die Muße zu sprachlichen Verbesserungen. Darum besteht kein Grund, das Fragment dem Ulpian abzusprechen. Für dessen gehaltvollen Aussagewert sind die geringen sprachlichen Mängel völlig unbedeutend.

Worauf sich das Verb *contigit* des ersten Satzes bezieht, lässt der Text offen.⁵¹ Übersetzt habe ich es hier darum neutral mit „was sich ereignete“, um der Interpretation nicht vorzugreifen. Im Schrifttum bezog man *contigit* zuweilen auf das entliehene Objekt.⁵² Zutreffend ist diese Ansicht aber nur für die im

⁴⁸ Der Verdacht richtete sich besonders gegen die beiden mit *nisi* eingeleiteten Einschränkungen. Dagegen mit Recht J. Michel, *Gratuité en droit romain*, Bruxelles 1962, 66. Angeführt ist die textkritische Literatur bei Th. Mayer-Maly, *Höhere Gewalt: Falltypen und Begriffsbildung*, in *Festschrift Artur Steinwenter zum 70. Geburtstag*, Graz / Köln 1958, 73 Fn. 119 (der Form nach sei das Fragment nachklassisch überarbeitet, aber inhaltlich klassisch); A. Doll, *Von der vis maior zur höheren Gewalt. Geschichte und Dogmatik eines haftungsentlastenden Begriffs*, Frankfurt a.M. 1989, 104 mit Fn. 19. Aber ohne Klarlegung des Sachverhalts (wozu es der Phantasie bedarf) wie einst in der textkritischen Literatur und ohne Übersetzung der Quellen kann man römisches Privatrecht heute nicht mehr betreiben.

⁴⁹ A. Pernice, *Ulpian als Schriftsteller*, in *Sitzungsberichte der Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften zu Berlin*, Jg. 1885, 1. Halbbd., Berlin 1885, 443-484.

⁵⁰ Wie schon Cicero seinem vertrauten Sklaven und späteren Freigelassenen M. Tullius Tiro, dem Erfinder einer Tachygraphie, auf Reisen diktierte.

⁵¹ Beide Sätze enthalten das Verb *contigit*, dazu noch der erste *attigit*. *Contingere* und *attingere* sind Steigerungen von *tangere*, berühren, betreffen, angehen, wie in der Parömien: *Quod omnes tangit, ab omnibus approbari debet* und *Casum sentit is quem tangit*: Liebs, *Lateinische Rechtsregeln* (Fn. 33) Nr. Q 113 und C 3.

⁵² So offenbar W. Ernst, *Wandlungen des vis maior-Begriffes*, in *Index 22*, 1994, 307 f. mit Fn. 75 ff. (S. 319). Ernst sieht in der *vis latronum* ein sachbezogenes Ereignis, das den Verleiher als denjenigen treffe, den die Sache angeht. Dies ergebe sich aus der Gleichstellung mit *senectus* und *morbis* als Schadensursachen, die der Sachexistenz zuzurechnen seien, die der Verleiher tragen müsse, weil er das Sachexistenzrisiko trägt. Wie der Sachverhalt nach Ernst zu deuten ist, sagt er allerdings nicht; wiederholt spricht er von „Sache“. Bezüglich alter Sachen sprechen die Juristen jedoch von *vetustas*, nicht von *senectus*, s. o. Fn. 35. Bezieht man *senectus* und *morbis* wie Ernst auf den entliehenen Gegenstand, dann käme allenfalls ein Lebewesen als Leihegegenstand in Betracht. Einen solchen Fall

zweiten Satz erwähnten, den Leihegegenstand zerstörenden Fälle höherer Gewalt. Im ersten Satz beziehen sich *senectus* und *morbus* jedoch als Entlastungsgründe auf die Person des grundsätzlich haftenden Entleiher.⁵³

Je für sich genommen scheiden *senectus* und *morbus* als Gründe für die Nichtrückgabe jedoch in der Regel aus.⁵⁴ Ein alter oder kranker Entleiher könnte einen Boten mit dem Zurückbringen der Sache an den Entleiher beauftragen. Die Rückgabe der entliehenen Sache ist keine höchstpersönliche, unvertretbare Handlung. Solange der Entleiher die Sache unbeschädigt besitzt, können ihn hohes Alter oder schwere Krankheit mithin nicht entschuldigen. *Senectus* und *morbus* rechtfertigen auch nicht eine Überschreitung des vereinbarten Rückgabetermins (etwa wegen angeblich vermehrten Bedürfnisses). Schließlich hilft dem Entleiher auch nicht der Einwand, er wisse nicht, wo sich die Leihsache derzeit befindet. Ist sie verschwunden, muss er danach suchen oder suchen lassen. Kann der Entleiher keinen Grund angeben, weshalb er die Sache nicht zurückgeben kann, muss er deren Wert ersetzen.

Hohes Alter oder Krankheit sind also keine Schadensursachen oder eigenständigen Gründe (alternativ zu den Fällen von *vis maior*),⁵⁵ sondern mit einem Unglücksfall kombiniert zu denken. Nur in Verbindung mit einem anderen schädigenden Ereignis kommen *senectus* und *morbus* als Entlastungsgründe für den Entleiher in Betracht, weswegen er die Sache nicht oder nicht unversehrt zurückgeben kann.⁵⁶ Die Nichtverhinderung eines Schadenseintritts oder ei-

erwähnt Ulpian D. 50.17.23 (gegen Ende): *animalium vero casus mortisque, quae sine culpa accidunt, ... a nullo praestantur*. Auch nach dieser Stelle darf den Entleiher am Tode des entliehenen Tieres kein Verschulden treffen. Auf hohes Alter oder Krankheit der Person des Entleihers geht Ernst nicht ein. Diese beiden Fälle sind bezüglich der Schadensentstehung nach obigen Darlegungen der *vis maior* nicht gleichzustellen.

⁵³ BKKS (Fn. 28) übersetzen den ersten Satz darum zutreffend: „Wenn jemandem etwas infolge hohen Alters oder Krankheit zustößt ...“. Diese Formulierung ist aber bereits Auslegung, nicht mehr reine Übersetzung. Die Ergänzung „jemandem“ ist vertretbar, denn der vorangehende § 3 handelt von dem vom Entleiher zu vertretenden Haftungsmaßstab.

⁵⁴ Ausgenommen etwa der Fall, dass der Hand eines altersgeschwächten Entleihers ein wertvolles Kristallglas entgleitet und fallend zu Bruch geht.

⁵⁵ Ein vermutlich durch die Parallelstellung ‚*vel morbo vel vi latronum*‘ verursachtes Missverständnis, vgl. Fn. 60. So allerdings F.M. De Robertis, *La responsabilità contrattuale nel diritto romano*, Bari 1996. De Robertis erwähnt diese Quelle ausweislich des Registers S. 369 nicht weniger als elfmal. Eine Exegese unter Darlegung der Sachverhalte und Würdigung der Rechtsfolgen findet sich jedoch bei ihm nirgends. De Robertis unterscheidet (unter anderem) kategorial zwischen subjektiven und objektiven Entlastungsgründen. Zu einer Kombination oder Kumulation subjektiver und objektiver Gründe gelangt er bei seiner Zerlegung von Quellen in einzelnen darin enthaltene Wendungen nicht. Bei dieser Art des Vorgehens ist der Erkenntnisgewinn gering.

⁵⁶ Beispiel: Jemand leiht sich für eine Reise ein Pferdegespann und einen Wagen; während eines herannahenden Gewitters kann er aber mangels eigener Körperkraft die Pferde nicht zügeln. Die Pfer-

ner Schadensausbreitung ist einem greisen oder schwerkranken Entleiher nicht vorzuwerfen. Dabei wird vorausgesetzt, dass der Entleiher allein auf sich gestellt war, er also auch keine fremde Hilfe herbeirufen konnte. Für den Zusammenhang mit einem Unglücksfall spricht auch die Einschränkung am Schluss (*nisi forte* rell.), wonach der Entleiher haften muss, wenn er eigene Sachen aus der Gefahr retten konnte, aber die entlehene zugrunde gehen ließ.

Nach der *formula* genügt für die Klagebegründung allerdings die unterbliebene Rückgabe: *eamque rem redditam non esse*. Der Verleiher kann deshalb Wertersatz verlangen (*quanti ea res erit*).⁵⁷ Die bloße Tatsache der Nichtrückgabe lassen die Juristen für eine Verurteilung aber nicht genügen. Auf die Gründe für die Nichtrückgabe kommt es an. Ein Fall von *vis maior* kann den Haftenden entlasten, sofern nicht irgendein Verschulden seinerseits hinzukam (*nisi aliqua culpa interveniat*).⁵⁸ Denn auch Naturgewalten kann der Mensch bis zum gewissen Grade beherrschen, bei Sturmesanzeichen muss z.B. ein Schiffer auf hoher See die Segel reffen oder rechtzeitig in einem Hafen Schutz suchen. Sorgloses menschliches Verhalten in Fällen von *vis maior* nannte man in neuerer Zeit treffend *casus mixtus* (im Unterschied zum schon klassischen Ausdruck *casus fortuitus*), nämlich *mixtus cum culpa*.⁵⁹ Geliehene Sachen dem Verderben preiszugeben, ist schuldhaftes Unterlassen, omissive *culpa*.

Unter solch einschränkenden Verschuldensgesichtspunkten werden nun

de brennen durch, die Tiere oder der Wagen kommen zu Schaden. Vorwerfen könnte man dem Entleiher, dass er nicht rechtzeitig in einer *caupona* Schutz suchte. Ohne äußere Einwirkung jedoch, infolge hohen Alters oder Krankheit allein, kann eine geliehene Sache kaum verloren gehen oder Schaden nehmen. Setzt sich ein durch Greisenalter oder Fieber geschwächter Entleiher persönlich auf den Kutschbock, dann haftet er wegen Übernahmeverschuldens; vgl. für den überforderten Maultiertreiber Gaius D. 9.2.8.1 (7 *ad ed. prov.*): ... *nec videtur iniquum, si infirmitas culpa adnumeretur, cum affectare quisque non debeat, in quo vel intellegit vel intellegere debet infirmitatem suam alii periculosam futuram*. Ein zu schwacher oder unerfahrener Entleiher muss einen Kutscher einstellen. Ein Mitverschulden könnte man andererseits dem Verleiher vorwerfen, wenn er Wagen und Gespann einem erkennbar körperlich geschwächten Menschen anvertraut.

⁵⁷ O. Lenel, *Das Edictum Perpetuum*³, Leipzig 1927, 252.

⁵⁸ Zutreffend und beifallswert insoweit Ernst, *Wandlungen des vis maior-Begriffes* (Fn. 52) 308; ähnlich schon S. Tafaro, *Regula e ius antiquum in D. 50,17,23. Ricerche sulla responsabilità contrattuale*, I, Bari 1984, 227 f. Ob die ursprünglich strikte Haftung erst später in eine solche für nichtprästierte Diligenz umgedeutet wurde, wie Ernst meint, bleibe allerdings dahingestellt. Dass diese Einschränkung von Ulpian stammt, hielt Cannata jedoch (ohne Begründung) für „*assai improbabile*“ und für ein späteres Glossem: C.A. Cannata, *Per lo studio della responsabilità per colpa*, Milano 1969, 266 Fn. 4; ders., *Sul problema della responsabilità*, in *Iura* 44, 1993, 66 und 74; unter gleichlautendem Titel auch als Monographie, Catania 1992. Die allzu kursorischen und wenig wohlwollenden Ausführungen von Cannata werden Ulpians Gedankengang in keiner Weise gerecht. Um Ulpian gerecht zu werden, muss man jedes Detail des Textes ernst nehmen und auf seine möglichen Bedeutungen hin befragen.

⁵⁹ A. Wacke, *Gefahrerhöhung als Besitzerverschulden*, in G. Baumgärtel u. a. (Hg.), *Festschrift für Heinz Hübner zum 70. Geburtstag*, Berlin u. a. 1984, 688 f.

senectus und *morbus* relevant.⁶⁰ Ein hoch betagter oder kranker Entleiher haftet für Schäden, die der Sache von außen zustoßen, Ulpian zufolge weniger streng als ein Erwachsener im Vollbesitz seiner Mannesstärke. Hier, im Vertragsrecht, gilt nicht der objektive Fahrlässigkeitsmaßstab der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (§ 276 Abs. 2 BGB); abzustellen ist vielmehr je nach den Umständen auf die subjektive, persönliche Zumutbarkeit. Ob ein Ereignis unabwendbar ist, richtet sich nach den individuellen Fähigkeiten des haftenden Schuldners zum Zeitpunkt des Schadenseintritts. *Morbus* entschuldigt einen einst erkrankten, dann aber wieder genesenen Schuldner nicht. Die Rücksichtnahme auf den körperlich geschwächten alten oder kranken Menschen ist bemerkenswert, denn unser BGB sieht in §§ 276 Abs. 1 Satz 2, 827 f. Haftungsmilderungen nur für minderjährige, bewusstlose oder geistesverwirrte Schuldner vor.

Mein Hamburger Lehrer Leo Raape kritisierte in der Vorlesung die seiner Ansicht nach zu milde Haftung des Entleihers nach dem BGB⁶¹ im Vergleich zum vermeintlich strengeren römischen Recht. Für sich persönlich zog Raape daraus die Konsequenz mit der Äußerung: „Ich verleihe nichts“. Raape wusste offenbar nicht, dass der Entleiher schon nach Ulpian nur für individuelles Verschulden einzustehen hatte. Den Entleiher traf keine ausnahmslose Einstandspflicht oder *receptum*-Haftung mit Rückgabegarantie. Das ist bemerkenswert, weil nach dem Utilitätsprinzip der Entleiher, der keine Gegenleistung erbringt, eigentlich streng haften müsste⁶² und grundsätzlich für *custodia* einstehen muss,⁶³ insbesondere haftet er für den Verlust durch *furtum*. Nur ein unabwendbarer Überfall durch eine Räuberbande lässt Ulpian im ersten Satz als schuldlose *vis maior* gelten.

Der letzte Halbsatz erläutert die zuvor erwähnte *aliqua culpa* durch ein Beispiel. Danach haftet auch ein alter oder kranker Entleiher, der eigene Sachen rettete, aber die geliehene Sache dem Verderben preisgab: präzise formuliert *nisi forte, cum possit res commodatas salvas facere, suas praetulit*. Der Entleiher

⁶⁰ Es geht also nicht darum, ob *senectus* oder *morbus* als *vis maior* anzuerkennen seien oder ihr gleichstehen, vgl. Fn. 55. In diesem Sinne allerdings andeutungsweise Mayer-Maly, *Höhere Gewalt* (Fn. 48) 72. Bei der Hemmung der Verjährung gemäß § 206 BGB gilt schwere Krankheit nur dann als höhere Gewalt, wenn sie dem Berechtigten die Besorgung seiner Angelegenheiten schlechthin unmöglich macht: Grothe im *Münchener Kommentar*⁷, Bd. I, 2015, § 206 BGB RdNr. 8 mit Nachw. in Fn. 55.

⁶¹ Da die §§ 598-606 BGB über die Leihe keine strengere Haftung anordnen, haftet der Entleiher gemäß § 276 Abs. 1 BGB nur für Vorsatz und Fahrlässigkeit.

⁶² Vgl. Michel, *Gratuité* (Fn. 48) 65; R. Robaye, *L'obligation de garde. Essai sur la responsabilité contractuelle en droit romain*, Bruxelles 1987, 301 ff.

⁶³ M. Kaser, *Das römische Privatrecht*², I, München 1971, 508 f. mit Fn. 34, speziell 533 f. mit Fn. 4, mit zahlreichen Nachweisen zur Streitfrage.

handelte dann nach der verständlichen Devise: Ein jeder ist sich selbst der nächste. (So schon Terentius, 185-159 v. Chr.: *Proximus sum egomet mihi*, der nächste bin ich mir selbst gegenüber). Eigennutz (Selbstschutz) geht grundsätzlich vor Fremdnützigkeit.⁶⁴ Die in eigenen Angelegenheit beobachtete Sorgfalt (*diligentia quam in suis*) soll man jedoch auch der anvertrauten fremden gegenüber obwalten lassen, sie nicht schlechter behandeln; absichtliche Bevorzugung der eigenen ist *dolus* (vgl. Cels. 11 *dig.*, D. 16.3.32). Die Rettung der eigenen Sache ist ein (widerlegbares) Indiz dafür, dass dem Entleiher trotz seiner körperlichen Schwäche die Rettung der geliehenen fremden nicht unzumutbar war. Seine Krankheit war dann kein *morbus sonticus*, keine schwere, hinderliche Krankheit.⁶⁵ *Senectus* oder *morbus* können ihn also nicht immer entschuldigen. Andere antike Quellen enthalten ähnliche Aussagen (wenngleich genereller, ohne Erwähnung von *senectus* oder *morbus*), insbesondere die späteren Paulus-Sentenzen⁶⁶ und (mit genauem Zitat dieser Stelle) die weströmische Lex Romana Burgundionum.⁶⁷ Voraussetzung ist, dass sich beide Sachen in derselben Gefahr befanden; *cum de eodem casu rem commodatam eripere potuisset*, heißt es präzisierend in der zuletzt erwähnten LRB 13.4. Die Einschränkung aus dem letzten Halbsatz gilt nicht, wenn freiwillige Helfer anstelle des Entleihers dessen eigene Sachen retteten, es sei denn sie taten dies auf dessen Anordnung hin. – In beiden Sätzen werden Haftungsentlastung und deren Grenzen konsequent parallel gestellt. So verstanden, enthält Ulpians wertvoller Traktat einen präzisen, überzeugenden und verallgemeinerungsfähigen Gedankengang über die Milderung der Haftung eines wegen Krankheit oder hohen Alters zur Rückgabe nicht fähigen Schuldners.

Die Rettung der eigenen Sache unter Vernachlässigung der fremden ist ein

⁶⁴ Dem Vorrang des eigenen Lebensunterhalts wurde Rechnung getragen beim *beneficium competentiae* gegenüber Schenkungsversprechen: A. Wacke, *Zur Einrede des Notbedarfs (ne egeat)*, in C. Russo Ruggeri (Hg.), *Studi in onore di Antonino Metro*, VI, Milano 2010, 447-479. – Kann ein Schuldner nicht beide Sachen vor Schaden bewahren, sondern nur entweder die eigene oder die fremde, so befindet er sich in einer schwer lösbaren Konfliktlage. Sie ähnelt dem Brett des Carneades.

⁶⁵ Zum Begriff siehe H. Heumann / E. Seckel, *Handlexikon zu den Quellen des Römischen Rechts*⁹, Jena 1926, 547, s.v. *sonticus*; M. Kaser / K. Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*², München 1996, 116 Fn. 11. *Sonticus morbus* ist ein schlimmerer Krankheitszustand, der menschlichem Handeln entgegensteht, D. 21.1.4.5; D. 21.1.65.1; D. 50.16.113.

⁶⁶ Paul. Sent. 2.4.2: *Si facta incendio ruina naufragio aut quo alio simili casu res commodata amissa sit, non tenebitur eo nomine is cui commodata est, nisi forte, cum posset rem commodatam salvam facere, suam praetulit*. Ältere Lit. zu dieser Ausnahme (Voet, Pothier, Glück etc.) zitiert R. Zimmermann, *The Roman Law of Obligations*, Cape Town u. a. 1990, 195 Fn. 66.

⁶⁷ LRB 13.4. Dazu mit Übersetzung A. Wacke, *Die Zitierung von Juristenschriften im spätrömischen Burgunderrecht. Allegationen aus Gaius-Institutionen und Paulus-Sentenzen in der Lex Romana Burgundionum*, in I. Piro (Hg.), *Scritti per Alessandro Corbino*, 7, Tricase 2016, 490 ff.

beeindruckendes Beispiel dafür, dass der Schuldner trotz körperlicher Einschränkung seine Pflicht erfüllen konnte. Dieser seltene Fall kann aber nicht der einzige für den Kläger gewesen sein, um den vom Beklagten vorgeschützten Einwand seines mangelnden Könnens zu widerlegen. Auch ohne Rettung eigener Sachen sind die an einen behinderten Beklagten zu stellenden Sorgfaltsanforderungen eine vom Richter je nach der konkreten Pflichtensituation zu klärende Zumutbarkeitsfrage. Alte und kranke Menschen werden nicht generell exkulpiert; *senectus* und *morbus* bilden für mangelndes Können nur eine widerlegbare Vermutung.

V. Zur *senectus* von Sklaven

Das Schicksal alter Sklaven wird in antiken Schriften selten berücksichtigt (wie auch in der von Männern beherrschten Gesellschaft dasjenige alter Frauen),⁶⁸ denn „für das elende Alter in Armut war in der römischen Erinnerungskultur kein Platz“.⁶⁹ Ein Sklave ist Rechtssubjekt und Rechtsobjekt zugleich, *homo et res*.⁷⁰ In beiden Beziehungen begegnet er dementsprechend zuweilen in den Rechtsquellen, nämlich sowohl bei der strafrechtlichen Verantwortlichkeit (sogleich sub 1.) als auch als Gegenstand eines Kaufvertrags oder eines Nießbrauchs (unten 2. und 3.). Auf alte Sklaven als Personen wird der auf Sachen bezügliche Ausdruck *vetustas* (o. Fn. 35 f.) aber nicht verwendet.

1. Mit peinlichem Verhör und anschließender Todesstrafe bedroht wurden Sklaven, wenn sie bei einem mörderischen Anschlag auf ihren Herrn sich in

⁶⁸ Bellodi Ansaloni, s.v. *Anziano* (Fn. 5) 585. Ein vom maskulinen *senex* abgeleitetes feminines Wort kennt das Lateinische nicht. Der Wegfall der Heiratspflicht mit 50 Jahren nach den augusteischen Ehegesetzen beruht auf dem Eintritt des Klimakteriums, bedeutet aber m. E. nicht, dass man Frauen dieses Alters rechtlich zu den *senes* zählte. Manche Witwen überlebten ihre Ehemänner um Jahrzehnte: Brandt, *Wird auch silbern mein Haar* (Fn. 10) 63 f. – Lateinisch *anus*, *anūs* fem. bejahrte Frau, Greisin, einerseits achtungsvoll, andererseits geringschätzig, stammverwandt mit deutsch ‚Ahn‘, d. h. Vorfahr. Eine *anus obstetrix* erwähnt Ulpian beiläufig in D. 37.10.3.5 (medio): Wenn die Geburt oder Abstammung von einer alten Hebamme (oder durch andere Beweismittel) sicher bezeugbar ist, soll der Prätor das Kind sogleich in den Nachlassbesitz einweisen und die Entscheidung über die Erbfolge nicht zu dessen Nachteil bis zur Mündigkeit aufschieben. Mit dem Tode der alten Hebamme würde die Beweislage möglicherweise zum Nachteil des Kindes verdunkelt. – Eine *anus ridicula* begegnet sonst noch als Schauspielerin in CTh. 15.7.8 (a. 381).

⁶⁹ So Michel, *Gratuité* (Fn. 48) mit Nachw.

⁷⁰ B. Huwiler, *Homo et res: Skizzen zur hellenistischen Theorie der Sklaverei und deren Einfluss auf das römische Recht*, in J.A. Ankum u. a. (Hg.), *Mélanges Felix Wubbe*, Fribourg 1993, 207-272.

Rufweite befanden, diesem aber nicht erweislich Beistand geleistet hatten.⁷¹ An schwerer Krankheit leidende oder aus Altersgründen gebrechliche Sklaven wurden jedoch von Ulpian von dieser Hilfspflicht ausgenommen:

D. 29.5.3 pr. (Ulp. 50 *ad ed.*): *Si quis [in] gravi valetudine adfectus opem domino ferre non potuerit, subveniendum est ei.*

[Wenn ein <Sklave>, durch schwere Krankheit befallen, seinem Herrn nicht Hilfe leisten konnte, so ist er zu verschonen.]

D. 29.5.3.7 (Ulp. 50 *ad ed.*): *Ignoscitur etiam his qui aetate defecti sunt.*

[Nachsicht gewährt wird auch denjenigen <Sklaven>, die wegen ihres Alters gebrechlich sind.]

Im ausführlichen Kommentar zum *S. C. Silanianum* arbeitet Ulpian damit (wie schon im Leihefall D. 13.6.5.4: oben IV) minutiös das Prinzip heraus „ought implies can“,⁷² d. h. Pflichterfüllung kann man nur von einem Menschen verlangen, der zu ihr (physisch) fähig ist. Der weitreichende Tenor des grausamen Senatsbeschlusses wird so den praktischen Anforderungen an die *humanitas* angenähert.⁷³ Zu entschuldigen sind nach Ulpian nur Sklaven mit schwerwiegender Behinderung, die zur Abwehr des Mordanschlags nicht fähig waren. Das Ausmaß ihrer Einschränkung und ob z.B. ein Gelähmter nicht wenigstens fremde Hilfe herbeirufen konnte, sind im Einzelfall zu klärende Tatfragen.⁷⁴

Freie Personen konnten fallweise wegen hohen Alters oder Krankheit ebenfalls mit Straferleichterungen rechnen.⁷⁵

⁷¹ Zusammenfassender Überblick bei J.G. Wolf, s.v. *Senatus Consultum Silanianum*, in *HAS*, III, Stuttgart 2017, 2543-2545. Adde J.E. Spruit, *Het S. C. Silanianum: Een zwarte bladzijde uit de Romeinse strafrechtsgeschiedenis*, in H. Altmeppen (Hg.), *Festschrift für Rolf Knütel zum 70. Geburtstag*, Heidelberg 2009, 1167-1190.

⁷² Zimmermann, *The Roman Law of Obligations* (Fn. 66) 194 Fn. 61, 687. Vertiefend M.J. Schermaier, *Plus quam fecerit facere non potuit. Überlegungen zu den Grenzen der Leistungspflicht im römischen Recht*, in C. Cascione / C. Masi Doria (Hg.), *Fides Humanitas Ius. Studii in onore di Luigi Labruna*, VII, Napoli 2007, 5081-5098.

⁷³ Vgl. S. Knoch, *Sklavenfürsorge im Römischen Reich*, Hildesheim u. a. 2005, 209 ff., 212; Spruit, *Het S. C. Silanianum* (Fn. 71) 1178 ff.

⁷⁴ Ob der hilfspflichtige Sklave nur vor der Hinrichtung oder schon vor der Tortur verschont wurde, wird aus den Quellen nicht immer deutlich, siehe D. Dalla, *Senatus Consultum Silanianum*, Milano 1980, 96 f. Fn. 40; 121. Wenn es zweifelhaft war, ob der Sklave trotz seiner Behinderung helfen konnte, dürfte ein (notfalls peinliches) Verhör statthaft gewesen sein. Anders, wenn sein mangelndes Können evident war.

⁷⁵ Bei der Dauer der Verbannung wegen Grenzsteinverrückung z.B. Hadrian nach D. 47.21.2 (Call. 3 *cogn.*) = Coll. 13.3.2. Entlassung aus der Bergwerksstrafe nach zehnjähriger Verbüßung gemäß Antoninus Pius D. 48.19.22 (Mod. 1 *diff.*).

2. a) Als Rechtsobjekte waren Sklaven oft Gegenstand eines Kaufvertrages. Cato Maior empfahl in seinem Lehrbuch über die Landwirtschaft dem Gutsherrn, alte, nicht mehr arbeitsfähige Sklaven zu verkaufen.⁷⁶ Sie abzustoßen wie ausrangierte, nicht mehr gebrauchstaugliche Gerätschaften, diese rein ökonomische Kalkulation wurde jedoch von Plutarch mit Recht kritisiert.⁷⁷ Rationelles Streben nach Gewinnmaximierung stößt hier an ethische Grenzen, an die Anforderungen der *humanitas*. Selbst ein Pferdehalter lässt sein ausgedientes Reitpferd das Gnadensbrot fressen. Human denkende Gutsherren ließen ihre Sklaven nach treu erfüllter Dienstzeit frei und verpflichteten testamentarisch ihre Erben, sie durch Wohnung, Kleidung und Ernährung in gleicher Weise zu versorgen wie zu seinen Lebzeiten (*praestari volo ea, quae vivus praestabam*).⁷⁸ Wenn Sklaven über ein Sondergut verfügten, galt es ihnen anlässlich ihrer Freilassung als stillschweigend geschenkt, falls es ihr Freilasser ihnen nicht ausdrücklich entzog; wurden sie testamentarisch freigelassen, konnte er es ihnen zusätzlich zur *manumissio* vermachen.⁷⁹

b) Bei der Frage, ob ein fehlender Zahn eines verkauften Sklaven ein anzeigepflichtiger Mangel sei, führt Paulus einen *senex* als Beispiel an:

D. 21.1.11 (Paul. 11 *ad Sab.*): *Cui dens abest, non est morbosus. magna enim pars hominum aliquo dente caret neque ideo morbosi sunt: praesertim cum sine dentibus nascimur nec ideo minus sani sumus donec dentes habeamus: alioquin nullus senex sanus esset.*

⁷⁶ Cato *de agri cult.* 7: „Einen alten Wagen, altes Eisengerät, einen alten oder kränklichen Sklaven (*servum senem, servum morbosum*) oder was sonst überflüssig ist, verkaufe er.“ Wagner-Hasel, *Alter in der Antike* (Fn. 10) 121 f. Glänzend dargestellt wird Catos Umgang mit Sklaven, besonders in dessen Schrift über die Landwirtschaft, von S. Diederich, s.v. *Cato Maior*, in *HAS*, I, Stuttgart 2017, 524-530.

⁷⁷ Plut. *Cato Maior* 4.4-5; Knoch, *Sklavenfürsorge* (Fn. 73) 1127 ff. Hoch kann der Verkaufserlös für einen arbeitsuntauglichen Sklaven nicht gewesen sein. Mit dem Verkauf an einen neuen Herrn stand sich ein Sklave immerhin besser als nach seiner Dereliktion. Wegen schwerer Krankheit derelinquierte Sklaven erlangten nach einem Edikt des Kaisers Claudius die Freiheit, D. 40.8.2. Ein freier Mensch musste aber ebenso wie ein derelinquirter Sklave für seinen Lebensunterhalt selber aufkommen. Manchem Sklaven war deshalb seine Freilassung gar nicht willkommen: A. Wacke, *Peculium non ademptum videtur tacite donatum*, in *Iura* 42, 1991 (1994), 49. Alte und kranke Sklaven wurden öfters auf einer Tiberinsel ausgesetzt. M. Sigismund, s.v. *Alter / Altersversorgung*, in *HAS* I (Fn. 76) 86 ff.; Th. Wiedemann, *Servi senes: The Role of Old Slaves at Rome*, in *Polis* 8, 1996, 275-293; S. Faro, *La libertas ex divi Claudii edicto*, Catania 1996; vgl. Chr. Gnillka, s.v. *Altersversorgung*, in *RAC* Suppl. 1, Stuttgart 2001, 266-289.

⁷⁸ Die Rechtsquellen enthalten dafür etliche Beispiele: J.Á. Tamayo Errazquin, *Libertis libertabusque. El fideicomiso de alimentos en beneficio de libertos en Digesta y Responsa de Q. Cervidius Scaevola*, Vitoria Gasteiz 2007, 288 ff., *passim*.

⁷⁹ Septimius Severus und Caracalla nach I. 2.20.20; Papinian Fragm. Vat. 261 (12 *resp.*); Diokletian Cl. 7.23.1 (Diocl. et Maxim., a. 294); Wacke, *Peculium non ademptum* (Fn. 77) 43-95.

[Wem ein Zahn fehlt, der ist nicht krank. Einem Großteil der Menschen fehlt nämlich irgendein Zahn, weswegen sie aber nicht krank sind, zumal da wir ohne Zähne geboren werden, aber deshalb nicht minder gesund sind, bis wir Zähne bekommen. Anderenfalls wäre kein Greis gesund.]

Das Fragment wirft kein gutes Licht auf den Stand der antiken Zahnheilkunde. Sie bestand wohl überwiegend in der Extraktion befallener Zähne.⁸⁰ Die auf Labeo zurückgehende Argumentation⁸¹ ist zudem verstiegene Rabulistik.⁸² Der zweite Satz erweckt den schiefen Eindruck, als sei der Zahnbestand eines Menschen für dessen Gesundheitszustand unerheblich. Er kennzeichnet aber anschaulich die methodische Neigung römischer Juristen, übertreibend mit Extremfällen zu operieren. Wegen der Gleichstellung des Säuglings auf eine Stufe mit dem Greis scheint es so, als seien auch alte Menschen weitgehend zahnlos gewesen. Aber es ist eine schwerwiegende Behinderung, wenn ein erwachsener Mensch ohne Kauwerkzeuge nur auf flüssige Nahrung angewiesen ist. Dies führt zur Einschränkung an Leistungsfähigkeit und Einbuße an Lebensqualität.⁸³ Das Fehlen eines einzigen Zahnes (wonach gefragt war) ist weit weniger schwerwiegend. Denn für unerhebliche Mängel muss ein Verkäufer nicht haften.⁸⁴ Mit kompletter Zahnlosigkeit zu argumentieren, war für die Antwort nicht erforderlich. Die Verkäuferhaftung entfällt überdies bei dem Käufer bekannten oder leicht erkennbaren Mängeln.⁸⁵ Bei geöffnetem Mund kann ein Kaufinteressent den Zustand des Gebisses erkunden;⁸⁶ völlige Zahnlo-

⁸⁰ Solide Überblicksartikel: „Zahn“, Zahnheilkunde“, „Zahnung“ im Lexikon *Antike Medizin* (o. Fn. 10 a. E.) 931 ff. Lockere Zähne befestigte man zuweilen mittels Golddraht. – Allgemein zur medizinischen Versorgung von Sklaven Knoch, *Sklavenfürsorge* (Fn. 73) 135 ff.

⁸¹ Das ergibt sich aus Gell. 4.2.12.

⁸² A. Wacke, *Zur Folgenberücksichtigung bei der Entscheidungsfindung, besonders mittels deductio ad absurdum*, in J.-F. Gerkens u. a. (Hg.), *Mélanges Fritz Sturm*, I, Liège 1999, 563.

⁸³ N.U. Zitzmann, *Die Folgen der Zahnlosigkeit für das Individuum*, in *DZZ* 59, 2004, 617-624, https://www.zahnheilkunde.de/beitragpdf/pdf_2259.pdf [Aufruf 8.3.2019]. Viele historische Berühmtheiten mussten ohne Zähne leben. Laut einer deutschen Mundgesundheitsstudie sind von Personen zwischen 65 und 75 Jahren heute rund 22 Prozent zahnlos; fast jeder vierten Person dieses Alters fehlen 14 Zähne.

⁸⁴ § 459 Abs. 1 S. 2 BGB alter Fassung. Ein Anwendungsfall des Prinzips *Minima non curat praetor*. Ähnlich die neue Fassung in § 323 Abs. 5 S. 2 BGB. Zahlreiche Fälle unbedeutender Sklavenmängel, die die Diensttauglichkeit nicht beeinträchtigen, sind zusammengestellt von Zimmermann, *The Roman Law of Obligations* (Fn. 66) 312 f. Dazu gehört z.B. die bei alten Menschen auftretende Gicht (*podagra*): D. 21.1.53. *Podagra* verschont auch nicht von der Amtsübernahme als *decurio* (CI. 10.32.13), es sei denn das Leiden ist eine schwerwiegende, die Besorgung eigener Angelegenheiten hindernde Fußkrankheit: CI. 10.51.3 (beide Konstitutionen von Diokletian).

⁸⁵ Zimmermann, *The Roman Law of Obligations* (Fn. 66) 311 f.

⁸⁶ Eine Anspielung auf das verbreitete Sprichwort: „Einem geschenkten Gaul schaut man nicht

sigkeit ist dabei leichter zu erkennen als das (unbedeutende) Fehlen nur eines Zahnes. Ganz außer Acht lässt die Argumentation die Interessen oder Erwartungen eines Käufers. Ein Sklavenkäufer rechnet mit einem altersgemäßen Zahnbestand; ungewöhnliche Abweichungen bilden einen körperlichen Mangel (*vitium corporis*). Dass ältere Menschen schlechtere Zähne haben, gehört zur Lebenserfahrung; ein Sklavenkäufer muss damit rechnen. Die Ausgangsfrage (Fehlen eines Zahnes) ist damit zutreffend entschieden, aber die deplazierte Begründung des zweiten Satzes überzeugt nicht.

3. Der Nießbrauch an einer beweglichen Sache erlosch infolge Nichtausübung (*non usus*) nach dem Ablauf eines Jahres. Diese nachteilige Rechtswirkung haben moderne Gesetze nicht übernommen. Erlosch etwa auch der Nießbrauch an einem Sklaven, der länger als ein Jahr flüchtig war? Julian verneinte das letztlich mit dem Analogieschluss,⁸⁷ dass auch der Besitz am *servus fugitivus* nicht verloren ging (D. 7.1.12.3 = Fragm. Vat. 89).⁸⁸ Ulpian fügte als Zwischenbemerkung hinzu, dass auch an einem kranken oder sehr jungen Sklaven, die keine Dienste leisten können (*cuius operae nullae sint*),⁸⁹ der Nießbrauch erhalten bleibe, ebenso wie an einem gebrechlichen alten Manne (*defectae senectutis homo*). Ganz nutzlos ist das Dasein eines nicht mehr arbeitsfähigen alten Sklaven übrigens nicht: Während seines bloßen Daseins könnte er z.B. (sofern nicht völlig pflegebedürftig oder debil geworden) das Haus bewachen oder Kinder bei ihren Schulaufgaben beaufsichtigen. Ein jeder Mensch, mag er noch so alt sein, kann durch sein bloßes Dasein noch zu etwas nütze sein. Weitergehend sollte es auf Gebrauchstauglichkeit und Frucht-Produktivität

ins Maul.“ Es enthält eine durch die milde Haftung eines Schenkers begründete Ausnahme von der im Pferdehandel gebräuchlichen Maulprobe. Dazu eingehend A. Wacke, *Europäische Spruchweisheiten über das Schenken*, in R. Zimmermann u. a. (Hg.), *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, Heidelberg 1999, 362 ff. – Auf Gemälden des Historienmalers Jean-Léon Gérôme von 1857 und 1866 tastet auf dem orientalischen Sklavenmarkt ein Kaufinteressent mit dem Finger im Munde einer ausgebotenen schönen jungen Frau. Dazu J. Deissler, *Realitätsgetreues Abbild oder künstlerische Interpretation eines römischen Sklavenverkaufs? Zu J.-L. Gérômes, Vente d’esclaves à Rome*, in H. Heinen (Hg.), *Menschenraub, Menschenhandel und Sklaverei in antiker und moderner Perspektive (Forschungen zur antiken Sklaverei, 37)*, Stuttgart 2008, 191, Tafel VII Abb. 4 und 5. Die Anwendung dieser im Pferdehandel üblichen Geste beim Sklavenerwerb war für den betroffenen Menschen jedoch entwürdigend.

⁸⁷ E. Bund, *Untersuchungen zur Methode Julians*, Köln / Graz 1965, 113 ff.

⁸⁸ Zwecks Raumersparnis verzichte ich auf eine Wiedergabe des Textes samt Übersetzung. Eine inhaltliche Wiedergabe genügt. M. Bretone, *La nozione romana di usufrutto*, I, Napoli 1962, 101 ff.; G. Klingenberg, *Servus fugitivus*, in *CRRS X.6*, 2005, 46 f. mit weit. Lit.; auch schon P. Zamorani, *Possessio e animus*, I, Milano 1977, 97 f.

⁸⁹ Ebenso D. 7.7.6.1 (Ulp. 55 *ad ed.*): Entgangene Dienste eines seinem Eigentümer vorenthaltenen Sklaven, der jünger als 5 Jahre oder gebrechlich (*debilis*) ist, sind ihm nicht zu ersetzen.

für Bestellung und Fortexistenz eines Nießbrauchs meines Erachtens gar nicht ankommen.⁹⁰ Für die Unschädlichkeit des *non usus* sollte als Voraussetzung genügen, dass die Nichtausübung nicht am Nießbraucher liegt, also von ihm nicht zu verantworten ist.⁹¹ Zurechenbar ist ein *non usus* nur dann, wenn für den Berechtigten die Möglichkeit zum *usus* besteht.

4. Anhangsweise zu erwähnen ist eine Quelle zum Alter nicht eines Sklaven, sondern seines Freilassers. Weniger mit der Ehrerbietung alten Menschen gegenüber als mit deren kürzerer restlicher Lebensdauer zu tun hat eine Bemerkung Modestins in D. 40.5.15 *i. f.*: *interest enim nonnumquam a sene potius manumitti quam a iuvene.*⁹² Ein Freigelassener möchte lieber einen älteren Menschen zum Patron haben als einen jüngeren. Einem Patron geschuldete Dienste (*operae*) erlöschen nämlich mit seinem Tode, ebenso wie alle Unterhaltsansprüche mit dem Tode des Berechtigten.⁹³ Noch günstiger steht sich ein Freizulassender, wenn

⁹⁰ Im modernen Recht wird die an sich naheliegende Frage nach der Existenzmöglichkeit des Nießbrauchs an einer nicht fruchttragenden Sache soweit ersichtlich nicht erörtert. Für das römische Recht wird sie bejaht von Paul. Sent. 3.6.18: *Furiosi et aegrotantis et infantis ususfructus utiliter relinquitur. Horum enim alius respiscere, alius convalescere, alius crescere potest.* „Der Fruchtgebrauch an einem wahnsinnigen, kranken oder unmündigen Sklaven kann wirksam vermacht werden. Der erstgenannte kann nämlich geistig gesunden, der zweite genesen, der zuletzt erwähnte heranwachsen.“ Das Möglichwerden der Gebrauchstauglichkeit genügt. Unzutreffend behauptet Herrmann-Otto, *Ex ancilla natus* (Fn. 23) 306, weder ein Legat noch ein Nießbrauch an der Arbeitskraft eines kranken oder altersgeschwächten Sklaven könne wirksam werden.

⁹¹ Für die Unterbrechung der Jahresfrist ließ es Pomponius D. 7.1.12.3 (*ap. Ulp. 17 ad Sab.*) genügen, dass sich der flüchtige Sklave etwas mit Mitteln des Nießbrauchers versprechen oder ihm übereignen lässt. Dann hinge die Fortexistenz des Nießbrauchs allerdings von der Willkür des *servus fugitivus* ab. Julian erklärte diese Voraussetzung darum für unnötig (*etiam si non stipuletur quid servus fugitivus, retineri tamen usum fructum*). Auch durch das Pflügen eines sterilen, nicht fruchttragenden Ackers soll ein Nießbrauch daran erhalten bleiben. Damit würde vom Nießbraucher jedoch ein unwirtschaftlicher Arbeitsaufwand verlangt, den ein Eigentümer selber nicht erbringen würde. Einen Acker pflügt man nur, um zu säen und zu ernten. – An dem Fragment erkennt man beispielhaft, wie argumentenreich die Diskussion unter den Klassikern geführt wurde, mögen auch nicht alle Argumente zielführend gewesen sein.

⁹² Ein mit einem Freilassungsfideikommiss beschwerter Erbe kann die Rechtslage des freizulassenden Sklaven nicht durch dessen Verkauf an eine jüngere Person verschlechtern. Das gehört mit zum *favor libertatis*. Der belastete Erbe wird (vom zuständigen Magistrat) gezwungen, den Sklaven von einem jüngeren Erwerber zurückzukaufen; anschließend muss er ihn freilassen. Dies kann der Sklave von ihm beanspruchen. Kann er auch präventiv gegen seinen Verkauf protestieren? Zivilrechtlich war die Veräußerung demnach wirksam, und ein älterer Käufer erwarb den Sklaven endgültig. Ein Veräußerungsverbot hätte zur Ungültigkeit der Übereignung geführt; einzuführen war ein solches aber vermutlich nur kraft Gesetzes, wie durch die *lex Julia* bezüglich eines Mitgiftgrundstücks.

⁹³ Ulpian 5 *de omn. trib.*, D. 2.15.8.10 *i. f.*: *... constat ... alimenta cum vita finire*; B. Laubach, *Lateinische Spruchregeln zum Unterhaltsrecht*, Köln et al. 2004, 166 f.

sein Herr bereits verstorben (im *orcus*) ist, nämlich bei der *manumissio directa ex testamento*; dann hat er keinen Patron (sog. *libertus orcinus*).⁹⁴

VI. Schlussbetrachtungen: Ein antikes „Sonderrecht für *senes*“?

1. Kann man für die Antike von einem „Sonderrecht der Alten“ sprechen? Thomas Duve widmet in seiner dem Sonderrecht in der frühen Neuzeit gewidmeten grundlegenden Monographie den *senes* einen eigenen Abschnitt.⁹⁵ Anknüpfend an ein den *personae miserabiles* gewährtes Gerichtsstandsprivileg des Kaisers Konstantin vom Jahre 334 n. Chr.⁹⁶ wurde der Kreis der *miserabiles* und der ihnen zubilligten Privilegien vom Kanonischen Recht zunehmend erweitert.⁹⁷ Als hilfsbedürftige Personen nannte Konstantin Pupillen, Witwen, langwierig Erkrankte und Gebrechliche.⁹⁸ In den unübersichtlich werdenden Kreis der Begünstigten wurden seit Beginn der Neuzeit schrittweise einbezogen Aussätzige, Pilger, Gefangene, Arme, ja sogar Huren, in den namens der spanischen Krone eroberten lateinamerikanischen Ländern generell die Indios⁹⁹ – und eben auch die *senes*.

In den Digesten finden sich für prozessuale Begünstigungen alter Menschen (außer den zuvor interpretierten materiellrechtlichen Fragmenten) nur schwache Vorbilder. Das seltene Wort *miserabilis* findet sich nur in den Codices Theodosianus und Justinianus.¹⁰⁰ Der Begriff *senilis* kommt in den Rechtsquellen gar

⁹⁴ Kaser / Knütel / Lohsse, *Römisches Privatrecht*²¹ (Fn. 40) 109 (§ 16 Rz. 4).

⁹⁵ Duve, *Sonderrecht in der Frühen Neuzeit* (Fn. 47) 204 ff.: „Der *senex* als *persona miserabilis* und die *privilegia senum*“. Eine Inhaltsangabe bringt G. Köbler, in *ZRG GA* 126, 2009, 656-658. Kritischer ist die Rezension von W. Brauneder <https://www.hsozkult.de/publicationreview/id/rezbuecher-11375> = <https://www.h-net.org/reviews/showpdf.php?id=36557>.

⁹⁶ CI. 3.14.1 (a. 335) = CTh. 1.22.2; erklärende Hinweise dazu in der Übersetzung von C.E. Otto / B. Schilling / C.F.F. Sintenis, *Das Corpus juris civilis in's Deutsche übersetzt*, V, Leipzig 1832; weitere bei Kaser / Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*² (Fn. 65) 541 Fn. 11; P.E. Pieler, s.v. *Gerichtbarkeit*, in *RAC* 10, Stuttgart 1978, Sp. 456 f. – Aufgehoben wurde das Gerichtsstandsprivileg in Preußen durch die Allgemeine Gerichtsordnung von 1793.

⁹⁷ R.H. Helmholz, *The Spirit of Classical Canon Law*, Athens GA 1996, 116 ff., *passim* („pitiable or wretched people“). Überblicke bei Erler, s.v. *Miserabiles* (Fn. 44) Sp. 597 ff.; in der 2. Aufl. (23. Lieferung 2016) vertieft von Th. Duve, Sp. 1546 ff.

⁹⁸ Da diese Personen nicht gezwungen werden sollten, ihre Provinz zu überschreiten, sollten sie an Ort und Stelle vernommen werden. Als Kläger durften sie aber vor das Kaisergericht ziehen, vermutlich um dem Einfluss ihres Gegners zu entgehen. Der Kaiser wird meistens delegierte Richter beauftragt haben.

⁹⁹ Duve, *Sonderrecht in der Frühen Neuzeit* (Fn. 47) *passim*; ferner C. Cunill, *The Indios as personae miserabiles. Historiographical Considerations on the Legal Status of Indigenous People in the Spanish Empire*, in *RHMC* 64.2, 2017, 21-31.

¹⁰⁰ In den Digesten betrifft allein *miseratio aetatis* in dem ungewöhnlich langen Diskurs von

nicht vor; *debilis* findet sich allerdings öfter in Bezug auf arbeitsuntaugliche oder in ihrem Wert verschlechterte Sklaven. Zu Zeugenaussagen sollen nach Kaiserrecht alte und kranke Menschen sowie von ihrer Truppe unabhkömmliche Legionäre nicht gegen ihren Willen gezwungen werden.¹⁰¹ Hilfsbedürftigen Personen und solchen, die ihres Verstandes nicht mächtig sind, vor allem Frauen und Unmündigen, soll der Gerichtsherr auf deren Ansuchen oder auch von Amts wegen einen Rechtsbeistand beordnen.¹⁰² Für Zuwendungen an in der Spätantike vermehrt geschaffene soziale Einrichtungen wie Krankenhäuser, Kinder- und Altersheime (*gerontocomia*) verordnete Justinian einzelne Privilegien in Gestalt von Steuerbefreiung und Verlängerung der Verjährungsfrist bis auf 100 Jahre.¹⁰³

Aus solch bescheidenen Ansätzen entwickelte man im gelehrten Recht unter Zuhilfenahme weiterer Quellen die Kategorie der *privilegia senectutis*. Duve 212 ff. nennt (mit ausgewählten Inhaltsangaben) die staunenswerte Anzahl von annähernd 30 Hochschultraktaten aus dem späten 16. bis zum ausgehenden 18. Jahrhundert. Angesichts mangelnder quellenmäßiger Präzision über den Beginn der *senectus* verwiesen einige jener Autoren für unregelmäßige Fälle auf die Festlegung durch richterliches Ermessen (Duve, 217). Der richterlichen Beurteilung unterliegen aber nur Einzelfälle, meist aus der Vergangenheit (z.B. bezüglich der Sorgfaltspflicht eines Entleihers), zuweilen auch aus der Gegenwart (etwa bezüglich der Zeugnispflicht). Die Beantwortung richtet sich letztlich (wie bei der Schwere einer Krankheit) nach dem Grade der Zumutbarkeit. Eine feste Katego-

Tryphonin 3 *disp.*, D. 4.4.37.1 (*medio*) eine aus Mitleid wegen jungen Alters des Schuldigen eventuell zuzubilligende Strafermäßigung. Hingegen findet sich *misericordia* (von insgesamt 25 Stellen) schon in den Digesten 8 Mal bei den Spätklassikern Paulus und Ulpian.

¹⁰¹ D. 22.5.8 (Scaev. 4 *reg.*): *Inviti testimonium dicere non coguntur senes <vel> valetudinarii vel milites vel qui cum magistratu rei publicae causa absunt vel quibus venire non licet*. Generell missbilligen Vorladungen von weither, insbesondere von Soldaten, Hadrian und die Divi Fratres nach Callistratus D. 22.5.3.6 (4 *cogn.*). J. Vendrand-Voyer, *Normes civiques et métier militaire à Rome*, Clermont-Ferrand 1983, 168 f.; U. Vincenti, «*Duo genera sunt testium*». *Contributo allo studio della prova testimoniale nel processo romano*, Padova 1989, 117 ff. – Zum Usus modernus M. Schmoekel, *Die Aussagen alter Menschen vor Gericht und ihre Beweiskraft in der Entwicklung der Lehre vom Zeugenbeweis. Aspekte einer Rechtsgeschichte des Alters*, in A. Becker u. a. (Hg.), *Theodosius Schoepffers >Gerontologia seu Tractatus de jure senum<*. *Kulturwissenschaftliche Studien zu einem vergessenen Traktat über das Altenrecht*, Bonn 2011, 205-244.

¹⁰² D. 1.16.9.5 (Ulp. 2 *de off. proc.*): *Advocatos quoque petentibus debet indulgere plerumque: feminis vel pupillis vel alias debilibus vel his, qui suae mentis non sunt, si quis eis petat: vel si nemo sit qui petat, ultro eis dare debet*. Beizuordnen ist ein Rechtsvertreter auch Personen, die wegen der gesellschaftlichen Übermacht ihres Gegners (*per potentiam adversarii*) keinen Anwalt finden können; so der zweite Teil dieser Stelle, siehe A. Wacke, *Die potentiores in den Rechtsquellen*, in ANRW II.13, Berlin / New York 1980, 590 f.; auch F. De Marini Avonzo, *I limiti alla disponibilità della res litigiosa*, Milano 1967, 152 f.

¹⁰³ CI. 1.2.22 pr. (Iust., a. 529) und CI. 1.2.23 pr. (Iust., a. 530).

rie kann sich aus solchen Einzelfällen nicht bilden. Für die in die Zukunft gerichtete Rechtssicherheit sind aber genaue Altersjahrgänge nötig (z.B. wer zum Vormund bestellt werden darf, oder im Abgabenrecht). Die im Usus Modernus zugunsten der Alten befürworteten Rechtsfolgen waren auch nicht immer frei von Widerspruch und stießen an die Grenzen der Rechte Anderer.¹⁰⁴

Die römische Gesellschaft war nach herrschender Ansicht eine Gerontokratie (o. Fn. 46), die Altersherrschaft einer relativ kleinen Zahl privilegierter Familienväter. Zur Zeit des Usus Modernus rechnete man hingegen die *senes* zur Gruppe der mitleidswürdigen Personen. An der sozialen Veränderung zeigt sich die Spannweite des Begriffs, beruhend auf dem jeweiligen Vorverständnis oder Menschenbild der Betrachter. Wer jedoch (wie nach Diokletian CI. 8.53.16 und CI. 6.22.3) bei klarem Verstande eine Schenkung machen oder ein Testament errichten wollte, gehörte im Altertum gewiss nicht zum Kreise der *personae miserabiles*. Ein gesunder Senator hätte sich dagegen gestäubt, als bemitleidenswerte Person betrachtet zu werden. Andererseits hinterließen die bedrückenden Lebensumstände alter Menschen aus der armen Unterschicht in den Schriften der klassischen Juristen keine wahrnehmbaren Spuren.¹⁰⁵ Nicht alle *senes* waren arm, krank und hilfsbedürftig. Die von Fall zu Fall für sie ergangenen Bescheide in den antiken Rechtsquellen lassen ihre generalisierende Zusammenfassung zu einer Sonderrechtskategorie nicht zu. Zum *favor libertatis* oder *favor dotis* findet sich ein wirkungsmäßig vergleichbarer *topos* (als *favor senium* oder *senectutis*) in den römischrechtlichen Quellen nicht.

Eher eine Sonderrechtskategorie bildet (wie früher das Vormundschaftsrecht) heute das Betreuungsrecht.¹⁰⁶ Vorausgegangen war (nach schwachen römischen Vorbildern)¹⁰⁷ die bis 1992 mögliche Gebrechlichkeitspfl-

¹⁰⁴ Vergünstigungen für *senes* sind zu billigen, soweit sie nicht andere benachteiligen, z.B. bei der Strafzumessung. Aber ein Vermächtnis zugunsten eines *senex* muss der Erbe (entgegen teilweise geäußelter Ansicht) nicht unter Schmälerung der ihm zustehenden falzidischen Quart erfüllen.

¹⁰⁵ Fürsorgliche Maßnahmen zugunsten Armer begegnen hauptsächlich erst in der späteren Antike: C. Corbo, *Paupertas. La legislazione tardoantica*, Napoli 2006, rezensiert von S. Puliatti, in *SDHI* 73, 2007, 547-551. Die unterprivilegierten Randgruppen der Armen, Alten, Kranken und Dementen betrachten Sozialhistoriker unter dem Stichwort „sozialer Tod“ (social death): E. Herrmann-Otto, *Der soziale Tod. Leben am Rande der römischen Gesellschaft*, in *OIR* 7, 2002, 20-41.

¹⁰⁶ Zu dessen Entwicklung ist lesenswert H. Holzhauser, *Das Betreuungsrecht vor geschichtlichem Hintergrund*, in R. Bork u. a. (Hg.), *Recht und Risiko. Festschrift für Helmut Kollbosser zum 70. Geburtstag*, II, Karlsruhe 2004, 241-256. Ausführlicher K. Brunozzi, *Das Vierte Alter im Recht*, Frankfurt a.M. 2012, rezensiert von T. Müller, in *ZRG GA* 131, 2014, 513 ff.

¹⁰⁷ D. 26.1.13 pr. (Pomp. 2 *ench.*): *Solet etiam curator dari aliquando tutorem habenti propter adversam tutoris valetudinem vel senium aetatis: qui magis administrator rerum quam curator esse intellegitur.* „Zuweilen wird auch jemandem, der schon einen Vormund hat, noch ein Pfleger beigeordnet wegen Erkrankung oder hohen Alters seines Vormunds. Dieser ist dann eher als Vermögens-

chaft.¹⁰⁸ Aber ob ein Mensch zu betreuen ist, hängt ab vom Grade seiner Behinderung und ist keine Frage seines Lebensalters.

2. Öfters beobachteten wir die Gleichstellung von *senes* mit Schwerkranken;¹⁰⁹ die Folge war eine Milderung persönlich zu erbringender (nicht jedoch finanzieller) Leistungspflichten. *Senectus ipsa morbus est*, sagte Terenz, *Phorm.* 575;¹¹⁰ sie sei sogar eine unheilbare Krankheit, *insanabilis morbus*, fügte Sen. *ep.* 108.29 verschärfend hinzu. Diesem Topos der Altersklage ist (wenngleich einschränkend) zuzustimmen. Die Vorstellung vom Jungbrunnen (wie von Lucas Cranach auf einem Gemälde von 1544 veranschaulicht), die Idee von der Altwieberehmühle sind märchenhafte Illusionen. Von sogenannten *anti-aging*-Produkten (die den unaufhaltsamen Altersprozess verlangsamen sollen) profitieren immerhin diverse Industriezweige.

Senectus und *morbus* sind jedoch nicht deckungsgleich. Nicht wenige Hochbetagte waren und sind gesund und rüstig. Selbst ein zahnloser Greis galt nicht als krank. Zivilrechtliche Entlastungen gab es nur bei *senectus* „*soniticus*“ oder *valetudo adversa*, also für Bettlägerige oder Gelähmte. Wer aus Feuersgefahr seine eigenen Sachen rettet, wäre mutmaßlich dazu fähig gewesen, auch die geliehene fremde zu bergen. Die geliehene der Verbrennung preiszugeben, indiziert sein Verschulden. Die juristische Behandlung der *senectus* reduziert sich demnach auf die Frage nach der individuellen Zumutbarkeit. Inwieweit ein Mensch den an ihn gestellten Sorgfaltspflichten gerecht werden kann, ist keine generelle Frage des Lebensalters, sondern eine von den Umständen, insbesondere seiner körperlichen und intellektuellen Verfassung abhängige Tatfrage. Eine versprochene Reise nach Ephesus kann man nur mit Rücksicht auf Jahreszeit, Lebensalter, Ge-

verwalter denn als Pfleger anzusehen.“ Im anschließenden § 1 heißt er Vormundschaftsgehilfe (*adiutor tutelae*). Ähnlich Paulus D. 26.7.24 pr.; Dalla, *Ricerche* (Fn. 4) 104 f. Weitere Lit. bei M. Kaser, *Das Römische Privatrecht*², I, München 1975, 359 Fn. 83; G. von Olberg-Haverkate, s.v. *Pfleger*, in *HRG*², Berlin 2018, Sp. 575 ff. Mittelalterliche Rechte gewährten dem Manne, der über 60 Jahre alt und damit „über seine Tage gekommen“ war, die Befugnis, sich wieder unter Vormundschaft zu stellen, Kannowski, s.v. *Altersstufen* (Fn. 42).

¹⁰⁸ § 1919 BGB alter Fassung. Einen Pfleger hatten damals in der Bundesrepublik Deutschland ca. 250.000 Menschen, gegenüber ca. 60.000 Entmündigten. Verglichen mit den unter Vormundschaft stehenden Personen belief sich die Zahl der unter Gebrechlichkeitspflegschaft stehenden mithin auf mehr als das Vierfache. – Die Zahl der heute unter Betreuungsrecht stehenden Menschen ist (u. a. infolge gestiegener Lebenserwartung) um ein Vielfaches größer.

¹⁰⁹ Zur Geschichte der Gleichsetzung D. Schäfer, *Alter und Krankheit in der Frühen Neuzeit. Der ärztliche Blick auf die letzte Lebensphase*, Frankfurt a.M. 2004. Man unterschied immerhin zwischen Krankheit als Zustand *contra naturam* und dem Alter als *status naturalis*.

¹¹⁰ Von Detlef Liebs aufgenommen in seine Sammlung lateinischer Rechtsregeln (Fn. 33) Nr. Samml S 18, mit weiteren Nachweisen.

schlecht und Gesundheit des Verpflichteten verlangen, lehrte Venuleius in einem langen Traktat auf vorbildlich konzise, verallgemeinerungsfähige Weise. Seine Worte *habita ratione temporis aetatis sexus valetudinis* sollten in jedem Lehrbuch stehen.¹¹¹ Bei der Erfüllung finanzieller Pflichten besteht jedoch kein Grund, alte Menschen milder zu behandeln. Vergünstigungen sind nur angebracht bei *munera personalia* beim Erreichen der Altersgrenze, zuweilen ohne Rücksicht auf den Gesundheitszustand. Körperliche Schwäche exkulpiert aber von körperlich zu erbringenden Diensten nach D. 50.5.7 (Pap. 36 *quaest.*). In bäuerlichen Kreisen kannte man schließlich keinen Ruhestand. Man arbeitete solange, bis man „sich legte“ und den Tod erwartete.

3. *Crescunt anni, decrescunt vires*. Mit zunehmenden Alter schwinden die Kräfte. Dies gilt aber nur für die Körperkräfte. Die geistigen Fähigkeiten können mit den Jahren noch zunehmen. Den hochklassischen römischen Juristen Pomponius bat ein alter Mann in einer speziellen (für uns hier belanglosen) Rechtsfrage um Auskunft. Am Schluss fügte er hinzu: „Ich bin voller Lernbegierde und hielt dies für den besten Lebensgrundsatz bis in mein achtundsiebzigstes Jahr, der Meinung jenes Mannes eingedenk, der (auf Griechisch) gesagt haben soll: Auch wenn ich mit einem Fuße im Grabe stehe, will ich noch lernen“.¹¹² Der Topos

¹¹¹ D. 45.1.137.2 (Ven. 1 *stip.*). Dieser besonders schöne Paragraph ist würdig, in goldenen Lettern geschrieben zu werden, meinten einige Glossatoren, nach einer Anmerkung in der *Corpus Iuris*-Übersetzung von C.E. Otto / B. Schilling / C.F.F. Sintenis, *Das Corpus juris civilis in's Deutsche übersetzt*, IV, Leipzig 1832. Die etwas überraschende Rücksichtnahme auch auf das Geschlecht (*sexus*) erklärt sich daraus, dass Frauen im Reisewagen auf komfortablere Art zu reisen pflegten als zu Pferde reitende Männer. So kann man die Fortbewegung auch von einem älteren Herrn nur in der Weise verlangen, wie es sich für seinen Personenstand und Gesundheitszustand (einschließlich erforderlicher Ruhepausen) geziemt. Einem vor Gericht geladenen kranken oder alten Menschen musste der Kläger nach den Zwölf Tafeln (*tab.* 1.3) ein Lasttier (*iumentum*) stellen; Gell. 20.1.24-30; D. Flach, *Das Zwölf Tafelgesetz*, Darmstadt 2004, 39 ff. Auf Gemälden der Flucht nach Ägypten reitet Maria mit dem Jesuskind auf einem Esel, Joseph geht nebenher zu Fuß.

¹¹² D. 40.5.20 (post alia): ... *an haec vera putes? nam ego discendi cupiditate, quam solam vivendi rationem optimam in octavum et septuagesimum annum aetatis duxi, memor sum eius sententiae, qui dixisse fertur: κᾶν τὸν ἔτερον πόδα ἐν τῇ σορῶ ἔχω, προσμαθεῖν τι βουλοίμην* rell. Dies sind Worte des wissbegierigen Anfragenden, darauf folgt dann die Antwort des Pomponius. Anders neuestens G. Nicosia, *D. 40.5.20: un testo da secolì incredibilmente ignorato: i settantotto anni di Pomponio e la sua discendi cupiditas*, in *Iura* 67, 2019, 1-5. Der als Dialog verfasste Text enthält jedoch in seiner ersten, längeren Hälfte die Anfrage eines juristisch interessierten Mannes, welcher den Pomponius in einer *epistula* um Belehrung über einen von Julian entschiedenen knifflischen Fall gebeten hatte. So schon Otto / Schilling / Sintenis in der deutschen Übersetzung zu der Stelle, *Das Corpus juris civilis* IV (Fn. 111) (mit weiteren Erläuterungen) im Anschluss an eine der Stelle speziell gewidmete *dissertatio* von Ferd. Kämmerer (Rostock 1818). „Chi così si esprime nel brano non sembra essere il giurista bensì l'interrogante“ schrieb Dalla, *Ricerche* (Fn. 4) 70 f., ebenso E. Stolfi, *Studi sui libri ad edictum di Pomponio*, I, Napoli 2002, 245 f. Fn. 1: „Di nessun aiuto per la datazione del nostro autore (*scil.* Pomponio) è poi (*Pomp.* 7

der Wissbegier, der *cupiditas discendi*: dieser optimistische Enthusiasmus an lebenslangem Lernen wirkt auf Jung und Alt stimulierend.¹¹³ Vermutlich wegen seiner vorbildlichen erzieherischen Wirkung überlieferten Justinians Kompilatoren den für die Beantwortung des konkreten Rechtsproblems völlig irrelevanten Schlusssatz von der Anfrage der Nachwelt. Auf einigen römischen Grabinschriften sind denn auch sogar Hundertjährige bezeugt.¹¹⁴ Der Kirchenvater Hieronymus (2. Hälfte des 4. Jh.) stimmte in einem Gratulationsschreiben zum Geburtstag seines alten Freundes Paulus von Concordia das hohe Lob des rüstigen Hundertjährigen an.¹¹⁵ Für den zu seinem neunzigsten Geburtstag durch diese Festschrift geehrten Matteo Marrone sind das günstige Zukunftsaussichten. Marrone gehört gewiss nicht zu jenen Menschen, von denen Cicero schrieb, dass sie das ersehnte Greisenalter anklagen, nachdem sie es erreichten.¹¹⁶

Der Allgemeine Teil unseres Bürgerlichen Gesetzbuchs enthält Vorschriften über Minderjährige und Geschäftsunfähige, nicht aber über Senioren. Die Lebenstreppe (Fn. 24) hat auf ihrer rechten, absteigenden Seite juristisch keine Entsprechung.¹¹⁷ Wegen der verbotenen Altersdiskriminierung (Fn. 30) ist dies folgerichtig.

epist.) D.40.5.20, ove a far riferimento alla propria età ... è il consulente, e non il giurista respondente“. Beide Verfasser zitieren frühere Autoren. Die Gefahr eines Missverständnisses liegt nahe, weil Anfrage und Antwort im lateinischen Text nicht klar genug voneinander getrennt werden. Seine Antwort schrieb Pomponius vielleicht unmittelbar unter die Anfrage. Manche Übersetzungen verdeutlichen die Dialogform durch Einfügung <Pomponius antwortete>.

¹¹³ Als man einen hochbetagten katholischen Priester fragte, wie lange er wohl noch die Messe lesen werde, lautete seine optimistische Antwort, der göttlichen Gnade wolle er keine Grenze setzen.

¹¹⁴ Und zwar ohne dass das erreichte hohe Lebensalter als exzeptionelle Besonderheit inschriftlich herausgestellt würde: Blume-Jung / Buchwitz (Hg.), *Alter und Gesellschaft* (Fn. 6) 126 f. Auch Sklaven konnten neunzig, zuweilen hundert Jahre alt werden: inschriftliche Belege bei Brandt, *Wird auch silbern mein Haar* (Fn. 10) 160 mit Fn. 440. Ein Jahrhundert galt auch juristisch als das „Ende eines längsten Menschenlebens“, *finis vitae longevi hominis*, D. 7.1.56; D. 33.2.8. Heute leben weltweit schätzungsweise 13.000 hundertjährige Menschen, darunter überwiegen Frauen; die Tendenz ist steigend. – Spektakulär ist der französische Fall des Hauskaufs von einer Neunzigjährigen auf Leibrentenbasis: Die Verkäuferin starb erst mit 122 Jahren, nachdem der Käufer bereits gestorben war. H. Maier u. a. (Hg.), *Supercentenarians* (Demographic Research Monographs), 2010, 285-323 [291].

¹¹⁵ Hieron. *ep.* 10.1; E. Herrmann-Otto, *Die ‚armen‘ Alten. Das neue Modell des Christentums?*, in Gutsfeld / Schmitz (Hg.), *Am schlimmen Rand des Lebens?* (Fn. 13) 181.

¹¹⁶ *Senectus, quam ut adipiscantur omnes optant, eandem accusant adepti* (Cic. *Cato* 2.4).

¹¹⁷ Dass alte Menschen wieder wie Kinder würden (nach von Duve, *Sonderrecht in der Frühen Neuzeit* [Fn. 47] 206 zitierten Autoren ist die *senectus* gewissermaßen eine *altera pueritia*), lässt sich empirisch nicht verallgemeinern. Zu Shakespeare siehe oben Fn. 18 a. E. An zu stark betreuten alten Menschen zeigen sich allerdings infantile Neigungen. – Die Entgegensetzung *puer senex* – *senex puer* bzw. die Verbindung von Jugendkraft und Altersweisheit (bei Boethius) behandelt A. Heil, in *Mnemosyne* (ser. IV) 53, 2000, 465-468. Der jugendlich gebliebene Greis ist ein Lobtopos, der früh gealterte Jüngling hingegen eine Degenerationserscheinung.

ELENCO DELLE PUBBLICAZIONI DI MATTEO MARRONE *

I. Monografie. – II. Opere didattiche. – III. Articoli. – IV. Voci di enciclopedie e lessici. – V. Recensioni, letture e presentazioni. – VI. Relazioni e interventi a convegni. – VII. Profili e commemorazioni di giusromanisti. – VIII. Curatele.

I. Monografie

1. *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, in *AUPA* 24, 1955 (pubbl. 1956), 5-604.
2. *Actio ad exhibendum*, in *AUPA* 26, 1957 (pubbl. 1958), 177-693.
3. *La posizione possessoria del nudo proprietario nel diritto romano*, in *AUPA* 28, 1961 (pubbl. 1962), 3-172.

II. Opere didattiche

1. *L'effetto normativo della sentenza (Corso di diritto romano)*, Palermo 1960; 2^a ediz.: Palermo 1965.
2. *Appunti didattici in tema di usufrutto*, Palermo 1961.
3. *Querela inofficiosi testamenti (Lezioni di Diritto Romano)*, Palermo 1962.
4. *La legittimazione passiva alla "rei vindicatio"*, (*Corso di diritto romano*), Palermo 1970.
5. *Istituzioni di diritto romano*, Palermo 1989; 2^a ediz.: Palermo 1994; 3^a ediz.: Palermo 2006.
6. *Lineamenti di diritto privato romano*, Torino 2001.
7. *Manuale di diritto privato romano*, Torino 2004.

* L'elenco comprende tutte le pubblicazioni di Matteo Marrone, la maggior parte delle quali sono state raccolte in *Scritti giuridici*, I-II, a cura di G. Falcone, Palermo 2003, e in *Scritti giuridici*, III, Madrid et al. 2015. Le pubblicazioni non incluse in questi tre volumi sono contrassegnate da un asterisco.

III. Articoli

1. *Sulla natura della 'querela inofficiosi testamenti'*, in *SDHI* 21, 1955, 74-122, ora in *Scritti giuridici*, I, 3-51.
2. *D. 14. 2. 2 pr.: «retentio» e «iudicia bonae fidei»*, in *Iura* 6, 1955, 170-178, ora in *Scritti giuridici*, I, 55-63.
3. *Sulla funzione delle «formulae praeiudiciales»*, in *Jus* 11, 1960, 246-263, anche in *Scritti giuridici in onore di Giovanni Salemi*, Milano 1961, 121-145, e ora in *Scritti giuridici*, I, 71-95.
4. *Di nuovo in materia di querela inofficiosi testamenti*, in *AUPA* 27, 1959 (pubbl. 1960), 165-179, anche in *Studi in onore di Emilio Betti*, III, Milano 1962, 397-410, e ora in *Scritti giuridici*, I, 97-108.
5. *Osservazioni su Vat. Fragm. 90*, in *Studi in onore di Biondo Biondi*, II, Milano 1965, 269-281, ora in *Scritti giuridici*, I, 113-125.
- 6.* *Note di costume e considerazioni giuridico-sociologiche sulla maldicenza e la diffamazione nell'antica Roma*, in *Atti della Accademia di Scienze Lettere e Arti di Palermo*, Serie IV, 22 (1961-62), Palermo 1963, 105-131.
7. *Considerazioni in tema di «iniuria»*, in A. Guarino / L. Labruna (a cura di), *Synteleia Vincenzo Arangio-Ruiz*, I, Napoli 1964, 475-485, ora in *Scritti giuridici*, I, 127-139.
8. *La 'facultas restituendi' di D. 6. 1. 9 (Ulp. 16 ad Edictum): brevi note in materia di legittimazione passiva alla rivendica*, in *Studi in onore di Gioacchino Scaduto*, III. *Diritto civile e diritto romano*, Padova 1970, 533-544, ora in *Scritti giuridici*, I, 157-166.
9. *Considerazioni sui 'ruta (et) caesa'*, in *Studi in onore di Edoardo Volterra*, I, Milano 1971, 213-223, ora in *Scritti giuridici*, I, 167-179.
10. *Contributi in tema di legittimazione passiva alla «rei vindicatio»*, in *Studi in onore di Gaetano Scherillo*, I, Milano 1972, 341-376, ora in *Scritti giuridici*, I, 183-218.
11. *La rivendica contro i filii familias*, in *Studi onore di Giuseppe Grosso*, VI, Torino 1974, 173-192, ora in *Scritti giuridici*, I, 221-238.
12. *Sul collegamento palinogenetico di D. 50.17.157.1*, in *Labeo* 20, 1974, 71-77, ora in *Scritti giuridici*, I, 241-247.
13. *Note di diritto romano sul c. d. beneficium competentiae*, in *AUPA* 36, 1976 (pubbl. 1977), 5-47, anche in *Studi in onore di Andrea Arena*, III, Padova 1981, 1311-1341, e ora in *Scritti giuridici*, I, 299-327.
14. *Dolo desinere possidere e alienatio iudicii mutandi causa facta*, in *AUPA* 36, 1976 (pubbl. 1977), 367-411, ora anche in *Scritti giuridici*, I, 251-295.
- 15.* *Appunti sul possesso romano e sul possesso nel codice civile italiano*, in *Il Circolo Giuridico "L. Sampolo"*, N.S. 44, *Studi in onore di Giovanni Musotto*, III, Palermo 1980, 291-303.
16. *Tab. Pomp. 28: un interessante documento in tema di sequestro*, in *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, III, Milano 1983, 413-419, ora in *Scritti giuridici*, I, 331-335.
17. *Sulle formule dei giudizi di libertà*, in V. Giuffrè (a cura di), *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino*, 6, Napoli 1984, 2947-2956, ora in *Scritti giuridici*, I, 339-348.

- 18.* *En tema de solutio indebiti*, in *Externado 2 (Memoria del II Congreso Latinoamericano de Derecho Romano)*, 1985 (pubbl. 1987), 353-360.
19. *A proposito di perdita dolosa del possesso*, in *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, VI, Milano 1987, 179-210, ora in *Scritti giuridici*, I, 351-382.
20. *Problemi delle obbligazioni. Una rilettura in chiave storica*, in *Rivista critica del Diritto Privato* 6.4, 1988, 785-797, anche in *Scritti giuridici*, I, 423-435, e con il titolo *Problemi in tema di obbligazioni: prospettiva storica*, in S. Mazzamuto (a cura di), *Studi in onore di Salvatore Puleo*, Napoli et al. 1991, 395-405.
21. *In difesa della sincronia*, in *Index* 18, 1990, 19-24, ora in *Scritti giuridici*, I, 417-422.
22. *Trasferimento della proprietà della cosa venduta e pagamento del prezzo*, in L. Vacca (a cura di), *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico comparatistica. Atti del Congresso Internazionale Pisa-Viareggio-Lucca 17-21 aprile 1990*, II, Milano 1991, 483-499, anche in *AUPA* 42, 1992, 183-205, con una postilla e con un indice delle fonti, e ora, con tali aggiunte, in *Scritti giuridici*, I, 439-459.
23. *Agere lege, formulae e preclusione processuale*, in *AUPA* 42, 1992, 207-255, anche in F. Milazzo (a cura di), *Praesidia libertatis. Garantismo e sistemi processuali nell'esperienza di Roma repubblicana. Atti del convegno internazionale di diritto romano. Copanello 7-10 giugno 1992*, Napoli et al. 1994, 17-62, e ora in *Scritti giuridici*, I, 463-508.
24. *Le significationes di D. 50.16 («De verborum significatione»)*, in *SDHI* 60, 1994, 583-596, ora in *Scritti giuridici*, I, 529-542.
25. *Nuove osservazioni su D. 50.16 «De verborum significatione»*, in *SCDR* 7, 1995, 169-189, ora in *Scritti giuridici*, II, 563-583.
26. *'Res in iudicium deducta' - 'res iudicata'*, in *BIDR* 98-99, 1995-1996, 63-81, ora in *Scritti giuridici*, II, 587-605.
27. *Sull'arbitrato privato nell'esperienza giuridica romana*, in *Rivista dell'arbitrato* VI.1, 1996, 1-20, anche in *Scritti giuridici*, II, 609-628, nonché in lingua spagnola con il titolo *Sobre el arbitraje privado en la experiencia jurídica romana*, in *Roma e America. Diritto romano comune. Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina* 5, 1998, 57-73.
28. *Dal divieto di agere acta all'auctoritas rei iudicatae. Alle radici delle moderne teorie sul giudicato*, in *Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor Filippo Gallo*, II. *Diritto romano*, Napoli 1997, 3-28, ora in *Scritti giuridici*, II, 631-656.
29. *La ripetizione della rivendica formulare tra le stesse parti e il problema dell'eadem res*, in *SDHI* 64, 1998, 47-68, ora in *Scritti giuridici*, II, 659-680.
30. *Due interessanti testi di Pomponio: a proposito di preclusione processuale, litis contestatio e sentenza*, in *AUPA* 45.1, 1998, 427-443, anche in J.F. Gerkens et al. (a cura di), *Mélanges Fritz Sturm offerts par ses collègues et ses amis à l'occasion de son soixante-dixième anniversaire*, I, Liège 1999, 365-380, e ora in *Scritti giuridici*, II, 687-702.
31. *Osservazioni su D.50.16*, in *AUPA* 45.2, 1998 (pubbl. 1999), 41-59, anche in O. Bianco / S. Tafaro (a cura di), *Il Linguaggio dei Giuristi Romani. Atti del Convegno Internazionale di Studi, Lecce, 5-6 dicembre 1994*, Galatina 2000, 37-52, e ora in *Scritti giuridici*, I, 511-526.

32. *Per una funzione "strumentale" del diritto romano: in materia di possesso*, in *Studi in memoria di Giambattista Impallomeni*, Milano 1999, 299-312, ora in *Scritti giuridici*, II, 703-718.
33. *Contributo allo studio della motivazione della sentenza nel diritto romano*, in *Mélanges en l'honneur de Carlo Augusto Cannata*, Bâle et al. 1999, 53-65, ora in *Scritti giuridici*, II, 721-733.
34. *Sulla c. d. pronuntiatio del giudice delle azioni reali nel diritto romano*, in *Au-delà des frontières. Mélanges de droit romain offerts à Witold Wołodkiewicz*, Varsovie 2000, 497-506, ora in *Scritti giuridici*, II, 737-746.
35. *La formula della rivendica: astratta o causale?*, in *AUPA* 46, 2000, 145-159, anche in *Cunabula iuris. Studi storico giuridici per Gerardo Broggin*, Milano 2002, 229-244, e ora in *Scritti giuridici*, II, 781-796.
36. *Per la traduzione italiana del Digesto. Sui nomi delle azioni*, in F. Sini / R. Ortu (a cura di), *Atti del Convegno di Studi Scientia iuris e linguaggio nel sistema giuridico romano (Sassari 22-23 novembre 1996)*, Milano 2001, 107-135, ora in *Scritti giuridici*, II, 749-777.
37. *Su struttura delle sentenze, motivazione e 'precedenti' nel processo privato romano*, in *Vincula iuris. Studi in onore di Mario Talamanca*, V, Napoli 2001, 273-290, e con integrazioni e modifiche anche in *BIDR* 100, 1997 (pubbl. 2003), 37-48, e in *Scritti giuridici*, II, 799-809.
38. *Danno temuto, danno già verificato e «officium iudicis»*, in *Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico. In memoria di Arnaldo Biscardi. Atti del Convegno (Siena, Certosa di Pontignano 13-15 dicembre 2001)*, in *RDR* 1, 2001, 185-194, ora in *Scritti giuridici*, II, 813-822.
39. *Sul concorso tra azione 'in solido' e azione nossale: a proposito di D.9.4.4.3 (Paul. 3 ad ed.)*, in *AUPA* 48, 2003 (pubbl. 2004), 155-180, anche in *Scritti giuridici*, II, 833-850.
40. *Personae, petitum e causa petendi, tra preclusione, litispendenza e autorità del giudicato*, in *Scritti in onore di Antonino Pensavecchio Li Bassi*, I, Torino 2004, 711-718, e già in *Scritti giuridici*, II, 825-830.
41. *Problemi di responsabilità del debitore nel regime dell'indebito: dal diritto romano ai codici italiani*, in *SCDR* 15, 2003, 197-220, anche in L. Vacca (a cura di), *Arricchimento ingiustificato e ripetizione dell'indebito. Atti del VI Congresso internazionale Aristec (Padova-Verona-Padova, 25-26-27 settembre 2003)*, Torino 2005, 233-254, e ora in *Scritti giuridici*, III, 31-52.
42. *Eccezione di dolo generale ed eventi sopravvenuti alla litis contestatio*, in *AUPA* 50, 2005, 181-206, anche in L. Garofalo (a cura di), *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, Padova 2006, 413-439, e ora in *Scritti giuridici*, III, 53-73.
43. *Ritorno a D. 10.4.11.1 (Ulp. 24 ad ed.): a proposito di locus exhibitionis*, in *MEP* 9, 2006, 317-321, ora in *Scritti giuridici*, III, 75-82.
44. *Su rivendica e azione negatoria di usufrutto. Contributo all'analisi di D. 39.6.42pr. (Papin. 13 resp.)*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, V, Milano 2007, 209-223, ora in *Scritti giuridici*, III, 83-94.

45. *Riflessioni in tema di giudicato. L'autorità del giudicato e Cicerone. Sulla c. d. funzione positiva dell'exceptio rei iudicatae*, in L. Vacca (a cura di), *Diritto romano, tradizione romanistica e formazione del diritto europeo. Giornate di studio in ricordo di Giovanni Pugliese (1914-1995)*, Padova 2008, 61-80, ora in *Scritti giuridici*, III, 95-111.
46. *Alieno nomine agere e terzi nel processo romano*, in C. Cascione / C. Masi Doria (a cura di), *Fides Humanitas Ius. 9 maggio 2007*, Napoli 2009, 123-159, anche in A. Padoa Schioppa (a cura di), *Agire per altri. La rappresentanza negoziale processuale amministrativa nella prospettiva storica*, I. *Atti del Convegno internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto*, Napoli 2010, 305-346, e ora in *Scritti giuridici*, III, 113-142.
47. *Dominus litis*, in *AUPA* 53, 2009 (pubbl. 2010), 255-285, anche in E. Dovere (a cura di), *Munuscula. Scritti in ricordo di Luigi Amirante*, Napoli 2010, 185-218, e ora in *Scritti giuridici*, III, 143-168.
48. *Per il centenario degli Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo*, in *AUPA* 55, 2012, 1-27, ora in *Scritti giuridici*, III, 169-175.

IV. Voci di enciclopedie e lessici

1. *Centumviri*, in *NNDI* III, Torino 1959, 114-115, ora in *Scritti giuridici*, I, 67-68.
2. *Interdictum de liberto exhibendo*, in *NNDI* VIII, Torino 1962, 802, ora in *Scritti giuridici*, I, 111.
3. *Querella inofficiosi testamenti*, in *NNDI* XIV, Torino 1967, 143-150, già in *AUPA* 27, 1959 (pubbl. 1960), 153-163, e ora in *Scritti giuridici*, I, 143-146.
4. *Ruta et caesa*, in *NNDI* XVI, Torino 1969, 292-293, ora in *Scritti giuridici*, I, 149-150.
5. *Septemviri*, in *NNDI* XVII, Torino 1970, 42, ora in *Scritti giuridici*, I, 153.
6. *Rivendicazione (Diritto romano)*, in *ED* XLI, Milano 1989, 1-29, ora in *Scritti giuridici*, I, 385-413.

V. Recensioni, letture e presentazioni

1. Recensione di S. Di Paola, *Saggi in materia di hereditatis petitio*, in *Iura* 6, 1955, 317-324, ora in *Scritti giuridici*, II, 911-918.
2. *In materia di ritenzione*. Lettura di E. Nardi, *Studi sulla ritenzione in diritto romano*, I. *Fonti e casi*. II. *Profilo storico*. III. *Dogmatica giustinianea*, in *Labeo* 4, 1958, 81-88, ora in *Scritti giuridici*, II, 921-928.
- 3.* Tagliacarte di G. Triantaphyllopoulos, *Lex Cicereia, 2. Praejudicium*, in *Labeo* 7, 1961, 106-108.
4. Recensione di G. Franciosi, *Il processo di libertà in diritto romano*, in *Iura* 13, 1962, 252-264, ora in *Scritti giuridici*, II, 931-943.
5. Recensione di M. Bretone, *La nozione romana di usufrutto*, I. *Dalle origini a Dioleziano*, in *Iura* 14, 1963, 252-256, ora in *Scritti giuridici*, II, 947-951.

6. Recensione di G. Pugliese, *Il processo civile romano*, I. *Le legis actiones*; II. *Il processo formulare*, I, in *Iura* 15, 1964, 366-373, ora in *Scritti giuridici*, II, 955-962.
7. Recensione di A. Wacke, *Actio rerum amotarum*, in *TR* 33, 1965, 462-469, ora in *Scritti giuridici*, II, 965-972.
8. Recensione di M. Kaser, *Das römische Zivilprozeßrecht*, in *Iura* 19, 1968, 120-126, ora in *Scritti giuridici*, II, 975-981.
9. «*Precario habere*» e «*precarium*». Lettura di P. Zamorani, *Precario habere*, in *Labeo* 17, 1971, 204-217, ora in *Scritti giuridici*, II, 985-998.
10. Recensione di F. Raber, *Grundlage klassischer Injurienansprüche*, in *Iura* 22, 1971, 154-161, ora in *Scritti giuridici*, II, 1001-1008.
11. «*Praeteritio*», «*exhereditio*», «*querela inofficiosi testamenti*». Lettura di L. Di Lella, *Querela inofficosi testamenti. Contributo allo studio della successione necessaria*, in *Labeo* 19, 1973, 358-365, ora in *Scritti giuridici*, II, 1011-1018.
12. *Rescritti imperiali e pretore*. Lettura di N. Palazzolo, *Potere imperiale ed organi giurisdizionali nel II sec. d.C. L'efficacia processuale dei rescritti da Adriano ai Severi*, in *Labeo* 22, 1976, 287-293, ora in *Scritti giuridici*, II, 1021-1027.
13. «*Praeiudicium*». Lettura di K. Hackl, *Praeiudicium im klassischen römischen Recht*, in *Labeo* 24, 1978, 74-89, ora in *Scritti giuridici*, II, 1031-1046.
14. Recensione di J. Gildemeister, *Das beneficium competentiae im klassischen römischen Recht*, in *Iura* 37, 1986 (pubbl. 1989), 137-147, ora in *Scritti giuridici*, II, 1049-1059.
15. «*Tignum iunctum*» e «*inaedificatio*». Lettura di F. Musumeci, *Inaedificatio*, in *Labeo* 37, 1991, 382-388, ora in *Scritti giuridici*, II, 1063-1069.
- 16.* *Presentazione*, in M. Marrone (a cura di), *Imprenditorialità e diritto nell'esperienza storica. Erice 22-25 novembre 1988*, Palermo 1992, 5-8.
17. *Il «numero chiuso» dei diritti reali*. Lettura di V. Giuffrè, *L'emersione dei «iura in re aliena» e il dogma del 'numero chiuso'*, in *Labeo* 39, 1993, 90-94, ora in *Scritti giuridici*, II, 1073-1077.
18. Recensione di F. Arcaria, «*Senatus censuit*». *Attività giudiziaria ed attività normativa del Senato in età imperiale*, in *Iura* 43, 1992 (pubbl. 1995), 135-144, ora in *Scritti giuridici*, II, 1081-1090.
19. Recensione di P. Giunti, *Ius controversum e separatio bonorum*, in *Iura* 44, 1993 (pubbl. 1996), 267-272, ora in *Scritti giuridici*, II, 1093-1098.
20. *Percorsi di un giusromanista*. Presentazione del volume di F. Gallo, *Opuscula selecta*, in *Labeo* 46, 2000, 481-498, ora in *Scritti giuridici*, II, 1101-1111.
- 21.* *Prólogo* del volume N.X. Di Censo García, *Querela inofficiosi testamenti. Medio de impugnación del testamento en el derecho romano*, Ciudad de México 2013, VII-X.

VI. Relazioni e interventi a convegni

- 1.* *Relazione di sintesi*, in *Roma tra oligarchia e democrazia. Classi sociali e formazione del diritto in epoca medio-repubblicana. Atti del Convegno di diritto romano (Capanello 28-31 maggio 1986)*, Napoli 1988, 259-267.

2. *Relazione introduttiva*, in L. Vacca (a cura di), *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica. Atti del I Congresso internazionale Aristec (Madrid 7-10 ottobre 1993)*, Torino 1995, 9-21, ora in *Scritti giuridici*, II, 547-559.
3. *Intervento*, in F. Milazzo (a cura di), *Gli ordinamenti giudiziari di Roma imperiale. Princeps e procedure dalle leggi Giulie ad Adriano. Atti del Convegno internazionale di diritto romano e del III premio romanistico G. Boulvert (Copanello 5-8 giugno 1996)*, Napoli 1999, 285-286, ora in *Scritti giuridici*, II, 683-684.
4. *Intervento*, in P. Zamorani et al. (a cura di), *Fondamenti del diritto europeo. Atti del Convegno. Ferrara, 27 febbraio 2004*, Torino 2005, 47-51, ora in *Scritti giuridici*, III, 177-183.

VII. Profili e commemorazioni di giusromanisti

1. *Salvatore Riccobono*, in *Siciliani Illustri*, I, fasc. 4 (pubblicazione dell'Accademia Nazionale di Scienze Lettere e Arti già del Buon Gusto di Palermo), Palermo 1990, 1-18, ora in *Scritti giuridici*, II, 855-867.
2. *Giambattista Impallomeni (1926-1994)*, in *Iura* 45, 1994 (pubbl. 1997), 198-200, ora in *Scritti giuridici*, II, 903-905.
3. *Romanisti professori a Palermo*, in *Index* 25, 1997, 587-616, ora in *Scritti giuridici*, II, 871-900.
4. *Bernardo Albanese (Palermo, 19 maggio 1921-14 ottobre 2004)*, in *SCDR* 16, 2004 (pubbl. 2005), 11-19, anche in *AUPA* 49, 2004, I-VI (pubbl. 2005), e ora in *Scritti giuridici*, III, 187-194.
- 5.* *I miei percorsi*, in *BIDR* 103-104, 2000-2001 (pubbl. 2009), 730-734.
6. *Ricordi di Bernardo Albanese*, in *AUPA* 51, 2006 (pubbl. 2007), 3-9, ora in *Scritti giuridici*, III, 195-202.
7. *Gaetano Mancuso (1937-2007)*, in *Iura* 56, 2006-2007 (pubbl. 2008), 364-366, ora in *Scritti giuridici*, III, 203-207.
- 8.* *Un ricordo di Gaetano Mancuso in occasione di un seminario interdisciplinare sulle origini e lo sviluppo del giudizio di costituzionalità (28 novembre 2007)*, in *AUPA* 52, 2007-2008, 35-39.
9. *Ai miei maestri*, in *Scritti giuridici*, III, 21-27.

VIII. Curatele

1. *Imprenditorialità e diritto nell'esperienza storica. Erice 22-25 novembre 1988*, Palermo 1992.

INDICE DELLE FONTI CITATE

I. FONTI GIURIDICHE

a) Fonti pregiustiniane

		<i>Collatio legum Mosaicarum et Romanarum sive lex Dei</i>
<i>Codex Theodosianus</i>		2.6.4 315 ¹²¹
1.1.6.1	30	2.6.4-5 289 ¹²
1.22.2	358 ⁹⁶	12.2.1 212 ⁴⁴
		13.3.2 206; 353 ⁷⁵
2.8.19	29	
2.17.1.3	339 ²⁵	<i>Constitutiones Sirmondianae</i>
		7 276; 276 ⁸⁷ ; 284
7.18.11	260	8 277; 279
		<i>Fragmenta Vaticana</i>
9.2.2	262	89 356
9.2.3	262	261 354 ⁷⁹
9.3.1	281	294 345 ⁴⁵
9.3.1 pr.	259; 261	
		<i>Fragmentum Dositheanum</i>
9.38.1	273	17 180-181
9.38.2	273	
9.38.3	275	<i>Gai institutionum commentarii quattuor</i>
9.38.4	275	1.112 242 ⁷
9.38.6	275; 278; 280; 282-283	2.41 60 ¹³
9.38.7	277; 278	2.72 229 ⁴⁸
9.38.8	278; 279; 280	2.73 72 ⁶⁰ ; 195
9.38.10	274 ⁸⁰ ; 278	2.74 72 ⁶²
9.38.12	274	2.75 72 ⁶¹
9.40.22	261	2.77 195; 195 ¹²
9.40.24	268	2.77-78 194 ⁷
		2.78 195 ¹²
15.1.11	27; 27 ¹	2.116-117 162 ³¹
15.7.8	352 ⁶⁸	2.232 149
		2.277 1 ¹ ; 149
16.2.45	29	

3.93	120	<i>Leges duodecim tabularum</i>
3.134	161 ²⁸	1.3 362 ¹¹¹
3.141	150; 152	9.2 265
3.147	67 ⁴²	
		<i>Lex Romana Burgundionum</i>
4.11	75 ⁷⁵	13.4 351; 351 ⁶⁷
4.16	328 ¹⁶⁴	
4.17	328 ¹⁶⁴	<i>Lex Romana Wisigothorum seu Breviarium</i>
4.17a	309 ⁹⁵⁻⁹⁶ ; 312; 314; 329 ¹⁶⁵⁻¹⁶⁶	<i>Alaricianum</i>
4.21	328 ¹⁶⁴	2.17.1.3 339 ²⁵
4.24	314 ¹¹⁴ ; 328 ¹⁶⁴	<i>Pauli Sententiae</i>
4.26-29	328 ¹⁶⁴	1.18.1 311 ¹⁰³
4.27	328 ¹⁶⁴	1.18.2-4 311 ¹⁰³
4.28	328 ¹⁶⁴	2.4.2 351 ⁶⁶
4.31	49	3.4a.11 344
4.36	289 ¹²	5.5a.10 268
4.37	289 ¹²	5.7.2 120; 120 ⁶⁰
4.39	289 ¹² ; 297 ⁴⁶	5.17.2 261
4.40	315; 315 ¹¹⁸⁻¹¹⁹	5.20.2 212 ⁴⁴
4.41	289 ¹²	5.23.17 212 ⁴²
4.42	289 ¹² ; 296-297; 300; 305; 309; 310; 311	5.29.1 212 ⁴²
4.44	288 ⁸ ; 297 ⁴⁸ ; 299; 301; 304; 307; 309	<i>Tituli ex corpore Ulpiani [Ulpianus (Ps.)</i>
4.45-47	306 ⁸⁰	<i>Liber singularis regularum]</i>
4.46	288 ⁵	1.4 141
4.47	288 ⁶	1.8 180
4.48	49 ¹⁰ ; 297 ⁴⁷	19.16 310
4.54	306 ⁸⁰	24.16 149
4.58-60	316 ¹²⁵	25.2 23 ¹⁴⁶
4.59	289 ¹²	
4.60	315 ¹¹⁹ ; 315 ³²¹	b) Fonti giustiniane
4.86	288 ⁴	<i>Codex Iustinianus repetitae praelectionis</i>
4.114	81 ⁹⁷ ; 296 ⁴³	1.2.6 29 ¹⁴
4.116	324 ¹⁵⁴	1.2.22 pr. 359 ¹⁰³
4.119	288 ⁷ ; 319 ¹²² ; 324 ¹⁵⁴	1.2.23 pr. 359 ¹⁰³
4.123	326 ¹⁵⁹	1.4.3 280
4.126-127	288 ⁷	1.17.1 29
4.131-137	288 ⁷	1.17.2.22 31
4.131a	306 ⁸⁰	2.11.5 208 ²⁸
4.133	324 ¹⁵⁵	
4.136	329; 329 ¹⁶⁸	3.12.3 266 ⁴⁶
4.163	313 ³¹⁰	3.14.1 358 ⁹⁶

3.28.2	49 ¹³	9.47.14-15	266-267
3.32.2.1	76 ⁷⁹	9.47.23	261
3.32.16	323 ¹⁵²	9.51	267
3.36.3	311 ¹⁰³	9.51.1	267
3.36.7	311 ¹⁰³	9.51.2	268
3.36.9	304 ⁷³	9.51.4	279 ¹⁰⁰
3.36.13	345 ⁴⁵	9.51.7	279; 279 ¹⁰⁰
3.36.19	304 ⁷³	9.51.9	279 ¹⁰⁰
3.37.3.1	295 ³⁴ ; 311 ¹⁰³	9.51.12	268 ⁵⁴
3.37.4.2	296 ⁴² ; 304 ⁷³	9.51.13	268 ⁵⁴
3.37.21	311 ¹⁰³		
3.38.2	311 ¹⁰³	10.32.13	355 ⁸⁴
3.38.7	123 ⁷⁸	10.51.3	355 ⁸⁴
4.2.12	123 ⁷⁸	11.21.1	29 ¹⁴
4.64.3	123 ⁷⁸		
4.64.7	123 ⁷⁸	const. <i>Cordi</i>	
		pr.	31
5.4.23	267; 268 ⁵³	2	30 ¹⁶
		3	30 ¹⁶
6.22.3	360		
6.22.3 pr.	343	const. <i>Deo auctore</i>	
6.38.5	4 ¹⁸	4	63 ²⁵
6.43.3.1	159 ¹⁹	4-12	87-88
		10	29; 30; 32
7.7.1.5-5a	159 ¹⁹		
7.23.1	354 ⁷⁹	const. <i>Haec quae necessario</i>	
7.58.4	268	2	30; 30 ¹⁶
8.11.5	27; 32	const. <i>Omnem</i>	
8.13(14).26	159 ¹⁹	3	289 ¹⁰
8.14.7	29		
8.37.1	124	const. <i>Summa rei publicae</i>	
8.37.10	121; 124	3	30; 30 ¹⁶
8.37.14	121		
8.40.28	133	const. <i>Tanta</i>	
8.40.28.2	133 ¹⁴⁵	10	85 ¹¹⁶ ; 88 ¹²² ; 89
8.41.3.1	123 ⁷⁸	11	30 ¹⁵
8.42.6	123 ⁷⁸	21	89-90
8.43.1	123 ⁷⁸	22	31
8.53.16	360		
		<i>Digesta Iustiniani</i>	
9.3.1	262	1.2.2.13	87 ¹²⁰
9.3.2	262	1.3.1	140
9.43.3	268	1.3.2	140

1.3.32.1	141	7.7.6.1	356 ⁸⁹
1.3.35	141		
1.8.5.1	227 ³⁸	8.1.4 pr.	134
1.8.10	223-226; 227 ³⁸⁻³⁹ ; 228	8.2.7	76 ⁷⁸
1.16.4.6	150	8.3.33.1	134
1.16.9.5	359 ¹⁰²	8.4.13	221 ⁸
		8.6.1 pr.	63 ²⁷
2.4.2	260 ²¹	8.6.1 pr.-4	64 ²⁸
2.14.1.3	127; 129; 135 ¹⁵⁷	8.6.1.1	66 ⁴⁰
2.14.7.12	124		
2.15.8.10	357 ⁹³	9.2.8.1	349 ⁵⁶
		9.2.27.21	227 ³⁸
4.4.37.1	359 ¹⁰⁰	9.2.27.25-27	71 ⁵⁶
4.4.38	22 ¹⁴¹	9.2.27.32	76 ⁷⁹
4.7.12	309 ⁹⁶	9.2.29.2	234-235; 237; 238 ⁸⁷
4.9.1.3	238 ⁸⁸	9.2.29.4	237 ⁸⁶
		9.2.31	85 ¹¹³
5.1.13	298; 319 ¹³⁶⁻¹³⁷	9.4.19 pr.	303 ⁶⁶
5.1.14	319 ¹³⁷		
5.1.76	76 ⁸¹	10.1.10	319 ¹³⁷
5.2.2	344 ⁴¹	10.2.1 pr.	309 ⁹⁴ ; 327 ¹⁶²
5.2.5	344 ⁴¹	10.2.1.1	298; 311 ¹⁰³ ; 320 ¹⁴² ; 322; 324-325; 326 ¹⁵⁸ ; 331
5.2.8 pr.	49 ¹³	10.2.2 pr.	325 ¹⁵⁷
		10.2.2.3	319 ¹³⁷
6.1.5.3	75-77; 79; 82 ¹⁰⁷	10.2.3	311 ¹⁰³
6.1.23.2	194; 194 ⁴	10.2.5	311 ¹⁰³
6.1.23.3	194; 194 ⁶	10.2.16	311 ¹⁰³
6.1.23.4	194 ¹⁰ ; 194-195	10.2.16 pr.	327 ¹⁶²
6.1.23.5	61 ²¹ ; 73 ⁶⁴ ; 75 ⁷⁶ ; 193; 195; 195 ¹¹	10.2.16.4	303 ⁶⁶
6.1.38	13 ⁷⁴	10.2.17	303 ⁶⁶
6.1.48	323 ¹⁵²	10.2.18	303 ⁶⁶
6.1.59	76 ⁷⁹⁻⁸⁰ ; 76 ⁸²	10.2.19	303 ⁶⁶ ; 311 ¹⁰³
6.2.11.1	134	10.2.20 pr.	303 ⁶⁶ ; 311 ¹⁰³
		10.2.22.1	311 ¹⁰³
7.1.12 pr.	148	10.2.22.4	295 ³⁹
7.1.12.3	356; 357 ⁹¹	10.2.22.4-5	299 ⁵²
7.1.12.5	71 ⁵⁷	10.2.24 pr.	299 ⁵²
7.1.15 pr.	76 ⁷⁹	10.2.25.15-19	303 ⁶⁶
7.1.56	363 ¹¹⁴	10.2.26	311 ¹⁰³
7.1.68.2	62 ²²	10.2.27	298; 311 ¹⁰³
7.1.69	62 ²²	10.2.28	311 ¹⁰³
7.1.70	62 ²²	10.2.30	311 ¹⁰³
7.4.10.4	57 ²	10.2.31	311 ¹⁰³
7.4.13	71 ⁵⁷	10.2.36	298; 311 ¹⁰³ ; 322 ¹⁴⁶

10.2.37	321	18.1.8 pr.	66 ⁴¹
10.2.42	311 ¹⁰³	18.1.8 pr.-1	71 ⁵⁶
10.2.43	311 ¹⁰³ ; 327 ¹⁶²	18.1.34.4	149
10.2.44.4	319 ¹³⁷	18.1.74	65 ³¹
10.2.44.7	311 ¹⁰³	18.6.1.2	63
10.2.47 pr.	311 ¹⁰³	18.6.8 pr.	61 ²⁰ ; 66 ³⁹
10.2.49	303 ⁶⁶	18.6.15(14).1	62
10.2.51 pr.	311 ¹⁰³		
10.2.52.2	311 ¹⁰³	19.1.40	57; 77; 84
10.2.55	295 ³⁴ ; 298; 311 ¹⁰³	19.1.48	10
10.2.57	311 ¹⁰³	19.2.11.3	65 ²⁹
10.3.2.1	319 ¹³⁶⁻¹³⁷	19.2.31	65 ²⁹
10.3.3 pr.	296 ⁴²	19.4.1	152
10.3.4.2	308 ⁸⁷ ; 323 ¹⁵¹	19.4.1 pr.	150
10.3.4.3-4	303 ⁶⁶	19.4.1.2	150
10.3.6 pr.	303 ⁶⁶	19.5.14 pr.	227 ³⁸
10.3.8.2-4	303 ⁶⁶		
10.3.10 pr.	303 ⁶⁶	21.1.1.7-21.1.1.16	344 ⁴¹
10.3.11	303 ⁶⁶	21.1.4.5	344 ⁴¹ ; 351 ⁶⁵
10.3.13	308 ⁸⁷	21.1.11	354
10.3.14.1	323 ¹⁵¹⁻¹⁵²	21.1.53	355 ⁸⁴
10.3.21	327 ¹⁶²	21.1.65.1	351 ⁶⁵
10.3.23	311 ¹⁰³		
10.3.24 pr.	323 ¹⁵¹	22.4.6	337 ¹⁶
10.4.6	76 ⁸² ; 195 ¹³	22.5.3.6	359 ¹⁰¹
10.4.7 pr.-2	73 ⁶³	22.5.8	359 ¹⁰¹
11.4.2	216		
11.5.1.4	261 ²⁷		
11.7.2.6	16 ⁸⁶	23.3.3	68
11.7.42	16 ⁸⁶	23.4.26.1	311 ¹⁰³
12.1.15	151	24.1.3.12	151
12.6.33	323 ¹⁵²	24.1.61	343 ³⁹
		24.1.63	76 ⁷⁹
13.6.5.4	346; 353	24.3.7.6-7	57 ²
		24.3.7.12	57 ² ; 68
14.2.2.5	227 ³⁸	24.3.7.13	68 ⁵³
		24.3.45	131
16.3.32	351	24.3.66.4	125; 127
17.1.12.14	149	25.1.1.3	227 ³⁸
17.1.34 pr.	151	25.3.1.2	13 ⁷³
17.2.34	296 ⁴²		
17.2.71 pr.	119 ⁵⁰	26.1.13 pr.	360 ¹⁰⁷
		26.10.3.16	261 ²⁹
18.1.1.1	152		

27.7.4.3	121	31.87.3-4	343 ³⁹
		31.88	156
28.1.8.4	279 ⁹⁸	31.88.6	5; 10
28.1.17	344	31.88.12	5 ²⁶ ; 10
28.1.20.8	164 ⁴⁵	31.88.15	157 ⁷
28.1.20.9	164 ⁴⁵	31.88.17	155; 155 ¹ ; 157
28.1.21 pr.	164 ⁴⁶	31.89	156
28.1.21.3	164 ⁴⁴		
28.1.22.7	165 ⁴⁸	32.17	227 ³⁸
28.2.6 pr.	346	32.35.2	22 ¹⁴²
28.2.11	345 ⁴⁵	32.38 pr.-5	10
28.3.11	164 ⁴²	32.38.1	5; 5 ²⁴ ; 23
28.3.20	162 ³⁴	32.38.2	5 ²⁴ ; 5 ²⁹
28.4.1 pr.	164 ⁴³	32.38.3	3
28.5.9.3-6	159 ¹⁷	32.38.7	10
28.5.35 pr.	22 ¹³⁹	32.38.8	22 ¹³⁸
28.7.27 pr.	227 ³⁸	32.55 pr.	57 ² ; 72 ⁵⁹
28.7.27.2	227 ³⁸	32.69.1	340 ²⁹
		32.91.3	15 ⁸³
		32.94	10
29.1.40 pr.	159 ¹⁹		
29.5.3 pr.	353	33.1.12	15 ⁸³
29.5.3.7	353	33.2.8	363 ¹¹⁴
29.6.1 pr.	159 ¹⁷	33.2.31	311 ¹⁰³
		33.2.33.2	341
30.4 pr.	10; 22 ¹³⁵ ; 22	33.2.38	22 ¹³⁶
30.39.8	21 ¹²⁸	33.2.42	66 ⁴¹
30.84.5	323 ¹⁵¹	33.7.27.4	22
30.114.14	9	33.7.27.5	22 ¹³⁷ ; 22 ¹⁴⁰
30.114.15	3 ¹⁴ ; 10	33.9.5 pr.	148
		33.10.3.5	143
31.32.6	1 ¹ ; 2 ⁵ ; 4 ¹⁷ ; 10 ⁵⁴		
31.45	21 ¹²⁸	34.2.19.13	76 ⁸²
31.67 pr.	1 ¹	34.2.39 pr.	148
31.67 pr.-6	3		
31.67 pr.-10	2 ⁶	35.1.55	227 ³⁸
31.67.3-7	10		
31.69.1	10	36.1.3.5	159 ¹⁷
31.69.3	1 ¹ ; 3 ¹⁴ ; 10	36.1.34	147
31.77.11	3; 10; 22 ¹⁴⁵	36.1.65.10	6 ³²
31.77.15	3 ¹⁵ ; 10		
31.77.27	4 ²²	37.5.15.4	147
31.77.27-28	10	37.10.3.5	352 ⁶⁸
31.77.28	3 ¹⁵ ; 6 ³¹		
31.78.3	10	39.1.1.18	227 ³⁸
31.87.2	10		

39.2.4.8	313 ¹⁰⁹	44.7.57	128-129
39.2.9.2	74 ⁷³ ; 82 ¹⁰⁶		
39.2.15.13	148	45.1.1 pr.	118
39.5.23.1	343	45.1.1.1	120
		45.1.1.2	116; 120; 130-131
40.5.15	357		130 ¹²⁸
40.5.20	362-363 ¹¹²	45.1.1.4	124
40.5.41.3	159 ¹⁹	45.1.1.6	120
40.8.2	354 ⁷⁷	45.1.21	125 ⁸⁹
		45.1.35.2	130
41.1.7.3	229 ⁴⁸⁻⁴⁹	45.1.56.4	127 ¹⁰⁴ ; 134
41.1.7.7	146	45.1.83.1	124; 128 ¹¹⁵
41.1.9.6	65 ³¹	45.1.137 pr.	120
41.1.14	226; 226 ²⁹	45.1.137.1	128 ¹¹⁵
41.1.26 pr.	76 ⁸²	45.1.137.2	362 ¹¹¹
41.1.26.1	74; 75 ⁷⁷ ; 77 ⁸⁷	45.1.140 pr.	119; 131
41.1.30.4	227; 227 ³⁷⁻³⁸	45.2.6.3	120
41.1.31 pr.	60 ¹³	45.2.9 pr.	132; 133 ¹⁴²
41.1.45	323 ¹⁵¹		
41.2.1.1	229-230 ⁴⁹	46.4.8.4	120
41.2.1.21	62; 65 ³¹		
41.2.3.14	148	47.2.42 pr.	289 ⁹
41.2.30 pr.	61 ²¹ ; 76 ⁸¹	47.7.3 pr.	75 ⁷⁵ ; 77 ⁸⁵
41.2.30.3	228 ⁴¹	47.7.3.3	75 ⁷⁵
41.2.51	65	47.7.3.4	75 ⁷⁵
41.3.23	62 ²¹	47.7.3.5	75 ⁷⁵
41.3.23 pr.	61 ²¹ ; 76 ⁸¹	47.7.3.5a	75 ⁷⁵
41.3.30 pr.	61 ²¹ ; 193; 193 ² ; 196 ¹⁶	47.7.3.6	75 ⁷⁵
41.3.30.1	61 ²¹	47.7.8.2	76 ⁸³
		47.9.4.1	203 ¹⁴
42.1.33	267 ⁵²	47.10.1.5	142
		47.10.13.7	221 ⁸
43.8.2.8	223 ¹⁶ ; 227 ³⁸	47.14.3	215
43.8.2.8-9	227 ³⁹	47.14.3.2	214 ⁵⁰
43.8.2.9	227 ³⁹	47.18.1 pr.	204 ¹⁹
43.12.1.6	229 ⁴⁸	47.21.2	205-206; 208 ²⁸ ; 353 ⁷⁵
43.12.1.17	223 ¹⁶	47.21.3	205-206
43.18.2	74 ⁷¹		
		48.2.3.4	272; 272 ⁶⁸
44.1.18	320 ¹⁴² ; 324; 326	48.3.1	204 ¹⁹
44.1.20	288 ⁸	48.3.12	203
44.7.3.2	128 ¹¹⁰	48.3.13	204 ¹⁹
44.7.37.1	299 ⁵²	48.3.14.2	205 ²²
44.7.38	116; 119; 124; 126	48.4.7.3	203 ¹⁷
44.7.44.1	127 ¹⁰⁴	48.8.3.5	207 ²⁸
		48.9.9 pr.	227 ³⁸

48.10.15.6	159 ¹⁸	50.6.6 pr.	336
48.10.22.10	159 ¹⁸	50.13.1.6	159 ¹⁹
48.13.6 pr.	203 ¹⁴	50.13.5.3	279 ⁹⁸
48.13.7(6)	212 ⁴²	50.16.21	267 ⁵⁰
48.15.6	216	50.16.96 pr.	219; 219 ¹ ; 220 ⁶
48.16.4.1	272 ⁷²	50.16.112	222 ¹⁴ ; 224 ²²
48.16.7 pr.	272 ⁷¹	50.16.113	351 ⁶⁵
48.16.8	271 ⁶⁷	50.16.144	241
48.16.9	271 ⁶⁷	50.16.220.3	8 ⁴³
48.16.10 pr.	271	50.17.23	348 ⁵²
48.16.10.2	272 ⁷⁰	50.17.77	134
48.16.12	266 ⁴⁶ ; 271 ⁶⁷	50.17.108	204 ²⁰
48.16.12-13	271		
48.16.13	266 ⁴⁶	<i>Institutiones Iustiniani</i>	
48.19.6.2	262	1.12.1	267; 268 ⁵⁴
48.19.8.4	279 ⁹⁸	2.1.3	222 ¹⁵
48.19.8.6	260 ²³ ; 261	2.1.29	76 ⁷⁹
48.19.8.8	279	2.1.29-30	72 ⁶⁰
48.19.8.9	259; 259 ¹³ ; 260	2.1.31-32	72 ⁶²
48.19.16	202 ⁹	2.1.32	72 ⁶¹ ; 75 ⁷⁵
48.19.16.1-10	202 ¹³	2.1.41	58; 59; 61 ¹⁹ ; 66 ³⁸
48.19.16.3	203 ¹⁶	2.1.45	65 ³¹
48.19.22	266 ⁴⁷ ; 353 ⁷⁵	2.3.4	134
48.19.28	207; 210-213; 215	2.20.18	196 ¹⁶
48.19.28 pr.-1	208	2.20.20	354 ⁷⁹
48.19.28.1	208 ³⁰	2.40 ss.	66 ³⁴
48.19.28.2	207; 208; 208 ²⁸ ; 210	3.19.5	119
48.19.28.5	210	3.19.23	128 ¹¹⁵ ; 129
48.19.28.8	211	3.23 pr.	66 ³³
48.19.28.9	210	4.3.16	75 ⁷⁴
48.19.28.10	213	4.5.3	75 ⁷⁴
48.19.28.11	211	4.6.20	294 ³³⁻³⁴
48.19.28.12	212	4.17.5	294 ³⁴
48.19.28.15	214		
48.19.28.16	215	<i>Novellae Iustiniani</i>	
48.19.35	262	15.6.1	262
48.19.38.1	212 ⁴²	70.1	32
48.19.166.3	215 ⁵⁶	131.2	32
		159	10 ⁵⁷
49.14.2.6	336		
49.14.12	279	<i>Basilica</i>	
49.16.13.5	204 ¹⁹	42.3.36	321 ¹⁴⁵
		42.3.42	327 ¹⁶²
50.2.12	208	53.2.5	236 ⁸⁰
50.5.7	362		

<i>Scholia in Basilica</i>		Codice civile italiano	
6 ad B.16.6.5	289 ¹²	art. 1555	152
d) Fonti moderne		Código civil español	
Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB)		art. 1541	152
§ 1064	152	Draft Common Frame of Reference (DCFR)	
Αστικός Κώδικας		IV.A.-1203.2	152
art. 573	152	Kodeks cywilny	
Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)		art. 604	152
§ 480	152	Nieuw Nederlands Burgerlijk Wetboek (NNBW)	
§§ 598-606	350 ⁶¹	art. 7:50	152
§ 276 Abs. 1	350; 350 ⁶¹	Schweizerisches Obligationenrecht	
§ 276 Abs. 2	350	art. 237	152
§ 459 Abs. 1	355 ⁸⁴		
§ 323 Abs. 5	355 ⁸⁴		
Code civil des Français			
art. 1707	152		

II. FONTI EPIGRAFICHE E PAPIROLOGICHE

<i>Année Épigraphique (AE)</i>		<i>Donatio Flavii Syntrophii (FIRA III² 94)</i>	
1977 n. 171	239 ⁹¹		15 ⁷⁹
<i>Ara legis Hadrianae (FIRA I² 102)</i>		<i>Edictum de privilegiis veteranorum</i>	
	74 ⁷⁰	13-15	173; 175
Berliner griechische Urkunden (BGU)		24-27	173
I 326	164 ⁴¹ ; 165 ⁵¹	25-27	174
V 1210	163; 163 ⁹⁷	<i>Epistulae Octaviani Caesaris de Seleuco navarcha (FIRA I² 55)</i>	
<i>Corpus Inscriptionum Latinarum (CIL)</i>		24-25	175
III 8143	4 ²³	24-27	173
VI 122	21 ¹²⁵	25-27	174
VI 13203	3 ¹⁶	<i>Inscriptiones Graecae (IG)</i>	
VI 32451	21 ¹²⁵	III 623.7	38 ²⁰
VI 32468	21 ¹²⁵	III 624.4	38 ²⁰
X 5853	24 ¹⁵¹	<i>Inscriptiones Latinae selectae (ILS)</i>	
X 4919	160 ²¹	5004	38 ²⁰
XII 4333	43 ³⁵		

- Lex Acilia repetundarum*
77 (84) 174; 175
- Lex colonis fundi Villae Magnae data ad exemplum legis Mancianae* (FIRA I² 100)
IV 74⁷⁰
- Lex Rubria de Gallia Cisalpina*
XIX.3-4 296⁴³
XX.7-10 313¹⁰⁸
XXI.6-7 296⁴³
XXI.10 296⁴³
XXI.37-38 296⁴³
XXI.42-44 296⁴³
XXI.50 296⁴³
XXIII 310; 312
XXIII.54-57 310¹⁰¹; 312¹⁰⁶
- Papyri Michigan
VII 446 160²⁶
- Papiri della Società Italiana (PSI)
XI 1182 329¹⁶⁹
- Papyri Yadin
28-29 287²; 315¹²⁰; 317¹²⁹
- Petitio colonorum, sermo procuratorum et epistula de agris rudibus aut desertis occupandis* (FIRA I² 101)
I 74⁷⁰
- Res gestae Divi Augusti* (RGDA)
34 20¹²²
- Tabula Heracleensis*
44-45 174¹³; 296⁴³
142-158 296⁴³
- Tabulae Pompeianae Sulpiciorum*
31 287¹
- Testamentum Antonii Siluani equitis* (FIRA III² 47)
160; 162-165; 164³⁹;
165⁴⁹
- The Oxyrhynchus Papyri*
XV 1814 31
XXII 2348 163³⁸
LII 3692 160²⁴
- Les archives de Marcus Lucretius Diogenes et textes apparentés* (ed. Schubert)
P. Diog. 10 160²⁷

III. FONTI LETTERARIE

- Aelianus
Varia historia
3.5.12 99²²
- Ambrosius
De obitu Theodosii oratio
1 284; 284¹²³
12 284¹²⁴
- Epistulae*
10.13 105⁴⁴
24 283¹²⁰
40.25 284¹²⁵
51.5.13 284¹²⁰
51.11 284¹²¹
74.2 285
74.2.25 285
75.4 285
- De paenitentia*
1.4.59 283¹¹⁹
- Expositio in psalmum 118*
39.20 283¹¹⁸

- Ammianus Marcellinus
Rerum gestarum libri
 15.6.1 262³⁰
 17.7.13 231⁵⁷
 29.1.13 281
- Appianus
Bellum civile
 1.214-215 171; 175
 2.504 188¹¹
 4.114 188¹⁰
- Arrhianus
Anabasis Alexandri
 3.3.1-2 99²²
- Aristoteles
Ethica Nichomachea
 II
 7.1108b 8-9 148
 V
 7.1132a 18-24 146
 9.1133b 30-31 148
 9.1134a 12-13 148
 10.1137b 22-24 144
 14.1138a 1-3 146
- Politeia*
 I
 2.1253a 37-38 149
 IV
 11-12, 1295a 25 148
 25-1297a 13 149
- Artemidorus
Oneirocritica
 1.4 8⁴⁵
- Auctor ad Herennium
De ratione dicendi
 3.16-24 15⁸⁰
- Augustinus
De civitate Dei
 2.20 105
- De libero arbitrio*
 1.15.31 105⁴⁴
- De vera religione*
 16.31 105⁴⁴
- Retractationes*
 1.12.6 105⁴⁴
 1.43 105⁴⁴
- Soliloquia*
 1.13.23 105⁴⁴
- Aurelius Victor Afer
Historiae abbreviatae vulgo liber de Caesaribus
 39.18 100²³
 4.14 232⁵⁷
- Aurelius Victor Afer (Ps.)
Epitome de Caesaribus
 5.8 191²³
 20.6 19¹¹²
 40.10 100²³
- Boethius
Commentarii in Ciceronis Topica
 1 ad 2.10 180
- Cassius Dio
Historia Romana
 37.9.3 178²³
 45.28.3-4 17⁹⁷
 54.1-2 188¹¹
 55.13.7 10⁵³
 55.22.3 189¹⁶
 56.30.1 189¹⁶
 57.4.3 187⁹
 57.16.3-4 189¹⁶
 57.16.4. 190¹⁹
 57.18.9 190²⁰
 57.24.4 188¹²
 60.29.2 232⁵⁷
 60.29.7 232⁵⁷
 64.9.3 191²³

66.8.1	101 ²⁸	<i>In L. Calpurnium Pisonem</i>
66.19.3	191 ²³	1-2 13 ⁷²
79.3.2	273	
<i>In L. Sergium Catilinam</i>		
Cato		1.1.1 141
<i>De agri cultura</i>		2.12.27 260
7	354 ⁷⁶	
28.2	67 ⁴⁹	<i>In M. Antonium Philippicæ</i>
51	67 ⁴⁷	1.1.1 271
133.1	67 ⁴⁶	2.19.48 12 ⁶⁵
		2.23.56 267
<i>Origines</i> (ed. Peter)		2.26.64-2.28.69 17 ⁹⁷
fr. 58	43 ³⁶	11.3.7 14 ⁷⁸
<i>Pro A. Licinio Archia poeta</i>		
Catullus		5.11 171; 176-177; 179 ²⁴ ; 182
<i>Carmina</i>		
61.212-5	8 ⁴³	
<i>Pro A. Caecina</i>		
Cicero		7.19 310 ¹⁰⁰
a) <i>Epistulae</i>		8.23 314 ¹¹³
<i>Ad Atticum</i>		34.99 181 ²⁸
1.19.4	141	
1.20.3	221 ⁹	<i>Pro L. Licinio Murena</i>
2.19.4	141	11.5 159 ¹²
3.20	8 ⁴⁶	12.27 311 ¹⁰³
3.23.2	11 ⁶²	29.61 283 ¹¹⁷
		41.90 38 ²⁰
<i>Ad familiares</i>		<i>Pro Cn. Plancio</i>
5.2.8	141	7.18 13 ⁷²
5.6.2	17 ⁹²	
7.14[12].2	309 ⁹⁵	<i>Pro P. Quinctio</i>
14.2	11 ⁶²	19.61 313 ¹⁰⁹
		20.64 313 ¹⁰⁹
b) <i>Orationes</i>		<i>Pro C. Rabirio postumo</i>
<i>De domo sua ad pontifices</i>		7.16 13 ⁷²
24.62	69 ⁵⁴	<i>Pro Q. Roscio comoedo</i>
38.101-102	11 ⁶⁴	4.11 296 ⁴³
40.106	13 ⁷⁵	<i>Pro P. Sestio</i>
41.109	13 ⁷⁵	1.53 141
56.143	13 ⁷⁵	
<i>In C. Verrem actio secunda</i>		
1.42.107	48 ⁷	
3.11.28	313 ¹⁰⁹	

Pro Sex. Roscio Amerino

8.23	13 ⁷⁶
11.30	13 ⁷⁶
11.32	13 ⁷⁶
26.72	222 ¹²

Pro M. Tullio

21.51	144
-------	-----

c) *Philosophica*

De finibus bonorum et malorum

5.2	15 ⁸⁰
5.4	15 ⁸¹

De natura deorum

2.4.11	20 ¹²³
2.39.100	221 ¹⁰

De officiis

1.10.33	146-147
1.39.138	20 ¹¹⁹
3.15.61	289 ¹² ; 296 ⁴³
3.16.66	119 ¹
3.18.73	159 ¹⁶

Tusculanae disputationes

1.14.31	7 ⁴¹
---------	-----------------

d) *Rhetorica*

Cato maior de senectute

2.4	363 ¹¹⁶
-----	--------------------

De oratore

1.56.237	313 ¹¹²
1.40.183	181
2.86.351-354	15 ⁸⁰

De re publica

1.25.39	141
2.31.54	265
2.42.69	140
3.33.45	141

Rhetorici libri qui vocantur de inventione

2.60	313 ¹⁰⁹
2.140	144

Topica

7.32	220 ³
10.43	313 ¹¹²
17.66	289 ¹² ; 296 ⁴³

Cicero (Ps.)

In C. Sallustium Crispum invectiva

7.19-20	21 ¹²⁵
---------	-------------------

Columella

Res rustica

1.7.2	146
5.6.8	67 ⁴⁹
5.9.10	67 ⁴⁹

Cornelius Nepos

De viris illustribus quae servata sunt

Atticus

5	8 ⁴⁶
13	19 ¹¹⁴

Thrasybulus

3	271
---	-----

Cyprianus

Epistulae

76.2	281
------	-----

Diodorus Siculus

Bibliotheca historica

7.5.9	36 ¹²
-------	------------------

Diogenes Laertius

Vitae et sententiae philosophorum

10.16-21	11 ⁵⁸
----------	------------------

Dionysius Halicarnassenus

Antiquitates Romanae

1.6-7	100 ²⁵
1.6.89	100 ²⁵
1.79.3	38 ²⁰
4.49.2	42 ³³
4.26.1-5	43 ³⁵
4.58	38 ²⁰

- | | | | |
|---|-----------------------------|--|----------------------|
| 10.1.8 | 259 ¹⁶ | 8.3.2 | 273 |
| 10.7.1-5 | 259 ¹⁶ | 8.7.6 | 273 |
| Eusebius Caesariensis | | Hieronimus | |
| <i>Historiae ecclesiastica</i> | | <i>Chronicon</i> (Helm) | |
| 1.7.2-5 | 7 ³⁹ | 1877 | 23 ¹⁴⁸ |
| <i>De martyribus Palaestinae</i> | | <i>Epistulae</i> | |
| 2.4 | 273 ⁷⁶ | 10.1 | 363 ¹¹⁵ |
| | | 77.4 | 19 ¹¹⁰ |
| Festus grammaticus | | Iohannes Antiochenus | |
| <i>De verborum significatione cum Pauli</i> | | fr. 104 | 191 ²³ |
| <i>Epitome</i> | | Iulius Obsequens | |
| <i>Nesi</i> | 43 ³⁵ | <i>Prodigiorum libri quae exstant</i> | |
| <i>Nothum</i> | 252 ⁴⁴ | 71 | 20 ¹²⁴ |
| <i>Oufentinae tribus</i> | 170 | Iunian(i)us Iustinus | |
| <i>Pelices</i> | 241 ³ ; 246 | <i>Epitoma historiarum Philippicarum</i> | |
| <i>Prisci Latini</i> | 36 ¹³ | <i>Pompeii Trogi</i> | |
| Flavius Iosephus | | 30.4.1-2 | 231 ⁵⁶ |
| <i>Antiquitates Iudaicae</i> | | Iuvenalis | |
| 19.227 | 104 ³⁸ | <i>Saturarum libri V</i> | |
| Fronto | | 3.212 | 12 ⁶⁷ |
| <i>Ad M. Caesarem</i> | | 10.17 | 19 ¹¹¹ |
| 1.8 | 21 ¹³² | 10.232-239 | 344 ⁴¹ |
| Gellius | | 10.336 | 344 ⁴³ |
| <i>Noctes Atticae</i> | | Lactantius | |
| 3.2.12-13 | 85 ¹¹³ | <i>De mortibus persecutorum</i> | |
| 4.2.12 | 355 ⁸¹ | 8 | 100 ²³ |
| 4.3 | 247 ²² | 34 | 273 |
| 4.3.3 | 241; 241 ⁶ ; 246 | 52.3 | 100 ²³ |
| 20.1.24-30 | 362 ¹¹¹ | Libanius | |
| Gregorius Nyssenus | | <i>Orationes</i> | |
| <i>In Christi resurrectionem oratio III</i> | | 45.7 | 281 |
| PG XLVI 658 | 274 ⁷⁸ | Livius | |
| Herodianus | | <i>Ab urbe condita libri</i> | |
| <i>Historia de imperio post Marcum</i> | | 1.3.7 | 35; 36 ¹³ |
| 3.4.7 | 272 | 1.32.11 | 36 ¹³ |
| 5.4.10 | 273 | | |
| 7.12.3 | 273 | | |

1.32.13	36 ¹³	Plautus	
1.33.3	36 ¹³	<i>Asinaria</i>	
1.38.4	36 ¹³	661	60 ¹²
1.45.2-3	43 ³⁵	689	60 ¹²
3.13.1-3	259 ¹⁶	<i>Mercator</i>	
3.13.4	259 ¹⁶	278	60 ¹²
3.13.6	259 ¹⁶	834-835	13 ⁷³
3.13.8	259 ¹⁶	<i>Miles gloriosus</i>	
3.55.4	266	703-704	8 ⁴³
4.2.6	250 ³⁹	<i>Trinummus</i>	
5.52.8	38 ²⁰	39-41	13 ⁷³
8.14.2	38 ²⁰	106 ss.	11 ⁶³
8.17.11-12	170	Plinius Caecilius (minor)	
23.49.3	140	<i>Epistulae</i>	
38.36.7-9	172	7.24.8	17 ⁹⁹
39.3.4	179	8.10.3	8 ⁴²
39.3.4-6	179	8.18	162 ³⁵
39.46.5	229 ⁴⁴	5.8.5	8 ⁴⁶
39.56.6	229 ⁴⁴	Plinius Secundus (maior)	
41.8.6-12	179	<i>Naturalis historia</i>	
41.8.7	179	2.86	232 ⁶¹
41.8.9	178	2.88	229 ⁴⁶
41.8.11	179	2.154	16 ⁸⁷
41.8.12	179 ²⁴	2.202	231 ⁵⁶ ; 231 ⁵⁷
41.9.9-12	179	2.238	231 ⁵⁵
42.10.1-3	179	3.56	36 ¹³
42.10.3	179	3.68-69	39
Orosius		4.70	231 ⁵⁶
<i>Historiae adversus paganos</i>		9.187	190 ²⁰
7.6.13	232 ⁵⁷	10.50.96-97	226 ²⁶
Paulinus Mediolanensis		12.89	232 ⁵⁸
<i>Vita sancti Ambrosii</i>		16.242	38 ²⁰
19.2-3	283 ¹²⁰	17.1.1-6	68 ⁵⁰ ; 69
Plato		17.2.24	67 ⁴⁸
<i>De re publica</i>		17.12.65-66	67 ⁴⁵
II.359a	148	17.14.74	67 ⁴⁷ ; 67 ⁴⁹
IV.432a	140	17.15.77	67 ⁴⁹
<i>Parmenides</i>		17.15.78	67 ⁴⁶
128d	144	17.16.83	67 ⁴⁸

- | | | | |
|---------------------------------------|-------------------|--|-------------------|
| 17.21.97 | 67 ⁴⁷ | Probus grammaticus | |
| 17.34.148 | 67 ⁴⁷ | <i>De notis iuris fragmenta Valerio Probo vul-</i> | |
| 34.20 | 36 ¹³ | <i>go tributa</i> | |
| 36.3.7 | 70 ⁵⁵ | 4.10 | 80 ⁹⁵ |
| Plutarchus Chaeronensis | | Publilius Syrus | |
| <i>De Pythiae oraculis</i> | | <i>Sententiae</i> | |
| 11 | 231 ⁵⁶ | P 1 | 5 ²³ |
| | | Q 54 | 336 ¹⁴ |
| <i>Quaestiones Romanae</i> | | Quintilianus | |
| 11 | 248 ³¹ | <i>Institutio oratoria</i> | |
| <i>Vitae parallelae</i> | | 5.14.34 | 221 ¹⁰ |
| <i>Antonius</i> | | 6.3 ss. | 159 ¹⁴ |
| 14 | 270 | 7.1.54-56 | 261 ²⁸ |
| | | 11.2.17-24 | 15 ⁸⁰ |
| <i>Brutus</i> | | Seneca philosophus | |
| 44 | 188 ¹⁰ | <i>Dialogi</i> | |
| <i>Caesar</i> | | <i>Consolatio ad Marciam</i> | |
| 51 | 17 ⁹⁷ | 1.3-4 | 188 ¹² |
| 63.6 | 20 ¹²¹ | 22.6 | 188 ¹² |
| | | 22.7 | 188 ¹³ |
| <i>Cato maior</i> | | <i>De ira</i> | |
| 4.4-5 | 354 ⁷⁷ | 1.15.3 | 278 |
| | | 1.19.7 | 278 |
| <i>Cicero</i> | | <i>De beneficiis</i> | |
| 42 | 270 | 4.39.4 | 144 |
| 44.5 | 11 ⁶⁰ | <i>De clementia</i> | |
| <i>Solon</i> | | 1.22.1-3 | 278 |
| 19 | 270 ⁶¹ | 2.7.1-5 | 278 |
| <i>Tiberius Gracchus</i> | | <i>Epistulae morales ad Lucilium</i> | |
| 9.5 | 12 ⁶⁹ | 108.29 | 361 |
| Pomponius Mela | | <i>Naturales quaestiones</i> | |
| <i>De chorographia</i> | | 2.26 | 229 ⁴⁷ |
| 2.111 | 131 ⁵⁷ | 2.26.4-7 | 232 ⁵⁸ |
| | | 6.21.1 | 231 ⁵⁷ |
| Posidonius | | Servius grammaticus | |
| <i>Fragmenta</i> (ed. Edelstein-Kidd) | | <i>In Vergilii Aeneidem</i> | |
| 228 (E-K) | 131 ⁵⁶ | 1.108 | 230 |

4.628	231 ⁵³	15.1	17 ⁹⁸ ; 21 ¹³¹
5.598	36 ¹³	23	162 ³⁵
7.38	36 ¹³	25	189 ¹⁶ ; 190 ²¹
		61.1	187 ⁹ ; 188 ¹⁰
Socrates Scholasticus			
<i>Historia ecclesiastica</i>		<i>Vespasianus</i>	
1.16	27 ⁵	7.2	101 ²⁸
Scriptores Historiae Augusti		Strabo	
<i>Vitae diversorum principum et tyrannorum</i>		<i>Geographica</i>	
<i>a divo Hadriano usque ad Numerianum</i>		1.3.16	229 ⁴⁷ ; 231 ⁵⁶ ; 232 ⁶⁰
<i>a diversis compositae</i>		1.3.21	229 ⁴⁷
<i>Aurelianus</i>		5.3.3	100 ²⁵
49.1.2	21 ¹²⁹	5.3.4-7	36 ¹³
		5.3.5	38 ²⁰
<i>Gordiani tres</i>		6.2.11	231 ⁵⁵
32.1	18 ¹⁰¹	Tacitus	
		<i>Annales</i>	
<i>Marcus Aurelius Antoninus philosophus</i>		1.1.3	184 ²
11.10	156 ³	1.1.5	184 ³
<i>Triginta Tyranni</i>		1.5.1	189 ¹⁶
25.4	18 ¹⁰¹	1.9	98 ²⁰
Suetonius Tranquillus		2.1-6	190 ²⁰
<i>De vita Caesarum</i>		2.39-40	189 ¹⁶
<i>Augustus</i>		2.40.1-3	189 ¹⁷
25.1	189 ¹⁶	2.73	190 ²⁰
		2.82-83	190 ²⁰
<i>Caligula</i>		3.30	21 ¹²⁶
1.3	190 ²⁰	3.56.2	98 ²⁰
16.1	188 ¹²	4.5	36 ¹³
		4.33.2	189 ¹⁴
<i>Claudius</i>		4.34.1	188 ¹⁰
4.7	162 ³⁵	4.34.10	189 ¹⁵
11	271	4.35.5	188 ¹²
		6.1-2	189 ¹⁶
<i>Iulius</i>		11.36	19 ¹⁰⁸
8-9	178 ²³	13.11	19 ¹⁰⁸
		13.27.1	20 ¹¹⁸
<i>Nero</i>		15.49	19 ¹⁰⁸
4	162 ³⁵	15.60	19 ¹⁰⁸
57.4	190 ²²		
		<i>Historiae</i>	
<i>Tiberius</i>		1.2.2	190 ²²
4	271	1.4	101 ²⁶

- | | | | |
|--|-------------------------------------|--|--|
| 2.8-9 | 190 ²² | | |
| 4.81 | 101 ²⁸ | | |
| Terentius Afer | | | |
| <i>Phormio</i> | | | |
| 575 | 361 | | |
| Tertullianus Carthaginiensis | | | |
| <i>Apologeticum</i> | | | |
| 50.11 | 7 ³⁹ | | |
| <i>De pudicitia</i> | | | |
| 9.9 | 278 ⁹⁵ | | |
| 19.25. | 278 ⁹⁵ | | |
| <i>Adversus Marcionem</i> | | | |
| 4.9 | 278 ⁹⁵ | | |
| Testamentum novum | | | |
| <i>Acta Apostolorum</i> | | | |
| 7.38 | 99 | | |
| 7.53 | 99 | | |
| 9.21-22 | 101 ²⁸ | | |
| 10.33 | 101 ²⁸ | | |
| <i>Pauli Tarsensis epistulae Romanis</i> | | | |
| 13.1 | 99 | | |
| <i>Galatis</i> | | | |
| 4.19 | 99 | | |
| <i>Hebraeis</i> | | | |
| 2.2 | 99 | | |
| Testamentum vetus | | | |
| <i>Exodus</i> | | | |
| 34.1 | 99 | | |
| <i>Deuteronomium</i> | | | |
| 5.6-21 | 99 | | |
| 12.18 | 99 | | |
| Tibullus | | | |
| <i>Elegiae</i> | | | |
| 2.4.53-54 | 13 ⁷⁴ | | |
| Valerius Maximus | | | |
| <i>Facta et dicta memorabilia</i> | | | |
| 4.2.7 | 10 ⁵⁶ | | |
| 7.7.2 | 47; 51 | | |
| 7.7.5 | 49 ¹² ; 53 ²⁰ | | |
| 7.8.1 | 50 ¹⁴ | | |
| 7.8.2 | 50 ¹⁴ | | |
| 9.1.4 | 69 | | |
| Varro | | | |
| <i>De lingua Latina</i> | | | |
| 5.43 | 43 ³⁵ | | |
| 5.63 | 227 ⁴⁰ | | |
| 5.73 | 227 ⁴⁰ | | |
| 5.144 | 38 ²⁰ | | |
| 6.69 | 128 ¹¹² | | |
| 7.22 | 227 ⁴⁰ | | |
| 7.28 | 36 ¹³ | | |
| 8.35 | 40 ²⁷ | | |
| <i>De re rustica</i> | | | |
| 1.7.2. | 146 | | |
| 1.7.7 | 227 ⁴⁰ | | |
| 1.40.43 | 68 ⁵² | | |
| 1.44.4 | 68 ⁵³ | | |
| 1.47 | 67 ⁴⁵ | | |
| 2.1.8 | 227 ⁴⁰ | | |
| 3.17.9 | 227 ⁴⁰ | | |
| 3.9.17 | 227 ⁴⁰ | | |
| Velleius Paterculus | | | |
| <i>Historiae Romanae</i> | | | |
| 2.14.3 | 17 ⁹⁶ | | |
| 2.104.1 | 189 ¹⁶ | | |
| 2.112.7 | 189 ¹⁶ | | |
| Xiphilinos | | | |
| <i>Epitome</i> (ed. Dindorf-Stephanus) | | | |
| 142, lin. 27 | 232 ⁵⁷ | | |
| Zonara | | | |
| <i>Epitome historiarum</i> | | | |
| 7.9 | 43 ³⁵ | | |
| 11.14.5-15 | 191 ²³ | | |

IV. FONTI CONCILIARI

Concilium Chalcedonense (a. 451)
can. 28 28

Concilium Constantinopolitanum I (a. 381)
can. 3. 28

Finito di stampare nel mese di dicembre 2019
nella Stampatre s.r.l. di Torino
Via Bologna, 220



Collana Dipartimento di Giurisprudenza di Palermo

Volumi pubblicati:

1. Giacomo D'Angelo, Monica De Simone e Mario Varvaro (a cura di), *Scritti per il novantesimo compleanno di Matteo Marrone*, 2019, pp. XVI-400.
2. Riccardo Ursi e Michele Perrino (a cura di), *Le società a controllo pubblico*, 2020, pp. VI-314.