

questa contemplata nell'ultima parte di I. 3.23 pr., nel luogo corrispondente della Parafraasi e nei riassunti di CI. 4.21.17.2 pervenutici nei Basilici; da reputarsi frequente in pratica, dato che, fra l'altro, la *lex commissoria* doveva con molta probabilità stipularsi esplicitamente, essendo *pro venditore*), con gli effetti propri ed esclusivamente di questo patto; infine, una compravendita con patto commissorio e patto arrale, in cui si sarebbero avuti, fin dove possibile, gli effetti di entrambi. Le fonti relative a quest'ultima fattispecie, rileva l'a., sono tutte di derivazione classica e contemplano per lo più il caso in cui il venditore avesse già effettuato la *traditio* della *res* (per effetto della quale avrebbe perduto la facoltà autonoma di recedere dal contratto, potendo scegliere solo fra guadagno dell'arra ed azione per l'adempimento, se il compratore non gli versava il residuo del prezzo nel termine pattuito).

5. Nelle pagine conclusive (151 ss.) l'a. riafferma la validità delle intuizioni centrali del Partsch e del Levy, troppo spesso trascurate dalla dottrina successiva, in ispecie più recente, che ha cercato altre strade per risolvere i problemi sollevati da I. 3.23 pr. e da CI. 4.21.17, senza tener conto della netta differenza tra questi due testi e della sua spiegazione solo in base alla diversa configurazione, in essi accolta, in merito alla *datio arrarum* ed alla compravendita. Infine (p. 155 ss.), critica severamente la nuova tesi del Talamanca (esposta nel lavoro *Osservazioni sull'arra nel diritto giustiniano*, in *Mél. Meylan* 1 [1963] 330 ss.), secondo la quale la costituzione pervenutaci in CI. 4.21.17 riguardava esclusivamente la compravendita traslativa propria dei diritti orientali, mentre nel testo delle Istituzioni sarebbero stati contemplati tre distinti tipi di tale negozio: a) la *venditio sine scriptura*, identificata con la compravendita obbligatoria; b) la *venditio cum scriptura*, identificata con la compravendita traslativa; c) la *venditio* dell'inciso « *sive in scriptis sive sine scriptis celebrata est* », la cui forma consisteva nella *datio arrarum* ed i cui effetti consistevano esclusivamente nelle penalità arrali. Ne dimostra la erroneità dei presupposti sui quali si basa e la infondatezza delle conclusioni sul piano sia dell'esegesi testuale che su quello puramente metodologico, riaffermando (giustamente) a quest'ultimo proposito la esigenza di tener presente, nello studio del diritto giustiniano, la distinzione fra diritto ufficiale e prassi.

DOMENICO NARDI

TAGLIACARTE.

1. «Zweite überarbeitete und ergänzte Auflage»: così viene presentata la nuova edizione di un libro preziosissimo, che era diventato ormai introvabile: KUNDEL W., *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen* (Graz-Wien-Köln 1967) p. XI-415. In realtà non si tratta di tutto ciò; ma di una ristampa fotografica, con la sola aggiunta di un'appendice bibliografica (non completissima) a p. 406 ss. Precisazione doverosa, che, del resto, non impedisce menomamente di salutare la meritata fortuna del libro, ed anzi spinge a constatarne, dopo quindici anni dalla prima apparizione, la immutata freschezza. [A. G.]

segnalata è contenuta un'appendice, che è costituita dalla ristampa di due scritti dell'A.: « *La democrazia romana* » e « *La crisi della democrazia romana* » (pubbl. rispettivamente in *AUCT.* 1 [1947] 91 ss. nonchè, con 'postilla', in GUARINO, *Ord. giur. rom.*³ [Napoli 1959] spec. 374 s., e in *Labeo* 13 [1967] 7 ss. [ora la prolusione detta a Napoli nel 1966 è corredata dalla bibliografia principale]).

I due scritti finali sono ripubblicati non per *vis abtractiva materiae*, ma piuttosto per la loro funzione, didascalica anche, di una interpretazione storica della fonte che si è voluta presentare prima in modo scarno, nella sua originaria natura di documento. [V. G.].

5. Gai 2.15: *Sed quod diximus, et boves equos mulos asinos Mancipi esse, nunc videamus quomodo intellegendum sit. Sane nostri quidem praeceptores ea animalia statim ut nata sunt Mancipi esse putant; Nerva vero et Proculus et ceteri diversae scholae auctores non aliter ea Mancipi esse putant quam si domita sunt; et si propter nimiam feritatem domari non possunt, tunc videri Mancipi esse incipere, cum ad eam aetatem pervenerint, in qua domari solent.* Il testo di Gaio (che si riporta nella ricostruzione impeccabile sostenuta dal NICOSIA, *Il testo di Gai 2.15 e la sua integrazione*, in *Labeo* 14 [1968] 167 ss.) pone da gran tempo il problema se l'opinione dei Proculiani costituisse una innovazione rispetto a quella dei Sabiniani: problema cui ha da ultimo dedicato un attentissimo esame, in pagine molto lucide, il Nicosia (N. G., « *Animalia quae collo dorsove domantur* », in *Iura* 18 [1967] 45 ss.). Il Nicosia critica con vero acume l'opinione prevalente (da ultimo sostenuta, con ampia argomentazione, dal GALLO, *Studi sulla distinzione tra « res Mancipi » e « res nec Mancipi »* [1958] 27 e nt. 15, 40 ss.), secondo cui la teoria proculiana avrebbe riflettuto l'impostazione più antica. Egli sostiene, al contrario, che l'opinione tradizionale, risalente alle origini, sarebbe stata quella (rigoristica e semplicistica) della scuola sabiniana e che, viceversa, la tesi proculiana sarebbe venuta in essere, successivamente al *de re rustica* di Varrone, ma forse già prima di Nerva e Proculo (cfr. p. 105 ss.), in virtù di concezioni socio-economiche più moderne di quelle sabiniane. I motivi essenziali di questo suo convincimento sono i seguenti: *a*) la tendenza costante della giurisprudenza romana non fu nel senso di allargare il campo di applicazione della categoria *res Mancipi*, ma fu nel senso di escludere dalla stessa « cose e figure di nuova introduzione che erano esattamente dello stesso tipo di quelle già incluse nelle *res Mancipi* » (es.: gli elefanti e i cammelli di Gai 2.16, i fondi provinciali, le servitù di formazione successiva alle quattro originarie); *b*) altra tendenza sicura della giurisprudenza, anzi di tutto il diritto romano fu quella di progressivamente « togliere di mezzo l'intralcio costituito dal rigoroso regime di circolazione giuridica stabilito per le *res Mancipi* » (si pensi all'*usucapio* e all'*actio Publiciana*); *c*) mentre nell'antica economia familiare il numero dei capi di bestiame da tiro e da soma era limitato, la successiva industrializzazione dell'economia agricola romana comportò la formazione di vaste mandrie di buoi, cavalli, muli ed asini, gran parte dei quali (sopra tutto trattandosi di buoi) erano destinati alla macellazione o erano comunque destinati alla vendita in giovane età (in età cioè anteriore a quella dell'eventuale domatura), e per di più ad una vendita in grosse partite, che rendeva « anacronistica e intralciante la

necessità di compiere singolarmente, per ogni capo, il rito solenne della *mancipatio*». Ma questi argomenti (indubbiamente efficacissimi a rendere del tutto inverosimile che la nozione proculiana sia stata quella originaria) valgono veramente a concludere che la tesi proculiana sia stata formulata, nei confronti della preesistente teoria sabiniana, allo scopo di restringere il campo di applicazione della *mancipatio* nei confronti degli *animalia, quae collo dorsove domantur*? Io ne dubito: a) perchè la tendenza indiscutibile a non incrementare il novero delle *res Mancipi* non significa che i giuristi romani fossero addirittura portati a ridurre quel novero; b) perchè allo scopo di evitare il ricorso alla *mancipatio* (o all'*in iure cessio*) la via seguita dai Romani fu semplicemente quella della *traditio* della *res Mancipi* tutelata da congrue stipulazioni di garanzia e subordinatamente dall'*actio Publiciana*; c) perchè la *mancipatio* di una partita di animali da tiro o da soma la si faceva presumibilmente, in età storica, con un'unica *imagitaria venditio* (cfr. Gai 4.17, per l'ipotesi parzialmente analoga della *vindicatio* nell'*actio sacramenti in rem*). Ciò posto, escluderei che la controversia tra Sabiniani e Proculiani in materia di *animalia, quae collo dorsove domantur*, sia derivata da un diverso orientamento pratico delle due scuole. Si trattò probabilmente di una pura e semplice divergenza interpretativa, localizzabile proprio e solo nel sec. I d.C., nei confronti di un principio tradizionale ambiguamente espresso. La vecchia regola civilistica includeva tra le *res Mancipi* gli *animalia, quae collo dorsove « domantur »*: era naturale che, nello spirito polemico che presiedeva ai rapporti tra le due scuole, gli uni (e precisamente i Sabiniani) fossero portati ad intendere il *domari* in senso astratto (nel senso cioè di *animalia, quae collo dorsove domari solent*) e gli altri (i Proculiani) fossero indotti per reazione a sostenere che *domantur* solo gli *animalia* effettivamente *domita*, o tutt'al più gli *animalia* in età di essere *domati*. E' sintomatico che Gaio, il quale pur afferma che « *magna autem differentia est inter Mancipi res et nec Mancipi* » (cfr. Gai 2.18), non prende esplicita posizione in ordine alla controversia (puramente congetturale, e giustamente posta in dubbio dal NICOSIA, p. 71 nt. 78, la ricostruzione *quae domari solent* in Gai 2.14 a): ciò dipende evidentemente dal fatto che ai suoi occhi la controversia aveva puro sapore teorico, non essendovi dubbio ai suoi tempi (e già in quelli di Nerva e Proculo) che, « *si tibi rem Mancipi neque Mancipavero neque in iure cessero, sed tantum tradidero, in bonis quidem tuis ea res efficitur* » (cfr. Gai 2.41). [A. G.].

⁴ G. Nel suo caratteristico stile asciutto, essenziale e per ciò appunto singolarmente brillante, André Magdelain affronta, in un breve ma densissimo saggio, lo studio affascinante della *lex curiata* e degli *auspicia* di investitura magistratuale (MAGDELAIN A., *Recherches sur l'« imperium »*, *La loi curiate et les auspices d'investiture*, n. 12 della serie *Sciences historiques* dei *Travaux et Recherches de la Fac. de dr. et de sc. écon. de Paris* [Paris 1968] p. 75). La tesi dell'a. è quanto mai originale: a) premesso che le magistrature repubblicane non furono presumibilmente istituite da specifiche leggi, si spiega l'importanza della *lex curiata* rogata successivamente alla loro elezione: si trattava dell'atto di investitura dei magistrati (« *seule la loi curiate réalise l'investiture proprement dite en conferant le justus magistratus* »: cfr. Messala *apud* Gell. 13.15.4); b) la *lex curiata* (totalmente estranea all'età

regia) era richiesta dal predecessore, prima dell'entrata in carica del nuovo magistrato, allo scopo di dare a costui la possibilità di prendere gli *auspicia* nel primo giorno delle sue funzioni; *c*) gli *auspicia* che il nuovo magistrato prendeva all'entrata in carica (da non confondere con quelli relativi all'elezione) completavano sul piano sacrale la sua investitura (« il requiert lui-même son approbation de Jupiter, il se fait investir de lui »), conferendogli il cd. *imperium domi*; *d*) gli *auspicia* che il comandante di eserciti prendeva sul Campidoglio all'atto della sua partenza servivano, a loro volta, all'attribuzione del cd. *imperium militiae*, il quale fu sin dalle origini nettamente distinto dall'*imperium domi* (« alors que le pouvoir civil est continu et dure pendant toute l'année de la magistrature, l'*imperium* militaire ne prend naissance qu'avec les auspices du départ et s'éteint quand le général à son retour à Rome franchit le *pomoerium* »). Naturalmente, i quattro punti che precedono danno solo uno schema della monografia, che è ricca di altre interessanti e profonde notazioni, sulle quali non possiamo qui che sorvolare. La tentazione di lasciarsi convincere è, per qualunque lettore, veramente forte. Ma, almeno in me, un certo scetticismo è incoercibile, sopra tutto per questi motivi: *a*) anche a voler ammettere che le magistrature repubblicane non siano sorte da precise e specifiche leggi istitutive (ma la questione è assai più complessa e va rapportata al lungo processo evolutivo da cui probabilmente uscì la *respublica Romanorum*), è assai poco credibile che a magistrati eletti dai *comitia centuriata* e dai *comitia tributa*, cioè da assemblee attive e influenti della compagine costituzionale repubblicana, sia occorsa una investitura proprio da parte dei *comitia curiata*, che erano l'espressione di una struttura costituzionale ormai superata; *b*) tanto meno credibile è la tesi, quando si sostiene, contro la *communis opinio* (cui aderisco), che la *lex curiata* non fu affatto il residuo di una istituzione operante in età regia, ma fu proprio introdotta nel sistema repubblicano allo scopo di conferire ai *magistratus* il potere di prendere gli *auspicia*; *c*) troppo rischiosa sembra, d'altra parte, la dimostrazione che gli *auspicia* di « entrata in carica » non erano quegli stessi che rendevano possibile l'elezione, così come parecchie e attendibili fonti testimoniano: non si capisce, oltre tutto, quale sarebbe stato il destino del magistrato, cui i presunti *auspicia* di entrata in carica, da prendersi appunto nel primo giorno della stessa, fossero riusciti infausti (si doveva forse procedere a nuove e tardive elezioni?); *d*) venuta meno l'attendibilità dei presunti auspici di entrata in carica, va necessariamente ridimensionata, approssimativamente entro i limiti della *communis opinio*, l'importanza degli auspici presi dal generale al momento della partenza, anche se plausibili e convincenti appaiono molti rilievi sui concetti di *imperium domi* e di *imperium militiae* (non però sulla loro pretesa distinzione *ab origine*). Comunque, siccome l'eccellente saggio del M. è sicuramente tra quelli su cui si fermerà parecchio l'attenzione dei futuri indagatori, ogni conclusione sui suoi risultati è meglio per ora rinviarla. [A. G.].

7. Diligente ed equilibrata la sintesi dedicata dal Pieri alla storia del *census* dalle origini ad Augusto (PIERI G., *L'histoire du cens jusqu'à la fin de la République romaine* [Paris 1968] p. 213). La monografia, che costituisce il n. XXV delle pubblicazioni dell'Institut de droit romain dell'Università di Parigi, non ha « la préten-

tion de résoudre la totalité des questions » sollevate dall'istituto del censo, ma intende solo (e vi riesce felicemente) tracciare un quadro generale di una materia che, ormai da circa un secolo, aveva costituito oggetto soltanto di assaggi e di interventi specifici e limitati. Auguriamo al giovane autore di proseguire negli studi felicemente intrapresi e di scavare ancora e più a fondo, in avvenire, in un terreno fertilissimo, di cui sin da ora si è reso manifestamente padrone. [A. G.]

8. Le espressioni *gubernare navem*, *gubernare rem publicam*, il loro significato nel corso della storia di Roma, l'influenza che la prima, propria del diritto marittimo, ha avuto sulla seconda, traslata, peculiare del diritto pubblico (costituzionale), costituiscono i temi, ampi e interessanti, della recente indagine di Cesare Maria Moschetti (C. M. M., « *Gubernare navem, gubernare rem publicam* », *Contributo alla storia del diritto marittimo e del diritto pubblico romano*, Quaderni di Studi Senesi [Milano 1966] p. VII-269, con due tav. f.t.). Dopo una breve introduzione (p. 1-9), in cui sono esposti i motivi e il programma della ricerca, l'a. nella « parte prima » (p. 13-100), definisce — riprendendo sostanzialmente un articolo già apparso in *SDHI.* 30 (1964) 50 ss. e che ridestò i contrasti, sopiti ma non spenti, della dottrina sull'argomento (v. GUARINO, « *Magister e gubernator navis* », in *Labeo* 11 [1965] 36 ss.) — la figura « reale » (in contrapposizione a quella « ideale » della seconda parte) del *gubernator navis*. Esaminato, sulla base di numerosissime fonti, massime letterarie, il contenuto dell'*ars gubernandi*, intesa come conoscenza del difficile mestiere del navigatore, e delineata la figura del *gubernator navis*, che le fonti, anche qui citate in gran numero, qualificano come *bonus, prudens, sollicitus, diligens, peritus* ecc., in contrapposto al *κακός κυβερνήτης*, il Moschetti si sofferma, in particolare, sui rapporti esistenti tra il *magister navis* e il *gubernator navis*, per escludere la identificazione delle due figure, giacchè il *magister* sulla nave si occupava delle sole operazioni economiche e commerciali, mentre il *gubernator*, pur essendo tenuto all'osservanza di istruzioni e di ordini dell'*exercitor* e del *magister*, aveva il comando tecnico, esclusivo ed autonomo, della nave.

Come e quando la figura del *gubernator navis* sia stata trasportata nella vita politica ad indicare il supremo reggitore dello stato, e il significato che la metafora è venuta assumendo nel periodo della *Res publica* prima, in quello del Principato e dell'Impero poi, sotto l'influsso del cristianesimo, formano oggetto della seconda parte (p. 101-248). Sorta nel pensiero politico, e prima ancora in quello filosofico, greco, e introdotta in Roma per la solita via dei circoli intellettuali (circolo degli Scipioni), la metafora del *κυβερνήτης* come simbolo del capo di stato è teorizzata da Cicerone (cap. I, p. 103-176), il quale l'accoglie, la modifica, l'adatta (giustificando la figura unica del capo dello stato per la *necessitas* che le contingenze politiche del momento impongono); sì che gli scrittori del Principato, ampliando e svolgendo spunti già in essa accennati, e massime quello mistico-religioso, non hanno difficoltà ad accogliere la tematica ciceroniana, ad individuare nel *princeps* il « *gubernator navis imperii* », a porte, a fondamento del suo potere, il mandato divino (cap. II, p. 177-201). Quest'ultimo motivo spiega lo sviluppo della metafora nell'ideologia cristiana, e soprattutto nel pensiero dei Padri della Chiesa, ove si colora di sfaccettature diverse a seconda dei soggetti