PUBBLICAZIONI
DEL DIPARTIMENTO DI DIRITTO ROMANO E STORIA DELLA SCIENZA ROMANISTICA
DELL'UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI NAPOLI « FEDERICO II »
VII

ANTONIO GUARINO

PAGINE DI DIRITTO ROMANO

IV

CASA EDITRICE DOTT. EUGENIO JOVENE
NAPOLI 1994

Pubblicazione finanziata dal Consiglio Nazionale delle Ricerche
sotto la responsabilità del professore Vincenzo Giuffrè

DIRITTI D'AUTORE RISERVATI
© *Copyright 1994 by Casa editrice Jovene - Napoli*

Stampato in Italia *Printed in Italy*

Tipografia G. Pipola - Via Anticaglia, 17 - Napoli

INDICE GENERALE

Sezione VI

IL GIURIDICO NELL'ORDINAMENTO ROMANO

pag.

Variazioni sul diritto arcaico 3
1. La concezione arcaica del « ius », p. 3
2. La fattualità del diritto più antico, p. 13

« Ius Quiritium » 21

Dal « ius civile » al « ius Quiritium » 29

Intorno alle « leges regiae » 54
1. Romolo e l'adulterio, p. 54
2. Il « ius osculi » e Romolo, p. 57
3. « Nocturna amica », p. 59
4. « Fulminibus occisus », p. 64

Il carattere decretale delle leggi arcaiche 68
1. La legislazione arcaica nel racconto di Livio, p. 68
2. Il « ius publicum » e le « XII tabulae », p. 73

Una palingenesi delle XII tavole? 77
Postilla: Il decemvirato legislativo, p. 85

Il dubbio contenuto pubblicistico delle XII tavole 87
Postilla: I « privilegia » dai romanisti a Cicerone, p. 101

pag.

Il processo privato nelle « XII tabulae » 106
1. « Manum conserere », p. 106
2. « Et ego te », p. 109
3. « Partes secanto », p. 111
4. « Corporis sectio », p. 113
5. « Addicti » e « servi », p. 117
6. « Praesenti litem addicito », p. 120

« Sui » e « adgnati » nelle « XII tabulae » 128
Postilla prima: « Familia pecuniaque », p. 132
Postilla seconda: Ancora sugli enigmatici versetti, p. 137

« Ast ei custos nec escit » 138

Le « XII tabulae » e la « tutela » 146

« Furiosus » e « prodigus » nelle « XII tabulae » 154

Le « XII tabulae » e il caso di Malleolo 165

Il « furtum » nelle « XII tabulae » 180
1. L' « endoploratio », p. 180
2. Il « fur nec manifestus », p. 183
3. « Partes necessariae », p. 187

Il proteiforme « ius gentium » 190

L' « aequitas » 198

« Edictum perpetuum » 211

La pretesa codificazione dell'editto 218
Postilla prima: Opinioni codificate?, p. 249
Postilla seconda: « Iustitia principis », p. 251
Postilla terza: Una porzione di panna, p. 252

La leggenda sulla codificazione dell'editto e la sua genesi . . 253

L'editto edilizio e il diritto onorario 267
Postilla: Ancora sull'editto edilizio, p. 272

Gaio e l' « edictum provinciale » 279

pag.

La formazione dell'editto perpetuo 296

« De albo corrupto » 347

L'editto in casa Cupiello 356

La consuetudine e il catalogo delle fonti 364

Giuliano e la consuetudine 369

Il « ius publice respondendi » 384
Postilla prima: Sulla tesi di W. Kunkel, p. 401
Postilla seconda: Sulla tesi di A. Magdelain, p. 405
Postilla terza: Sulla letteratura successiva, p. 409

« Iura condere » 412

La compilazione dei « Digesta Iustiniani » 417
Postilla: Giustiniano e il classico, p. 454

Lo spettro dei Digesti 455
Postilla prima: La catena di lavorazione, p. 468
Postilla seconda: Un precedente teodosiano?, p. 470
Postilla terza: Piccoli passi in avanti?, p. 471

Giustiniano « interpolante se stesso »? 473

La compilazione giustinianea e la personalità dei compilatori . . 477
Postilla: Patrizio figlio di Leonzio?, p. 492

I Digesti e la « summa » dell'Anonimo 494

Le compilazioni giuridiche bizantine e l'indagine storico-critica . 509

Sezione VI

IL GIURIDICO NELL'ORDINAMENTO ROMANO

VARIAZIONI SUL DIRITTO ARCAICO

1. La concezione arcaica del « ius ».

1. Con il suo libro su *Das altrömische « ius »*, Max Kaser ha coronato, e forse non ancora in modo definitivo, il ciclo ormai piú che decennale delle sue interessanti e penetranti ricerche sul diritto arcaico di Roma.

Giova dir subito che l'opera, come le precedenti del K., dice molto di nuovo ed appunto per ciò molti dubbi solleva in chi legge. Ma, a prescindere dall'alto grado di opinabilità della *subiecta materia*, destar dubbi ed eventualmente critiche e reazioni non è certo una pecca in uno studio, quando sia, come questo, tanto seriamente e rigorosamente condotto.

Scopo dichiarato dell'a. (cfr. p. 3, 7 ss.) non è quello di ricostruire, *in toto* o in parte, il diritto arcaico di Roma, ma è di rintracciare, attraverso lo studio di istituti giuridici arcaici opportunamente prescelti, la concezione originaria del *ius* ed i mutamenti di essa sin verso la metà del sec. III a.C., cioè sino al termine di quel che per il K. deve ritenersi il primo periodo della storia giuridica romana. Ricerche, insomma, di « Rechtsgeschichte » intese come mezzo al fine della evocazione della « Rechtsvorstellung » (anzi, preciso, della « *ius*-Vorstellung ») degli antichissimi Romani. Tanta abbondanza e varietà di materie trattate non sembra, forse, sempre strettamente rispondente all'economia del lavoro, né agevola quindi, in certi casi, la rapida e sicura penetrazione della tesi centrale. Essa costituisce, peraltro, una prova luminosa di tali capacità di lavoro, latitudine di visuali, vigore di indagine, che confermano pienamente l'eccellenza di storiografo e di giurista del K. e lo qualificano con sicurezza tra i migliori specialisti dei difficili problemi di origine.

* In *Iura* 1 (1950) 427 ss. Recensione a Kaser M., *Das altrömische « ius ». Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer* (Göttingen 1949) p. 382.

Molto opportunamente, quanto alla scelta del metodo di ricerca, si è proposto l'a. di attenersi a quello della induzione evoluzionistica (il cd. metodo « organico » o « naturalistico » del Bonfante), ripudiando gli allettamenti e le insidie della comparazione con gli altri diritti dell'antichità. Non saprei dire, peraltro, se al proponimento corrisponda sempre l'attuazione. L'a. non manca certo di fantasia, nel senso piú nobile della parola, ma predilige, con tutta evidenza, il muoversi sul terreno dei dati concreti: sicché, mentre le sue argomentazioni in ordine al diritto decemvirale (di cui tracce, sia pur minime, esistono nelle fonti) spesso si impongono per la forte coerenza che le distingue, non altrettanto suggestive e convincenti risultano, a volte, le sue illazioni sullo stato predecemvirale del diritto arcaico. Avviene talora, per questo riguardo, di incontrarsi in alcunché di arbitrario, di artificioso, di aprioristico nelle tesi che il K. difende. Non sempre esiste o si vede, in altri termini, una verosimile e soddisfacente conseguenziarietà tra i punti di arrivo, deduttivamente accertati o testualmente conosciuti, ed i punti di partenza, quali induttivamente li determina l'a.

Ne consegue, a mio personale giudizio, che, delle quattro sezioni in cui il libro si divide, le migliori paiono, e di gran lunga, le due sezioni centrali, del resto le piú ampie, là dove l'a. magistralmente si misura, di volta in volta, con singoli problemi ricostruttivi di istituti arcaici, e in particolare con i problemi del loro assetto decemvirale. Le altre due sezioni, prima e quarta, specificamente dedicate all'individuazione della concezione decemvirale, ma soprattutto predecemvirale del *ius*, pur abbondando di felicissimi spunti, mi sembrano, invece, dare adito a un certo numero di critiche e interrogativi.

2. Per maggiore evidenza della presente recensione, riassumerò l'opera del K. in un ordine alquanto diverso da quello suo proprio, concentrando l'attenzione sui paragrafi che piú immediatamente riguardano il tema specifico dell'« altrömische Rechtsvorstellung ».

Poche parole sulla lunga sez. III (« Die Verwirklichung des *Ius* »: §§ 19-31, p. 174-300): vera e propria raccolta di piccole e squisite monografie, che farebbero da sole la fortuna di un libro, ma che non è possibile, per motivi di sede e di spazio, valutare minutamente. Basterà dire che l'a. intende mostrare, in queste pagine, l'intima connessione verificantesi in età decemvirale tra diritto privato sostanziale e diritto processuale, nonché l'alta importanza degli effetti riflessi esercitati dal secondo sul primo. A quest'uopo, tralasciando la disamina dei diritti, diremmo noi, assoluti (ch'egli ha già egregiamente compiuta nell'opera *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*, del 1943), il K.

tratta i seguenti argomenti: la responsabilità *ex delicto* (§§ 20-21), l'*iniuria* (§ 22), il *furtum* e le figure affini (§ 23), la responsabilità per danneggiamento e quella nossale (§§ 24-25), il *nexum* (§ 26), la *iudicis arbitrive postulatio* (§ 27), la *sponsio* e la *stipulatio* (§§ 28-29), la *condictio* (§ 30), le *actiones ex fide bona* e *in incertum* (§ 31).

Nella sez. II (« *Ius* als Urteilsgrundlage und Urteilsinhalt »: §§ 13-18), il K. concentra l'indagine sul regolamento decemvirale dei giudicati privati, delle *nuncupationes* e dei *legata*, al fine di dimostrare che in età decemvirale: *a*) *ius* era essenzialmente il diritto privato (cfr. anche p. 11 ss.); *b*) il processo privato si esauriva di regola *in iure* con l'*addictio* del magistrato (cfr. anche, diffusamente, l'articolo *Zum Ursprung des geteilten römischen Zivilprozessverfahrens*, in *Fs. Wenger* 1 [1944] 106 ss.); *c*) il *ius privatum* non era considerato come precostituito da norme, ma era essenzialmente ravvisato in ciò che un giudicato avesse proclamato o si ritenesse che avrebbe proclamato *ius* (cfr. p. 101: « Wer zu dieser Zeit '*ius est*' sagt, der drückt damit aus, dass ein bestimmtes Verhalten deshalb als rechtsmässig gilt, weil es entweder in einem bereits darüber gesprochenen Urteil als rechtsmässig erkannt wurde oder doch in einem möglichen Prozess als rechtsmässig gebilligt werden würde »). A riprova di questa terza affermazione, l'a. passa a dimostrare: *aa*) che il giudicato aveva efficacia *erga omnes*, cioè creava il *ius* non solo tra le parti, ma anche rispetto ai terzi (§ 14, p. 104 ss.); *bb*) che le *nuncupationes* e i *legata* avevano, in forza delle tab. 6.1 e 5.3 (« . . . *ita ius esto* »), efficacia pari a quella del giudicato, e perciò appunto *erga omnes* (§ 15, p. 118 ss.). Interessantissimi, ma meno strettamente pertinenti al tema, sono i tre paragrafi successivi, in cui l'a. si occupa della *mancipatio* e del problema dell'*actio auctoritatis* (§ 16, p. 135 ss.), nonché delle questioni relative all'origine ed all'oggetto dei *legata* (§§ 17-18, p. 147 ss., 159 ss.).

3. È sulla base di queste ricostruzioni, relative all'epoca decemvirale, che il K. procede, nella prima e nella quarta sezione del libro, all'induzione sul concetto primitivo di *ius* ed alla precisazione dei suoi rapporti con la religione e di tutto il suo *iter* evolutivo sino alla fine del periodo arcaico (v. anche l'articolo su *Religione e diritto in Roma arcaica*, in *AUCT.* 3 [1949] 81 ss.).

Se in età decemvirale il concetto di *ius* era ancora cosí strettamente collegato con il processo privato, che aveva d'altronde caratteri cosí spiccatamente autoritativi, sembra lecito all'a. ipotizzare che quel concetto sia appunto scaturito dall'attività di risoluzione delle controversie private. L'analisi dell'antichissima procedura sacramentale porta anzi il K.

ad affermare che la funzione originaria del *sacramentum* sia stata di trasformare una bruta e indiscriminabile lite tra uomini in una lotta, alla cui soluzione fossero interessati gli dei (o meglio, i démoni preesistenti: cfr. § 32, p. 301 ss.), sicché le radici lontane del *ius* sarebbero da ravvisare in un duello ordalico, in un « giudizio di Dio » (§ 2, p. 11 ss.): il che parrebbe confermato dallo studio dei piú antichi rapporti internazionali e dalla affinità del *iustum bellum* con la privata ordalia (§ 3, p. 20 ss.). Il duello ordalico come mezzo di risoluzione delle liti private fu sostituito assai per tempo dal sistema di risoluzione mediante prove delle proprie affermazioni e valutazione di dette prove da parte del *rex* (piú tardi, dei *magistratus*): comunque, anche con questo nuovo sistema, il *ius* scaturí dal caso concreto e solo l'accumularsi, nei secoli, dei « precedenti » giudiziali permise la formazione, lentissima, del concetto di norma, quindi il diffondersi del concetto di *ius* come sistema di norme predeterminate (§ 5, p. 35 ss.). Solo quando cominciò a prender piede questa nuova e progredita concezione avvenne che, progressivamente: da un lato, entrò a far parte della sfera del *ius* la materia dei *crimina* (originariamente considerati come violazioni sacrali ed assai lentamente trasformatisi, nel pensiero degli antichi, in atti lesivi degli interessi della comunità cittadina: §§ 6-7, p. 42 ss., 53 ss.); d'altro lato, attraverso la formazione dell'istituto della *lex* normativa, non anteriore al sec. V a.C., il *ius*, soverchiando l'ambito limitato della decisione delle liti, giunse ad abbracciare ogni sorta di rapporti (§ 8, p. 63 ss.). Dopo di che, superato il periodo di transizione di cui sono esponenti le *XII tabulae*, poté il *ius*, sempre piú sicuramente e diffusamente concepito come sistema di norme sociali di condotta, avviarsi verso le sue storiche ripartizioni e specificazioni (*ius privatum* e *publicum*, *ius civile* e *gentium*, *ius civile* e *honorarium*, *ius* in senso obbiettivo e subbiettivo: §§ 9-12, p. 74 ss., 82 ss., 88 ss., 92 ss.).

Tutta la cennata ricostruzione si fonda, come è evidente, su due presupposti critici, che contestano le concezioni correnti sul piú antico diritto romano. Il primo presupposto, per il quale il K. rimanda spesso alle argomentazioni di un suo precedente e ben noto lavoro (« *Mores maiorum* » *und Gewohnheitsrecht*, in *ZSS.* 59 [1939] 52 ss.), è che i *mores maiorum*, nei quali comunemente si ravvisa il contenuto originario del *ius* romano, non abbiano avuto in origine nulla a che fare col *ius*, ch'era invece l'espressione di un sentimento spontaneo e comune delle esigenze naturali della stirpe quiritaria. L'altro presupposto, ampiamente trattato nel libro, è che, anche ammessa una derivazione dei princípi di *ius* dalla religione, tuttavia diritto e religione abbiano

operato in origine in due sfere nettamente distinte, la sfera profana dei rapporti umani e la sfera sacra delle relazioni con le divinità, di modo che i nessi tra loro intercorrenti in età arcaica sono da concepire come creati solo in un secondo momento, artificialmente, dagli uomini. La quale ultima tesi viene formulata e ampiamente svolta in un paragrafo della prima sezione (§ 4, p. 22 ss.), in cui l'a. parla dei rapporti tra *ius* e *fas*, nonché in tutta la quarta sezione (« Formalismus und sakrale Elemente im *ius* »: §§ 32-36), ove egli, attraverso una minuziosa e finissima analisi dei punti di contatto tra *ius* e religione romana, da un lato precisa l'apporto di questa a quello (sopra tutto con riguardo al formalismo, originariamente magico, degli atti giuridici), dall'altro chiarisce che si tratta solo ed esclusivamente di sviluppi posteriori all'epoca antichissima in cui, mediante il *sacramentum*, furono per la prima volta interessati gli dei ad assicurare a chi avesse agito secondo *ius* la vittoria su chi avesse commesso una *iniuria*.

4. Tralascio di segnalare le coincidenze, del resto evidenti, di alcuni risultati del K. con quelli parallelamente e indipendentemente raggiunti da altri egregi studiosi, tra cui principalmente il Noailles e il Gioffredi. L'autorevolezza di cosí fatte collimanze non può non indurre a riflettere piú d'una volta prima di decidersi a respingere tesi come quella dell'originario duello ordalico, della inesistenza alle origini di una concezione normativa del *ius*, della antichissima identificazione del processo privato con la fase *in iure*, della scaturigine prima del *ius* rappresentata dal giudicato, e cosí via dicendo. Ciò non toglie che, almeno in me, rimangano dubbi fortissimi circa l'accettabilità di queste (del resto, alquanto relative) novità storiografiche.

A mio giudizio, di sicuramente accoglibile nei risultati del K. vi è: *a*) l'intimo collegamento in diritto arcaico tra gli istituti giuridici privati e le loro realizzazioni processuali, che l'a. mi sembra abbia efficacemente lumeggiato nella terza sezione della sua opera; *b*) la riduzione dell'ambito del *ius* predecemvirale alle materie privatistiche, e in particolare la esclusione dalla sfera predecemvirale del *ius* della repressione dei *crimina*, impeccabilmente dimostrata nei §§ 6-7; *c*) l'affermazione che la *lex*, intesa come provvedimento normativo, abbia fatto la sua apparizione soltanto nel sec. V a.C., a cominciare dalle *XII tabulae* (le quali, peraltro, vorrei precisare che non furono ancora *leges publicae* per i motivi che ho esposto in altra sede: cfr. le mie lezioni su *L'ordinamento giuridico romano*); *d*) infine, gran parte delle preziose osservazioni relative alla influenza esercitata dalla religione sul diritto arcaico in genere e sul formalismo degli atti giuridici in ispecie.

Meno persuasiva la ricostruzione della « Rechtsvorstellung », della concezione del giuridico, propria dei Romani in età decemvirale: ricostruzione visibilmente intesa a dar maggiore credito alle intuizioni relative alla concezione predecemvirale del *ius*. Qui mi sembra che l'a. incorra in qualche contraddizione e che, comunque, voglia tirare troppe e troppo audaci conseguenze dagli elementi che adduce, anche se veri.

Abbiamo visto che, in ordine all'età delle *XII tabulae*, il K. ammette, nella prima sezione del libro, che il *ius* romano non riguardasse piú esclusivamente le materie privatistiche; e inoltre che il processo privato fosse diviso in due fasi, di cui però la seconda, quella *apud iudicem*, era nella *legis actio sacramento* eventuale e facoltativa; che, ancora, le norme giuridiche scaturissero ormai anche da *leges* normative e che, pertanto, il concetto di norma giuridica (anche a voler ammettere che prima non fosse già esistito) si fosse in qualche modo fatto strada. Orbene, ciò dato, alquanto contraddittoria mi sembra la tesi che in età decemvirale il giudicato privato fosse considerato creativo di *ius* e che giustappunto ad un giudicato fossero assimilati dalle *XII tabulae* le *nuncupationes* ed i *legata*. Vero è che l'a. potrebbe ribattermi essere tale contraddittorietà da imputare non a lui, ma ai tempi, ch'erano tempi di passaggio dalla concezione, dirò cosí, giudiziale del diritto a quella normativa di esso. Ma la replica avrebbe valore sino ad un certo punto, e, in ogni caso, mi pare resti assorbita dall'ulteriore doveroso rilievo che le prove raccolte dal K. non sembrano davvero sufficienti.

Se non erro, infatti, l'assimilazione ai giudicati delle *nuncupationes* e dei *legata* è soltanto una illazione dell'a., la quale non è certo legittimata dall'« *ita ius esto* » delle tab. 6.1 e 5.3: espressione che, in sé e per sé considerata, sembra avere significato ben diverso. Tutto, dunque, dipenderebbe, secondo il K., dalla dimostrazione che « das Urteil schafft Recht ». Ma non mi pare di potervi consentire, perché occorrerebbe dimostrare, a sostegno di simile tesi, qualche cosa di piú, qualcosa che, peraltro, farebbe a pugni con l'ambientazione di una sia pur limitata concezione normativa del diritto nell'età decemvirale: e cioè che solo dalla sentenza scaturisce il diritto. Posto che questa ulteriore proposizione non è, con riguardo alla stessa evoluzione generale proposta dal K., dimostrata, è evidente che tutta la tesi dell'a. si traduce in una sua autorevole, ma personale, impressione.

D'altra parte, non so fare a meno di esprimere i miei dubbi in ordine al principio, già formulato dal Pflüger (in *ZSS.* 63 [1943] 301 ss.), che, nell'età delle *XII tabulae*, il giudicato privato fosse creativo di diritto ed avesse, piú precisamente, efficacia *erga omnes*. Estremamente

tenui, anche se sottilissimamente argomentati, sembrano, a questo proposito, gli indizi che l'a. (p. 111 ss.) adduce in relazione al caso della *sententia* emessa dal *iudex privatus*: profondamente alterato e, comunque, di discutibilissima interpretazione, è, in particolare, Pomp. - Q. Muc. D. 40.7.29.1. Relativamente poi all'ipotesi che il processo si concludesse nella fase *in iure*, gli argomenti precipui, che l'a. (p. 104 ss.) produce, sono costituiti dalla efficacia universale dell'*addictio praetoris* nel caso di *in iure cessio* ed in quello di assenza *post meridiem* del *contravindicans* (*tab.* 1.8: « *post meridiem praesenti litem addicito* »): casi, si noti, che l'a. non ritiene isolati ed eccezionali, ma indicativi di una regola generale, secondo cui, salvo eccezioni, il processo privato si definiva *in iure* con una decisione magistratuale. Ma obbietterei, in primo luogo, che ambedue le citate fattispecie sono evidentemente fattispecie specifiche, non perducibili *ad consequentias*, nelle quali la *addictio praetoris* non copre affatto una decisione giudiziale, ma è legittimata dal comportamento concludente del *cedens* o dell'*absens*: sicché l'efficacia *erga omnes* non dipende dalla *sententia*, che non esiste, ma, analogamente a quanto avviene stragiudizialmente con la *mancipatio*, dalla volontà (nel caso dell'*absens*, presunta) delle parti in relazione alla speciale natura del diritto *de quo agitur* con l'*actio in rem*. In secondo luogo, ed a riprova di quanto ora affermato, obbietterei altresí che, come l'a. stesso esplicitamente riconosce (p. 110 s.), nel caso di *actio in personam* la decisione (fosse emessa dal magistrato o fosse piuttosto emessa dal *iudex privatus*, come io preferisco ancora credere) era sprovvista di efficacia *erga omnes*. L'efficacia universale conseguiva all'esercizio, in un secondo momento, della *manus iniectio*, allorquando il creditore insoddisfatto chiedeva ed otteneva di trasformare il suo diritto di credito verso il debitore in un diritto assoluto, e perciò appunto *erga omnes*, sulla persona di quest'ultimo. Sicché resta ancor meglio confermato che l'*addictio* magistratuale non aveva efficacia universale di per se stessa, ma era pronunciata in considerazione e dipendenza della incontestabile affermazione, da parte di un soggetto (attore, creditore) di un diritto che, per essere *in rem*, era ritenuto valevole *erga omnes*.

5. Ma quel che piú interessa è analizzare, sia pur brevemente, la tesi dell'a. relativamente alla concezione predecemvirale del *ius* in Roma. Tesi che, per quanto brillante e suggestiva, non può essere da me condivisa, per motivi che in parte ho già esposti in altri luoghi, indipendentemente dalla cognizione di quest'ultimo libro del K. (cfr., in particolare, la mia *Storia del diritto romano* e le citate lezioni su *L'ordinamento*).

Mi permetterei, in primo luogo, di contestare la fondatezza e la verosimiglianza, almeno in parte, di quelli che ho dianzi indicati come i due presupposti di tutta la concezione del K.: l'uno relativo ai rapporti storici tra *ius* e *mores maiorum*, l'altro relativo al rapporto dogmatico originario tra *ius* e *fas*. Vero mi sembra, come ho già accennato, che il *ius* sia stato originariamente relativo ai rapporti tra gli uomini (posteriormente detti di *ius privatum*); non parimenti convincente ritengo l'ulteriore affermazione della identificazione del *ius* originario con valutazioni singole di fattispecie, pur se correlate con un sentimento generico, naturalistico, del romanamente *iustum*. A mio parere è, viceversa, da ritenere che il *ius* sia stato storicamente una specificazione del *fas*, qualificata sin dall'inizio dal fatto di essere un complesso di *mores maiorum* relativi al regolamento normativo dei rapporti interumani.

Se non vedo male, l'a., aderendo in parte alla nota ed acuta tesi dell'Orestano (*Dal « ius » al « fas »*, in *BIDR*. 46 [1940] 194 ss.), ritiene che l'uso primitivo di *fas* (*nefas*) e *ius* (*iniuria*) sia stato un uso predicativo, al fine di indicare la liceità o meno di un comportamento: comportamento di interesse divino nel caso del *fas*, di interesse umano nel caso del *ius*. Orbene, l'uso in origine esclusivamente predicativo di *fas* (*nefas*) è concepibile e verosimile, perché si sarebbe trattato di rapportare un atto umano ad una tavola di valori predisposta dalla volontà divina e rivelata agli uomini dai sacerdoti. Non concepibile né verosimile sembra, invece, l'uso esclusivamente predicativo di *ius* (*iniuria*), perché: posto che tutto ciò che non ledesse gli interessi divini (che non fosse *nefas*) fosse qualificato *fas*, e cioè indifferente ai *numina*, è evidente che una qualifica di *ius* (*iniuria*) di un comportamento dovesse rapportarsi ad una tavola di valori predisposta dagli uomini stessi. Come si può qualificare un atto, se manca un criterio preesistente di valutazione? Come può dirsi di una fattispecie che sia *ius* (o *iniuria*), se già non si sia stabilito *a priori*, sia pur molto approssimativamente, cosa debba intendersi per *ius* e cosa per *iniuria*?

D'altra parte, l'asserzione che il criterio distintivo tra *ius* ed *iniuria* non fosse riposto nei *mores maiorum*, ma si desumesse di volta in volta in correlazione con un mero e vago sentimento di ciò che fosse naturalmente lecito oppure illecito, è un'asserzione che non sembra testualmente fondata e che, comunque, pare prendere le mosse da un equivoco di logica e di storia. I frammenti classici identificano il *ius* antico con i *mores maiorum*, concetto caratteristico, ben diverso da quelli di *mores* o *consuetudo* puri e semplici: il tentativo altra volta fatto dall'a. (« *Mores maiorum* » *und Gewohnheitsrecht* cit. 52 ss.), di dimostrarli inter-

polati non sembra davvero riuscito. In particolare, l'argomento che essi esprimano una concezione seriore rispetto a quella « naturalistica » del *ius* sembra il contrario della verità, perché furono proprio i giureconsulti classici quelli che considerarono, per quanto sappiamo, l'antichissimo *ius civile* naturalisticamente, cioè « tale perché tale » (alla stessa guisa e per lo stesso processo di pensiero per cui i giuristi postclassici considerarono « tale perché tale » il *ius vetus*, rispetto al *ius novum* dei loro tempi, le *leges*). Conseguentemente il rilievo che i testi che parlano di *mores maiorum* sono singolarmente pochi è un rilievo del tutto svalorizzato dalla considerazione che i giuristi classici, proprio essi, non sentivano alcuna necessità di continuare ad invocare i *mores maiorum* come elemento giustificativo del carattere giuridico degli istituti civilistici. Ma, ad ogni modo, anche a voler prescindere da ogni considerazione testuale, in sede logica e storica ad un tempo vi è, secondo me, da obbiettare all'a. (cosí come a quanti la pensano come lui) che chi non avesse avuto già chiaro il concetto di una determinazione normativa, cioè preventiva e generale, della distinzione tra *ius* ed *iniuria*, avrebbe magari affermato ad un contraddittore « *volo* », « *meum est* » et similia, ma non gli avrebbe certo fatto affermazioni del tipo « *ius feci* » o « *iniuria vindicavisti* » e via dicendo. Nessuno dubita che « *ex facto oritur ius* », ma nessuno può ritenere che, pertanto, il *ius* consista nel *factum*. E quanto al *ius Quiritium*, è da escludersi tanto che (come assume il De Francisci [*Arcana imperii* 3.1 (1948) 130 ss.]) ne sia stata prima fonte il provvedimento emanato in sede processuale dal *rex*, quanto che (come sostiene, conformemente all'a., per esempio, il Gioffredi, « *Ius Lex Praetor* », in *SDHI*. 13-14 [1946-47] 9 ss.) ne sia stata prima scaturigine il duello ordalico tra i contendenti. Tanto nell'uno quanto nell'altro caso le parti non avrebbero detto, verbigrazia, « *ius feci* » prima della decisione costitutiva di *ius*.

Io temo, in altri termini, per limitarmi alla tesi del K., che questi, arbitrariamente, assuma come momento logico e storico di genesi della « *ius*-Vorstellung » romana la fase pregiuridica, quindi irrilevante ai fini ricostruttivi, del caos, del disordine, della lotta indiscriminata tra gli uomini. Penso, inoltre, per le ragioni sopra accennate, che nessuna suggestione possa e debba indurci ad abbandonare la vecchia, ma saggia, concezione del *ius* come identificantesi nei *mores*, anzi, piú precisamente, nei *mores maiorum*, vale a dire in consuetudini che, per essere degli antenati, non solo erano ritenute vincolanti, ma erano ritenute addirittura sacre e immutabili. Piuttosto, occorre precisare che il *ius*, sorto probabilmente nel seno delle *gentes* e delle *tribus* precittadine, fu una

specificazione del *fas*, nel senso che, posto che una certa sfera di attività era ritenuta indifferente agli dei e perciò *fas* per gli uomini, questi passarono a creare, nel seno di essa, una distinzione normativa tra *iustum* e *iniustum*: distinzione la quale, non potendo basare la sua autorità sull'intervento divino (anche l'*iniustum* era indifferente per gli dei, e perciò *fas*), né potendo fondarla su un potere politico veramente efficiente, affidò essenzialmente la sua forza vincolante all'autodifesa di chi avesse patito una *iniuria* e alla forza persuasiva della *interpretatio iuris* del *rex* e dei *pontifices*.

6. Perché un altro punto della ricostruzione del K., che poco riesce a persuadermi, sta nella tesi, oggi accolta da molti, che la decisione delle liti private sia stata inizialmente operata mediante un duello ordalico e sia stata successivamente, ma sempre in epoca antichissima, curata direttamente ed esclusivamente dal *rex*.

L'ipotesi del duello ordalico, del giudizio di Dio, mi sembra, invero, che sia esclusa dalle mie considerazioni precedenti. Se il *ius* era un criterio di valutazione umana, fondato su norme consuetudinarie (*mores maiorum*), non potevano essere i *numina* a decidere da che parte esso fosse, ma dovevano provvedervi, evidentemente, gli uomini stessi, sia pur con l'aiuto e l'esperienza dei sacerdoti. L'interpretazione del *sacramentum* come mezzo di interessamento dei *numina* alla risoluzione delle controversie umane mi convince sino ad un certo punto. Il *sacramentum* non era l'invocazione degli dei a proprio favore, ma era la promessa di un sacrificio in caso di soccombenza: se le sorti della lite fossero dipese dal giudizio di un *numen*, si capirebbe piuttosto il sacrificio di ringraziamento del vincitore, che non quello espiativo del soccombente, perché l'espiazione di costui sarebbe consistita appunto nel perdere la lite. Né si dica che la *summa sacramenti* dei tempi storici fu il valsente pagato per sfuggire alla morte, con cui altrimenti i *numina* avrebbero colpito il perdente. La morte, o comunque la soccombenza fisica, era l'esito inevitabile di un giudizio di Dio: il perdente non poteva sfuggirvi in nessun modo, perché proprio in ciò doveva consistere la determinazione della sua soccombenza, la decisione cioè della lite. Se il perdente pagava una *summa sacramenti* in Roma, ciò era perché, oltre che soccombente nella controversia, egli era anche il soccombente nella scommessa con l'avversario: ciò era, dunque, perché la decisione della lite, sebbene raggiunta attraverso la determinazione « *utrius sacramentum iustum, utrius iniustum sit* », non consisteva nel giudizio dei *numina* invocati con i *sacramenta*. La procedura sacramentale si rivela, insomma, esclusivamente come un espediente, singolarissimo, del processo

piú antico (forse un espediente disposto per porre piú chiara e imperiosa davanti agli occhi delle parti la necessità di non litigare temerariamente), ma non sembra possa essere addotta a conferma del carattere ordalico del primitivo giudizio privato.

Né direi che la decisione delle liti fosse in antico totalmente nelle mani del *rex*, anche se assai spesso possa essere accaduto che alla fase *apud iudicem* non vi sia stato bisogno di passare. Introdurmi nel vivo e minuto delle discussioni, che in proposito oggi si fanno, non mi è, evidentemente, possibile; ma non voglio tacere che, contro i vaghi argomenti che si adducono dai sostenitori della tesi del processo privato unico, sta sempre, a favore della concezione arbitrale del Wlassak, l'argomento, non indifferente, della inverosimiglianza che, accolto una volta il sistema del processo unitario, possa essersi passati a quello del processo diviso, per poi ritornare, con la *cognitio extra ordinem*, al sistema iniziale.

L'*iter* storico di gran lunga piú probabile è sempre, a mio avviso, quello per cui, da un'età antichissima, nella quale la *iuris dictio* del *rex* altro non era che *iuris interpretatio* (cioè enunciazione dei principî del *ius*, in relazione ad una fattispecie prospettata dalle parti, come criterio di giudizio per un arbitro privato), si sia passati in Roma, con i *reges* etruschi, importatori dell'*imperium*, alla imposizione della *dictio iuris* ai contendenti: questi cioè erano tenuti a chiedere al *rex* quella *interpretatio*, che prima potevano anche non chiedergli, come condizione per il passaggio alla fase arbitrale. Ed è chiaro che, *in iure*, di fronte alle autorevoli enunciazioni del *rex*, accadesse spesso che l'una o l'altra parte, prevedendo la soccombenza, si dichiarasse vinta o comunque effettuasse la *cessio*. La qual tesi (per cui v., con maggiori precisazioni, *L'ordinamento* cit.) è, in fondo, salva l'anticipazione della distinzione tra *dictio* e *interpretatio iuris* alla fase etrusca del *regnum*, collimante con quella ben nota del De Martino (*La giurisdizione nel diritto romano* [1937] 3 ss.), che i rilievi dell'a. (p. 345 ss.) non mi sembra siano sostanzialmente riusciti a scalfire.

2. La fattualità del diritto piú antico.

1. La lettura di un « corso » di Riccardo Orestano non è sol-

* In *Iura* 20 (1969) 560 ss. Recensione ad Orestano R., *I fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica* (Torino 1967) p. XI-278.

tanto illuminante, è gradevole. Gradevole come la conversazione con l'uomo Orestano, dal quale, avendolo incontrato per un colloquio di cinque minuti, ci si distacca con dispiacere dopo almeno due ore. Lo conferma questo volume, che raccoglie e rielabora le lezioni romane di qualche anno fa. Un volume pieno di spunti e di osservazioni sagaci, che Orestano ha dedicato ad un suo illustre predecessore nell'insegnamento di Roma, Pietro De Francisci.

Quattro capitoli. Il primo (p. 1 ss.) devoluto alla determinazione dei concetti cui il successivo discorso farà riferimento: i concetti di fatti di normazione e di ordinamento giuridico. Il secondo (p. 35 ss.) relativo agli aspetti normativi dell'ordinamento romano arcaico. Il terzo (p. 99 ss.) sul *ius* e sui problemi della produzione normativa nell'età regia. Il quarto (p. 179 ss.) sulla genesi delle *leges publicae*.

2. Cominciamo dall'impostazione metodologica. Orestano, rendendosi conto del fatto che per parlare di una cosa occorre usare parole, cerca opportunamente, all'inizio della sua fatica, di fissare alcuni concetti inquadrativi, diversi da quelli correnti, cui farà riferimento ai fini della sua trattazione. Cerca insomma di fissare un linguaggio, o almeno le sue personali varianti al linguaggio in uso tra gli storiografi del diritto.

L'iniziativa è tanto evidentemente legittima che non occorrerebbe neanche dirlo, se non vi fosse da parte mia, diciamo pure, il dente avvelenato di chi, per aver fatto lo stesso in alcune sue opere espositive dell'esperienza giuridica romana, si è trovato di fronte ad alcuni dubitosi lettori, i quali non sono rimasti molto soddisfatti (pare) per aver egli qualificato enti parastatali le *gentes* e le *familiae* arcaiche, denominato ausiliari di governo i *sacerdotes publici*, inquadrato nel concetto di vassallaggio lo *status* della *Latinitas* e cosí via dicendo. Ohibò, cosa sono queste eccentricità? Chi ci autorizza a ricorrere a queste categorie arbitrarie? È lo stesso O. (p. 17 s.) a rispondere: « Ogni concetto, ogni astrazione della scienza del diritto è da reputarsi . . . come una decisione metodologica, come un deliberato proponimento di guardare gli oggetti considerati in certe maniere e non in altre, di dar rilievo a certi tratti, di considerare essenziali certe relazioni ». E ancora: « Da ciò il carattere arbitrario dei concetti giuridici. E non ci si allarmi della parola, perché qui arbitrario si dice nel senso in cui oggi si dice arbitraria ogni scienza nel porre — attraverso un delicatissimo gioco di scelte — le proprie stipulazioni fondamentali, mediante le quali essa costruisce ad un tempo il proprio oggetto, il proprio linguaggio e se medesima ». Parole d'oro, che io sottoscrivo pienamente, pur dolendomi del fatto

di averle ritenute tanto ovvie da non averle scritte io stesso, in certi miei libri, a suo tempo.

I concetti di inquadramento cui l'a. fa ricorso sono tre: ordinamento giuridico, fatto normativo e fatto di produzione normativa (questi due ultimi unificati nel concetto di fatti di normazione). L'« ordinamento giuridico » è assunto in senso « istituzionale » (non cioè come complesso di norme, ma come realtà giuridica integrale), anche perché « l'aspetto piú fecondo di questo concetto è l'unificazione che permette di compiere fra determinate strutture organizzative di gruppo e il momento normativo del diritto, vale a dire la possibilità di concettualizzare e saldare in un'*unica* rappresentazione ciò che gli altri schemi concettuali presentano distinto e giustapposto, se non addirittura ripartito fra sfere diverse e incomunicabili, l'*essere* e il *dover essere* » (p. 23). Per « fatti normativi » si intendono quei fatti (o quelle serie di fatti) che determinano per forza propria (non cioè in base ad una normazione preesistente) la costituzione, l'integrazione o la modificazione di un ordinamento giuridico (p. 28 s.). Infine come « fatti di produzione normativa » si ravvisano quei comportamenti umani « che, nell'ambito delle strutture organizzative romane e come loro espressione, hanno operato ... la posizione di criteri positivi di guida e valutazione della condotta sociale collettiva del gruppo e delle relazioni all'interno di esso » (p. 29). Formulazioni di « voluta genericità », che sostituiscono, non so peraltro quanto efficacemente sul piano del merito, la concezione tradizionale del diritto come « dover essere » (da distinguersi nettamente dall'essere, il quale può rivestire tanto carattere di conformità quanto carattere di difformità rispetto al diritto) e la altrettanto tradizionale metafora delle « fonti (di produzione) del diritto ».

Ma tralasciamo ogni discussione su queste scelte, o meglio su queste prefissioni di categorie espressive, e veniamo al concreto ed al vivo della ricerca, che è costituito dall'esperienza romana « arcaica ». A quali secoli questa esperienza si riferisca è facile capirlo: ai secoli che vanno dalle origini di Roma sino ai tempi propriamente « storici » (almeno cioè sino al sec. V o IV a. C.). Quel che apparentemente è meno facile da intendere è come mai l'a., che osteggia l'evoluzionismo sino al punto da deplorare persino l'innocente periodizzazione del diritto romano in arcaico, preclassico, classico e postclassico (cfr. *Introduzione allo studio storico del diritto romano*[2] [1961] 465 ss., spec. 467 nt. 1), qualifichi poi qui come « arcaica » (quindi come embrionale o iniziale) l'esperienza giuridica piú antica e si valga per ricostruirla, direttamente o *per relationem*, anche (e fa bene) del metodo dell'induzione evoluzionistica (par-

tendo cioè da strutture storicamente accertate per ipotizzare le loro funzioni originarie). Ma l'evoluzionismo è *vitandus* o non lo è?

Come è vero che scrivere la storia è qualcosa di ben diverso dal dire in astratto come la si deve scrivere.

3. Come si è formato l'ordinamento giuridico romano? A quale fatto normativo si deve far risalire la determinazione delle strutture organizzative arcaiche? Ecco il primo problema storiografico affrontato dall'a. (p. 35 ss.): un problema dietro al quale « v'è tutta la storiografia costituzionale di Roma, nell'età regia e per larga misura anche nelle età successive, non solo in quella repubblicana, ma ancora in maniera spiccatissima nel principato » (p. 37).

Secondo Orestano, i punti essenziali da mettere in evidenza sono tre. Punto primo (p. 37 ss.): anche se è vero che Roma non sorse in un sol giorno, ma derivò da una serie di precedenti processi aggregativi (« federativi » no, non si dice, perché farebbe pensare, secondo O., solo ad espliciti e solenni trattati di confederazione: p. 44 e nt. 4), l'ordinamento romano ebbe carattere originario, cioè si manifestò come tale nel momento stesso in cui gli ordinamenti anteriori (*tribus*, *gentes*, *familiae*) passarono ad essere inquadrati nel nuovo ordinamento generale romano. Punto secondo (p. 69 ss.): la genesi (e il primo svolgimento) dell'ordinamento generale romano ebbe carattere « fattuale », non va cioè ricondotta a fatti di produzione normativa (le *leges regiae*, ad esempio), ma a fatti normativi, a fatti che, « in luogo di porre una norma destinata a disciplinare una situazione, pongono in essere, attuandola, la situazione stessa ». Punto terzo (p. 82 ss.): il fondamento del potere esercitato dal *rex* nella *civitas* primitiva non derivò da elementi esterni al *rex*, ma consistette nell'esistenza stessa del *rex*, perché « non è pensabile e non esiste mai potere senza ordinamento, né ordinamento senza potere » (p. 90).

Naturalmente lo schema espositivo ora ricordato è integrato dall'a. con ampie considerazioni dimostrative e con vari *excursus*, talvolta di notevole interesse (v. ad es. la digressione sulle *gentes* e sulle *familiae*, a p. 48 ss., o quella sul pomponiano « *omnia manu a regibus gubernabantur* », a p. 77 ss.). Tuttavia l'attenta lettura di tutte queste pagine non è tale da dissolvere, almeno in me, il dubbio che la ricerca di quel che avvenne in concreto (o che sarebbe potuto concretamente succedere) abbia ceduto, almeno in parte, alle astrazioni della logica formale. Non nego che l'ordinamento giuridico primigenio di Roma sia stato perciò, appunto perché primigenio, originario: questa deduzione va da sé. Non nego che qualche prima determinazione dell'ordinamento

giuridico romano possa essere consistita in fatti normativi: questa tesi è probabile. Oltre però non andrei, perché non mi sembra che gli indizi a disposizione lo autorizzino.

Gli indizi di cui disponiamo depongono anzi in senso contrario. Ho l'impressione infatti che Orestano, pur parlandone tanto ampiamente, sottovaluti le *gentes*, le *familiae*, i *patres*, gli stessi *Quirites* nella loro comunanza di vita, ed abbia inoltre una visione troppo artificiosa, direi poco realistica, della *civitas* primitiva. Se la *civitas* si è formata e si è accresciuta, è stato ben perché le *gentes*, le *familiae*, piú in generale i *Quirites*, hanno voluto aggregarsi in essa (cioè si sono federati nel nuovo organismo, beninteso con *foedera* in senso primordiale, che non hanno nulla a che vedere col trattato di Versailles). Ebbene, ciò posto, è credibile, è umano che, una volta verificatasi la aggregazione, i gruppi o gli elementi singoli che l'avevano voluta si siano disfatti nel seno della *civitas*, perdendo di colpo (dico: da un momento all'altro) ogni carica di potere? Evidentemente no. È ovvio, almeno sul piano della piú elementare verosimiglianza, che essi il loro « peso » specifico precittadino non l'abbiano tutto e di colpo perduto, anzi abbiano preteso di conservarlo il piú a lungo possibile, sia pur contemperandolo in un sistema di accordi, di delibere collettive, di programmi a breve e a lungo termine. Alla tradizione non bisogna credere ciecamente, ma non si può neppure metterla tutta quanta irragionevolmente da parte. Se poco o affatto credibili sono i *comitia curiata* in veste deliberante, credibilissima è l'assemblea dei *patres* (il cd. *senatus*) di cui ci parla la leggenda, credibilissima è la sua importanza schiacciante nella vita politica e religiosa della comunità, credibilissima è la dipendenza dalle sue scelte (e dalle possibili revoche delle stesse), quindi la dipendenza dai suoi voleri, dell'istituto stesso del *rex*. Salvo che non si voglia abbracciare l'ipotesi del *ductor* primevo e del *comitatus* che gli si sottomette integralmente (ipotesi che ci riconduce, con altre parole, alla leggenda di Romolo), bisogna figurarsi la progressiva formazione e unificazione della *civitas* come la storia di un'istituzione unitaria scaturita pian piano dall'avvicinarsi, dal coordinarsi, dal fondersi in unità di istituzioni autonome precedenti. Ma tutto ciò implica che la *civitas* romana ben poco debba del suo essere a fatti normativi e molto invece debba a fatti di produzione normativa, cioè ai *foedera* (agli accordi, alle intese anche tacite) tra i *patres*, alle loro deliberazioni di comitato (il *senatus* della leggenda), alle determinazioni normative da loro prese e comunicate ai *Quirites* dei *comitia* dai *reges* (quindi alle cd. *leges regiae*).

E una parola sia anche dedicata al notissimo Pomp. *sing ench.*

D. 1.2.2.1: ... *initio civitatis nostrae populus sine lege certa, sine iure certo primum agere instituit omniaque manu a regibus gubernabantur.* Orestano (p. 77 ss.) intravvede in questo passo « il ricordo del carattere essenzialmente ' fattuale ' del primitivo regime giuridico di Roma », sopra tutto per « il richiamo alla *manus* come indicazione e qualificazione del concreto esercizio del potere regio ». Indubbiamente l'uso del termine *manus* per indicare il potere dei re è suggestivo e non è da escludere che Pomponio vi abbia fatto ricorso proprio per sottolineare la indeterminatezza, la vastità, l'assenza di precisi confini della potestà regia in età arcaica, allorquando la *civitas* era *sine lege certa, sine iure certo.* Ma piú di tanto dal testo non si può ricavare. Pomponio non si sottrae, per quanto risulta, alla leggenda di Romolo creatore delle istituzioni politiche e di Numa creatore di quelle religiose, ed è ad essa che implicitamente si riferisce. Il suo discorso non può essere utilizzato, insomma, per contestare le deduzioni dianzi esposte.

4. Nel quadro delle strutture politico-costituzionali della *civitas* arcaica, come si formarono i criteri di guida e di valutazione della condotta sociale all'interno della stessa *civitas*? È il problema cui Orestano, rifacendosi in parte a suoi precedenti e ben noti studi, dedica gli ultimi due capitoli del libro (p. 99 ss.).

In sostanza, la tesi è questa. Il regolamento della vita infracittadina rappresentò, rispetto alla costituzione della *civitas*, un *posterius*, cioè un complesso di fatti di produzione normativa. *Posterius* logico, non necessariamente cronologico, perché anzi gran parte delle regole di vita del cittadino arcaico altro non furono, presumibilmente, che le stesse modalità di disciplina sociale correnti all'interno dei gruppi precittadini: modalità recepite dalla *civitas* come opportune alla sua pacifica e ordinata esistenza, e quindi tradotte in comandi generali e astratti. D'altra parte, a prescindere dal fatto che molte regole della vita precittadina nelle singole comunità vennero necessariamente scartate, questo *corpus* originario di regole di condotta era, e diventava sempre piú col tempo, troppo poca cosa rispetto alle esigenze sempre piú numerose e complesse della *civitas*. Bisognava integrarlo, sopra tutto sul piano della repressione degli atti antisociali, cioè lesivi degli interessi collettivi nuovi della nuova comunità, nonché sul piano della risoluzione delle controversie insorgenti tra i *cives*, o meglio tra i *patres familiarum* portatori ciascuno degli interessi del gruppo che a lui facesse capo. Dapprima furono esclusivamente i *reges* a risolvere il problema, interponendo la loro autorità politico-religiosa nella ricerca della volontà divina (e quindi della sua rivelazione, il *fas*), che le credenze antiche ponevano

alla radice delle sorti degli uomini. Il passaggio dall'inespresso all'espresso, dall'essere al dover essere, dall'istituzione alla norma fu essenzialmente opera dei loro interventi, e in particolare delle loro decisioni delle controversie concrete: decisioni che, se ho ben capito, non si generalizzarono in principî normativi in quanto uniformemente si ripetettero, ma si ripeterono uniformemente nei casi singoli in quanto costituirono dei « precedenti » determinativi, come dicono gli inglesi, di un successivo « *stare decisis* ». Ma a questo primo modo « fattuale » di produzione giuridica un altro se ne aggiunse, e fu la formazione del diritto mediante la « parola creatrice » (a sfondo magico o mitico) estrinsecantesi in enunciazioni rivolte direttamente dal *rex* alla comunità tutta, rappresentata dai *comitia curiata*, quindi nel *verba facere ad populum*, nel *legem dicere* del *rex* (p. 179 ss.). Fu la rivoluzione plebea a rovesciare anche in ciò il rapporto tra *rex* e *populus*. Fu essa, a partire dalle *leges sacratae*, ad imporre, o almeno a profilare, il nuovo concetto (non piú antico, ma repubblicano) della legge come volontà del popolo o come espressione di consenso del popolo alle proposte dei suoi capi.

Il solo fatto che circa duecento pagine del libro siano state da me condensate in un solo capoverso fa capire quante e quanto interessanti considerazioni (o in qualche caso, non meno interessanti divagazioni) io abbia tralasciato nel mio fulmineo riassunto. Tutto il migliore e piú tipico Orestano (l'Orestano delle due ore di avvincente conversazione) è in quelle duecento pagine cosí ricche di spunti e calde di umanità. Ma l'economia di una recensione (oltre che, forse, l'inclinazione del carattere) fanno inevitabilmente di me, in questa sede, l'uomo che deve dir tutto in cinque minuti. La linea essenziale della ricostruzione storica è (o almeno mi pare) quella che ho tracciato. Convince?

Almeno per quanto mi riguarda, dirò che convince solo sino ad un certo punto, anche se piace, e molto, in ogni sua fibra. Vorrei tanto che le cose fossero andate cosí, ma non riesco interamente a credervi. Lasciando da parte ogni intento di difendere o di valorizzare quella che è la mia personale ricostruzione (per la quale rinvio alla sintesi della mia *Storia del diritto romano*[4] [1969] 101 ss.), io mi permetto di ricordare a me stesso che i capi, sopra tutto nei tempi piú antichi (tempi meno scanzonati degli attuali), hanno sempre fatto ricorso (magari anche in buona fede) ai « miti » per dar forza al loro potere. Ma è a questa maschera che vogliamo fermarci, mettendoci dunque al livello dei sudditi di quei capi, o è il vero volto delle cose che vogliamo quanto meno tentar di scoprire? Suvvia, gli uomini son sempre gli stessi, nelle loro fattezze corporee, nei loro egoismi, nella loro tendenza al potere.

E posto ciò, come è possibile credere pienamente a tanta autorità degli antichi *reges*, se pur ci risulta tanto chiaramente che i *reges* erano condizionati dal *senatus* e che quest'ultimo, la conferenza dei *patres*, era in realtà, ancora in epoca repubblicana, l'assemblea dei *reges*?

5. Nulla è sicuro dell'età arcaica di Roma, ma la ricostruzione meno malsicura, a mio avviso, è ancora quella che vede nel *ius* degli antichi *Quirites* un insieme lentamente accresciutosi di *mores maiorum*, di costumanze sacralizzate dal fatto di essere state quelle degli antenati, e che vede invece nelle *leges regiae* la comunicazione *ore rotundo* alle *curiae*, da parte dei re, della volontà dei notabili, i *patres*. E non a caso, per quanto sappiamo, l'ordinamento cittadino (che non coincideva sempre con l'ordinamento giuridico) risultava di almeno due componenti ben distinte, di cui l'una era il *ius* e l'altra, nettamente al di fuori del *ius*, era la *lex*.

Il sistema anglosassone del « case law » e dello « *stare decisis* », cui l'Orestano si richiama, è strettamente legato, occorre pur ricordarlo, a mezzi di pubblicazione o documentazione dei provvedimenti giudiziari che gli antichi Romani, sempre per quanto sappiamo, non sospettavano neppure. Non è persuasiva, pertanto, la costruzione del *ius* come un insieme di « precedenti ». Può persuadere soltanto la sua costruzione come un insieme di autorevoli consuetudini, note perché largamente e lungamente osservate, inderogabili perché praticate dagli antenati. Quanto alle *leges*, il fatto che esse fossero differenziate dal *ius* significa, se non mi inganno, proprio il contrario di quanto sostiene Orestano: esse non creavano il diritto o (in una visione pluralistica dell'ordinamento giuridico) un altro diritto (diverso dal *ius*), ma erano solo mezzi di proclamazione di delibere del corpo dirigente.

Se di « precedenti » vincolanti si vuol proprio parlare, il concetto si attaglia molto piú alle *leges regiae* (comunicate al popolo tutto), che non alle sentenze tra due parti (e alla presenza occasionale di pochi astanti) sotto la quercia o davanti alla *Regia* del capo. Solo rispetto alle *leges* si può configurare (*mutatis mutandis*) una sorta di conseguente « *stare decisis* ». Ma, se ciò è vero, perché mai il *ius* (quello diverso dalle *leges*) non era posto anch'esso da *leges*, da « parole creatrici »?

Chi non vede, concludo, la necessità di ammettere che alle origini del *ius civile Romanorum* vi fu un nucleo di *mores maiorum*?

« IUS QUIRITIUM »

1. — Desidero porre in luce, se possibile, il contenuto ed il valore storico del concetto di *ius Quiritium*.

La scarsità delle fonti di cui disponiamo non ha incoraggiato molti, finora, a cimentarsi con il nostro argomento. I testi della Compilazione giustinianea parlano di *ius Quiritium* una volta soltanto e ne equiparano il concetto a quello di *ius civile*: « *ius, quo populus Romanus utitur, ius civile Romanorum appellamus, vel ius Quiritium, quo Quirites utuntur: Romani enim a Quirino Quirites appellantur* » (I. 1.2.2). Maggior numero di riferimenti al *ius Quiritium* si incontrano nei testi giuridici e letterari pregiustinianei, ma in questi il concetto di *ius Quiritium* non è mai chiaramente spiegato, sebbene sembri coincidere anch'esso con quello di *ius civile Romanorum*.

La *communis opinio* dei romanisti è, appunto, nel senso che *ius Quiritium* fosse un sinonimo di *ius civile Romanorum*, cosí come *Quirites* era sinonimo di *Romani*. Tutt'al piú, si precisa che *ius Quiritium* fu la denominazione piú antica del *ius proprium civium Romanorum*: una denominazione che ebbe corso nei tempi in cui i Romani si chiamavano *Quirites*, e non ancora *Romani*.

Sia chiaro. Non ho alcuna intenzione di mettere in dubbio che, nei periodi preclassico, classico e postclassico, dalla metà del sec. IV a. C. sino a Giustiniano, *ius Quiritium* sia stato sinonimo di *ius civile*. Se lo facessi, negherei l'evidenza. Io mi domando, invece, se, nel periodo arcaico della storia romana, dal secolo VIII al secolo IV a. C., vi sia stata una diversità concettuale e sostanziale tra *ius Quiritium* e *ius civile Romanorum*.

Non mi si dica che a questa domanda, che ho testé formulata, non vi è possibilità di rispondere, per il fatto che mancano fonti arcaiche relative al *ius Quiritium*. Basta leggere con una certa attenzione le fonti giuridiche e letterarie delle età posteriori, per accorgersi che esse na-

* In *Iura* 1 (1950) 265 ss.

scondono, sotto uno strato esteriore di concezioni moderne, sedimenti importantissimi di una ben diversa realtà storica originaria.

L'analisi di questi sedimenti di verità ci porterà, io spero, a concludere: che il *ius Quiritium* fu un sistema giuridico fiorito anteriormente alla nascita del *ius civile Romanorum*, tra il sec. VII e il sec. VI a. C.; e che il *ius civile Romanorum* assorbí il *ius Quiritium*, ma non ne fu, come può credersi, lo sviluppo diretto e immediato, in quanto esso si amalgamò solo nel sec. IV a. C., a circa due secoli di distanza dall'esaurimento del *ius Quiritium*.

2. — Una prima tappa del nostro cammino verso il concetto genuino di *ius Quiritium* è resa possibile, se non erro, dalla lettura di alcuni paragrafi delle Istituzioni di Gaio (Gai 1.32 *b* - 35; 3.72-73; cfr. Ulp. 3.1-5), nei quali, per indicare l'acquisto della cittadinanza romana da parte dei Latini, si trova costantemente usata questa espressione: « *ius Quiritium consequi* » o « *adipisci* ». Si legga, ad esempio, Gai 1.32 *b*: *ex lege Visellia tam maiores quam minores triginta annorum manumissi et Latini facti ius Quiritium adipiscuntur, id est fiunt cives Romani, si Romae inter vigiles sex annis militaverint.*

Questi passi di Gaio sono stati segnalati, già da tempo, dal Mommsen (*Röm. Staatsrecht* 3.7 nt. 2), a causa di una loro particolarità. È notevole che Gaio parli di « *ius Quiritium consequi* » solo in relazione ai Latini (*prisci*, *coloniarii* o *Iuniani*), mentre di ogni altra categoria di *peregrini* si legge, nei testi romani, che « *ad civitatem Romanam perveniunt* », ma mai, in nessun caso, che « *adipiscuntur ius Quiritium* ». Perché mai, dunque, solo dei Latini si dice che « *ius Quiritium adipiscuntur* »? A questa domanda ha cercato di rispondere, recentemente, il Kaser (*Altröm.* « *ius* » 77 ss.), sostenendo che la locuzione sia stata creata e riprodotta, per amore di arcaismo, dalle leggi e dalle costituzioni, che Gaio cita a proposito dei Latini. Ma la risposta mi sembra semplicistica, e quindi insoddisfacente. È vero che le leggi e le costituzioni romane erano piene di locuzioni arcaiche, ma il loro era un arcaismo « pour cause », determinato dal fatto che certi arcaici modi di esprimersi erano ormai divenuti, tradizionalmente, di stile. È difficile credere che le leggi e le costituzioni romane di età progredita fossero formulate, dirò cosí, in lingua d.o.c. a causa del gusto arcaicizzante dei loro autori. Contrariamente al Kaser, dobbiamo, dunque, ritenere che la locuzione « *consequi ius Quiritium* » si sia formata in età piuttosto antica e dobbiamo, pertanto, ricercare quando e perché si sia formata.

Ora, a me pare che la via verso la esatta soluzione sia stata vista

proprio dal Mommsen, la cui tesi è autorevolmente condivisa dal Kornemann e dal De Visscher (quest'ultimo, di recente, in *AUCT.* 3 [1949] 1 ss.). Secondo il grande maestro dei nostri studi, la locuzione « *consequi ius Quiritium* », usata per esprimere l'acquisto della cittadinanza romana da parte dei Latini, è venuta in essere in un'epoca antica, in cui: da un lato, il diritto di Roma era denominato « *ius Quiritium* »; e, d'altro lato, i Romani non praticavano altre categorie di *peregrini* al di fuori dei *Latini*. Il corollario, che il Mommsen sembra trarre da codesta argomentazione è questo. Dato che l'orizzonte politico di Roma si estese al di là del *nomen Latinum* soltanto verso la fine del sec. V a. C., ne consegue che sin verso la fine del sec. V a. C. il diritto di Roma non si chiamò *ius civile Romanorum*, ma *ius Quiritium*.

Per quel che mi concerne, io condivido pienamente l'argomentazione ora esposta, ma trovo che il corollario di essa abbia bisogno di una piccola correzione. Può anche darsi che il diritto di Roma sia stato chiamato *ius Quiritium* sin verso la fine del sec. V a. C., ma non è necessario credere che sia stato cosí. Quel tanto che l'argomentazione del Mommsen impone logicamente di ritenere è che il diritto di Roma si chiamasse *ius Quiritium*, e non *ius civile*, allorquando Roma procedette alle prime ammissioni alla comunità quiritaria dei Latini, dunque intorno alla fine del sec. VI a. C. Nulla può far escludere, infatti, che, successivamente a queste prime equiparazioni dei Latini ai *Quirites*, il diritto di Roma non si sia piú chiamato *ius Quiritum* e che, invece, la locuzione « *consequi ius Quiritium* » si sia tradizionalmente conservata intatta, cosí come intatta si conservò sino a Gaio, e non solo in ordine alla categoria dei *Latini prisci*, ma anche in rapporto a quelle nuove categorie di Latini, che furono dette dei *Latini coloniarii* e dei *Latini Iuniani*.

3. — Ad ogni modo, vi è un altro gruppo di testi giuridici e letterari, il quale ci permetterà di approssimarci ancor piú al concetto originario di *ius Quiritium* e di determinarne ancor meglio e piú sicuramente l'epoca di fioritura. Mi riferisco, piú precisamente, a quei frammenti, di Gaio, di Cicerone, di Probo e di altri, nei quali si incontra la ben nota locuzione « *ex iure Quiritium* » (Gai 1.119; 2.24; 3.167; 4.16, 34, 36, 41, 45, 86, 193; Cic. *pro Mur.* 12.26; Cic. *in Verr.* 2.2.12.31; Prob. *fr. Einsiedl.* 32; Front. *contr. agr.* 44.8; *fr. Berolin. de iudiciis* 1.1).

Già da parecchio tempo è stato rilevato che queste fonti qualificano come « *ex iure Quiritium* » solo taluni istituti antichissimi del *ius civile*, anzi solo i diritti *erga omnes* derivanti dall'arcaico *mancipium* del *pater-*

familias: la *patria potestas*, la *potestas dominica* sugli schiavi, il *dominium* sulle *res*. È degno di molta nota che le *obligationes iuris civilis* non sono mai, viceversa, qualificate « *ex iure Quiritium* », né tanto meno lo furono in antico. Cosí, ad esempio, la formula del *vindicans* nella *legis actio sacramenti in rem* suonava « *hanc ego rem meam esse aio ex iure Quiritium secundum suam causam* »; per converso, la formula dell'attore nella *legis actio sacramenti in personam* era « *aio mihi a te furtum factum esse paterae aureae, ob eamque rem te mihi damnum decidere oportere* ».

Posto che non sia un puro caso questo mancato riferimento delle *obligationes civiles* al *ius Quiritium*, occorre in qualche modo spiegare il sorprendente fenomeno.

Il Mitteis (*Röm. Privatrecht* 67), che ha fatto giustizia di altre spiegazioni, ha proposto una esplicazione, che ha avuto molto successo ed è stata recentemente accolta e ribadita dal Kaser (*o.c.* 77 s.). « *Ex iure Quiritium* » avrebbe voluto significare, nel linguaggio arcaico, che un certo diritto reclamava l'osservanza di tutti indistintamente i *Quirites*; le *obligationes* non sarebbero state qualificate « *ex iure Quiritium* » appunto perché l'*oportere* non era di tutti i *Quirites*, ma solo ed esclusivamente dell'*obligatus*. In altri termini, il Mitteis ha voluto sostenere che, in antico, dire « *ex iure Quiritium* » equivaleva a dire « *erga omnes* ».

Orbene, con tutto il rispetto verso il Mitteis, io mi permetterò di obbiettare che questa sua interpretazione della formula « *ex iure Quiritium* » è palesemente sforzata e arbitraria. Dubito che un principiante di latino penserebbe di esprimere la efficacia *erga omnes* (*Quirites*) di un diritto con la locuzione « *ex iure Quiritium* ». « *Ex iure Quiritium* » altro non significa e non può significare se non la derivazione o la dipendenza (« *ex* ») di un istituto da un *quid* denominato *ius Quiritium*: vale a dire il fatto che questo istituto, o un suo archetipo, ha fatto parte del *ius Quiritium*.

E allora, il problema risorge: perché l'*oportere* dell'*obligatus iure civili* non fu dai Romani qualificato « *ex iure Quiritium* »?

La spiegazione, che io passo a proporre, è nuova, ma sarebbe probabilmente vecchia di qualche secolo, se il signor di Lapalisse si fosse occupato di diritto romano. A mio parere, è evidente che le *obligationes civiles* romane non furono dette « *ex iure Quiritium* » per l'ottima ragione che esse non derivarono dal *ius Quiritium*, che esse cioè non fecero mai parte di quel sistema giuridico. E piú precisamente, mi sembra di poter affermare con sicurezza che, quando l'*obligatio* divenne un istituto del *ius* romano, un « *vinculum iuris* », il *ius Quiritium* aveva

ormai già esaurito la sua funzione storica. Il *dies ad quem* del *ius Quiritium* deve essere fissato, dunque, a mio parere, in un momento anteriore al *dies a quo* delle *obligationes iuris civilis* romane.

Gli insegnamenti oggi dominanti sulla storia delle *obligationes* romane non solamente danno conferma alla mia tesi, ma permettono di precisare con una certa approssimazione il *dies ad quem* del *ius Quiritium* (per un ragguaglio, cfr., da ultimo, Luzzatto, *Le organizzazioni preciviche e lo stato* [1948] 12 ss.). Relativamente alle *obligationes ex delicto* si osserva generalmente che esse sono venute in essere solo correlativamente alla decadenza del sistema primordiale della vendetta privata e, quindi, non prima delle XII tavole, con le quali si cominciò ad imporre, in taluni casi, la composizione pecuniaria in luogo del taglione originario. Relativamente alle *obligationes ex contractu* si afferma giustamente che esse sorsero anteriormente alle *obligationes ex delicto*, ma bisogna pure tener presente che esse (o, almeno, quelle fra esse che non ebbero carattere religioso e non furono tutelate in un primo tempo dal *fas*) si formarono in dipendenza della diffusione in Roma del fenomeno economico-sociale del credito: il quale fenomeno si propagò nell'Urbe, per quel che sappiamo, non prima della fine del sec. VI a. C.

In conclusione, se è vero che il *ius Quiritium* cessò di essere produttivo prima che le *obligationes* entrassero a far parte del mondo del diritto; se è vero che l'*obligatio* divenne istituto del *ius* sul finire del sec. VI a. C.; è lecito presumere che il *ius Quiritium* abbia esaurito la sua funzione storica nel corso del sec. VI a. C.

Una ulteriore conferma di questa deduzione possiamo averla, del resto, ricordando la storia degli stessi istituti giuridici che le fonti romane qualificano come « *ex iure Quiritium* »: la *patria potestas*, la *potestas dominica*, il *dominium*. Come ho già accennato, « *ex iure Quiritium* » non significa « appartenente al *ius Quiritium* », ma « derivante dal *ius Quiritium* ». D'altro canto, noi sappiamo che gli istituti « *ex iure Quiritium* » derivarono tutti dalla disgregazione dell'originario *mancipium* indifferenziato del *paterfamilias*, e sappiamo altresí che la disgregazione del *mancipium* ebbe inizio anch'essa sul declinare del sec. VI a. C., allorquando cominciò ad essere considerata come possibile oggetto di *potestas* del *pater* la *pecunia*, cioè un complesso di elementi che non erano *mancipia*, che erano *nec mancipi* (cfr. Guarino, *Il « furiosus » e il « prodigus » nelle « XII tabulae »*, in *AUCT.* 3 [1949] 194 ss.). La storia della decadenza e della dissoluzione del *mancipium* fa intendere, dunque, quale sia stata la storia del *ius Quiritium*, cioè del sistema giuridico di cui il *mancipium* faceva parte.

4. — Abbiamo assodato sinora che il *ius Quiritium* fu il diritto originario di Roma; che di esso non fecero parte le *obligationes iuris civilis*; che esso fu, dunque, anteriore alla nascita del *ius civile*; e che la sua forza produttiva si estinse nel corso del sec. VI a. C.

Rimane ancora da chiederci: perché si estinse la produttività del *ius Quiritium*? In che cosa esso differí dal *ius civile*? Come e perché, insomma, avvenne la costituzione del *ius civile Romanorum*?

A queste domande io penso che sia possibile dare una risposta soddisfacente solo ricorrendo ad una ipotesi storica, già da me formulata in altre occasioni ed a proposito di argomenti diversi da quello di cui ci stiamo occupando.

A mio parere, la storia di Roma nei secoli dall'VIII al IV a. C., da Romolo alle *leges Liciniae Sextiae* del 367 a. C., deve essere definita come la storia della *civitas* quiritaria: una *civitas* in cui cittadini di pieno diritto furono esclusivamente i *Quirites* o *patricii*, di fronte ai quali i *plebeii* rimasero sempre nella situazione di sudditi, perché privi dei diritti politici. Solo verso la metà del sec. IV a. C. i *plebeii* conquistarono la parità di diritti politici con i *patricii*, attraverso la trasformazione dell'*exercitus centuriatus* patrizio-plebeo in *comitia centuriata* e, conseguentemente, attraverso l'ottenimento della capacità di essere *magistratus*. Solo allora la *civitas* non fu piú dei *Quirites*, ma del *populus Romanus Quiritium*, comprensivo dei *patricii* e *plebeii*, e divenne quindi *respublica Romanorum*.

Quel che avvenne per la *civitas*, avvenne evidentemente anche per il suo *ius*, il quale da *ius Quiritium* divenne *ius Romanorum omnium*, cioè *ius civile*. E, se è vero che la *respublica Romanorum* fu definitivamente costituita nel corso del sec. IV a. C., cosí è, parallelamente, da ritenere che nel corso del sec. IV si sia completata la formazione del *ius civile Romanorum*. Il *ius* dei sec. VIII-IV a. C. non fu e non poté essere, pertanto, almeno a mio parere, *ius civile Romanorum*, ma fu un *ius* diversamente qualificabile.

Ecco il momento di ricordare che il *ius* arcaico non fu relativo alle materie che oggi diremmo di diritto pubblico, o non fu comunque relativo soltanto ad esse, ma disciplinò essenzialmente i rapporti privati tra i *patres familiarum* (in tal senso v. anche Kaser, *o. c.* sez. *I passim*). E va ricordato, altresí, che i *plebeii*, se attesero sino al sec. IV a. C. per essere ammessi al godimento dei diritti pubblici, attesero assai di meno per essere ammessi ad usufruire di diritti privati: il *commercium* con i *patricii* fu loro consentito sin dagli ultimi decenni del sec. VI a. C.; nel 452 a. C. essi ottennero che i *patricii* ottriassero le XII tavole, me-

diante le quali acquistarono valore di *ius* (« *ita ius esto* ») nuove consuetudini sorte nei loro rapporti con i *patricii*; infine, nel 445 a. C. la *lex Canuleia* permise il *connubium* tra essi e i patrizi. Tutto ciò porta a concludere che il *ius Quiritium*, cioè il *ius* proprio ed esclusivo dei *patricii*, non abbia cessato di fiorire nel preciso momento in cui si costituí la *respublica Romanorum* col suo relativo *ius civile*, ma molto tempo prima: quando cioè cominciarono a diffondersi in Roma le prime *consuetudines* determinatesi nei rapporti tra *patricii* e *plebeii*. Queste nuove *consuetudines*, che le XII tavole trasformarono in *ius*, non si qualificarono come *ius Quiritium*, perché non erano esclusive dei *Quirites* o *patricii*, né divennero subito *ius civile*, perché la *civitas Romanorum* formalmente ancora non esisteva. Si trattò di un *ius* non qualificato, che si riversò in quello che potremmo chiamare, per intenderci, « *vetus ius legitimum* », e che l'*interpretatio* post-decemvirale provvide, successivamente alle *XII tabulae*, a fondere e confondere con gli istituti « *ex iure Quiritium* » in un unico *corpus*, che acquistò piú tardi il nome di *ius civile Romanorum*.

Si spiega, in tal modo, non solamente perché e come venne in essere il *ius civile Romanorum*, ma anche perché si estinse il *ius Quiritium*, e quando si estinse. Il *ius Quiritium* si estinse (si estinse nel senso che perse vitalità, capacità di ulteriore accrescimento) intorno alla fine del sec. VI a. C.: sia perché si cominciò ad estendere gli istituti ai *plebeii*, sia perché i nuovi *mores* (per esempio, quelli relativi ai rapporti di *obligatio*) non si determinarono nel seno della comunità quiritaria, ma nel seno della piú ampia comunità dei *patricii* e dei *plebeii*, cioè nel seno del *populus Romanus Quiritium*.

5. — La mia è soltanto una ipotesi. Tuttavia mi sembra che essa trovi conferma, a tacer d'altro, in un brano del *liber singularis enchiridii* di Pomponio o, per meglio dire, in quel che si riesce a leggere fra le righe di quel passo (D. 1.2.2.3): *Exactis deinde regibus lege tribunicia omnes leges hae* (le *leges regiae*) *exoleverunt iterumque coepit populus Romanus incerto magis iure et consuetudine aliqua uti quam per legem latam, idque prope* [*viginti*] ⟨*quinquaginta*⟩ *annis passus est*.

Pomponio crede ad occhi chiusi alla leggenda delle *leges regiae*, come a tante altre favole, cui noi piú non crediamo. Ma a noi non interessa tanto quel che egli vuol dire, quanto interessano i sedimenti di verità che nel suo discorso sussistono. Questi sedimenti di verità saltano agli occhi là dove si legge che, dopo la espulsione dei re e l'abolizione delle *leges regiae*, i Romani tornarono a vivere, per circa cinquanta

anni, sulla base di un *ius* divenuto incerto (« *incerto* ... *iure* ») e sulla base, inoltre, di qualche usanza estranea a quel *ius* (« *consuetudine aliqua* »).

Per quanto velata, la verità traspare, e la mia ipotesi prende coraggio. Nel secolo V a. C., prima delle *leges XII tabularum*, veramente si fece distinzione, dunque, tra il *ius* originario e le nuove *consuetudines*. Il *ius* originario, di cui parla Pomponio, era evidentemente il *ius Quiritium*. Ed altrettanto evidentemente, la ragione per cui le nuove *consuetudines* non erano inquadrate in quel *ius* era che esse non erano promanate dai soli *Quirites*, ma dalla comunanza di vita privata dei *patricii* e dei *plebeii*. Ad esse non mancava tanto l'*opinio necessitatis*, quanto l'*opinio iuris*. Mancava ad esse l'*opinio iuris Quiritium*.

DAL « IUS CIVILE » AL « IUS QUIRITIUM »

1. — La tesi secondo cui la locuzione *ius Quiritium* costituisce, cosí come appare nelle fonti giuridiche romane, un indizio tenue, ma non illusorio della preesistenza al *proprium ius civile*, anzi allo stesso *ius legitimum vetus* decemvirale, di un antichissimo ordinamento consuetudinario [1], ha avuto fortuna e sfortuna nello stesso tempo. Da un lato ha contribuito a far mettere definitivamente da parte certe frettolose spiegazioni precedentemente avanzate [2], dall'altro ha sollevato critiche varie e ha dato la stura a tentativi di spiegazione diversi [3].

« Explication trop simpliste » l'ha qualificata il De Visscher [4], quasi a sottolineare che io stesso l'avevo idealmente attribuita al signor di

* In *St. Pugliatti* 4 (1978) 377 ss.

[1] GUARINO, « *Ius Quiritium* », in *L'ordinamento giuridico romano*[3] (1959) 72 ss.

[2] Per la letteratura precedente, cfr. WEISS, sv. « *Ius Quiritium* », in *PW*. 10.2 (1919) 1290 ss. Cfr., inoltre, specialm. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht* 3[3] (rist. 1952) 5 ss.; MITTEIS, *Römisches Privatrecht* 1 (1908) 66 ss.; KASER, *Das altrömische « ius »* (1949) 76 s., con altre indicazioni. Aderiscono alle critiche da me mosse alle spiegazioni di « *ex iure Quiritium* » date dal Mitteis e dal Kaser: BOZZA (nt. 3) 18; DE VISSCHER (nt. 3) 318; SANTORO (nt. 3) 144. V. invece VON LÜBTOW, *Das römische Volk* (1955) 33 nt. 22, secondo il quale il rapporto obbligatorio non era *ex iure Quiritium* perché non vincolava tutti i cittadini, ma solo le parti.

[3] BOZZA, « *Ius Quiritium* », in *St. Senesi* 44 (1952) 1 ss.; DE VISSCHER, *Autour du « ius Quiritium »*, in *Fs. Schulz* 2 (1951) 71 ss. [= DE VISSCHER 1]; ID., « *Ius Quiritium* », « *civitas Romana* » *et nationalité moderne*, in *St. Paoli* (1956) 239 ss. e in *Nouv. ét. de dr. rom.*, 3e serie (1966) 99 ss. [= DE VISSCHER 2]; ID., « *Ex iure Quiritium* », in *Mél. Lévy-Bruhl* (1959) 317 ss. e in *Ét.* cit. 223 ss. [= DE VISSCHER 3]; LÉVY-BRUHL, *Recherches sur les actions de la loi* (1960) 39 ss.; GIOFFREDI, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane* (1955) 284 ss.; CATALANO, *Linee del sistema sovrannazionale romano* 1 (1965) 90 ss.; SANTORO, *Potere e azione nell'antico diritto romano*, in *AUPA*. 30 (1967) 142 ss.; VAN DEN BRINK, « *Ius fasque* » (1968) 37 ss.; ID., « *Ex iure Quiritium* » (1968).

[4] DE VISSCHER 3 226 s. Sul punto che il *ius civile* sia stato denominato originariamente *ius Quiritium* sembrano, tuttavia, aderire, sia pure limitatamente alla questione nominalistica, GROSSO, *Storia del diritto romano*[5] (1965) 114, e KASER, *RPR*. 1[2] (1972) 32.

Lapalisse. Ebbene, vediamo attraverso un riesame approfondito di tutto il problema, se la mia tesi sia tanto « simpliste » quanto può sembrare a prima vista, e chiediamoci se essa non sia, tutto sommato, da preferire alle piú elaborate, ma non so quanto piú persuasive ipotesi formulate dopo di me da altri studiosi.

I termini della questione sono, in sintesi, questi. In un primo gruppo di testi *ius Quiritium* sembra indicare lo *status* di cittadinanza romana limitatamente alle ipotesi, anzi ad alcune ipotesi di acquisto della stessa (« *ius Quiritium consequi* ») da parte dei *Latini* [5]. In un secondo gruppo di testi *ius Quiritium* è usato, nella formulazione « *ex iure Quiritium* », per qualificare la situazione del *dominus* civilistico e per giustificare la *vindicatio* processuale o extraprocessuale da lui esercitata [6]. *Ex iure Quiritum* sembrano anche giustificate le affermazioni di diritto dei titolari di *potestates* familiari (*patria potestas*, *manus*, *potestas* sui *liberi in mancipio*) [7], nonché lo *status libertatis* del cittadino romano [8]. La giustificazione *ex iure Quiritium* non risulta, ma è solo presumibile o comunque da alcuni presunta, per l'*hereditatis petitio* e per la *vindicatio* delle *servitutes mancipi* [9]. Essa era invece sicuramente estranea alle *obligationes* civilistiche ed ai *iura in re aliena* non *mancipi* [10].

Se queste diversità non sono casuali, come si spiegano? L'unico autore che abbia in certo modo aderito al mio orientamento esplicativo è stato, per quanto sappia, il van den Brink [11], ma non saprei condividerne né la concezione generale né gli argomenti, che sono, direi, estre-

[5] Gai 1.32 *b*, 33, 34, 35; 3.72-73; Ulp. 3.1-5; Plin. *ep. ad. Traian.* 5 (4), 6 (22), 104 (105). Cfr. anche Suet. *Claud.* 19. In Plin. *n. h.* 29.12 il *ius Quiritium* viene conferito ad un peloponnesiaco.

[6] Gai 1.119; 2.24; 3.167; 4.16, 34, 36, 41, 45, 86, 193; Cic. *pro Mur.* 12.26; *in Verr.* 2.2.12.31; Prob. *fr. Einsiedl.* 32; Front. *contr. agr.* 44.8; *fr. Berolin. de iudiciis* 1.1. Cfr. anche Gai 1.17, 35, 54; 2.40, 41, 82, 88, 194, 196, 222, 267; 3.56, 80; Ulp. 1.16, 23; 3.4; 11.19; 19.20; 24.7, 11 *a*.

[7] Cfr. Ulp. 16 *ed.* D. 6.1.1.2 (itp.), relativo alle *liberae personae, quae sunt iuris nostri*.

[8] Cfr. Cic. *pro Caec.* 33.96.

[9] Sulla formula petitoria nella *hereditatis petitio*, v. KASER, *RPR.* 1.737 e nt. 22. Per le *servitutes mancipi*, si ricordi che si costituivano mediante *mancipatio*: Gai 2.29. Sulle stesse, interessanti osservazioni in FRANCIOSI, *Studi sulle servitú prediali* (1967) 8 ss.

[10] Le affermazioni di diritto relative, è appena il caso di ricordarlo, erano, rispettivamente, « *te dare facere oportere* » e « *ius mihi esse* ».

[11] VAN DEN BRINK (nt. 3), nell'uno e nell'altro scritto, di cui peraltro conosco solo la versione riassuntiva.

mamente fragili [12]. Gli altri autori hanno tutti concordemente negato il significato di ordinamento, di diritto obbiettivo, da me attribuito ad *ius Quiritium*, ed hanno quindi esplicitamente o implicitamente respinto la tesi che *ex iure Quiritium* abbia avuto, nel linguaggio dei tempi storici, il valore di un richiamo alla derivazione del diritto subbiettivo affermato da quell'ordinamento primigenio. Per essi *ius Quiritium* ha sempre e in ogni caso un significato subbiettivo, che nel linguaggio giuridico romano è rimasto presente, a titolo residuale, per derivazione dai tempi piú antichi: tempi nei quali *ius Quiritium* indicava lo *status* di cittadino romano [13], oppure lo *status* di *civis optimo iure* [14], oppure una situazione personale riconosciuta e rispettata da tutti i cittadini [15], oppure un'attività rituale universalmente praticata dai *cives* [16], o infine una forza rituale prevalente rispetto a quella di qualunque altro membro della comunità quiritaria delle origini [17].

Tot capita tot sententiae, come si vede. E l'imbarazzo è ulteriormente accresciuto dal fatto che, nella discussione relativa alla formula *ex iure Quiritium*, alcuni limitano il discorso alla sfera del *dominus*

[12] Il van den Brink, aderendo in pieno all'ipotesi di una conquista sabina della Roma latina pre-etrusca, ipotizza che *Quirites*, termine che indicava originariamente gli abitatori sabini del Quirinale, sia passato in un secondo momento a designare i *cives* della comunità unificata latino-sabina e che pertanto *ius Quiritium* abbia abbracciato, in quel secondo momento, gli istituti derivanti dalla fusione del *ius* latino col *fas* sabino. Siccome solo i rapporti giuridici assoluti si fusero in un tipo unitario, ecco che l'*actio in rem* fu motivata *ex iure Quiritium*; l'*actio in personam* no, potendo applicarsi sia ad una obbligazione scaturente dalla *sponsio* latina che ad un'obbligazione derivante dalla *stipulatio* sabina. Per la critica dell'ipotesi della conquista sabina, cfr., da ultimo, POUCET, *Les Sabins aux origines de Rome*, in *Aufstieg und Niedergang der röm. Welt* 1.1 (1972) 48 ss., con completo ragguaglio bibliografico. Quanto alle illazioni del van den Brink, a parte l'arbitrarietà dell'assegnazione del *ius* (e della *sponsio*) ai Latini e del *fas* (e della *stipulatio*) ai Sabini, osservo che la teoria dello studioso olandese non spiega perché mai l'ordinamento in base a cui (*ex*) si agiva fosse indicato nell'ipotesi dei diritti assoluti e non fosse invece indicato proprio là dove il suo richiamo sarebbe tornato piú utile, cioè nell'ipotesi dei diritti relativi (alcuni a radice latina, altri a radice sabina).

[13] Cosí DE VISSCHER (nt. 3), con variazioni di pensiero tra il primo contributo e gli altri due: *infra* nt. 47.

[14] Cosí BOZZA (nt. 3).

[15] Cosí GIOFFREDI (nt. 3).

[16] Cosí LÉVY - BRUHL (nt. 3).

[17] Cosí SANTORO (nt. 3).

civilistico[18], altri sostengono apertamente che la formula fu sempre e solo relativa alla situazione del *dominus*[19], altri assumono espressamente che in tempi storici (e a maggior ragione alle origini) essa si applicava alle situazioni potestative familiari e alla *libertas*[20].

Fortuna per il signor di Lapalisse di potersene lavare le mani. Io, che mi ritengo impegnato a non farlo, cercherò di dipanare la matassa, nelle pagine che seguono, secondo quest'ordine. In primo luogo cercherò di stabilire il presumibile ambito di applicazione e il presumibile senso dell'espressione *ius Quiritium* nel linguaggio giuridico preclassico e classico. Poi passerò a cercare il presumibile senso originario dell'espressione e il presumibile *dies ad quem* della sua affermazione nel linguaggio romano. Finalmente mi industrierò a trarre le mie conclusioni ed a giustificarle.

2. — La ricerca dell'ambito di applicazione di *ius Quiritium*, e in particolare di *ex iure Quiritium*, nel linguaggio giuridico preclassico e classico deve partire da alcune non inutili premesse chiarificative.

A parte l'ovvietà che il mio riferimento al linguaggio preclassico e classico è largamente approssimativo, sí che non si vuole certamente escludere la rilevanza di fonti anteriori (che non vi sono) e di fonti posteriori alla data convenzionale del 284 d. C. (che invece vi sono)[21], non bisogna dimenticare due cose: che anche in età preclassica e classica, e in particolare per i giuristi di quelle età, *Quirites* poté essere e fu sinonimo del generico *Romani*[22]; che l'espressione *ex iure Quiritium* venne posta radicalmente al bando da Giustiniano in una costituzione del 531[23]. In questo suo editto, indirizzato al prefetto del pretorio Giuliano[24], l'imperatore intese, piú precisamente, abolire l'ormai superata

[18] Cosí GIOFFREDI e LÉVY-BRUHL (*retro* nt. 15 e 16).

[19] Cosí BOZZA (*retro* nt. 14).

[20] Cosí SANTORO (*retro* nt. 17).

[21] Per verità, non disponiamo nemmeno di fonti tecniche datate dal periodo preclassico, anche se è presumibile che il linguaggio dei giuristi classici non sia stato diverso, e tanto meno innovativo, rispetto a quelli dell'età precedente. Sulle fonti, v. *retro* nt. 5-8.

[22] Sul tema, per tutti: LABRUNA, « *Quirites* », in *Labeo* 8 (1962) 340 ss., con ampio ragguaglio bibliografico. V. *infra* nt. 31.

[23] CI. 7.25.1, costituzione unica del tit. *De nudo ex iure Quiritium tollendo*, di cui un altro brano si legge in CI. 7.31.1 pr. (*Cum nostri animi vigilantia ex iure Quiritium nomen et substantiam sustulerit*).

[24] L'editto è, precisamente, del 530-531. Si tratta di una delle *Quinquaginta decisiones*? Sul punto: SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klassik* (1966) 336 nt. 1.

distinzione tra *dominium* civilistico e *dominium* bonitario [25] e colse l'occasione per ordinare, sopra tutto a beneficio degli studenti di diritto, l'eliminazione di una terminologia priva ormai assolutamente di senso [26]. Se ne deduce che *ex iure Quiritium*, se anche fu usato in età classica relativamente ad altri diritti, in tarda età postclassica era sicuramente connesso solo al *dominium* civilistico (per contrapporlo all'*in bonis habere*): è chiaro infatti che, se non fosse stato cosí, a maggior ragione Giustiniano, sempre a vantaggio dei suoi beneamati studenti, avrebbe condannato la locuzione dicendone in tutte lettere il perché. Dedurne che in età preclassica e classica *ex iure Quiritium* fossero qualificate le sole situazioni di *dominium* civilistico e le *vindicationes* relative sarebbe invece veramente troppo.

La limitazione della formula *ex iure Quiritium* al solo *dominium* civilistico è stata sostenuta dalla Bozza [27] principalmente sulla base di un argomento *e silentio*. Dove sono i testi preclassici e classici in cui le potestà familiari e le relative *vindicationes* sono qualificate *ex iure Quiritium*? L'unico passo che possa essere addotto è Ulp. 16 *ed.* D. 6.1.1.2 [28], ma si tratta di un passo sicuramente alterato, in cui la *petitio* di un *filius* come *in potestate ex iure Romano* sarebbe da attribuire ad una

[25] La cosa è discussa. Secondo CIAPESSONI, *Studi su Gaio* (1943) 148, Giustiniano avrebbe voluto abolire la contrapposizione all'*in bonis habere* del *plenum* o *nudum ius Quiritium*. V. *infra* n. 3.

[26] *Antiquae subtilitatis ludibrium per hanc decisionem expellentes nullam esse differentiam patimur inter dominos, apud quos vel nudum ex iure Quiritium vel tantummodo in bonis reperitur, quia nec huiusmodi esse volumus distinctionem, nec ex iure Quiritium nomen, quod nihil aenigmate discrepat nec unquam videtur neque in rebus apparet, sed est vacuum et superfluum verbum, per quod animi iuvenum, qui ad primam veniunt legum audientiam, perterriti ex primis eorum cunabulis inutiles legis antiquae dispositiones accipiunt. rell.*

[27] BOZZA (nt. 3) 12 ss., 17, 19 ss.

[28] D. 6.1.1.2 (Ulp. 16 *ed.*): *Per hanc autem actionem* (sc. *per rei vindicationem*) *liberae personae, quae sunt iuris nostri, ut puta liberi qui sunt in potestate, non petuntur: petuntur igitur aut praeiudiciis aut interdictis aut cognitione praetoria, et ita Pomponius libro trigensimo septimo: nisi forte, inquit, adiecta causa quis vindicet: si quis ita petit filium suum vel in potestate ex iure* [*Romano*] (*Quiritium*), *videtur mihi et Pomponius consentire recte eum egisse* [: *ait enim adiecta causa ex lege Quiritium vindicare posse*]. Il testo è notissimo alla critica: cfr. *Index itp.* ahl.; MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, in *AUPA.* 24 (1955) 397 s. e nt. 822; PROVERA, *La « pluris petitio » nel processo civile romano* 1 (1958) 66 ss. e nt. 64; TRIANTAPHILLOPOULOS, « *Praeiudicium* », in *Labeo* 8 (1962) 233 s.

manipolazione riassuntiva[29] e la successiva frase *ait enim adiecta causa ex lege Quiritium agi posse* sarebbe da attribuire ad un glossema marginale pregiustinianeo[30]. A parte questo frammento, e prescindendo da Cic. *pro Caec.* 33.96, la cui interpretazione corrente è frutto effettivamente di un equivoco[31], sta in fatto che le conferme testuali, malgrado l'ampio spazio dedicato dalle Istituzioni di Gaio alle potestà familiari, non vi sono[32]. Quindi, conclude la Bozza, se solo il *dominium* in epoca storica era *ex iure Quiritium*, la supposizione piú logica è che la specificazione *ex iure Quiritium* sia venuta in essere, nell'età arcaica, per designare un *quid* di speciale che caratterizzava il *meum esse aio* quando fosse pronunciato relativamente a cose ed a schiavi.

L'argomentazione è indubbiamente sagace, ma le conclusioni che la Bozza ne trae sono eccessive. Ulp. D. 6.1.1.2 è certamente l'unico testo che possa essere addotto a prova della *communis opinio* e sfortuna

[29] « Sintetizzazione operata dai Bizantini » (cfr. p. 16) allo scopo di indicare con una formula riassuntiva le svariate cause in base a cui si poteva affermare la titolarità della *potestas* sul figlio (*nuptiae*, *civitas consecuta*, *populi auctoritas* ecc.): dunque, glossema pregiustinianeo.

[30] Il glossema sarebbe di mano diversa da quella del glossatore di cui *retro* nt. 29: la diagnosi è basata sul fatto che esso « non fa che ripetere quanto era stato già detto » (cfr. p. 13). Giustamente da escludere, secondo la Bozza (cfr. p. 13) che i compilatori di Giustiniano abbiano sostituito *Romano* a *Quiritium* e *lege* ad *iure*: sarebbe stato abbandonarsi ad un giuoco di parole.

[31] Cic. *pro. Caec.* 33.96: *...et si semel civitas adimi potest, retineri libertas non potest. qui enim potest iure Quiritium liber esse is, qui in numero Quiritium non est?* La Bozza (nt. 3), 17, pur assegnando a *ius Quiritium* il senso di cittadinanza romana, non vede nella frase, e ben a ragione, una prova della locuzione *ex iure Quiritium*. Diversamente il Santoro (nt. 3) 242 s.: « anche la *libertas*, dunque, come situazione potestativa, si fonda sul *ius Quiritium* » (nel senso di potere giuridico, difeso appunto dal Santoro). Io condivido l'opinione che il testo non possa essere addotto a prova dell'uso della formula *ex iure Quiritium*, ma osservo che qui il significato obbiettivo, nel senso di *ius Romanorum*, di *ius Quiritium* è evidentissimo. Cicerone premette che il cittadino romano che perde la cittadinanza non può trattenere per sé la libertà: non ha senso che poi, nella domanda retorica che segue, egli affermi, a titolo asseverativo, che un non Quirite non possa evidentemente essere libero in base al suo diritto di cittadinanza quiritaria. La frase finale di Cicerone acquista un senso ragionevole solo se la si intenda come affermazione che un ex-Quirite non può invocare l'ordinamento proprio dei Quiriti per essere riconosciuto libero.

[32] Afr. 8 *quaest.* D. 37.10.8 pr., con riferimento ad un *pater familias* che afferma l'esistenza della sua *potestas* sul figlio premorto, usa la frase: « *filium meum et in potestate mea esse dico* ». Ma l'*ex iure Quiritium* potrebbe essere stato cancellato dai giustinianei.

vuole che per poter essere utilizzato a tale scopo debba essere anche dalla *communis opinio* ritenuto alterato. Ma altro è dire che *ex iure Romano* sia stato sostituito a *ex iure Quiritium* da Giustiniano in omaggio alla sua costituzione del 531 [33], altro è dire, del tutto inverosimilmente, che *ex iure Romano* sia una locuzione venuta in mente ad un annotatore postclassico [34]. Che la *vindicatio* delle *potestates* familiari fosse fatta dai classici *ex iure Quiritium* non si ricava certamente dagli indizi che ha creduto di addurre il Santoro [35], ma almeno dal passo di Ulpiano, sia pure indiziariamente, si ricava. Quanto al silenzio di ogni altra fonte, ed in specie di Gaio, forse vi è modo di spiegarselo. Mentre in epoca preclassica e classica di *dominia* ve n'erano due (quello civilistico e quello pretorio), di *potestates* familiari vi erano allora (anche allora) solo quelle civilistiche, sicché non era necessario ai giuristi preclassici e classici di specificare che Tizio era *pater* di Caio *ex iure Quiritium* o che Caio era *in potestate* di Tizio *ex iure Quiritium*. La specificazione *ex iure Quiritium* appariva probabilmente solo nelle formule vindicatorie, e può anche ammettersi che in età classica fosse, piú o meno spesso, praticamente omessa [36].

Non si dica, d'altro canto, che *ex iure Quiritium* sia una specificazione del *dominium* civilistico nata soltanto quando, di contro ad esso, sorse il dominio bonitario, profilatasi dunque solo in età preclassica. A parte ogni altra considerazione, sarebbe assai facile rispondere che il *dominus* civilistico, in tal caso, sarebbe stato qualificato come *dominus* (*ex*) *iure civili* ed avrebbe giustificato la sua *vindicatio* con un *meum esse aio* (*ex*) *iure civili*. La derivazione delle formule vindicatorie del *dominus* da un'epoca in cui al *ius civile Romanorum* ancora non si contrapponeva quello che i giuristi classici solevano chiamare il *ius*

[33] *Retro* nt. 26. In questo senso la *communis opinio*, cui aderisce il SANTORO (nt. 3) 237 ss. e nt. 2.

[34] Di mano postclassica, a mio avviso, è sicuramente l'ultimo periodo (*ait enim rell.*), in cui effettivamente si riassume quanto già detto precedentemente e il *ius Quiritium* diviene *lex* (νόμος) *Quiritium*.

[35] SANTORO (nt. 3) 239 ss., il quale presuppone arbitrariamente una equivalenza di *ius Quiritium* (in senso oggettivo) con *ius proprium civium Romanorum*, al quale ultimo arbitrariamente assegna un valore subbiettivo in Gai 1.55, 65-66, 108, 119. V. *infra* n. 6.

[36] D'altronde, anche relativamente alla *rei vindicatio* Gaio omette talvolta la specificazione *ex iure Quiritium*. Cfr. Gai 4.92: *Petitoria autem formula haec est, qua actor intendit rem suam esse*. Su questo testo sono decisive le osservazioni di MITTEIS (nt. 2) 67 nt. 15.

honorarium non può essere ragionevolmente negata. Peraltro appunto per ciò non può ragionevolmente contestarsi l'ipotesi della *communis opinio* per cui anche le *vindicationes* relative ai diritti assoluti del *ius civile* ancora piú antichi del *dominium* (e intendo alludere particolarmente alle potestà familiari)[37] erano pronunciate *ex iure Quiritium*.

3. — Il senso di *ius Quiritium* nel linguaggio preclassico e classico è tutt'altro che chiaro ed univoco. Coloro che hanno sostenuto l'esistenza di un significato unitario lo hanno fatto consapevolmente o inconsapevolmente forzando o trascurando alcuni testi a vantaggio di altri cui hanno dato la preferenza. Tanto vero che ciascuno è giunto ad un significato diverso da quello sostenuto dagli altri: *status* di *civis Romanus*, *status* di *civis optimo iure*, diritto subbiettivo[38]. Io penso invece che non si debbano chiudere gli occhi alla evidenza delle fonti di cui disponiamo[39]. A seconda dei casi, *ius Quiritium* ha proprio significati diversi e spesso questi significati non sembrano direttamente e spontaneamente sentiti dagli autori in cui si leggono, ma sono fatti derivare piú o meno arbitrariamente da significazioni arcaiche che però a quegli autori sono probabilmente tutt'altro che chiare.

Ius Quiritium significa *status* di cittadino romano unicamente in quei testi giuridici e letterari[40] che parlano appunto dell'acquisto della cittadinanza da parte dei Latini. Gli argomenti di chi ha voluto negarlo sono privi di ogni consistenza[41]. Vera è però una « nuance » finemente

[37] Cosí, da ultimo, SANTORO (nt. 3) 237 ss., anche se con argomentazioni eccessive, per le quali v. *retro* nt. 35 e *infra* n. 7.

[38] *Retro* n. 1 e nt. 13-17.

[39] Non ha valore, a mio avviso, quanto dice il SANTORO (nt. 3) 249: « se veramente l'espressione *ius Quiritium* fosse stata suscettibile di una varietà di interpretazioni, Gaio, che la usava in impieghi diversi, non avrebbe mancato di avvertirne il lettore ». E allora, come mai Gaio non ha avvertito il lettore degli impieghi diversi di *ius civile* o *ius proprium civium Romanorum* che, proprio secondo il SANTORO (nt. 35), egli avrebbe operato nel suo manuale?

[40] *Retro* nt. 5. Il valore probante dei testi letterari è evidentemente inferiore a quello dei testi giuridici: Plin. *n. h.* 29.12 prova che la limitazione del *ius Quiritium* ai *Latini* non era da tutti sentita.

[41] SANTORO (nt. 3) 248 ss. (n. 42-47) formula, a mio avviso, critiche poco felici, salvo che per quanto riguarda l'accettazione della tesi secondo cui *ius Quiritium* è espressione piú risalente di *civitas Romana* (il che, peraltro, non esclude, intendiamoci, che *civitas Romana* possa tradurre, in linguaggio piú evoluto, il nucleo racchiuso nell'espressione *ius Quiritium*). La testimonianza di Gai 1.32 *b*

avvertita dalla Bozza[42]. Da Gai 1.32 *b*, nel testo convincentemente ricostruito dal Huschke (*... manumissi ⟨et Latini facti ius Quiritium adipiscuntur⟩, id est fiunt cives Romani, si Romae inter vigiles sex annis militaverint rell.*), si trae l'impressione che la locuzione *ius Quiritium*, indubbiamente derivata da un uso terminologico assai antico[43], non fosse intelligibile e intesa dalla generalità come ovvio equivalente di *civitas Romana*, ché altrimenti Gaio non si sarebbe presa la briga di « tradurla » ai suoi lettori, mediante un *id est*, appunto in *civitas Romana*. È chiaro cioè che intendere *ius Quiritium adipisci* come acquisto della *civitas Romana* da parte dei *Latini* non veniva naturale ai contemporanei di Gaio e che la traduzione di *ius Quiritium* in *civitas Romana*, impeccabile nell'ambiente del diritto romano classico, poteva anche non essere quella originaria[44]. La Bozza ha supposto che *ius Quiritium* significasse pertanto, in origine, qualcosa di diverso dalla pura e semplice *civitas Romana*, cioè la *civitas optimo iure* spettante ai soli *Quirites* maschi e portatori di lancia, i guerrieri della *civitas* arcaica[45]; ma non

non avrebbe alcun valore poiché risulta da un'integrazione del Huschke (cfr. p. 250), e in ogni caso « l'*id est* può indicare una semplice equivalenza, senza introdurre, peraltro, la spiegazione di un ulteriore significato dell'espressione *ius Quiritium* » (cfr. p. 250 nt. 1); in Ulp. 3.2, « al di là delle apparenze, la testimonianza non sembra deporre per una piena identità di concetti » (cfr. p. 251); ove l'identità dei concetti veramente vi fosse, « si dovrebbe trovare, pure, qualche volta usata l'espressione *civitas Romana* in quegli impieghi che sono propri dell'espressione *ius Quiritium* al di fuori del tema dell'acquisto della cittadinanza » (cfr. p. 252 s.); siccome i *Latini* già godevano praticamente di tutti i diritti pubblici e privati dei *cives Romani* salvo la titolarità delle situazioni potestative e del *dominium* (?), il loro *ius Quiritium consequi* non era tanto il genetico acquisto dello *status civitatis*, ma era l'acquisto della titolarità di quelle situazioni giuridiche subbiettive (cfr. p. 254 ss.). Tralascio, per ragioni di brevità, di contestare per esplicito questi argomenti.

[42] Bozza (nt. 3) 24 ss. (per vero, non senza qualche oscurità o, forse, qualche contraddizione).

[43] *Infra* n. 4.

[44] La Bozza (nt. 3) 26, si rifà a questo proposito, forse un po' superficialmente, al *foedus Cassianum* e, in relazione ad esso, scrive: « che cosa mancava ad essi (ai Latini) per essere parificati ai cittadini romani *optimo iure*? La possibilità di rivestire le magistrature e di avere un illimitato *ius suffragii* ». Qui ha ragione il Santoro (nt. 41) nel segnalare che ai Latini mancava la titolarità delle potestà familiari (anche se probabilmente avevano *iure commercii* la titolarità del *dominium ex iure Quiritium*).

[45] Bozza (nt. 3) 29 ss.: « Soltanto il cittadino-soldato, a cui è stato assegnato l'*ager* mediante la *centuriatio* del territorio tolto al nemico, può avere ragione di

saprei davvero condividere questa rischiosa opinione [46]. Di gran lunga piú sorvegliata mi sembra la tesi del De Visscher [47], secondo cui *ius Quiritium*, concezione sorta anteriormente all'epoca in cui sorse il concetto di cittadinanza romana, esprimeva, se mai, alle origini qualcosa di meno e non qualcosa di coincidente con la posteriore *civitas Romana* [48]: un qualcosa che Gaio ritenne pienamente equiparabile, ai suoi tempi, con lo *status civitatis*. Il solo punto che resta da discutere, quando si accetti questa linea interpretativa, è se il *ius Quiritium* fosse realmente, alle origini, un *quid minus* rispetto alla *civitas Romana*, o non fosse invece un *quid aliud* [49].

Nelle formule vindicatorie (cioè nell'*aio hanc rem meam esse ex iure Quiritium* della *rei vindicatio*, dell'*in iure cessio* e della *mancipatio*)

affermare che l'appartenenza di esso gli deriva dal diritto dei soldati e conquistatori: i Quiriti ». E siccome sopra tutto alle origini l'affermazione di diritto andava specificamente giustificata (cfr. NOAILLES, « *Fas* » *et* « *ius* » [1948] 75 ss.), ecco che la giustificazione dell'appartenenza dell'*ager divisus et adsignatus* era, particolarmente per l'assegnatario (cioè alla prima generazione), indispensabile. Forse il primo passo verso l'indicazione della *causa vindicandi* anche per gli altri beni, diversi dagli *agri*, fu costituito dalla *vindicatio* del *servus*, prigioniero di guerra.

[46] Contro la teoria della Bozza v. già SANTORO (nt. 3) 237 ss., ma senza una critica puntuale. Io mi limito qui ad osservare che, a prescindere da ogni discussione circa la visione dell'età arcaica difesa dalla Bozza (le cose mobili oggetto originariamente di *mancipium*, le cose immobili oggetto di appartenenza privata solo con la *centuriatio* introdotta dagli Etruschi), non si capisce come mai la giustificazione propria del cittadino-militare, anziché venir meno con il venir meno del carattere strettamente militare dell'organizzazione centuriata, sia passata a dare fondamento anche all'appartenenza delle *res* mobili e *nec mancipi*. Comunque, se la *vindicatio ex iure Quiritium* si estese, con l'andar del tempo, anche ad oggetti che non avevano nulla a che vedere con la peculiare situazione del cittadino-militare, non si vede perché la Bozza neghi tanto fermamente la *vindicatio ex iure Quiritium* degli altri oggetti del *mancipium* (cioé dei *filii*, delle *uxores in manu*, dei *liberi in mancipio*).

[47] Mi riferisco, in particolare, a DE VISSCHER 3 (nt. 3), in cui si sostiene che *ius Quiritium* vale *civitas Romana* anche nella formula *ex iure Quiritium*. Diversamente DE VISSCHER 2 (nt. 3).

[48] Molto fine, a questo proposito, la dimostrazione dedicata da DE VISSCHER 2 (nt. 3), specialm. 102 ss., al punto che, nell'ambiente dell'antichissimo Lazio, *Quirites* e *ius Quiritium* designavano essenzialmente gli elementi di differenziazione degli abitanti di Roma rispetto alle altre popolazioni latine. Di qui la sopravvivenza di *ius Quiritium* come termine tecnico per designare i *cives Romani* nei confronti dei *Latini*.

[49] *Infra* n. 6.

è assolutamente arbitrario sostenere che *ius Quiritium* abbia il valore di *civitas Romana* o anche di potere giuridico. Quale che sia stato il senso originario, arcaico della locuzione [50], il senso preclassico e classico della stessa è quello di un *ius* di carattere obbiettivo, di un *quid iuris* estraneo alla situazione personale del *vindicans*, che ne condiziona la validità giuridica. La *communis opinio*, alla quale ho anch'io a suo tempo aderito, ha in ciò perfettamente ragione [51]. Anche se dovessimo ammettere, tra poco [52], che *ius Quiritium* abbia avuto alle origini un valore subbiettivo, non potremmo perciò ammettere che tale valore esso lo conservasse in età storica. In un'epoca, quella preclassica e classica, in cui tanto l'*actio in rem* (e la *vindicatio* in genere) quanto l'*actio in personam* sono esercitabili, *iure civili*, a pari titolo da chiunque sia *civis Romanus* e vanti nei confronti della controparte una situazione di potere giuridico (di diritto subbiettivo), l'invocazione del *ius Quiritium* a fondamento della *vindicatio*, e di essa soltanto, non ha valore di richiamo alla cittadinanza o al potere giuridico del *vindicans*, ma ha tutt'al piú valore di richiamo ad una situazione obbiettiva pregressa, cioè ad un precedente antichissimo stadio dell'ordinamento giuridico romano, in cui la *vindicatio* ed essa soltanto era (si supponga) esercitabile in funzione della titolarità dello *status* di cittadino o di un particolare potere giuridico. Per sfuggire a questo ragionamento, il Mitteis ha formulato la nota spiegazione di *ius Quiritium* come diritto *erga omnes* [53], ma almeno in ciò le critiche da me esposte nel mio primo articolo sembrano aver avuto successo [54].

Le volte in cui *ex iure Quiritium* è apposto a *dominus*, a *meus*, a *tuus* e cosí via [55], non permettono di trarre conclusioni sicure sul senso di *ius Quiritium*. Come ho già detto [56], in questi casi lo *ex iure Quiritum*, tolto di peso dalle formule vindicatorie, ha il solo scopo di caratterizzare

[50] *Infra* n. 5-7.

[51] In questo senso, anche se con risultati diversi da quelli ritenuti da me accettabili, DE VISSCHER 1 (nt. 3) 75 ss.

[52] Ma v. invece *infra* n. 6.

[53] MITTEIS (nt. 2) 66 ss.

[54] *Retro* n. 2. *Infra*, n. 6, vedremo che il DE VISSCHER 3 è tornato sostanzialmente, con altri, alla spiegazione del Mitteis.

[55] Gai 1.17 (*domini*), 35 (*meus*), 54 (*eiusdem*); 2.41 (*mea*, *tua*), 82 (*suos*), 88 (*alterius*), 194 (*legatarii*), 196 (*testatoris*) ecc. *Retro* nt. 6.

[56] *Retro* n. 2.

il *dominium* civilistico di fronte all'*in bonis habere*[57]. Tuttavia vi è un testo che merita una considerazione speciale perché è quello in cui piú chiaramente *ius Quiritium* sembra avere una prima volta significato di diritto obbiettivo e una seconda volta, di lí a due righi, significato subbiettivo. Si tratta di:

Gai 1.54: *Ceterum cum apud cives Romanos duplex sit dominium (nam vel in bonis vel ex iure Quiritium vel ex utroque iure cuiusque servus esse intellegitur) ita demum servum in potestate domini esse dicemus, si in bonis eius sit, etiamsi simul ex iure Quiritium eiusdem non sit; nam qui nudum ius Quiritium in servo habet, is potestatem habere non intellegitur.*

Non mi impegno nelle fervide discussioni circa la genuinità di questo notissimo passo[58]. Per me esso è inattaccabile. In armonia a quanto affermato anche in 2.40 (*... sed postea divisionem accepit dominium, ut alius possit esse ex iure Quiritium dominus, alius in bonis habere*), Gaio, con specifico riguardo alla *dominica potestas* sul *servus*, spiega qui che il *dominium* può essere *duplex*, cioè scisso tra colui che ha lo schiavo *in bonis*, col favore dell'editto pretorio, e colui che lo ha in suo potere *ex iure Quiritium*. L'unificazione dei due *dominia*, quello pretorio e quello civilistico, in testa ad un unico soggetto non è frutto di un errore di aritmetica del giurista perché non dà luogo a un *tertium genus* di *dominium*[59]. Se dunque l'inciso *nam—intellegitur*

[57] Particolarmente significante Gai 1.35: *... si servus in bonis tuis, ex iure Quiritium meus erit rell.* Più oltre si legge: *quodsi cuius et in bonis et ex iure Quiritium (servus) sit, manumissus ab eodem scilicet et Latinus fieri potest et ius Quiritium consequi.* In quest'ultimo periodo mi sembra di assoluta evidenza che *ius Quiritium* non può avere ambedue le volte lo stesso valore e che esso, in particolare, non può avere valore subbiettivo in *ex iure Quiritium*. De Visscher 3 (nt. 3) 230, difende la tesi dell'unità di senso (che per lui è il senso di *civitas*) perché « il serait certes beaucoup plus satisfaisant de pouvoir attribuer à l'expression *ius Quiritium* un sens fondamentalment identique dans les deux formules »: troppo poco, direi (v. d'altronde *infra* nt. 86). Santoro (nt. 3) 258 s., ritenendo « sorprendente » la duplicità di significati, così come essa risulta a prima vista, afferma che « non resta che ritenere » che il significato sia unico, e aggiunge che, non soddisfacendo la spiegazione del De Visscher (*civitas Romana*), « non rimane che il significato di potere »: troppo arbitrario, mi pare.

[58] Rinvio, per tutti, a Santoro (nt. 3) 233 ss. e 421 nt. 15. Ivi letteratura. V. anche Guarino, *Diritto privato romano*[5] (1976) nt. 61.2.7.

[59] Mi riferisco particolarmente a Solazzi, *Diritto e aritmetica in Gai 1.54* (1954), ora in *Scr. di dir. romano* 6 (1972) 670 ss., che costituisce l'attacco piú radicale al testo di Gaio. Come è noto, il Solazzi assume che per Gaio il *dominium* in

è genuino, assume grande importanza ai nostri fini la frase *ex utroque iure cuiusque servus esse intellegitur*. In esso Gaio non pare affatto riferirsi alle due distinte situazioni subbiettive del *dominus* bonitario e di quello civilistico, ma sembra chiaramente alludere alle due distinte sfere normative, quella pretoria e quella del *ius civile*, sul fondamento delle quali il *servus* può venirsi a trovare in questa sua condizione di assoggettamento. Premesso che *dominium*, nel linguaggio gaiano, non è il diritto del *dominus*, ma l'istituto obbiettivo della proprietà, cioè uno di quei *iura populi Romani* che *constant ex legibus, plebiscitis, senatusconsultis, constitutionibus principum, edictis eorum, qui ius edicendi habent, responsis prudentium*[60], il *dominus ex utroque iure* (cioè colui di cui lo schiavo è *servus ex utroque iure*) è colui che deriva il suo diritto sia dall'editto pretorio che dalle fonti proprie del *ius civile*. È intuitivo che *ex utroque iure* è venuto a Gaio nella penna per influenza della locuzione *ex iure Quiritium* che si trova poc'anzi, ma appunto perciò è innegabile che, almeno in questo punto, Gaio ha conferito ad *ius Quiritium* un senso obbiettivo.

Nell'ultimo periodo di Gai 1.54, *nudum ius Quiritium* ha invece un significato di situazione giuridica subbiettiva. Non vedo come possa dubitarsene, ma escluderei che questo dato debba ribaltare sulla significazione di *ex iure Quiritium*[61]. È titolare di un *nudum ius Quiritium* in ordine al *servus* colui che trae il suo diritto *ex iure Quiritium*, ma è sfavorito dal pretore, e quindi *non habet in bonis* lo schiavo. E queste conclusioni possono essere solo suffragate, non indebolite da altri, e altrettanto noti, passi di Gaio, sui quali per brevità non mi fermo[62].

senso tecnico sia uno solo e sia cioè quello civilistico (*dominium ex iure Quiritium*): esso può essere scisso (*divisum*), quanto al godimento, tra nudo *dominus* civilistico e titolare dell'*in bonis habere*, con la conseguenza che le ipotesi di godimento dell'oggetto giuridico sono tre, ma che in ogni caso il *dominium* non è mai *duplex*. Teoria poco felice e giustamente criticata in dottrina. Per Gaio i *dominia* sono proprio due, quello civilistico e quello pretorio, e la sottrazione dell'*in bonis* al *dominus ex iure Quiritium* non crea un terzo *dominium* (il *nudum ius Quiritium*) ma determina solo l'« affievolimento » del diritto del *dominus ex iure Quiritium*.

[60] Cfr. Gai 1.2.

[61] Unico argomento del SANTORO (nt. 3) 234, è una petizione di principio: « Si può pensare che l'espressione *ius Quiritium* non abbia, nel primo come nel secondo impiego, lo stesso valore subiettivo? ».

[62] Valga per tutti Gai 2.141, in cui leggiamo che, se la *res mancipi* è stata a te puramente *tradita*, bisogna attendere il verificarsi dell'*usucapio*, e solo allora *pleno iure incipit, id est et in bonis et ex iure Quiritium, tua res esse, ac si ea*

4. — Per pervenire ora al senso originario (unico o plurimo?) di *ius Quiritium*, per stabilire l'ambito primitivo di applicazione dello stesso, per intuirne le eventuali variazioni di senso e di ambito di applicazione, il quesito di base deve essere, a mio avviso, questo: perché *ius Quiritium*? Donde e quando vennero, presumibilmente, la necessità e la opportunità e l'occasione di qualificare per esplicito *ius Quiritium*, e non *ius civile Romanorum* o *ius Romanorum* o solamente *ius*, questo *quid* primitivo di cui andiamo alla ricerca? Il complemento di specificazione, *Quiritium*, deve essere spiegato.

Teniamo presente, anzi tutto, che i Romani si dissero *Romani*, o anche *Romani*, non prima del periodo etrusco della *civitas* arcaica. *Roma* è denominazione sicuramente etrusca e, se anche i partecipi della *civitas* pre-etrusca furono chiamati assai per tempo *Romani* dagli Etruschi, è evidente che non poterono autoqualificarsi in questo modo (né poterono essere cosí qualificati nel seno del *nomen Latinum*) se non quando gli etruschi Tarquinii, o chi per loro, si intromisero nella comunità gettando le basi dell'*urbs Roma*[63]. Queste considerazioni ci portano al piú presto al sec. VI a. C., verosimilmente verso la seconda metà di quel secolo, e cioè all'*exercitus centuriatus* di Servio Tullio e alla sua denominazione come *populus Romanus Quirites* o *Quiritium*[64]. Quanto meno in età anteriore al sec. VI a. C., dunque, *Quirites*, quale che sia l'etimologia del nome[65], era il termine con cui gli abitanti della riva sinistra del Tevere qualificavano se stessi, differenziandosi dalle popolazioni circostanti[66]. Dato che a quell'epoca le popolazioni circostanti erano quelle del *nomen Latinum* e dato che, come sappiamo[67], solo per l'acquisto della *civitas Romana* da parte dei *Latini* il linguaggio preclassico e classico ricorreva alla locuzione *ius Quiritium consequi*, il collegamento mommseniano di *ius Quiritium* con i tempi del *nomen Latinum*,

mancipata vel in iure cessa esset. Non mi riesce di vedere in *pleno iure* il valore subbiettivo, e non obbiettivo, che vi scorge il SANTORO (nt. 3) 235 s. Analoghe considerazioni per Gai 2.222 e 3.80.

[63] Cfr., per tutti, DE MARTINO, *Storia della costituzione romana* 1² (1972) 85 ss., 117 ss. V. anche HEURGON, *Il Mediterraneo occidentale dalla preistoria a Roma arcaica* (tr. it. 1972) 241 ss.

[64] Sul punto, per tutti, MOMMSEN (nt. 2) 6; DE MARTINO (nt. 63) 161 ss.

[65] *Retro* nt. 22.

[66] *Retro* nt. 48.

[67] *Retro* nt. 5. Il riferimento più antico a nostra conoscenza è quello alla *lex Visellia* del 24 d. C. (Gai 1.32 *b*), ma è ovvio che l'uso doveva provenire dalle origini: cfr. DE VISSCHER 1 (nt. 3) 72 s.

inteso questo come l'unico orizzonte politico della *civitas*, si conferma tuttora felice. Occorre però precisarlo. Se la tesi del Mommsen, espressa per vero in termini alquanto generici [68], vuole alludere ad un'epoca anteriore alle prime consistenti concessioni della *civitas* a *peregrini* diversi dai *Latini*, la rilevanza di *ius Quiritium* (prescindendo per ora dal suo preciso significato) può essere portata sin verso la fine del sec. V a. C. ed anche alcuni decenni piú in là [69]; se la tesi del Mommsen vuole essere intesa come allusione ad un'epoca anteriore alla istituzione dei rapporti amichevoli con popolazioni esterne al *nomen Latinum* (e quindi a possibili o probabili concessioni di cittadinanza a singoli esponenti di queste popolazioni), la rilevanza di *ius Quiritium* deve ritenersi esaurita, come ho proposto io a suo tempo, intorno agli ultimi decenni del sec. VI a. C., che son quelli in cui a Roma si apersero in qualche misura il mondo dell'Italia centrale e forse anche quello della Magna Grecia [70].

La fine del sec. VI a. C. è appunto l'epoca in cui, istituito l'*exercitus centuriatus*, la comunità addensata dentro e intorno al *pomerium* di Roma si è stabilmente organizzata a *populus Romanus Quirites*. Fu da allora che, di fronte ai *peregrini*, non si posero i *Quirites*, ma si pose il *populus* tutto, sí che le ammissioni di stranieri a Roma non consistettero piú in un limitato *ius Quiritium consequi*? O invece dobbiamo egualmente pervenire alla fine del quinto ed agli inizi del quarto secolo per il motivo che solo in questa età il *populus Romanus Quiritium* si trasformò in *civitas Romanorum*, eliminando ogni rilevanza dell'antica comunità quiritaria?

Lasciamo per il momento il dubbio impregiudicato [71] e cerchiamo di spiegare perché certe affermazioni di potere giuridico ed esse soltanto (intendo dire le *vindicationes*) siano state fatte *ab antiquo*, nel-

[68] MOMMSEN (nt. 2) 7 nt. 2: « Dass die Ertheilung des Bürgerrechts an einen Latiner gewöhnlich als Verleihung nicht des Bürger-, sondern des quiritischen Rechts bezeichnet wird . . ., während bei den Peregrinen dafür *civitas* gesetz zu werden pflegt, erklärt sich daraus, dass die Erwerbung des römischen Bürgerrechts durch den Latiner in anderer Weise und sehr viel früherer Zeit in das Rechtsystem gelangt ist als die Bürgerrechtsverleihung an den Peregrinen ».

[69] Verso quest'epoca tende ad esempio, con un ragionamento comunque lucidamente criticato dalla BOZZA (nt. 3) 8 ss., il DE VISSCHER 1 (nt. 3) 75 ss. Ad essa altresì portano le più recenti ricerche, sintetizzate da HEURGON (nt. 63) 271 ss.

[70] V. ancora HEURGON (nt. 69) e cfr. altresì, da ultimo, BAYER, *Rom und die Westgriechen bis 280 v. Chr.*, in *Aufstieg und Niedergang der röm. Welt* 1.1 (1972) 305 ss., 328 ss.

[71] V. *infra* n. 7.

l'interno della comunità cittadina, con esplicito riferimento al *ius Quiritium*. A questo proposito osservo sin da adesso che tutte le spiegazioni che riportano l'*ex iure Quiritium* ad una speciale situazione subbiettiva in cui si trovava il cittadino *vindicans* rispetto ai suoi concittadini sono escluse *a priori* dal fatto che gli stranieri ammessi a *consequi ius Quiritium* non acquistavano solo la possibilità di essere titolari di quelle situazioni subbiettive, ma acquisivano evidentemente la possibilità di essere titolari di tutte le situazioni subbiettive previste dall'ordinamento, sia quelle *ex iure Quiritium* che quelle non *ex iure Quiritium*[72]. Certo è anche possibile che il *consequi ius Quiritium* dei *Latini* implicasse, *a maiori ad minus*, la possibilità di esercitare, una volta divenuti *Quirites*, anche poteri non *ex iure Quiritium*; ma si riconosca che la cosa sa di improbabile[73] e si tenga presente, comunque, quest'altra considerazione. Se fosse stato cosí, l'uso di indicare l'ingresso dei *peregrini* nella comunità con un *consequi ius Quiritium* non si sarebbe estinto sul declino del sec. VI o V a. C., ma si sarebbe mantenuto intatto, estendendosi dai *Latini* agli altri *peregrini*, anche dopo quell'età e sin quando le affermazioni di diritto *ex iure Quiritium* ebbero in Roma un valore caratteristico e individuante[74]. Siccome sappiamo che le cose non sono andate in questo modo, ragione, anzi direi prudenza, suggerisce che si guardi con molta diffidenza a certe teorie fascinose ma altrettanto fantasiose e che si argomenti in maniera alquanto piú realistica.

Nel seno della comunità pre-etrusca dei *Quirites* (di quei *Quirites* che si contrapponevano, esternamente alla comunità, ai *Latini*) non vi era motivo per distinguere internamente, cioè nei rapporti fra *Quirites*, tra le varie situazioni di potere *ex iure Quiritium*: tutte le situazioni di potere erano ovviamente *ex iure Quiritium*, ma appunto perciò è inverosimile che le corrispondenti affermazioni dei soggetti esplicitassero l'*ex iure*

[72] Chi volesse replicare che i *Latini* già erano titolari *iure Latii* di tutte le situazioni subbiettive non *ex iure Quiritium*, non soltanto direbbe un'inesattezza (v. *retro* n. 3 e nt. 44), ma si troverebbe egualmente di fronte alla mia obbiezione. Forse che il *ius Quiritium* dei *Quirites* veri e propri non implicava anche la titolarità delle situazioni non affermate (in giudizio e fuori) *ex iure Quiritium*?

[73] Se poi si ritiene che tutto il patrimonio giuridico dei *Quirites* fosse racchiuso, ai tempi del *nomen Latinum* antichissimo, nel *ius Quiritium* (nel senso che non vi erano, a quei tempi, altre situazioni al di fuori di quelle vindicate *ex iure Quiritium*), bisogna spiegare che necessità vi fosse, sempre a quei tempi, di specificare per esplicito che i diritti del *Quiris* erano *ex iure Quiritium*.

[74] Cioè anche dopo la *constitutio Antoniniana* del 212 d. C. e sino all'età postclassica.

Quiritium. Viceversa, nell'ambito del *populus Romanus Quiritium*, prima che si fondesse in un'unitaria *civitas Romanorum*, è pienamente verosimile che solo alcuni poteri siano stati affermati dai loro titolari con esplicito riferimento al *ius Quiritium*. E ciò può essere dipeso: o dal fatto che solo i *Quirites*, fra tutti i Romani, erano in grado di vantare quei poteri; oppure dal fatto che quei poteri spettavano a tutti i Romani (fossero o non fossero *Quirites*), ma avevano una carica particolare connessa con la loro derivazione dal patrimonio culturale dei *Quirites* pre-etruschi.

La mia tesi tende tutt'oggi, con opportune sfumature, verso la seconda soluzione [75]. Ma, prima di esporla, è venuto il momento di cercare di individuare il senso di *ius Quiritium* nel linguaggio arcaico.

5. — A mio avviso, il senso originario, arcaico di *ius Quiritium* è stato, sempre e in ogni caso, un senso tendenzialmente obbiettivo [76]. *Ius Quiritium* ha, tendenzialmente e confusamente, sempre significato, per coloro che primi ne fecero uso, ordinamento dei *Quirites*, patrimonio di regole, di costumanze, di *mores maiorum* caratterizzante i *Quirites* pre-etruschi di fronte ai *Latini*, nonché eventualmente i *Quirites* del *populus Romanus Quiritium* rispetto ai *Romani* non *Quirites*. Ancora una volta valga il richiamo a Gaio, là dove parla di *iura populi Romani* con evidente significazione obbiettiva [77]. Del *ius proprium populi Romani* e dei suoi *iura* caratteristici il *ius Quiritium* è stato insomma l'antenato.

Queste mie considerazioni non si riferiscono solo al *ius Quiritium* della formula *ex iure Quiritium*, di cui abbiamo visto che il significato primo e dominante fu quello di ordinamento ancora nel linguaggio preclassico e classico [78]. Anche nel *ius Quiritium consequi* dei *prisci Latini* la semantica è quella di ordinamento, beninteso in senso assai vago e approssimativo, mentre il significato di *status civitatis* fu solo, come abbiamo pur visto [79], il frutto di una tarda traduzione. Non mi induce

[75] Le opportune sfumature sono, peraltro, già ravvisabili al n. 4 del mio studio sul *ius Quiritium* (nt. 1). E lo sottolineo perché, quando di un'ipotesi storiografica si colgono frettolosamente solo le affermazioni portanti, sorvolando sulle sfumature che la completano, accade piú facilmente che quell'ipotesi sia ritenuta «simpliste».

[76] Il senso proprio, cioè, di « diritto » e dei suoi equivalenti nelle varie lingue.

[77] Ctr. Gai 1.2 in relazione anche al paragrafo che lo precede.

[78] *Retro* n. 3.

[79] *Retro* n. 3, con particolare riferimento a Gai 1.32 *b*.

ad affermarlo il fatto che la *civitas* non si era forse, in età pre-etrusca, ancora costituita [80], perché, se è vero che comunque una comunità specifica dei *Quirites* esisteva, se ne può facilmente dedurre che *ius Quiritium* aveva un valore *ante litteram* di *status civitatis* [81]. Mi induce piuttosto a sostenerlo la considerazione che, non solo nell'età piú antica ma per lungo tempo anche nelle età successive, mancò ad *ius* un chiaro ed univoco senso di diritto subbiettivo, cioè di potere giuridico [82]. E in ogni caso, limitando il discorso all'epoca arcaica, osservo: se *ius* avesse avuto già nell'età pre-etrusca il senso di *status civitatis*, non si sarebbero usate, per le acquisizioni di cittadinanza da parte di stranieri, locuzioni del tipo *civitatem Romanam adipisci*, ma si sarebbe mantenuta anche per i non Latini quella locuzione, o tutt'al piú essa sarebbe stata ritoccata in *ius Romanorum consequi*; se *ius* avesse avuto in età etrusca già un tendenziale significato subbiettivo, le *vindicationes* non sarebbero state espresse in termini di *meum esse aio*, ma, come avvenne per poteri giuridici di formazione posteriore, in termini di *ius mihi esse* [83].

Tale la mia impressione (non piú che impressione, si capisce). La quale, aggiungendosi alle altre dianzi già esposte [84], sempre piú mi allontana dalle interpretazioni subbiettivistiche che vari autori hanno voluto applicare al *ius Quiritium*.

6. — Esaminiamole, dunque, queste interpretazioni subbiettivistiche.

Il De Visscher, nell'ultima formulazione del suo pensiero [85], che ha riscosso non poco successo e che certamente ha il pregio di una certa misura [86], non dubita che *ius Quiritium* sia stata « la plus ancienne

[80] Sul punto, GUARINO, *Storia* 45 ss. e, da ultimo, DE MARTINO (nt. 63) 42 ss.

[81] Fini osservazioni, a questo proposito, in DE VISSCHER 2 (nt. 3) 102 ss.

[82] Sul punto, GUARINO, *Diritto privato romano* 283 ss. e riferimenti ivi.

[83] Sia pure attribuendo ad *ius* (come appunto in questo tipo di *vindicationes*) un senso piuttosto di facoltà (sull'oggetto giuridico), che di potere giuridico (nei confronti del soggetto passivo del rapporto).

[84] *Retro* n. 3.

[85] DE VISSCHER 3 (nt. 3).

[86] In senso adesivo, CATALANO (nt. 3). Si noti che il DE VISSCHER (nt. 85) 232, considerando l'equiparazione di *ius Quiritium* a *ius Romanorum* un errore di Giustiniano (I. 1.2.2), è costretto a riconoscere che « l'erreur a pu se trouver préparée déjà par les classiques eux-mêmes, et en particulier par Gaius, lorsque celui-ci

formule tecnique pour signifier le droit de cité romaine », nel senso di « statut personnel du citoyen romain », e spiega in connessione il *meum esse aio ex iure Quiritium* come appartenenza di una cosa « au titre de citoyen romain ». La spiegazione può convincere per il *ius Quiritium consequi* dei Latini, ma non per l'*ex iure Quiritium* delle *vindicationes*. Perché le *obligationes* non sono reclamate *ex iure Quiritium*? Perché, dice il De Visscher [87], « elles ont leur fondement immédiat dans certains actes juridiques, tels qu'une *sponsio*, dont les effects sont strictement relatifs ». D'accordo che le *obligationes* danno luogo a diritti relativi, ma non spettano questi al creditore, esattamente come i diritti assoluti, « au titre de citoyen romain »? La contraddizione è evidente [88]. La tesi del De Visscher si risolve, in sostanza, in una ripresentazione sotto nuove vesti della superata teoria del Mitteis [89], evidenziando l'inaccettabilità dell'equazione di *ius Quiritium* con *status civitatis* nelle formule vindicatorie.

Piú generico del De Visscher e ancor meno convincente di lui è il Gioffredi [90], secondo il quale *ius Quiritium* « non pare avere, alle origini, un significato politico, non sembra cioè indicare la comunità romana in quanto tale, concetto che è piuttosto reso con *populus Romanus* », ma ha il significato (connesso al « sapore popolare » della locuzione *Quirites*) di « il diritto di tutti », « che vale per tutti », « riconosciuto da tutti », e l'*ex* di *ex iure Quiritium* va inteso nel senso di « per », « nella forma di », « nella specie di ». Siccome *ius* non significherebbe, dal canto suo, ordinamento giuridico ma « situazione giuridica », l'affermazione del *meum esse ex iure Quiritium* varrebbe come affermazione di una situazione giuridica (di padronanza di un bene) che tutti, a cominciare dal giusdicente, debbono riconoscere e rispettare: il che non è del rapporto obbligatorio, « che oltre a non creare un *meum esse aio* neppure nelle forme arcaiche, nel giudizio è

signalait l'existence de deux sortes de *dominium*, dont l'un devait permettre de s'affirmer *dominus ex iure Quiritium* » (Gai 2.4 e 4.36).

[87] De Visscher 3 (nt. 3) 231.

[88] Né essa viene superata dalla considerazione che i diritti assoluti non sono *ex iure Quiritium* perché valevoli *erga omnes* (tesi del Mitteis), ma perché ineriscono alla qualità stessa di cittadino (« c'est le statut même de citoyen qui couvre ces droits et les protège »). Questa considerazione, se mai, indebolisce ulteriormente la tesi del De Visscher, implicando che i diritti relativi siano, per dir così, diritti di rango inferiore.

[89] Mitteis (nt. 3).

[90] Gioffredi (nt. 3) 286 s.

esperibile solo nella forma idealizzata e indiretta del *dare oportere* ». Per il Gioffredi, dunque, *ius Quiritium* nel senso di *civitas Romana* è solo un « valore derivato » rispetto a quello piú antico e *ius Quiritium* nel senso di ordinamento non è stato affatto un precedente di *ius civile*. Non so quanto siano penetranti le critiche che a questa ricostruzione muove il Santoro [91]. Io mi limito ad osservare che *ex* nel senso di « nella forma di » e via dicendo non è latino, che il rapporto obbligatorio doveva essere rispettato da tutti (a cominciare dal giusdicente) non meno di quello reale, che nulla avrebbe impedito al creditore di affermarsi tale *ex iure Quiritium* se il *ius Quiritium* fosse stato ancora un valore giuridico vivo quando cominciarono ad essere azionati i rapporti obbligatori. Temo inoltre che il Gioffredi, oltre a ripresentare in nuovo travestimento la teoria del Mitteis [92], trascuri un po' troppo il fatto che in età etrusca difficilmente i Romani continuarono a chiamarsi tutti quanti *Quirites* [93].

Almeno di quest'ultima trascuratezza non si rende colpevole il Lévy-Bruhl [94], secondo cui *Quirites* erano i piú antichi abitanti di Roma (probabilmente i latino-sabini pre-etruschi), *ius Quiritium* era « le rituel ethnique, proprement nationale des anciens Romains, opposé a celui de leurs voisins latins », e l'affermazione *meum esse aio ex iure Quiritium* significava che il diritto era basato sul puntuale compimento di quei riti da parte del *vindicans*. Mettiamo pure. Ma cominciamo col dire che un rituale, un complesso di principî di comportamento, è per l'appunto una nozione obbiettiva alla quale il *vindicans* fa richiamo per sostenere la sua pretesa, sicché non è affatto « un véritable contre-sense » tradurre *ex iure Quiritium* in termini di « conformemente all'ordinamento quiritario ». D'altra parte siamo, purtroppo, alle solite: non si spiega perché l'*actio in personam* non fosse proclamata *ex iure Quiritium*. Forse non erano stabiliti anche per essa riti speciali da seguire? E perché non lo erano?

[91] SANTORO (nt. 3) 147 ss. D'accordo con questo autore che *ex iure Quiritium* debba essere molto risalente, ma non vedo perché debba ritenersi una precisazione originaria della *vindicatio*. Al contrario.

[92] Oserei aggiungere che la teoria del Mitteis viene, in questo caso, travestita piuttosto male. Il Gioffredi, infatti, spiega il diverso trattamento dei diritti assoluti e dei diritti relativi col fatto che essi erano trattati diversamente.

[93] Analoghe osservazioni valgono per la teoria del NOAILLES (nt. 45) 81 ss., che si occupa del resto solo della formula vindicatoria.

[94] LÉVY-BRUHL (nt. 3) 39 ss., 53 ss. *Contra*, SANTORO (nt. 3) 189 ss.

Il Santoro, che delle teorie precedentemente esposte fa una critica piuttosto diffusa anche se non proprio serrata [95], è l'autore che porta piú avanti di tutti la spiegazione subbiettivistica di *ius Quiritium*. Convinto che *ius* significasse in origine « forza rituale » e che sia passato solo successivamente a significare prima « rito » e finalmente, nella sostanza, « potestà » o « potere » [96], egli assume che nella formula vindicatoria l'affermazione di potere (*meum esse aio*) fosse corredata dall'*ex iure Quiritium* (intendendo *Quirites* per *co-viri*) [97] allo scopo di indicare il fondamento su cui riposava la situazione del *vindicans*: « il *meum esse aio* è espressione di una forza rituale (*ex iure Quiritium*) esercitata dal *vindicans*, in quanto *vir* » [98]. Aggiunge il Santoro che solo le situazioni potestative, non anche i diritti di credito, si fondavano su questo primitivo concetto della forza rituale [99] e che *ius Quiritium* nel senso di cittadinanza è « un'applicazione relativamente recente » rispetto a quella della formula vindicatoria [100]. Al che, prescindendo da tutte le obbiezioni che si possono muovere ai troppi arbitrî di pensiero di cui si vale il Santoro, io mi permetto di contrapporre un'unica, ma, credo, decisiva considerazione. Se il *ius Quiritium* era l'antichissimo e rispettatissimo fondamento delle sole situazioni potestative, come poté venire in mente ai Romani, quando vollero ammettere i *Latini* alla titolarità di tutte le situazioni del *civis* (tanto potestative quanto non potestative), di far loro *consequi ius Quiritium*? [101]. Quanto meno su questo scoglio temo che l'ardita teoria si infranga.

Resta infine da dire qualche parola, oltre quelle già dette dianzi [102], della teoria della Bozza. Anche se le soluzioni da lei proposte non sono accettabili, questa studiosa ha avuto il merito di rendersi conto che la locuzione *ex iure Quiritium* è intimamente collegata ad una differenziazione dei *Quirites* dai non *Quirites*: una differenziazione interna ad una

[95] SANTORO (nt. 3) 143 ss.

[96] SANTORO (nt. 3) 116 ss., 153 ss.

[97] SANTORO (nt. 3) 217 ss.

[98] SANTORO (nt. 3) 221 ss.

[99] SANTORO (nt. 3) 243 s.

[100] SANTORO (nt. 3) 247.

[101] Temo che l'omissione derivi dal modo in cui è stata impostata la ricerca. Partito alla scoperta delle origini e del fondamento del « mio » in Roma, il Santoro ha trascurato *a priori* il fatto che il diritto romano comportava anche situazioni che non erano di affermazione del *meum esse*.

[102] *Retro* n. 3.

comunità romana in cui vi erano appunto soggetti *Quirites* e soggetti non *Quirites*, interna dunque al *populus Romanus Quirites* [103]. Di qui la tesi secondo cui *ius Quiritium* non avrebbe indicato il puro e semplice *status civitatis*, ma la *civitas optimo iure* del cittadino-soldato, iscritto nell'*exercitus centuriatus*, e che le *vindicationes ex iure Quiritium* sarebbero state correlativamente operate dal *Quiris*, almeno agli inizi, in ordine agli *agri divisi et adsignati* spettanti alla sua categoria privilegiata. Lasciamo pure da parte la tesi, che assolutamente non regge, anche e sopra tutto per il valore subbiettivo di *status civitatis* conferito al *ius Quiritium* dell'*ex iure Quiritium*. Lo spunto però è ottimo, direi quasi incontestabile. Esso non può che incoraggiare il ragionamento che passo qui di seguito ad esporre.

7. — Ragionamento ancora una volta molto semplice. Ma, dopo l'analisi che abbiamo dedicato alle fonti e alle teorie altrui, non lo si dica piú, suvvia, ragionamento « simpliste ».

Tre punti fermi sono emersi dalle pagine che precedono. Primo: *Quirites* era la denominazione propria dei Romani pre-etruschi, ma anche successivamente, nel senso del *populus Romanus Quirites*, sembra aver conservato, almeno per qualche tempo, un suo valore indicativo di una categoria speciale della popolazione [104]. Secondo: il senso originario di *ius Quiritium* sembra essere stato, in tutte le accezioni a noi note (*ius Quiritium consequi* ed *ex iure Quiritium*), quello (cosí detto « obbiettivo ») di patrimonio giuridico, di ordinamento giuridico proprio dei *Quirites* [105]. Terzo: le accezioni a noi note di *ius Quiritium* sono state assunte nel linguaggio romano in un'epoca sicuramente non posteriore, e verosimilmente alquanto anteriore, ai primi decenni del sec. IV a.C. [106].

Ciò posto, è chiaro che il *ius Quiritium* debba essere considerato, secondo la mia vecchia proposta, proprio come un ordinamento formatosi e accresciutosi (cioè restato vivo e vitale) essenzialmente nel seno della comunità quiritaria pre-etrusca, vale a dire, approssimativamente, entro i secc. VII-VI a. C. o, a voler tutto concedere a certe teorie estremiste sulla fondazione dell'*urbs Roma* etrusca, entro i primi decenni del

[103] Bozza (nt. 3) 27.
[104] *Retro* n. 4 e nt. 63.
[105] *Retro* n. 5.
[106] *Retro* n. 4 e nt. 69.

sec. V a.C.[107]. È in ordine all'ammissione a questo ordinamento primigenio dei *prisci Latini,* che si spiega il sorgere (e il durare per forza di inerzia) della locuzione caratteristica *ius Quiritium consequi*, usata, come sappiamo, esclusivamente per il conseguimento della cittadinanza romana da parte dei Latini. Ma il ricorso alla locuzione *ex iure Quiritium* non può essere sorto nella stessa epoca pre-etrusca. Le *vindicationes ex iure Quiritium*, cioè basate sull'esplicito richiamo all'autorità del *ius Quiritium*, non possono essere state assurdamente fatte nei confronti di stranieri, ma devono essere state evidentemente operate nei confronti di soggetti che, pur non essendo *Quirites,* appartenevano ad una comunità « super-quiritaria » entro la quale il *ius Quiritium* aveva una sua autorità particolare[108].

Eccoci dunque a rispondere, o meglio a tentar di rispondere nel modo possibilmente piú verosimile, ad un quesito che poc'anzi abbiamo lasciato provvisoriamente in sospeso[109]. Nel seno del *populus Romanus Quirites* del quinto secolo (o, piú precisamente, del periodo che va dall'introduzione dell'*exercitus centuriatus* alle *leges Liciniae Sextiae* della tradizione) i *Quirites*, con il bagaglio del loro tradizionale *ius Quiritium*, furono Romani alla stregua di tutti gli altri componenti del *populus*, od ebbero invece una qualche loro posizione particolare?

A prescindere dalla concezione generale, da me piú volte esposta e tentata di difendere, circa il processo di formazione della *respublica Romanorum* come processo perfezionatosi non prima delle *leges Liciniae Sextiae*[110], io penso di poter qui affermare, limitandomi strettamente ai dati del problema specifico del *ius Quiritium*, che tutto porta a ritenere, a conferma indipendente di quella concezione generale, che il *populus Romanus Quirites* ebbe, per tutto il quinto secolo, una dimensione politica ancora lontana da quella unitaria della *respublica Romanorum.* La dimensione, preciso, di una comunità esternamente unitaria e diversificata dai popoli del *nomen Latinum* e da ogni altra formazione politica straniera, ma internamente scissa tra *Quirites* (i

[107] Alludo alla nota tesi di Hanell e Gjerstad, sulla quale, da ultimo, PALLOTTINO, *Le origini di Roma*, in *Aufstieg und Niedergang der röm. Welt* 1.1 (1972) 32, nonché, in particolare, lo stesso GJERSTAD, *Innenpolitische und militärische Organisation in frührömischer Zeit*, ivi 136 ss. Ivi altre citazioni.

[108] *Retro* n. 7.

[109] *Retro* n. 4.

[110] Da ultimo, a titolo riassuntivo, GUARINO (nt. 80) 52 ss.

patricii) e non *Quirites* (i *plebeii*), con netta, anche se sempre piú contestata e corrosa, prevalenza dei primi sui secondi [111].

Gli indizi della prevalenza dei *Quirites*, ed anche della progressiva corrosione di quella prevalenza ad opera dei *plebeii* non *Quirites*, vi sono. Se il *populus Romanus Quiritium* del quinto secolo non avesse avuto nei *Quirites* l'elemento dominante, le concessioni di cittadinanza ai *Latini* forse non sarebbero state ancora concepite come manifestazioni di un *ius Quiritium consequi*, ma sarebbero state intese come un *civitatem Romanam adipisci*. È ragionevole supporre, dunque, che l'elemento caratterizzante della cittadinanza sia rimasto, nel corso del quinto secolo, il *ius Quiritium* e che, insomma, i veri e propri cittadini, nel seno del *populus Romanus Quiritium*, fossero in quell'età ancora e solo i *Quirites*. L'appartenenza all'*exercitus centuriatus*, peraltro, non era riservata ai soli (e troppo pochi) *Quirites*, ma era estesa ai *plebeii* atti alle armi che appartenessero a *familiae* assegnatarie *in perpetuum* di congrui beni, probabilmente fondiarî, in misura che qui non occorre specificare [112]. Le *vindicationes* da parte dei *patres familiarum*, sia patrizi che plebei, delle potestà sui *filii*, sulle *uxores in manu*, sui *liberi in mancipio*, sui beni loro spettanti *in perpetuum* erano, dunque, di rilevanza peculiare ai fini della costituzione dell'*exercitus centuriatus* e delle sue eventuali variazioni non tanto per assegnazione alle centurie degli *equites* piuttosto che a quelle dei *pedites*, quanto ai fini dell'ammissione dei *plebeii* alla *classis* dei *pedites* piuttosto che alla categoria degli *infra classem* [113]. Ciò spiega perché esse non fossero piú fatte davanti al *rex*, ma fossero fatte davanti al comandante dell'esercito (il *praetor*) o, stragiudizialmente, davanti a un certo numero di *classici*, cioè di esponenti dell'*exercitus centuriatus* [114]. Ma ciò fa anche capire perché le *vindicationes* fossero giustificate con la formula *ex iure Quiritium*. L'ordinamento in cui si erano formati, *in nuce*, gli istituti costituenti oggetto delle *vindicationes* [115], e da cui quindi questi istituti

[111] Sui caratteri di una contrapposizione di classe tra patrizi e plebei, GUARINO, *La « rivoluzione » della plebe* (1975) *passim*.

[112] Sull'ordinamento centuriato, per tutti, DE MARTINO (nt. 63) 167 ss.

[113] Quando l'unica *classis* originaria fu graduata in cinque *classes*, la rilevanza delle *vindicationes* fu finalizzata all'assegnazione all'una piuttosto che all'altra classe.

[114] Cfr. Fest. sv. *Classici testes* [49 L.].

[115] Essi erano in realtà manifestazioni diverse dell'unico istituto della *manus* o *mancipium*.

erano investiti della loro autorevolezza, era l'ordinamento dei *Quirites*, il *ius Quiritium*.

Resta da chiedersi perché mai gli altri istituti giuridici del quinto secolo non furono affermati e reclamati anch'essi *ex iure Quiritium* dai relativi titolari. La risposta è inevitabile. Già l'autorevolezza degli istituti potestativi, sia per ragioni di derivazione dai piú antichi *mores maiorum* e sia per motivi di rilevanza ai fini dell'iscrizione nell'*exercitus centuriatus*, era un'autorevolezza, l'ho detto, peculiare. Ma poi nessun altro istituto del *ius civile vetus* romano si riconnetteva al *ius Quiritium* pre-etrusco ed era comunque giustificato, nel sec. V a.C., da *mores maiorum* altrettanto antichi e universalmente rispettati. Lasciando da parte le *servitutes mancipi* e l'*hereditas*, per le quali è lecito il dubbio che si colleghino in qualche modo al *mancipium* quiritario e pertanto è lecito il dubbio che la *vindicatio* relativa fosse fatta *ex iure Quiritium* [116], non si può seriamente dubitare che la rilevanza delle *obligationes* come istituti giuridici (e ancora piú chiaramente il discorso vale per le *servitutes nec mancipi* e per gli altri *iura in re aliena*) sia il frutto di una evoluzione post-quiritaria, forse posteriore al sec. VI a.C., che solo nella legislazione decemvirale ebbe i suoi primi e piú sicuri riconoscimenti. Sarebbe stato un nonsenso affermare, in giudizio e fuori, che anche questi rapporti trovavano il loro fondamento nel *ius Quiritium*, cioè in un ordinamento giuridico tuttora valido, ma ormai improduttivo di nuovi istituti e che dunque non era la loro fonte diretta.

Queste, in sintesi, le ragioni per cui, allo stato in cui si trovano le nostre conoscenze, ripetere che il *ius civile* fu il nucleo piú antico del diritto romano significa ostinarsi a non volerlo osservare piú da vicino. Come la *respublica Romanorum* è sicuramente il prodotto di un processo formativo assai piú complesso di quanto dice la tradizione canonica romana, cosí il suo *ius civile* è, a mio sempre piú fermo avviso, il risultato di un processo formativo non meno complesso. Rifiutarsi di risalire, sia pure procedendo a tentoni, dal *ius civile* alle sue diverse matrici, e in particolare al *ius Quiritium* primigenio, significa cedere al timore di commettere errori, che è quanto dire sottrarsi al coraggio indispensabile per fare storiografia.

[116] *Retro* nt. 9.

INTORNO ALLE « LEGES REGIAE »

1. Romolo e l'adulterio.

1. È scontato[1] che gli antichi autori erano (o mostravano di essere) fermamente convinti che gli arcaici re, a cominciare da Romolo, avessero emanato un certo numero di *leges regiae*. Basti in proposito l'affermazione di Livio (1.8.1), secondo il quale Romolo « *rebus divinis ita perpetratis vocataque ad concilium multitudine, quae coalescere in populi unius corpus nulla re praeterquam legibus poterat, iura dedit* ».

Non è dei miei e altrui dubbi in proposito che voglio qui occuparmi. Voglio solo dedicare due parole a quanto afferma Dionigi di Alicarnasso (2.25.6), là dove ad una fantasiosa disquisizione sulle unioni matrimoniali fuori e dentro la Roma delle origini fa seguire l'attribuzione a Romolo di una legge per cui (traduco) i parenti (συγγενεῖς) di una moglie poco virtuosa ed obbediente « giudicavano col marito queste colpe, fra le quali vi era l'adulterio e, cosa che ai Greci sarebbe apparsa la piú piccola delle trasgressioni, se fosse stata sorpresa a bere vino », precisando che « Romolo permetteva di punire entrambe queste colpe con la morte . . . poiché considerava l'adulterio fonte di follia e l'ubriachezza di adulterio ».

* In *Labeo* 38 (1992) 319 ss.

[1] Sul tema: P. Giunti, *Adulterio e leggi regie, Un reato fra storia e propaganda* (1991), con fonti e bibliografia; A. Guarino, *Lui, lei e l'altro nel matrimonio romano*, in *Index* 21 (1993) 411 ss. Sulle cd. *leges regiae*: A. Guarino, *L'ordinamento giuridico romano*[5] (1990) 151, 185 ss. Sull'episodio di Lucrezia: A. Guarino, *Il « dossier » di Lucrezia*, in *Le origini quiritarie* (1973) 121 ss. Su Dionigi di Alicarnasso e la costituzione di Romolo: L. Fascione, *Il mondo nuovo* (1988) 49 ss., con bibliografia. Su Augusto e Romolo: F. Guizzi, *Il principato tra « res publica » e potere assoluto* (1974) 199 ss. Su tutta la travagliata e contestata storia della legislazione matrimoniale augustea: A. Mette-Dittmann, *Die Ehegesetze des Augustus* (1991), con bibl.; nonché, tuttora validissimi, i due saggi di P. Jörs, « *Iuliae rogationes* » (rist. 1985), con *Nota di lettura* di T. Spagnuolo Vigorita.

Una studiosa recentemente ha sostenuto, con grande impegno di dottrina e con strenua analisi delle fonti, la probabilità che la legge repressiva dell'adulterio sia stata una *lex Numae* piuttosto che una *lex Romuli*. Tenendo presente che il secondo libro delle storie di Dionigi è stato forse pubblicato posteriormente al 18 a. C. e certamente prima del 7 (data di morte dell'autore), essa ha avanzato l'ipotesi che l'attribuzione a Romolo, cioè al primo *pater patriae*, sia stata compiuta dallo storico di Alicarnasso in considerazione della intervenuta *lex Iulia de adulteriis* del 18 ed al servizio dell'ideologia di Augusto inteso come novello Romolo della *respublica Romanorum*.

Temo forte che la teoria ora accennata sia priva di fondamento. A parte il fatto che la legislazione matrimoniale di Augusto, in cui si inserisce la *lex de adulteriis*, destò notoriamente scarsissimo entusiasmo in Roma e a parte il fatto che il conseguimento del titolo di *pater patriae* fu ottenuto da Augusto non prima del 2 a. C. (dopo che per anni di una sua equiparazione a Romolo si era parlato solo in termini di accesa propaganda ed egli stesso aveva preferito atteggiarsi, salva la sua prevalente *auctoritas* su tutti, esclusivamente a cittadino tra cittadini), non si capisce senza fatica come mai Dionigi, pur facile agli arbitrii inventivi, avrebbe avuto l'estrema audacia di falsificare a favore di Romolo quella che sarebbe invece stata, ai suoi tempi, una tradizione largamente diffusa relativa a Numa. Tanto meno si capisce come mai egli, volendo fare di Romolo l'anticipatore di Augusto, abbia attribuito a Romolo, nello stesso contesto, la lodevole legge sull'adulterio e la per lui quasi grottesca (e malamente spiegata) legge sull'ubriachezza. Anche la piaggeria deve avere uno stile.

2. Senza voler qui entrare in troppi particolari, vi sono, a mio parere, tre considerazioni molto semplici, ma non perciò facilmente superabili, che militano, sul piano tecnico-giuridico, a favore del riferimento alle primissime origini di Roma, e non a tempi sia pur di poco successivi, quindi alla figura di Romolo piuttosto che a quella di Numa, della repressione dell'adulterio.

Prima considerazione. Se Romolo (si fa per dire) introdusse la *patria potestas*, se cioè (come tutti ammettono) l'organizzazione potestativa della *familia* romana fu alle origini stesse della comunità politica quiritaria, è ovvio che la donna sposata al *paterfamilias* o a un suo *filius* sia stata sin da quelle lontanissime origini sottoposta, *filiae loco*, al *ius vitae ac necis* del *pater* in caso di adulterio. Numa può avere regolato meglio e in modo piú temperato il cd. *matrimonium cum manu*, può aver posto accanto all'adulterio delle mogli l'incesto delle Vestali, ma

non può essere stato lui ad instaurare una repressione che, nella famiglia romana a carattere potestativo, era *in re ipsa*.

Anteriormente al regno di Numa, e cioè sotto il regno di Romolo, è ragionevole pensare che la *uxor in adulterio deprehensa* fosse immune da reazioni disciplinari del titolare della *manus maritalis* su lei?

Seconda considerazione. La *lex Romuli* della tradizione prevedeva una sanzione anche mortale nei confronti della *uxor* sorpresa in adulterio o sorpresa a bere vino. L'antichità della seconda ipotesi (anche se non l'attribuzione precisa a Romolo) è confermata da numerose altre fonti, su cui qui sorvolo, ed ha dato la stura ad ancora piú numerose congetture esplicative, sulle quali egualmente qui sorvolo. Fatto sta che la sua equiparazione all'adulterio della *uxor*, cioè al « corrompimento » di costei, non può non indurre a pensare che, sia nell'uno che nell'altro caso, il fatto costitutivo dell'illecito consistesse esclusivamente nel dato obbiettivo di un intollerabile inquinamento *ab extrinseco* della stessa *uxor* (forse, piú in generale, di qualunque *filia*: cfr., per tutti, Gell. 10.23.1), consistesse cioè nell'assorbimento anche non voluto da parte sua di sostanze corruttrici della sua purezza (cosa facilmente comprensibile a Dionigi ed a noi per l'adulterio, non altrettanto per l'altra fattispecie).

Lo conferma l'episodio famoso di Lucrezia, moglie di Collatino, che riscattò il pur indesiderato congiungimento impostole da Sesto Tarquinio (che altro, dunque, se non la sua adulterazione?) mediante il suicidio, con ciò prevenendo l'intervento del marito.

Terza considerazione. Che ai fini della repressione dell'*adulterium* non rilevasse, nella concezione delle origini, la « infedeltà » della *uxor*, quindi la sua connivenza con un amante estraneo (e la connivenza di quest'ultimo con lei), è evidenziato da un indizio estremamente significativo: che, anteriormente all'emanazione della *lex Iulia de adulteriis*, e cioè prima del 18 a. C., l'amante della donna adultera era tuttora sottratto, almeno in quanto tale, ad ogni specifica repressione del suo comportamento. Tutti sappiamo che le cose non andavano sempre per lui tanto lisce (basta leggere il ben noto Hor. *serm.* 1.2.37-46, datato 35 a. C., per averne conforto). Ma, se anche certe feroci reazioni maritali in caso di flagranza erano ritenute dai piú giuridicamente scusabili (« '*iure*' *omnes*; *Galba negabat* »), esse lo colpivano come violatore di domicilio, come presunto ladro, come autore di comportamento ingiurioso, o che altro, e non a titolo di « consorte necessario » nell'adulterio.

Un marito troppo impulsivo col drudo colto sul fatto sfidava il rischio di incorrere quanto meno nel « *vim vi repellere licet* », sicché

la soluzione piú consigliabile era per lui di prendersela violentemente (e anche qui non smodatamente) solo con la moglie, anzi, passata la furia, di ripudiarla e di trattenere congrua parte della sua dote « *propter mores graviores* ».

3. In conclusione, è abbastanza evidente che il concetto di *adulterium* come rapporto sessuale tra due persone, di cui una (e piú precisamente, si badi, la donna) fosse unita in matrimonio ad altri, è un tardo derivato, accolto e punito come *crimen* dalla *lex Iulia de adulteriis*, di una piú ampia e vaga concezione originaria dell'*adulterium* come fatto di *adulteratio*, cioè di un *alterum ferre* nella *uxor in manu*, se non addirittura in una qualunque *filia in potestate*. Bastava, in origine, questo fatto obbiettivo di inquinamento della donna, pur se dalla stessa non voluto, a scatenare nei suoi confronti il rigore dell'avente potestà sino all'estremo della morte.

Se queste mie personali impressioni hanno una qualche consistenza, non solo viene meno la possibilità di istituire una seria analogia tra l'*adulterium* cosí come sanzionato da Augusto e l'*adulterium* cosí come sanzionato da Romolo, ma viene anche meno la possibilità di avanzare una persuasiva congettura circa la falsa assegnazione a Romolo, allo scopo di sorreggere quella analogia, di norme che sarebbero state invece (perdippiú, inverosimilmente) introdotte solo da Numa Pompilio.

È vero che della *lex Romuli* Dionigi è « *unus testis* ». Ma a sostegno della pretesa *lex Numae* chi mai vi è? « *Nullus testis* ». Nei riguardi della tradizione accolta e « personalizzata » da Dionigi direi, per una volta tanto, che è meglio « *quieta non movere* ».

2. Il « ius osculi » e Romolo.

1. *Ius osculi* [1]: diritto di baciare e, corrispondentemente, dovere di corrispondere al bacio.

Nell'*osculum*, come sappiamo, vi era qualcosa di pulito (addirittura di *religiosum*, diceva il grammatico Servio, *ad Aen.* 1.256), che non era nel *basium* amoroso, cioè in quello che Catullo chiedeva a cento e a mille a Lesbia e che Cirano di Bergerac chiedeva in nome e per

* In *ANA*. 34 (1985) 70 ss.

[1] Sul divieto di bere vino, da ultimo, L. Minieri, « *Vini usus feminis ignotus* », in *Labeo* 28 (1982) 150 ss., con letteratura. Cfr. anche: G. Franciosi, *Clan gentilizio e strutture monogamiche. Contributo alla storia della famiglia romana*[3] (1983) 309 ss.

conto di Cristiano de Neuvillette a Rossana. Tanto meno vi era poi nel *suavium* (o nel *savium*) lascivo, che si dava, sempre secondo Servio, alla femmina da conio, allo *scortum*. (Recenti ricerche scientifiche, riportate dai giornali, hanno accertato che in un bacio di convenienza sono interessati tra i dieci e i venti muscoli, mentre per i baci appassionati i muscoli che entrano in azione assommano a non meno di ventinove).

Intorno a questo *ius osculi* consuetudinario la discussione è tuttora molto aperta. Essenzialmente per due motivi. Primo: perché come titolare del *ius osculi* nei confronti delle donne sono indicati i congiunti (nel senso di *cognati* e *adfines*) sino al sesto grado. Secondo: perché alcuni autori latini giustificano il *ius osculi* come un mezzo usato per accertare se la donna avesse bevuto del vino contro il tassativo divieto di una legge di Romolo (cfr. Dionys. 2.25).

2. Cominciamo col divieto di bere vino. Lo avesse o non lo avesse proclamato con una *lex regia* il fondatore di Roma, è certo che il divieto, nei tempi piú antichi, esisteva ed era severissimo.

Le donne di allora, se avessero trasgredito, sarebbero state passibili addirittura di morte, e si narrava di un certo Egnazio Metenio che, avendo sorpreso la moglie a bere vino da una botte, colse l'occasione per ucciderla a scudisciate e fu assolto con tanti complimenti personalmente da Romolo (Plin. *n. h.* 14.13; Val. Max. *ex Varr.* 6.3.9). Questa interdizione del vino non era, peraltro, cervellotica. Vari studiosi, e particolarmente Pierre Noailles in un suo stupendo articolo di alcuni decenni or sono, hanno avanzato l'ipotesi che essa altro non fosse, se non l'espressione di un ' tabú ' della femminilità. Come alle donne era severamente interdetto di recepire nel loro seno una linfa vitale che non provenisse dal marito, cosí era ad esse preclusa la ricezione nel loro corpo di quella linfa vitale, proveniente dalla terra, che era appunto il vino. Una spiegazione, questa, credibile e convincente.

3. Molto meno credibile e convincente è la spiegazione del *ius osculi* come mezzo di accertamento della violazione del tabú da parte delle donne. Essa risale a Catone maggiore, esplicitamente citato in proposito sia da Plinio (*n. h.* 13.13.90), sia da Gellio (*n. A.* 10.23.3), ma assolutamente non regge: non tanto perché è piuttosto ridicola, quanto perché un *osculum* è eccessivo, se addirittura non è inadeguato, per accertare l'alito di una persona. Le mamme non usano il bacio (lo sappiamo tutti) per accertare se i loro bambini hanno mangiato la cioccolata, ma li annusano mentre alitano. A questi scopi inquisitivi infatti, non serve tanto la bocca, quanto serve il naso.

Esclusa l'ingenua spiegazione eziologica propinataci da Plinio e da Gellio, domandiamoci se le altre fonti relative al *ius osculi* ci facciano intuire qualcosa di meglio. E mi sembra, cosí come a molti altri, che ad un piú plausibile risultato si possa arrivare scorrendo due autori greci che scrivono di Roma: Polibio e Plutarco. Polibio (stando ad Athen. *Deipnosoph.* 10.440-441) dice delle donne romane che esse erano tenute a baciare (o per meglio dire, dovevano essere disposte a baciare) ogni giorno i parenti propri e del marito sino a quelli di sesto grado. Plutarco (*Quaest. Rom.* 265.6), senza specificare il grado estremo della parentela, conferma che le donne di Roma avevano l'uso di baciare sulla bocca i congiunti ed aggiunge che con quei congiunti non vi era in cambio possibilità di nozze sin dai tempi piú antichi.

È chiaro, dunque, che il *ius osculi*, cui le donne romane avevano il dovere di sottoporsi, era limitato ai parenti delle stesse e dei relativi mariti, per i quali esisteva « *ab antiquo* » il divieto di matrimonio. Il Franciosi ha pienamente ragione nel sostenerlo, ma qui si ferma, se non vedo male, l'accoglibilità della sua tesi. Troppo azzardata mi sembra l'ipotesi che questa costumanza si collegasse « per antitesi » a tempi lontanissimi in cui le spose dovevano unirsi sessualmente, nella prima notte di nozze, con gli invitati alla cerimonia (o almeno con i parenti del marito), piú o meno alla maniera dei Nasamoni e dei Baleari, di cui parlano Erodoto (4.172.3) e Diodoro Siculo (5.17.18). Io non voglio contestare che tempi e popoli siffatti vi siano stati, ma dubito fortemente che sia in qualche modo raccordabile ad essi, sia pure per antitesi, la civiltà romana.

Se si tiene presente che il *ius osculi* riguardava anche i genitori e i fratelli di sangue della donna, oltre che i parenti dello sposo, i casi sono due: o si ammette che Roma antichissima concepisse, anche se a titolo simbolico, la prassi dei piú spudorati incesti, oppure si deve ritenere, come io fermamente ritengo, che alle donne romane sposate fosse posto un limite, costituito dai piú stretti parenti, nella elargizione di baci a persone dell'altro sesso.

Baci castissimi, si sa. Ma si sa anche che nelle espansioni affettive non bisogna mai esagerare.

3. « Nocturna amica ».

1. Gli studiosi del diritto romano sono soliti incontrarsi con « *consti-*

* In *St. Sanfilippo* 1 (1982) 210 ss.

tuere » e « *constitutio* » nelle occasioni solenni delle *constitutiones principum*, dell'*auctoritas constituentium*, del *populus* (o della *plebs*, o del *senatus*) che « *iubet atque constituit* ». Ma è noto, e attestato da tutti i vocabolari [1], che la gamma dei significati di « *constituere/constitutio* » è assai piú vasta, perché moltissime sono le applicazioni possibili della locuzione di base « *cum-statuo* » [2]. In particolare, tutta una serie di significati deriva, a cominciare dall'istituto giuridico del *constitutum debiti* [3], dall'idea della fissazione di un termine, di un rinvio, di un appuntamento. Per il che « *constituere/constitutio* » ha anche punti di contatto o di analogia con « *condicere/condictio* » [4].

È appunto il senso di « fissare un appuntamento » quello che emerge da un verso di Giovenale relativo a Numa Pompilio ed alla ninfa Egeria. Si tratta della satira terza: quella in cui il poeta parla di una sua visita all'amico Umbricio, il quale si appresta a trasferirsi a Cuma, essendo Roma diventata una città piena di insidie, ove, per giunta, « i poeti declamano versi anche in pieno agosto » [5].

Mentre si completa il carico della poca mobilia, i due amici si fermano a chiacchierare sotto gli archi vetusti della porta Capena, in prossimità di quella valle Egeria, ormai (siamo nel primo secolo dopo Cristo) tanto trascurata e decaduta, « *ubi nocturnae Numa constituebat amicae* » [6]. E qui sorge il problema. Non vi è dubbio che il « *constituere alicui* », di cui fa uso Giovenale, stia a significare che Numa, ogni volta che lasciava Egeria nella sua valle, le fissava un nuovo appuntamento,

[1] Basta scorrere il *ThLL.* e il *VIR.* sv. « *constituere* », « *constitutio* ».

[2] Etimologia pacifica: cfr. WALDE-HOFFMANN, *Lat. etym. Wört.* shv. Un attento, ma non del tutto completo studio di « *constituere* », con particolare riguardo ai suoi impieghi giuridici, è stato compiuto da V. GIODICE-SABBATELLI, « *Constituere* ». *Dato semantico e valore giuridico*, in *Labeo* 27 (1981) 338 ss.

[3] Analisi completa delle fonti sul *constitutum debiti* in: G. ASTUTI, *Studi intorno alla promessa di pagamento. Il costituto di debito* 1, in *AUCA.* 11 (1937) 81 ss. Data la normale inerenza nel patto di *constitutum* della fissazione di un termine di pagamento (o di rinvio del pagamento), è pensabile che all'uso linguistico di « *constituere debitum* » si sia pervenuti dall'impiego di un originario « *constituere diem* ».

[4] Su « *condicere/condictio* » v. le fonti indicate dal *VIR.* shv.

[5] Iuven. *sat.* 1.3.6-9: *Nam quid tam miserum, tam solum vidimus, ut non / deterius credas horrere incendia, lapsus / tectorum assiduos ac mille pericula saevae / Urbis et Augusto recitantes mense poetas?*

[6] Cfr. vv. 10-20: *Sed dum tota domus reda componitur in una, / substitit* (*Umbricius*) *ad veteres arcus madidamque Capenam. / Hic, ubi nocturnae Numae constituebat amicae, / nunc* . . . (segue la descrizione dello stato attuale dei luoghi).

un nuovo *dies*, le diceva cioè quando si sarebbe fatto nuovamente vivo. Ma perché, o per meglio dire in che senso, Egeria viene definita dal poeta « (*nocturna*) *amica* » di Numa Pompilio?

Nel senso piano di amica, nel senso intensivo di amante, nel senso traslato di consigliera?

2. Io non escluderei affatto che Giovenale, dicendo di Egeria che era « *amica* », per di piú amica « *nocturna* » di Numa, abbia un po' strizzato dell'occhio. Non solo « *amica* » torna in qualche altro suo luogo nel significato inequivocabile di amante [7], ma si lasci aggiungere, a costo di incorrere formalmente in un piccolo anacronismo, che egli era abbastanza uomo di mondo per non aver presente che « *solus cum sola in loco remoto non cogitabuntur orare paternoster* » [8]. Tuttavia, che nel rapporto con Numa la ninfa Egeria venga, in questa satira, configurata senza mezzi termini come la sua amante, o ganza, o che altro, io francamente mi sentirei di escluderlo. Lo escluderei anche e sopra tutto per l'accento di particolare solennità che Giovenale poggia sugli incontri antichi tra Numa ed Egeria, contrapponendoli al degrado in cui ai suoi tempi versa la valle [9].

Eppure non è mancato chi ha parlato per Egeria, in questo riferimento di Giovenale, proprio di amante. Lo ha sostenuto, per la precisione, A. Martin, deducendo, o credendo di poterlo dedurre, da elementi di carattere strettamente giuridico [10]. Principalmente dal fatto che nel linguaggio giuridico dell'età classica, « *amica* » sarebbe sinonimo di « *concubina* » e che, per buona misura, Egeria viene talvolta anche denominata « *coniu(n)x* » di Numa.

Una cosa alla volta. Cominciamo con l'equazione « *amica/concubina* ». Essa risulterebbe da un testo di Paolo a commento della legislazione matrimoniale di Augusto [11]:

Libro memorialium Massurius scribit « pellicem » apud antiquos eam habitam, quae, cum uxor non esset, cum aliquo tamen vivebat: quam nunc vero nomine amicam, paulo honestiore concubinam appellari. Granius Flaccus in libro de iure Papiriano scribit pellicem nunc

[7] Cfr. 1.1.62 e 1.4.20.

[8] Cfr. V. Hugo, *Le miserables* (ed. Pléiade p. III, sez. VIII, c. 13) (ma il capitolo, per la verità, è intestato « *Solus cum solo* » ecc.).

[9] Cfr. vv. 13-20.

[10] A. Martin, *Scepticisme et désinvolture à l'égard de Numa chez Juvénal 3, 12*, in *Latomus* 38 (1979) 670 ss.

[11] D. 50.16.144 (Paul. 10 *ad l. Iul. et Pap.*, L. *Paul.* 975).

volgo vocari, quae cum eo, cui uxor sit, corpus misceat: [*quosdam*] ⟨*quondam*⟩ *eam, quae uxoris loco sine nuptiis in domo sit, quam* παλλακήν *Graeci vocant.*

Il passo è notissimo ed è sostanzialmente confermato da Festo [12]. Ma, a prescindere da tutte le questioni ed i dubbi che solleva [13], non mi pare che esso comporti come unico e solo significato di « *amica* » quello di convivente *more uxorio*, o di concubina extradomestica. Al contrario: « *amica* » designava la « ci-devant » *pelex* solo se ed in quanto avesse tratto ad un rapporto peccaminoso. Altrimenti no [14].

3. Può giungersi alle stesse conclusioni in ordine ai passi in cui si parla di una Egeria « *coniu(n)x* » di Numa Pompilio? Non vi è allusione a stabili rapporti amorosi in questo uso linguistico?

Rispondo. Qualche volta l'allusione potrà anche esservi stata, non so. Ma nei passi di cui disponiamo io assolutamente non la vedo [15]. In particolare non la vedo nel grave racconto di Livio sul regno di Numa: *Lucus erat, quem medium ex opacu specu fons perenni rigabat aqua. Quo, quia se persaepe Numa sine arbitris velut ad congressum deae inferebat, Camenis eum lucum sacravit, quod earum ibi concilia cum coniuge sua Egeria essent* [16]. È vero infatti che qui si parla di *concilia cum coniuge sua* (e per buona misura anche di *congressus*), ma non deve trascurarsi che se ne parla in riferimento alla consacrazione di un bosco: con la quale striderebbe alquanto la qualificazione di Egeria come amante, e non come purissima amica, del vecchio e religiosissimo re.

D'altra parte, si tenga presente che nel racconto di Livio il rapporto di Numa con la ninfa non è presentato come reale, ma è presentato come una finzione escogitata dal re per distogliere il popolo dalle guerre e per indurlo a pratiche di pace: *Qui cum descendere ad animos sine aliquo commento miraculi non posset, simulat sibi cum dea Egeria congressus nocturnos esse* [17]. È pensabile che Numa abbia impiantato

[12] Fest. sv. « *paelices* » (L. 248).

[13] V., da ultimo, A. GUARINO, *L'ordinamento giuridico romano*[4] (1980) 130 ss.

[14] È probabile che « *amica* » abbia il senso di concubina in Paul. 14 *resp.* D. 34.2.35 pr. (« *Titiae amicae meae, cum qua sine mendacio vixi, auri pondo quinque dari volo* »), ma è da escludere che il vocabolo abbia questo significato in Scaev. 17 *dig.* D. 34.2.40.2 (*Mulier decedens ornamenta legaverat ita:* « *Seiae amicae meae ornamenta universa dari volo* »).

[15] Cfr. August. (Varro) *de civ. Dei* 7.35; Ovid. *Metam.* 15.482-484.

[16] Liv. 1.21.3.

[17] Liv. 1.19.5.

questo suo pio e nobile inganno sull'apparenza di un rapporto extra-matrimoniale con Egeria?

L'errore, al solito, è quello di correre troppo nella lettura dei lessici. Nella specie, è di credere che « *coniu(n)x* » abbia nel linguaggio giuridico il senso proprio di moglie (o marito) e sia usato, fuori da quel linguaggio, tutt'al piú nel senso derivato di fidanzata, di concubina, di amante. Invece no. *Coniu(n)x* è certamente anche la moglie [18], ma è, in senso proprio e immediato, la (o il) consorte, la compagna (o il compagno), la persona che collabora negli sforzi, che si unisce in una certa iniziativa o in una certa operazione ad un'altra persona [19].

In altri termini, se è vero che la moglie (o diciamo pure la concubina) è sempre *coniu(n)x* del suo « partner », non è vero in ogni caso il contrario.

4. Il Martin, che non la intende a questo modo e che peraltro vuole lodevolmente assolvere Egeria dalla taccia di amante di Numa, cerca di sfuggire alle difficoltà che egli stesso si crea appigliandosi ad un verso di Ovidio.

Dice dunque Ovidio nei *Fasti* [20]: « *illa* (i.e. Egeria) *Numae coniunx consiliumque fuit* ». Se, come sembra, « *coniunx consiliumque* » è un'endiadi, il secondo termine colorerebbe in un modo del tutto particolare il primo. E siccome « *consilium* » designa in età imperiale, « d'une manière très précise », il *consilium principis*, costituito da coloro che sono vincolati al *princeps* da una stretta *amicitia*, « voilà definie la signification technique d'*amicus* à l'époque imperiale: il s'agit du conseiller politique du souverain ». Conclusione: nel verso di Giovenale Egeria potrebbe essere intesa come la consigliera di Numa [21].

Forse non è nemmeno il caso di spendere parole per smontare questa estrosa impalcatura di supposizioni avventate, oltre tutto in netta e sorprendente antitesi con l'equazione, del pari sostenuta dal Martin, tra amica e amante. Ma tant'è: visto che siamo in gioco, facciamolo. A prescindere dal fatto che Ovidio può anche aver voluto dire che Egeria, oltre che *coniunx*, era anche consigliera di Numa [22], va tenuto presente che, se è vero che nel principato si affermò l'istituto del

[18] Ma i giuristi, come risulta dal *VIR.*, ricorrono raramente al vocabolo.

[19] Cfr. *ThLL.* shv.

[20] Ovid. *Fast.* 3.276.

[21] MARTIN (nt. 10) 672.

[22] Il che lascerebbe a « *coniux* » il suo pieno significato, senza influenze derivanti dal signfiicato di « *consilium* ».

consilium principis[23], tuttavia l'affermazione dell'istituto non arrivò sino al punto che « *consilium* » diventasse sinonimo (« designe », dice il Martin) del *consilium principis*[24]. Comunque, è esatto che del *consilium principis* facevano parte solo gli amici dell'imperatore (sarebbe stata bella che vi fossero ammessi i nemici), ma è ridicolo pensare che tutta la vasta schiera degli amici del *princeps* fosse ammessa nel ristretto consiglio tecnico-giuridico di cui egli si circondava.

« *Amicus principis* » non aveva quindi affatto, particolarmente nel primo secolo della nostra èra, il significato tecnico di « *consiliarius principis* »[25]. Tanto meno « *amicus* » era sinonimo di consigliere. Il verso di Ovidio dice e vuol dire, molto innocentemente, questo soltanto: che la ninfa Egeria fu cooperatrice del re Numa essenzialmente per i consigli che gli dette.

Quanto a Giovenale, nessuno può e vuole contestare che egli dell'istituto del *consilium principis*, per come si andava profilando già ai tempi suoi, fosse a conoscenza[26]. Ma ciò non autorizza a ipotizzare che egli pensasse ai *consiliarii principis*, cioè agli amici di costui, quando disse di Egeria che era amica di Numa. Strizzasse o non strizzasse l'occhio, Giovenale parlava di « *amica* » nel senso proprio di amica.

4. « Fulminibus occisus ».

1. I *Mélanges de philosophie, de littérature et d'histoire ancienne offerts à Pierre Boyancé* (Roma 1974, p. XXXII-789) sono in tutto degni, per numero e livello di contributi, dell'eletta personalità dello studioso che si è voluto con essi onorare. Una lettura interessantissima, gradevole e varia. A puro titolo di glossa sia permessa qualche parola su uno dei cinquantadue saggi della raccolta: Robert Schilling, *Iuppiter Fulgur, À propos de deux lois archaïques* (p. 681-689).

[23] Sul tema, da ultimo: J. Crook, « *Consilium principis* ». *Imperial Councils and Counsellors from Augustus to Diocletian* (1975). V. anche K. Dietz, « *Senatus contra principem* ». *Untersuchungen zur Senatorischen Opposition gegen Kaiser Maximinus Thrax* (1980) 300 ss.

[24] Lo smentiscono radicalmente tutti i vocabolari.

[25] Cfr. Crook (nt. 23) 21 ss.

[26] Tutta la quarta satira ruota intorno a Domiziano ed al suo *consilium*. Cfr., in particolare, 1.4.72-75: *vocantur / ergo in consilium proceres quos oderat ille, /in quorum facie miserae magnaeque sedebat / pallor amicitiae.*

* In *Labeo* 23 (1977) 113 s. e 26 (1980) 437 s.

Le leggi « regie » cui si riferisce l'a. sono riportate da Festo (p. 190 L.) in un notissimo passo: *Occisum a necato disting*[*uunt*] *quidam, quod alterum a caedendo atque ictu fieri dicunt, alterum sine ictu, itaque in Numae Pompilii regis legibus scriptum esse:* « *si hominem fulminibus occisit, ne supra genua tollito* », *et alibi:* « *homo si fulmine occisus est, ei iusta nulla fieri oportet* ».

Gli editori correggono solitamente il primo « *fulminibus* » in « *fulmen* » (cfr. *FIRA.* 1.13), ma non manca chi ricostruisce « *fuminem Iovis* » (Scaligero, Ernout) o attribuisce ad « *occisit* » un eccezionale senso « impersonale », come (non tanto di azione compiuta da un preciso soggetto, quanto) di effetto determinato da un *numen*, « da una forza sentita come occulta e sovrastante la dimensione umana » (Schwyzer, in *Rhein. Mus. Philol.* [1927] 433 ss.; Tondo, in *SDHI.* [1971] 53 ss., 57). Lo Schilling, che giustamente accetta la genuinità di « *fulminibus* », ancora piú giustamente dubita dell'uso passivo di « *occisit* » e della attendibilità del meccanismo contorto del *numen*: pertanto egli, attraverso una ricca e dottissima rievocazione dell'importanza attribuita dagli antichi a *Iuppiter Fulgur*, conclude che il soggetto implicito (ed ovvio) di « *occisit* » è « *Iuppiter* ».

Possibile, naturalmente; ma solo a patto di far risalire la formula ad un'epoca, non certamente molto arcaica, in cui si può essere formato, e può aver preso corpo, il « soggetto » divino di Giove folgorante.

Per parte mia, a costo di essere accusato di banale, suggerirei una spiegazione piú semplice. In primo luogo, è indiscutibile che Festo ha tratto la *lex Numae*, sulla sorte dell'uomo folgorato, da due fonti diverse (« *et alibi* »), di cui non è detto che la prima (quella col « *ne supra genua tollito* ») rappresentasse, come vuole il Tondo, la formulazione piú antica e di cui, in ogni caso, nessuna veramente si rifaceva alle improbabili origini « regie » della *lex*. In secondo luogo, è pensabile che il versetto pseudo-legislativo fosse usualmente tramandato e recitato, sia nella prima che nella seconda versione, senza la precisazione relativa all'*homo* colpito dal fulmine, cioè alla maniera secca ed essenziale che caratterizza molti versetti delle XII tavole (tra cui quello « *si nox furtum faxit* », che incontreremo tra poco): la precisazione, in altri termini, fu probabilmente aggiunta da Festo allo scopo di rendere piú chiaro il contenuto della disposizione ai suoi lettori. In terzo luogo, non è da escludere che la prima fonte non portasse un « *fulminibus occidit* (*occisit*) », ma un « *fulminibus occidit* » (da *ob* e *cado*), un « cadde per forza di fulmini » (avente per soggetto implicito « *homo* »)

sostanzialmente parallelo al « *fulmine occisus est* » riportato dalla seconda formula.

Insomma, il nostro grammatico, che andava assiduamente alla ricerca degli usi antichi di « *occidere* » (da *ob* e *caedo*) e che era, lui sí, pienamente permeato del mito di *Iuppiter Fulgur*, ha interpretato per influenza della seconda fonte, l'« *occidit* » della prima fonte come « *occídit* » (nel senso di « Giove folgorante uccise ») e, ben sapendo che il perfetto arcaico di « *occidere* » (uccidere) era « *occisit* » (cfr. Macr. *Saturn.* 1.4.19: « *si nox furtum faxit, si im occisit, iure caesus esto* »), ha « arcaicizzato » l'« *occidit* » in « *occisit* », dopo di che ha peggiorato la situazione esplicitando, con « *hominem* », il complemento oggetto del suo « *occisit* ».

Errore veniale di grammatico antico o sciocchezza imperdonabile di giusromanista contemporaneo?

2. Ad ogni modo, il giusromanista contemporaneo, rileggendo il saggio dello Schilling nella raccolta degli scritti di questo autore (S.R., *Rites, cultes, dieux de Rome* [Paris 1979] 358 ss.) non ha desistito dal suo spericolato andazzo. Ed ecco quanto gli è venuto di aggiungere a proposito della prima versione della *lex Numae*, con particolare riguardo al plurale « *fulminibus* » (perché non il singolare?) ed al divieto di « *tollere super genua* » la vittima del fulmine.

« *Fulminibus* », che lascia lo Schilling indifferente, è spiegato dal Tondo come plurale « con valore indeterminato » (plurale cui si faceva ricorso in un'epoca molto antica, alla quale era ancora inconsueto esprimere un valore generico attraverso un singolare, cioè attraverso un « *fulmine* »), mentre « *super genua ne tollito* » è esplicato tanto dal Tondo quanto dallo Schilling come un divieto di raccogliere il corpo del folgorato per metterlo a bruciare su un rogo, con riferimento quindi ad un'epoca (precisa il Tondo: con riferimento alle costumanze sabine) in cui era uso incinerare i morti. Discettazioni, quelle qui sintetizzate, molto sottili e avvincenti, da andarsi a leggere con autentico godimento sui testi originali. Ma discettazioni, mi si permetta di aggiungere, che rafforzano, piuttosto che indebolire, il senso di incredulità di molti lettori verso certi problemi.

Posto che le *leges regiae* siano mai state pubblicate in autentici documenti scritti, non vi è dubbio che il testo originale ne sia andato comunque successivamente perduto, e lo conferma ciò: che della nostra *lex Numae* abbiamo due versioni letterali diverse. E allora, chi ci autorizza ad essere tanto sicuri del fatto che sia l'una che l'altra redazione non siano in qualche modo parafrasi piú tarde della redazione originaria?

Parafrasi, preciso, estratte da contesti letterari, in cui è ben possibile che si esplicitasse in *Iuppiter* il soggetto di « *occisit* » nella versione *a*, ed in cui, si aggiunga, il « *super genua ne tollito* » della stessa versione *a* era un modo vagamente poetico (si pensi alla Pietà di Michelangelo) per esprimere lo « *ei iusta nulla fieri oportet* » (cioè il divieto di funerali solenni) attraverso l'invito ai parenti a non raccogliere la salma sulle proprie ginocchia.

IL CARATTERE DECRETALE DELLE LEGGI ARCAICHE

1. La legislazione arcaica nel racconto di Livio.

1. La mia tesi [1], che in periodo arcaico le *leges* di Roma non siano state *publicae*, cioè *rogatae*, cioè votate dai *comitia* del *populus*, ma abbiano avuto carattere di decisioni, decreti dei magistrati patrizi portati a conoscenza del *populus Romanus Quiritium*: questa tesi, a prescindere da altri argomenti che non mette qui conto ripetere [2], può farsi forte, se non erro, di alcuni chiari indizi desumibili dallo stesso racconto di Livio per la parte relativa alle *XII tabulae* ed alla *lex Canuleia* [3].

Non che Livio, o altri del suo tempo o dei tempi posteriori, abbia avuto, secondo me, coscienza del carattere « decretale » e patrizio della legislazione primitiva: ciò sarebbe stato impossibile per lui e per i suoi contemporanei, che tanto fiduciosamente credevano essere stata la *respublica*, con ogni annesso e connesso, creata tal quale sin dagli ultimi anni del sec. VI a.C. Il mio avviso è soltanto che le fonti annalistiche, cui lo storiografo ha largamente attinto, conservano evidentemente tanto larghe tracce della vera situazione arcaica, che Livio ne ha inconsciamente fatto passare qualcuna nella sua stessa narrazione. E valga il vero.

2. Significativo è, per cominciare, Liv. 3.31.7.8 [4], ove si legge

* In *AUCT.* 3 (1949) 213 ss.

[1] Cfr. Guarino, *Storia del diritto romano* (1948) nn. 127, 132, 232.

[2] Rinvio, in proposito, ai miei scritti su *La formazione della « respublica » romana*, in *RIDA.* 1 (1948) 95 ss. e su *La genesi storica dell'« auctoritas patrum »*, in *St. Solazzi* (1948) 21 ss.

[3] V. già Guarino, *L'ordinamento giuridico romano* (Lezioni 1949) 138 ss.

[4] *... Tum ... tribuni lenius agere cum patribus: finem tandem certaminum facerent. si plebeiae leges displicerent, at illi communiter legum latores et ex plebe et ex patribus, qui utrisque utilia ferrent quaeque aequandae libertatis essent, sinerent creari. Rem non aspernabantur patres: daturum leges neminem nisi ex patribus aiebant ...*

che, nel 454 a.C., i *tribuni plebis*, rinunciando alla politica rivoluzionaria, presero a blandire i *patricii* per convincerli, visto che non volevano saperne delle leggi rivendicate dalla plebe, a venire, quanto meno, ad un compromesso: emanazione di un corpo di leggi imparziale su proposta di una commissione mista di patrizi e di plebei. Ora, si noti bene, i *patres* non sollevarono obbiezioni contro la proposta di una legislazione imparziale, ma furono irremovibili sul punto che « *legis latores* » altri non potessero essere se non i patrizi. A che tanta controversia su questo punto, se la questione fosse stata soltanto formale, se cioè *legislatores* fossero stati solo i *rogatores*, i « proponenti » delle predette leggi, se cioè la decisione sulle leggi stesse fosse spettata, in definitiva, ai *comitia centuriata*, composti sia da patrizi che da plebei, anzi in maggioranza da *plebeii*? Vero è che i *comitia* romani non avevano poteri di iniziativa, ma potevano votare solo sulle *rogationes* fatte dai magistrati; vero è, quindi, che il solo essere i patrizi gli esclusivi *latores* delle proposte li poneva in grado di astenersi dal proporre leggi contrarie ai loro interessi di classe, e di evitare agevolmente perciò che fossero approvate dai comizi leggi gradite alla *plebs*. Ma, a quanto dice Livio, i patrizi avevano già scontato in partenza una legislazione imparziale [5] e, inoltre, stando alla tradizione, essi avevano pur sempre la garanzia dell'*auctoritas patrum*, indispensabile affinché una legge entrasse in vigore [6].

Pertanto Livio, sia pure inconsciamente, conforta la mia ipotesi, in quanto tutta la controversia circa la estrazione patrizia dei *legislatores*, come egli la riferisce, acquista significato plausibile solo presupponendo che, in età arcaica, « *legem ferre* » equivalesse non a « *legem rogare comitia* » ma a « decretare unilateralmente un provvedimento e portarlo a conoscenza del popolo ». E si spiega anche, cosí, perché mai la questione si sia riaccesa allorché, tornata l'ambasceria dall'Attica, si passò, nel 452 a.C., all'esecuzione del compromesso patrizio-plebeo mediante la designazione dei *decemviri legibus scribundis consulari potestate* [7].

[5] Cfr. Liv. 3.31.8: *rem non aspernabantur patres.*

[6] V. *infra* n. 4 e nt. 15.

[7] Cfr. Liv. 3.32.6-7: *Iam redierant legati cum Atticis legibus. eo intentius instabant tribuni, ut tandem scribendarum legum initium fieret. placet creari decemviros sine provocatione, et ne quis eo anno alius magistratus esset. admiscerenturne plebeii, controversia aliquamdiu fuit: postremo concessum patribus, modo ne lex Icilia de Aventino aliaeque sacratae leges abrogarentur.* Si guardi l'ultima frase. Se la votazione delle leggi fosse spettata ai *comitia centuriata*, che bisogno c'era per la plebe

3. Ma non basta. Liv. 3.34.1-2 e 6 [8] afferma che le dieci tavole compilate dal primo decemvirato (451 a.C.) furono sottoposte al parere del *populus*, chiamato *ad contionem*, e furono finalmente approvate dai *comitia centuriata*. Per le due tavole compilate dal secondo decemvirato (450 a.C.), il racconto liviano è invece sintomaticamente diverso. Da Liv. 3.37.4 [9] si desume, infatti, che queste due tavole non furono presentate dai *decemviri* alla approvazione dei *comitia*. Dai capitoli successivi, stante l'assoluto silenzio in proposito, si è invitati a presumere che nessun altro si prese la briga di sottoporle al voto comiziale [10]. Eppure si legge in Liv. 3.57.10 [11] che, nel 449 a.C., i consoli Valerio e Orazio, prima di allontanarsi da Roma, dettero pubblicità per affissione a tutte e dodici le *tabulae* decemvirali, cioè non solo alle dieci approvate, ma anche alle due presumibilmente non approvate dai *comitia*.

Posto che è assurdo credere che i consoli Valerio e Orazio, che la tradizione liviana ci presenta come restauratori della normalità costituzionale repubblicana [12], abbiano potuto, nel pensiero di Livio, pubblicare come *leges* due *tabulae* non approvate dai *comitia*; posto che è estremamente improbabile che Livio, cosí diffuso e circostanziato nel suo racconto, abbia qui dimenticato di riportare l'importantissimo episodio dell'approvazione delle ultime due tavole decemvirali; non resta che supporre che l'episodio non figurava nelle sue fonti, per l'ottima

di ottenere dai *decemviri* l'impegno preventivo «*ne lex Icilia de Aventino aliaeque sacratae leges abrogarentur*»?

[8] ...*Ingentique hominum expectatione, propositis decem tabulis, populum ad contionem advocaverunt, et, quod bonum faustum felixque rei publicae ipsis liberisque eorum esset, ire et legere leges propositas iussere... Cum ad rumores hominum de unoquoque legum capite editos satis correctae viderentur, centuriatis comitiis decem tabularum leges perlatae sunt.*

[9] ...*Iam et processerat pars maior anni, et duae tabulae legum ad prioris anni decem tabulas erant adiectae, nec quicquam iam supererat, si eae quoque leges centuriatis comitiis perlatae essent, cur eo magistratu rei publicae opus esset.*

[10] Liv. 3.38-57 tratta diffusamente dell'aspirazione alla tirannide del secondo decemvirato e della susseguente reazione popolare, mettendo in rilievo che l'argomento giuridico, su cui i *decemviri* basarono, almeno pel 450 a.C., la loro pretesa a conservare i supremi poteri in Roma, fu costituito appunto dalla mancata approvazione comiziale delle *tab.* XI-XII: approvazione che, peraltro, come risulta da Liv. 3.37.4 (v. *retro* nt. 9), essi avevano evitato ed evitavano dolosamente di richiedere ai *comitia*.

[11] ...(Valerio e Orazio) *priusquam urbem egrederentur* (per andare a combattere gli Equi e i Volsci), *leges decemvirales, quibus tabulis duodecim est nomen, in aes incisas in publico proposuerunt.*

[12] Cfr. specialmente Liv. 3.53-54.

ragione che, in realtà, i *comitia* non furono affatto convocati per votare sulle *XII tabulae* [13]. Livio ha trovato nelle sue fonti che le *tab.* I-X riscossero l'incondizionata approvazione del *populus* patrizio-plebeo, convocato *ad contionem*, e, intendendo « *populus* » come sinonimo di « *comitia* », ha creduto opportuno completare la notizia parlando di una vera e propria votazione favorevole su quelle tavole. Relativamente alle *tab.* XI-XII, egli non ha rinvenuto, invece, alcuna traccia né di *contiones*, né tanto meno di plauso popolare, sicché, assorbito dalla narrazione dei torbidi causati dal secondo decemvirato, ha comprensibilmente omesso di chiedersi se e quando quelle due *tabulae*, che ai suoi occhi sarebbero dovute essere semplici *rogationes* e non leggi, siano potute diventare *leges* [14].

4. Venendo, infine, alla *lex Canuleia* del 445 a. C., non può farsi a meno di postillare anche qui il racconto liviano, mettendone in luce l'intrinseca e significativa contraddittorietà.

Il *tribunus plebis* Caio Canuleio propone una legge autorizzante il *conubius* tra *patricii* e *plebeii* (Liv. 4.1.1). I due consoli patrizi, M. Genucio e C. Curzio, contestano vivacemente, davanti al senato e davanti agli stessi plebei, l'opportunità della riforma, lasciandosi andare a motivazioni di carattere addirittura, diremmo oggi, razzistico (Liv. 4.2 e 4.6.1-2). La comprensibile, vivacissima indignazione della plebe a tal discorso fu l'elemento che finí per indurre i *patres* a permettere « *ut de conubio ferretur* ». Testualmente: *...nec ante finis contentionum fuit,*

[13] Nell'ipotesi che le fonti più antiche non parlassero né punto né poco della votazione dei *comitia centuriata* sulle *tabulae* decemvirali conforta, a tacer d'altro, Pomp. D. 1.2.2.4: *...Placuit publica auctoritate decem constitui viros, per quos peterentur leges a Graecis civitatibus et civitas fundaretur legibus: quae in tabulas* [*eboreas*] <*roboreas*> *perscriptas pro rostris composuerunt* [*ut possint leges apertius percipi*]*: datumque est eis ius eo anno in civitate summum, ut leges et corrigerent, si opus esset, et interpretarentur... qui ipsi animadverterunt aliquid deesse istis primis legibus ideoque sequenti anno alias duas ad easdem tabulas adiecerunt...*. Beninteso, Pomponio non dubita neanche lui, alla pari di Livio, che le *leges* arcaiche fossero, di regola, votate dai comizi. Eppure, deve esservi stato qualcosa, nella tradizione relativa alle *leges XII tabularum*, che gli ha fatto capire come almeno queste non fossero state approvate dai *comitia centuriata*, non fossero *leges rogatae*. Pertanto, egli da buon giurista risolve le difficoltà, presentandoci le leggi decemvirali, sia pur velatamente, come una specie di *leges datae*, emesse dai *decemviri* in virtù di un precostituito « *ius in civitate summum* ».

[14] Quanto sopra detto determina inevitabilmente un quesito, cui peraltro non intendo tentar di rispondere in questa sede: vi è mai stato un « testo definitivo » delle leggi decemvirali?

cum et tribunum acerrimum auctorem plebes nacta esset, et ipsa cum eo pertinacia certaret, quam victi tandem patres ut de conubio ferretur concessere . . . [15].

Che significa il brano *patres — concessere*? Certamente esso non vuol dire che i patrizi (*patres*) autorizzarono la presentazione della *rogatio Canuleia* al voto dei *concilia plebis*, in quanto non vi era certo bisogno del beneplacito dei *patricii* affinché i *plebeii* votassero tra loro un *plebisscitum*. Tutt'al piú, trattandosi in questo caso di ammettere il *conubium* tra patrizi e plebei, vi sarebbe stato bisogno della adesione dei *patricii* al *plebisscitum Canuleium*, ma dopo che questo fosse stato approvato. Ripudiata questa prima interpretazione, potrebbe pensarsi che qui Livio alluda alla *auctoritas patrum*, presupponendone la necessità affinché i *plebisscita* acquistassero forza di legge. Ma anche questo è da escludere perché, nell'epoca cui ci riferiamo, dato e non concesso che i plebisciti potessero acquistare efficacia di leggi, l'*auctoritas patrum* non era data, secondo lo stesso Livio, sulla proposta del provvedimento, ma sul provvedimento perfetto [16]: viceversa, in Liv. 4.6.3 si parla di una autorizzazione o concessione di « *ferre* », cioè di impostare una *lex de conubio*, ancora non fatta.

È evidente che Livio, in tema di *lex Canuleia*, si è un po' impasticciato. È lecito supporre che ciò sia dipeso dallo stato in cui si trovavano le sue fonti, o le fonti delle sue fonti. E non è audacia ipotizzare che la realtà originaria sia stata questa. Dapprima i *concilia plebis* votarono, su rogazione del tribuno Canuleio, un *plebisscitum de conubio cum patribus*; di poi i patrizi (« *patres* ») si indussero ad elargire ai plebei la emanazione (« *ferre* ») di un loro provvedimento a contenuto identico. Di qui la tradizione, cosí incerta nei particolari, sulla *lex Canuleia*, altre volte denominata *plebisscitum Canuleium*.

[15] Liv. 4.6.3. Dalla narrazione ora riassunta (cfr. anche Cic. *de rep.* 2.37.63) risulta che il divieto di unioni tra patrizi e plebei sarebbe stato esplicitamente disposto dalle *XII tabulae*. Questa notizia non potrebbe che rafforzarmi nell'ipotesi che le *XII tabulae* non furono leggi rogate: assurdo sarebbe, invero, che la plebe avesse approvato, votando nei *comitia centuriata*, l'esplicito divieto di *conubium* con i patrizi. Ma l'esistenza di un esplicito divieto del *conubium* nelle leggi decemvirali è, a ben riflettere, altamente improbabile. Di sancirlo espressamente non vi era potuto essere, infatti, alcun bisogno, poiché era cosa che andava *de plano* e *de iure* che patrizi (*Quirites*) e plebei, appartenendo a stirpi diverse, non potessero unirsi coniugalmente, cioè *iure Quiritium*.

[16] V. in proposito GUARINO, *L'« exaequatio legibus » dei « plebisscita »*, in *Fs. Schulz* 1 (1951) 458 ss.

2. Il « ius publicum » e le « XII tabulae ».

1. È mio convincimento, come ho già detto altre volte [1], che in periodo arcaico (sec. VIII-IV a. C.) le *leges* emanate in Roma non siano state *leges publicae*, cioè *rogatae*, cioè votate dai *comitia* del *populus*. Questa ricostruzione storico-dogmatica [2] sembra, peraltro, essere seriamente contrastata da tre frammenti, che l'Ehrlich [3], ultimamente seguito dal De Francisci [4], ha segnalato come riferenti implicitamente al *ius publicum* (nel senso di *ius* posto da *leges publicae*) le *XII tabulae*.

L'ostacolo creato dai detti frammenti, cui per mia parte ne aggiungerò un quarto, è, a mio parere, assolutamente illusorio. Varrà a dimostrarlo una brevissima esegesi [5].

2. D. 26.7.5.7 (Ulp. 35 *ad ed.*): *Iulianus libro vicesimo primo digestorum huiusmodi speciem proponit: quidam decedens filiis suis dederat tutores et adiecerat: « eosque aneclogistos esse volo » et ait Iulianus tutores, nisi bonam fidem in administratione praestiterint, damnari debere, quamvis testamento comprehensum sit, ut aneclogisti essent: nec eo nomine ex causa fideicommissi quicquam consequi debebunt, ut ait Iulianus, et est vera ista sententia: nemo enim ius publicum remittere potest huiusmodi cautionibus* [*nec mutare formam antiquitus constitutam*] . . .

Giuliano, con l'approvazione di Ulpiano, giustamente sostiene che la volontà del testatore (di rendere esenti da responsabilità, *aneclogisti*, i *tutores*) non possa frangere il principio che i tutori debbono esercitare

* In *AUCT.* 4 (1950) 106 ss.

[1] Cfr., da ultimo, Guarino, *Il carattere della legislazione arcaica nel racconto di Livio*, in *AUCT.* 3 (1949) 213 ss.

[2] L'affermazione che le *leges XII tabularum* non erano *leges rogatae* (né *datae*) viene qualificata come « un dato pacifico » dal Gioffredi, *Recensione a Guarino* (*o. c.* a nt. 5), in *Iura* 1 (1950) 488: ma, in verità, non mi risulta che la mia tesi sia stata già sostenuta da altri. Piuttosto mi preme di sottolineare che la mia tesi non collima nemmeno con la teoria recentemente avanzata dallo stesso Gioffredi (« *Ius Lex Praetor* », in *SDHI.* 13-14 [1947-48] 86 e *passim*), teoria secondo cui le tavole decemvirali certamente non furono *lex publica*, in quanto « la denominazione piú antica è . . . quella di *duodecim tabulae* ». Troppo tenue mi pare l'argomento ora riferito per escludere addirittura (come il Gioffredi sembra fare) il carattere di leggi, di provvedimenti normativi di governo, delle *XII tabulae*.

[3] *Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen* 1 (1902) 172 s.

[4] *Idee vecchie e nuove intorno alla formazione del diritto romano*, in *Scr. beatificaz. Ferrini* 1 (1947) 211.

[5] V. già Guarino, *L'ordinamento giuridico romano* (Lezioni 1949) 131 ss.

il loro *officium* secondo buona fede. Giusta e perspicua è, a mio avviso, la motivazione (*nemo enim ius publicum remittere potest huiusmodi cautionibus*), la quale, dunque, è da ritenere, nella sua parte essenziale, genuina [6]. Ma il riferimento al *ius publicum* non costituisce affatto un richiamo alle *XII tabulae*, da cui l'istituto della *tutela* è derivato [7]: se mai, il richiamo sarebbe nell'interpolato *nec mutare formam antiquitus constitutam*, ove, peraltro, la locuzione « *ius publicum* » non figura. Il « *ius publicum* » della motivazione in esame è, infatti, con tutta evidenza, il *ius*, « *quod privatorum pactis mutari non potest* » [8], nel quale rientra, per i giuristi classici, la tutela, tipico esemplare di istituzione di ordine pubblico [9].

3. D. 39.2.18.1 (Paul. 48 *ad ed.*): *Quod opere facto consecutus sit* [*dominii*] ⟨*usu*⟩ [10] *capione promissor, non teneri eum eo nomine Pomponius ait, quia nec loci nec operis vitio, sed publico iure id consecutus sit.*

Rettamente Pomponio sostiene che la *cautio damni infecti* non può riguardare il pregiudizio derivante, *opere facto*, dall'*usucapio*. Ma la motivazione non è punto basata sull'argomento che l'*usucapio* fu regolata dalle *XII tabulae*: sarebbe, oltre tutto, una motivazione ridicola. Pomponio ha voluto dire, invece, che l'usucapione è un istituto di ordine pubblico, il quale non può, pertanto, essere considerato come un *damnum* cauzionabile. *Bono publico usucapio introducta est* [11].

4. D. 35.2.1 pr. (Paul. *sing. ad l. Falc.*): *Lex Falcidia lata est, quae . . . secundo capite modum legatorum constituit his verbis: « quicumque civis Romanus post hanc legem rogatam testamentum faciet, his quantam cuique civi Romano pecuniam iure publico dare legare volet, ius potestasque esto, dum ita* [*detur legatum*] ⟨*legetur*⟩ [12], *ne minus quam partem quartam hereditatis eo testamento heredes capiant* » . . .

[6] Cosí, da ultimo, De Francisci, *cit.* (nt. 4) 211 nt. 7. Spuria è, peraltro, la frase « *nec mutare formam antiquitus constitutam* », che sembra palesemente appiccicata alla precedente.

[7] Si noti che, a mio parere, la *tutela* non è stata né istituita né disciplinata come tale dalle *XII tabulae*, ma è derivata, ad opera dell'*interpretatio prudentium*, da alcune disposizioni delle stesse: Guarino, *La « lex XII tabularum » e la « tutela »*, in *St. Solazzi* (1949) 31 ss.

[8] Cfr. Pap. D. 2.14.38.

[9] Cfr. Arangio-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*[10] (1949) 497 ss.

[10] V. *Index itp.* ahl.

[11] Cfr. Gai. D. 41.3.1.

[12] V. *Index itp.* ahl.

Pensare che *quantam ... pecuniam iure publico dare legare volet* sia un'allusione alla norma decemvirale « *uti legassit rell.* »[13]; o pensare anche, come piú acutamente ha proposto il Bonifacio[14], che quella frase alluda al « *quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicam* » del *testamentum per aes et libram*: sono due tesi suggestive solo a prima vista. Ambedue le cennate interpretazioni porterebbero, infatti, a supporre che vi fosse modo di *dare legare* anche non in aderenza al principio « *uti legassit* » ed anche non col mezzo del *testamentum per aes et libram*: dato che ciò non era, *iure publico* risulterebbe inammissibilmente ultroneo. La retta interpretazione del *caput secundum* della *lex Falcidia* è, invece, forse questa: « dopo l'entrata in vigore di questa *lex publica*, i cittadini romani potranno legare in conformità del *ius publicum*, in cui essa si inserisce (*iure publico*), soltanto se faranno in modo che l'erede non riceva meno della quarta parte dell'asse ereditario »[15].

5. Gai 2.104: *... qui facit ⟨testamentum⟩ ..., postquam tabulas testamenti scripserit, mancipat alicui dicis gratia familiam suam: in qua re his verbis familiae emptor utitur: « Familiam pecuniamque tuam endo mandatela tua custodelaque mea ⟨esse aio et ea⟩, quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicam, hoc aere » et, ut quidam adiciunt, « aeneaque libra, esto mihi empta » ...*

«*Secundum legem publicam* », nella formula del *familiae emptor* sarebbe, per il Kniep[16], un riferimento alle *XII tabulae*: ma le leggi decemvirali non regolarono, per quel che sappiamo, il *testamentum per aes et libram*, creatosi invece nella prassi dei *prudentes*[17]. D'altra parte, può seriamente dubitarsi che il « *secundum legem publicam* » sia, come altri vogliono[18], un richiamo generico alla natura pubblicistica della materia testamentaria: a prescindere dal fatto che è incredibile che quel riferimento lo si sia potuto operare attraverso l'uso del termine « *lex* », va obbiettato che la formula del *familiae emptor* contiene già un richiamo all'ordinamento giuridico nel termine « *iure* ». L'esplicazione, che io

[13] Sulla ricostruzione di tale norma, cfr. GUARINO, *cit.* (nt. 7).

[14] *Ricerche sulla « lex Falcidia de legatis »* (1948) 7.

[15] O, in altri termini: « a partire dall'entrata in vigore della presente legge sarà considerato contrario al *ius publicum*, di cui essa fa parte, il superare nei legati i tre quarti dell'asse ».

[16] *Gai Inst. comm.* ahl.

[17] V., in proposito, BIONDI, *Successione testamentaria, Donazioni* (1943) 42 ss.

[18] Cfr. BIONDI, *cit.* (nt. 17) 47.

proporrei, parte dalla duplice considerazione: che « *lex* », oltre che « provvedimento di governo », significa anche « atto di disposizione del privato » [19]; e che « *publicus* », oltre al noto significato rigorosamente tecnico, può avere una significazione generica, allusiva alla pubblicità, alla notorietà di un fatto o di un atto [20]. Può supporsi, pertanto, che il *familiae emptor* dichiarasse di mettersi a disposizione del testatore allo scopo di permettergli di fare, in conformità all'ordinamento giuridico (*iure*), un testamento in forma pubblica (*secundum legem publicam*).

[19] Cfr. HEUMANN-SECKEL shv.

[20] Cfr. HEUMANN-SECKEL shv., nonché, di recente, D'ORS, *De la « privata lex » al derecho privado y al derecho civil*, in *Boletin Fac. Derecho Coimbra* 25 (1949).

UNA PALINGENESI DELLE XII TAVOLE?

1. — Nell'« indice delle fonti » di molte opere di diritto romano figurano spesso, anche se non sempre, le *XII Tabulae*, con relativa specificazione delle tavole e dei versetti citati. Io stesso, nell'ultima edizione di un mio libro sull'ordinamento giuridico romano [1], ho inserito in quell'indice varie disposizioni del cosí detto « codice decemvirale » rifacendomi all'edizione corrente dei *FIRA.* [2]. Ma l'ho fatto solamente sulle bozze di stampa, perché poi, riflettendo meglio sul carattere puramente congetturale delle palingenesi di cui disponiamo, ho provveduto a cancellare, prima della stampa, la « voce », che non mi è parso scientificamente corretto elevare al rango di fonte « diretta » della nostra cognizione dell'antico diritto di Roma.

Dal momento che un egregio gruppo di studiosi, sotto la direzione di Luigi Amirante, ha recentemente intrapresi i lavori per una nuova palingenesi delle Dodici tavole, rendendo conto dei suoi primi e interessanti approcci in una rivista romanistica [3], ritengo utile rendere a mia volta di pubblica ragione, molto brevemente, i motivi per cui, pur salutando come altamente opportuno un rinnovato studio delle fonti romane che delle leggi decemvirali ci parlano, non mi pare producente, anzi forse non mi pare addirittura ammissibile, un tentativo di « ricostruire », nel suo presunto ordine (o disordine) sistematico, un « testo

* In *Index* 9 (1991) 225 ss.

[1] A. Guarino, *L'ordinamento giuridico romano*[5] (1990).

[2] Cfr. *FIRA.* I[2] (1941) 21 ss.: ricostruzione che si adegua a quella dello Schöll, di cui *infra* nt. 13.

[3] Gli « atti » della prima riunione del gruppo di studio si leggono in *Index* 18 (1990) 389 ss. e sono presentati dall'Amirante a p. 389. Ai lavori hanno partecipato, sotto la guida dell'Amirante: F. Bona, O. Diliberto, F. D'Ippolito, S. Tondo. Le prime relazioni pubblicate sono le seguenti: L. Amirante, *Per una palingenesi delle XII Tavole*, 391 ss.; O. Diliberto, *Considerazioni intorno al commento di Gaio alle XII Tavole*, 403 ss.; F. D'Ippolito, *XII Tab. 2.2*, 435 ss.

legislativo », di cui tanto poche e insicure e vaghe e contraddittorie e spesso altamente discutibili tracce rimangono [4].

E ad attenuare l'impressione di oltranzismo, se non addirittura di eresia, che questa mia affermazione scettica potrebbe di primo acchitto provocare, passo súbito ad aggiungere quella che è la parte « costruttiva » del mio pensiero. Un ragionato tentativo di palingenesi limitato ai *Tripertita* di Sesto Elio Peto, non solo è desiderabile, ma dà fiducia, se operato dalle menti esperte del gruppo di studio di cui sopra, di portare a risultati meritevoli di grande apprezzamento.

2. — Per quanto riguarda il testo originario delle *XII Tabulae*, non voglio assolutamente sprecare spazio riprendendo da capo tutta la storia della contestatissima legislazione, della faccenda delle due *tabulae iniquae*, che si aggiunsero alle dieci pubblicate nel primo anno del decemvirato, e del carattere, se « ottriato » o meno, dell'intera opera [5]. Dico solo questo: come si fa, Dio mio, a presumere con qualche minimo di verosimiglianza che un abbozzo di ordine sistematico vi sia stato non solo (forse) nelle prime dieci tavole, ma anche, rispetto al resto, nelle due tavole, inique o non inique che siano state, redatte le quali il lavoro dei decemviri fu, nel 450 a. C., d'improvviso troncato da piú che noti avvenimenti rivoluzionari [6]? Il tempo e il modo di un'adeguata sistemazione, sia pure per sommi capi, di tutta la materia mancò, e pochissimo, quasi in nulla, aiutano i minimi cenni a singole e determinate tavole che si incontrano nelle fonti [7].

Di piú. La tendenza degli antichi ad attribuire all'autorità delle Dodici tavole tutti i possibili istituti di dubbia origine ed a considerarle « *fons omnis publici privatique iuris* » [8] non agevola la credenza che ogni riferimento al testo decemvirale sia attendibile. E non si dica che questa tendenza esiste solo nella mia immaginazione e nel fervore con cui ho contestato e contesto la veridicità di alcune norme decemvirali [9]. Essa è tanto forte e tanto umana, che persino un autore moderno, solitamente cautissimo, il Santalucia, non sapendo soddisfacentemente spiegarsi il

[4] La tesi è stata già succintamente espressa in GUARINO (nt. 1).

[5] Per tutti: A. GUARINO, *Storia del diritto romano*[8] (1990) nn. 66-68.

[6] Liv. 3.37.4 e 3.57.10.

[7] Vedili indicati da AMIRANTE (nt. 3) 391.

[8] Liv. 3.34.6.

[9] A. GUARINO, *Il dubbio contenuto pubblicistico delle XII Tavole*, in *Labeo* 34 (1988) 323 ss.; ID., *Cicerone come e quando*, in *Labeo* 36 (1990) 267 ss.

ruolo riconosciuto in tempi storici ai tribuni della plebe nel cosí detto processo comiziale per *crimina*, ha ceduto alla tentazione di formulare gratuitamente l'ipotesi che quel ruolo sia stato introdotto appunto dalle *XII tabulae* [10].

Ciò posto, dato che anche le citazioni « letterali » delle Dodici tavole sono espresse, come tutti ben sanno, in un latino che è in realtà di qualche secolo posteriore all'epoca decemvirale [11], come si fa a non correre il rischio di abbandonarsi a voli di pura fantasia, quando si voglia davvero giungere ad una conoscenza meno che sommaria e approssimativa del testo, o almeno del sistema, della legislazione dei decemviri?

Tutto si può tentare, è evidente. Ma vi sono casi in cui il giuoco non vale la candela, e quello del tentativo di ricostruire le Dodici tavole è, a mio avviso, uno di quei casi. Vero è che, per non parlare di chi lo ha preceduto nel tempo, H. Dirksen una palingenesi delle Dodici tavole l'ha pubblicata [12] e che questo suo lavoro, comunque ammirevole per dottrina e per acutezza di ingegno, ha dato la base alla ricostruzione di R. Schöll [13], che a sua volta è oggi tuttora la matrice delle ricostruzioni di data piú recente [14]. Ma H. Dirksen non si è posto né il problema dell'attendibilità dei riferimenti antichi al testo decemvirale (li ha utilizzati, infatti, tutti indistintamente), né lo stesso problema del vero schema della raccolta. Quanto a quest'ultimo punto, egli si è limitato a lanciare una preziosissima proposta di utilizzazione al meglio di tutte le testimonianze, lasciando fuori un minimo numero di *fragmenta incertae sedis*.

Come base di discussione per successive analisi critiche le risultanze del Dirksen e dello Schöll hanno avuto ed hanno un altissimo rilievo, ma piú in là di tanto non vanno, non fosse altro perché non tengono conto sufficiente del valore indiziario che deve essere riconosciuto al commento di Gaio nella sua palingenesi leneliana [15]. M. Lauria, rie-

[10] B. SANTALUCIA, *I tribuni e le centurie*, in *Seminarios Complutenses de derecho romano* 1 (1990) 205 ss.

[11] Da ultimo: S. BOSCHERINI, *La lingua delle XII Tavole*, in *Storia e dir. nell'epoca decemvirale* (1988) 45 ss.

[12] H. DIRKSEN, *Uebersicht der bisherigen Versuche zur Herstellung der XII Tafeln* (1824).

[13] R. SCHÖLL, *Legis XII Tabularum reliquiae* (1862).

[14] Specialm.: BRUNS, MOMMSEN, GRADENWITZ, *Fontes iuris Romani antiqui*[7] (1909) 15 ss.; *FIRA*. I[2] (nt. 2) 21 ss.

[15] L. *Gaius* n. 418-445. Sull'opera: S. MORGESE, *Appunti su Gaio « ad legem XII Tabularum »*, in *Il modello di Gaio nella formazione del giurista* (1981) 109 ss.

saminando con critica penetrantissima il problema, ha dimostrato in modo inequivocabile che è possibile e piú persuasivo pervenire, con riferimento al commentario gaiano, a risultati notevolmente diversi [16].

3. — Tutto quanto precede non ha, a guardare bene, il pregio della novità. È stato già detto, con maggiore ampiezza di riferimenti e con osservazioni incidentali molto acute, dall'Amirante [17]. Con una differenza, però, la quale conferma quanto sia vero il detto che « il tono fa la musica ». Mentre per me il problema non merita, allo stato delle nostre conoscenze, di essere ancora una volta proposto, per l'Amirante (e quelli del suo gruppo) esso vale invece la pena di essere affrontato di nuovo: forse per stabilire (cosí mi pare di aver capito) se abbia piuttosto ragione il Dirksen con i suoi seguaci, anziché il Lauria, già citato, con alcuni suoi parziali predecessori, tra cui nientemeno che Giacomo Gotofredo [18].

Orbene, per me è di assoluta evidenza che, nella disputa ora accennata, sia il Lauria a trovarsi dalla parte della ragione. Conforme alla sua esemplare tendenza (cui personalmente ho sempre cercato, pur se con dubbio successo, di adeguarmi) di procedere nelle sue ricerche senza volgere gli occhi al cielo, ma guardando a terra, dove si mettono i piedi, e diritto in avanti, non oltre il limite cui l'occhio può giungere, il Lauria ha del tutto lasciato da parte certe supposizioni, confinanti con le favole, tanto care ad altri ricercatori sia antichi e sia (non ne parliamo nemmeno) contemporanei [19]. Egli, stringendo il discorso, si è detto: l'unico commento *ad legem XII tabularum* di cui disponiamo è quello di Gaio [20]; il commento di Gaio è, sino a prova contraria, portato avanti sulla base di un « testo » della legge decemvirale ancora corrente, anche se con variazioni dall'originale di cui non si può calcolare la portata, nel secondo secolo dell'èra volgare [21]; dunque, è solo, o principalmente,

[16] M. Lauria, *Ius Romanum* 1.1 (1963) 24 ss.

[17] Amirante (nt. 3) 391 ss.

[18] J. Gothofredus, *Fragmenta XII Tabularum* (1616-1617).

[19] Per un quadro sommario: AA.VV., *Il modello di Gaio* (nt. 15) *passim*; A. Guarino, *Il ragioniere Gaio*, in *Labeo* 35 (1989) 341 ss.; Id., *Tagliacarte*, in *Labeo* 36 (1990) 146 s.

[20] *Retro* nt. 15. Singolare la posizione di O. Lenel, *Das Sabinussystem*, in *Festg. Jhering* (1892) 4 ss., secondo cui (a distanza di tre anni dalla pubblicazione della *Palingenesia*) Gaio si sarebbe nel suo commento discostato talvolta dall'ordine della legge decemvirale. Sul punto: Amirante (nt. 3) 392 ss.

[21] Sull'esistenza, non dico ai tempi di Gaio, ma ancora a quelli di Cicerone,

su di esso che possiamo seriamente basare un discorso tendente al ritrovamento del cosí detto codice decemvirale [22]. Ragionamento impeccabile in tutto, salvo, a mio sommesso avviso, che nella conclusione ultima. Proprio il modo concreto e realistico di ragionare del Lauria porta infatti a ritenere che, attraverso il commento gaiano, non si giunge con sufficiente sicurezza al testo decemvirale del secolo V avanti Cristo, ma si perviene (ed è già molto) non oltre i primi commenti giurisprudenziali che dell'antichissima legge (passata, come sappiamo, anche attraverso l'incendio di Roma del 387) furono, secoli dopo, pubblicati.

Nel garbuglio delle notizie relative alla legislazione decemvirale sino a noi arrivate [23] non ci è possibile sapere con sicurezza quale ruolo ab-

di un testo « ufficiale » e « letterale » delle *XII tabulae* io mi permetto di avere forti dubbi. Non porta a questa conclusione nemmeno la notissima affermazione ciceroniana (*de leg.* 2.23.59): *...discebamus enim pueri XII ut carmen necessarium, quas iam nemo discit.* Sarebbe stato veramente troppo pretendere dai *pueri* contemporanei dei giovanissimi Cicerone ed Attico che mandassero a memoria l'intero testo della non breve legge, pur nei suoi piú minuti particolari: è molto probabile, invece, che Cicerone, come al solito enfatizzando, voglia solo ricordare, nel passo del *de legibus*, che ai tempi della prima giovinezza sua e di Attico non si mancava di indurre i ragazzi (e con ciò si faceva certamente bene) a memorizzare numerosi squarci caratteristici delle *XII tabulae*, non tanto per apprendere il contenuto tecnico-giuridico, quanto piuttosto per tenere a mente (unitamente ad altri di diversa provenienza) esempi rilevanti di un linguaggio piú antico di qualche secolo. Tuttavia, ciò detto, non è ragionevole giungere all'estremo di ritenere che della legislazione decemvirale (anche se con qualche lacuna, con qualche variazione e con qualche ben nota diversità di formulazione di alcuni versetti) fossero, sia ai tempi di Cicerone, sia ai tempi di Gaio, insufficientemente conosciuti dai giuristi tanto i contenuti quanto l'architettura generale. Se non per tradizione diretta (a mio parere, estremamente improbabile), certamente per derivazione dai commenti dedicativi quanto meno da Sesto Elio, forse da Servio Sulpicio e certo da Antistio Labeone (commenti, i due ultimi, sia detto per inciso, dei quali affermare, come taluni fanno, che furono piú o meno lunghi o piú o meno incisivi, significa né piú né meno che fantasticare), è presumibile che Gaio un testo abbastanza completo delle *XII tabulae* sotto gli occhi, eventualmente sulla base di un piú antico commento lemmatico, l'abbia avuto. Altrettanto presumibile è inoltre (mettendo da parte altre arbitrarie fantasie di studiosi) che Gaio, se ha composto sei libri *ad legem duodecim tabularum*, non li abbia scritti per spilluzzicare qua e là qualche punto di maggiore interesse, tanto meno li abbia scritti per motivi di rievocazione esclusivamente storica, ma li abbia pubblicati a commento, sia pur breve, di tutta quanta l'antica legislazione.

[22] Dal che il Lauria ha tratto importanti deduzioni circa l'*ordo iuris* uniforme adottato dai Romani, sulle quali non è questo il luogo per fermarsi.

[23] V. *retro* nt. 5.

biano avuto i *pontifices*, ma è verosimile, direi, che un ruolo di protagonisti, o di autorevoli consiglieri dei protagonisti (i *decemviri*), difficilmente essi lo abbiano avuto. Anche chi, come me, sostiene che il collegio decemvirale fu in ambedue gli anni (451 e 450 a. C.) esclusivamente patrizio e che le *XII tabulae* furono elargite unilateralmente dal patriziato alla plebe [24] non può trascurare il fatto che, in tanto le varie disposizioni furono pubblicate, in quanto l'elemento plebeo le reclamò, le discusse tutte e, almeno nella loro maggioranza (*tabulae iniquae* incluse), mostrò di gradirle o di tollerarle. Se del patrimonio del *ius* erano gelosi custodi i pontefici, è presumibile che a costoro le singole norme, e le relative modificazioni a beneficio della plebe, furono dagli stessi decemviri, in omaggio alle esigenze politiche cui obbedivano, piuttosto strappate, a volte anche con qualche energia, che non richieste a titolo di libera collaborazione [25]. Ad ogni modo, avvenuta la pubblicazione delle leggi, una cosa è certa: che la loro applicazione pratica, sopra tutto in sede processuale, dette luogo a tali e tanti dubbi e difficoltà, che i *pontifices* non mancarono di riprendere quota e di approfittarne, sino al punto di istituire una sorta di « monopolio » della giurisprudenza in Roma [26].

Senza star qui a voler ripetere altre cose del pari ben note, dalla pubblicazione del *ius Flavianum* alla riforma di Tiberio Coruncanio (cos. 280) e alla confezione del *ius Aelianum* [27], è un fatto certo che solo con i *Tripertita* di Sesto Elio (cos. 198) ci troviamo di fronte, se non proprio all'opera, quanto meno alla notizia consistente ed attendibile di un'opera importante, che ha lasciato profonda traccia nella storia della giurisprudenza romana, dedicata all'esposizione e al commento delle *XII tabulae* [28]. Ormai in Roma si era certamente diffusa, per influenza greca, l'esigenza di ragionare con un minimo di metodo e di sistemare gli argomenti con un minimo di ordine, anche se ancora da venire erano i tempi di Quinto Mucio e di Servio Sulpicio [29]. Perciò non direi che « l'ordine di Sesto Elio . . . non dovette essere troppo

[24] GUARINO (nt. 1).

[25] Sull'alta importanza dei pontefici nell'epoca predecemvirale: GUARINO (nt. 1).

[26] Sulla giurisprudenza pontificale post-decemvirale: F. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte* 1 (1988) 310 ss., con bibliografia.

[27] GUARINO (nt. 1) 261 ss., 272 ss.

[28] Cfr. Pomp. *sing. ench.* D. 1.2.2.38. Sul tema: F. D'IPPOLITO, *Sesto Elio e i « Tripertita »*, in *I giuristi e la città* (1978) 51 ss.; GUARINO (nt. 1) 274.

[29] Se è vero che quest'ultimo fu autore di un commento alle *XII tabulae*. Sul che: AMIRANTE (nt. 3) 391, 398.

diverso da quello dei *decemviri* »[30], ma direi piuttosto che il coacervo di norme messo insieme dai *decemviri*, in modo da noi assolutamente inconoscibile, si era riversato finalmente, con Sesto Elio, in un ordine certo, che lasciò tracce profonde nella giurisprudenza posteriore sino a Pomponio e a Gaio[31].

4. — Il ridimensionamento di un annoso problema, che ho tentato di tratteggiare sin qui, mi dà il destro di offrire un non trascurabile argomento di critica di una mia tesi a coloro che appunto l'avversano. La mia teoria, cui ha autorevolmente acceduto a piú riprese il Magdelain[32], è che le *XII Tabulae* (parlo del testo originario) non contennero né norme di diritto sacrale, né norme di carattere pubblicistico[33]. Limitando il discorso a queste ultime, io ne ho cercato di criticare le fonti, in dissenso con l'Albanese[34], una ad una[35]: il tutto nel quadro di una piú ampia concezione dell'età romana arcaica che qui non è il caso di ribadire[36]. Ecco dunque che cosa si potrebbe dire a favore dell'*opinio communis*: se è vero che i *Tripertita* di Sesto Elio raccolsero e sistemarono l'interpretazione pontificale delle *XII Tabulae* e che l'interpretazione pontificale era relativa alle questioni proposte al collegio « dai privati »[37], si spiega come nell'opera di Sesto Elio non siano stati accolti argomenti di diritto pubblico (se non anche argomenti di diritto sacrale) e si spiega altresí come nella palingenesi leneliana del commento *ad legem XII tabularum* di Gaio non solo non si trovino trattati argomenti di carattere pubblicistico, ma non si trovi nemmeno il posto in cui questi argomenti si sarebbero potuti trattare[38].

[30] AMIRANTE (nt. 3) 397, che aggiunge: « almeno nello spirito e nelle esigenze » (parole a me non del tutto chiare).

[31] AMIRANTE (nt. 3) 397 s.

[32] A. MAGDELAIN, *Les XII Tables et le concept de « ius »*, in *Zum röm. und neuzeitlichen Gesetzesbegriff*, in *Abh. Ak. Göttingen* 157 (1987) 14 ss.

[33] GUARINO (nt. 1) 226 ss., 237 ss. (anche nelle precedenti edizioni del libro).

[34] B. ALBANESE, « *Privilegia* », « *maximus comitiatus* », « *iussum populi* » *(XII Tab. 9.1-2, 12.5)*, in *Labeo* 36 (1990) 19 ss.

[35] GUARINO (nt. 9). Si noti che le citazioni di giureconsulti relativamente alle disposizioni di *tab.* 9 e di *tab.* 12.5 si riducono a Pomp. *sing. ench.* D. 1.2.2.16 e 23 e a Marcian. 14 *inst.* D. 48.4.3.

[36] GUARINO (nt. 5) n. 15-72, con riferimento a precedenti studi monografici che qui tralascio di indicare.

[37] Cfr. Pomp. *sing. ench.* D. 1.2.2.6.

[38] La tesi partirebbe ovviamente dal presupposto che i privati sottoponessero ai pontefici solo questioni di *ius privatum*, da trasferire eventualmente al processo

Ma, replico súbito, l'argomento sarebbe debole (forse è proprio per questo che l'ho qui tanto generosamente manifestato).

Se le *XII Tabulae* avessero veramente contenuto disposizioni di carattere pubblicistico (non dico molto: quella sul divieto dei *privilegia* e quella sulla *provocatio ad populum*), vi pare possibile che i privati danneggiati dalla loro ingiusta applicazione o disapplicazione (per esempio: perché vittime di un *privilegium* legislativo di sfavore o perché impediti dal *provocare ad populum*) non sarebbero accorsi davanti al collegio dei *pontifices* per ottenere un responso che mettesse a posto le cose [39]? E vi pare possibile, ciò posto, che non si sarebbe costituita negli anni una vasta e complessa prassi giurisprudenziale in materia? E vi pare possibile che Sesto Elio non ne avrebbe largamente parlato nei *Tripertita* e che Gaio, pur scrivendo in tempi di principato, non ne avrebbe fatto alcun cenno e non vi avrebbe riservato alcuno spazio, tanto piú che, come sembra, la sua finalità non si limitava all'esposizione del diritto ancora vigente, ma si estendeva alla rievocazione del diritto piú antico, in forza del convincimento che « *cuiusque rei potissima pars principium est* » [40]?

5. — No, quindi (e concludo). Una palingenesi delle *XII tabulae*, quelle del quinto secolo antecristo, è, oggi come oggi, fuori dalla nostra portata. In avvenire, chi sa, forse il computer, forse l'atomica, forse (sarebbe ora) la macchina del tempo. Ma, almeno per il momento, siamo piú o meno nelle stesse condizioni in cui si trovava il secolo scorso David Livingstone, quando andava a piedi e con i portatori indigeni alla ricerca delle fonti dello Zambesi e dei grandi laghi equatoriali africani.

Ai *Tripertita* di Sesto Elio, opera del secondo secolo antecristo, ci possiamo in qualche modo arrivare. Quindi limitiamoci ad essi. Che, se vogliamo andare piú in là, utilizzando acriticamente tutti i riferimenti testuali alle Dodici Tavole, ci toccherà di incontrare soltanto un vecchio autore di oltre un secolo fa e di dovergli dire, alla maniera (si racconta)

per *legis actiones*, e si farebbe forte del fatto che, secondo Pomp. *sing. ench.* D. 1.2.2.38, i *Tripertita* di Sesto Elio sfociavano appunto in *legis actiones*.

[39] Si noti, a questo proposito, che la *lex Valeria* (*Corvi*) *de provocatione* del 300 a.C. non richiamò affatto il preteso precedente delle *XII tabulae*, ma si limitò a dichiarare *improbe factum* il comportamento del magistrato che non avesse prestato orecchio alla *provocatio ad populum* del cittadino. Sul punto v. anche: GUARINO (nt. 5) n. 67 e 134.

[40] Cfr. Gai. 1 *ad legem XII Tab.* D. 1.2.1, su cui: DILIBERTO (nt. 3) 405 s.

di Henry Morton Stanley, quando ritrovò a Ugigi, sul Tanganica, Livingstone: « Doktor Dirksen, I suppose? ».

POSTILLA: IL DECEMVIRATO LEGISLATIVO.

Già nota e apprezzata per le sue precedenti ricerche di storiografia relative al quinto secolo, Gabriella Poma ha pubblicato uno studio interamente dedicato ai decemviri e alla legislazione delle XII tavole (P. G., *Tra legislatori e tiranni. Problemi storici e storiografici sull'età delle XII Tavole* [Bologna 1984] p. 385).

Come il titolo annuncia, il libro, che è il n. 2 della collana « Studi di storia » diretta da G. C. Susini, non è e non vuole essere esaustivo dell'argomento. Anziché creare involontariamente problemi, l'a. i problemi li evidenzia deliberatamente: problemi non solo di ricostruzione storica, ma anche e sopra tutto di valutazione delle fonti storiografiche antiche sul decemvirato. Forse il duplice fine della ricerca ha dato luogo qua e là a qualche ripetizione di troppo, ma era questo un prezzo che andava quasi inevitabilmente pagato e che, comunque, attarda ben poco la lettura di pagine sicuramente lodevoli per chiarezza di enunciati e per limpidità di stile.

L'opera si divide in due parti: la prima (p. 15 ss.) sul decemvirato nella riflessione storiografica moderna e nella tradizione annalistica antica; la seconda (p. 175 ss.) sulle linee ricostruttive per una storia del decemvirato. Di grande profitto per lo studioso del diritto romano è la prima parte: non tanto nel primo capitolo che è relativo al ben noto tema delle XII Tavole nella valutazione storiografica da Vico a noi, quanto negli altri quattro capitoli (p. 53 ss.), che attengono alla tradizione annalistica. L'a. mette in luce che la tradizione annalistica è tutt'altro che univoca, anche su punti importanti, e che non è possibile attenersi pedissequamente al racconto di Livio. Oltre la « *vulgata* » liviana vanno tenuti presenti l'*Archaiologia* di Polibio, il *De republica* ciceroniano, la sintesi di Diodoro e la lunga trattazione di Dionigi di Alicarnasso: esposizioni di cui vengono illustrate con cura le caratteristiche e adombrate nei limiti del presumibile le fonti annalistiche risalenti. È inoltre doveroso il controllo della tradizione annalistica con quella che si usa chiamare l'« evidenza » archeologica ed epigrafica: tema sul quale, peraltro, l'a. (p. 69 ss.) si limita purtroppo a pochi cenni.

* In *Labeo* 30 (1984) 383.

Quanto alla seconda parte, essa si articola in tre densi capitoli. Il primo (p. 175 ss.) discute gli avvenimenti che vanno dalla *rogatio* Terentilia del 462 all'accordo per il decemvirato, nella narrazione parallela di Livio e di Dionigi. Il secondo (p. 215 ss.) si ferma sugli anni del decemvirato, analizzando i conflitti interpretativi antichi e moderni in ordine agli stessi. Il terzo (p. 281-322) riguarda la caduta dei decemviri e le *leges Valeriae Horatiae* del 449 a. C. Se, in questa seconda parte, l'a. avesse preso in maggior considerazione le teorie che sul contenuto delle XII tavole sono state formulate dagli storici del diritto, e se essa, piú in generale, non avesse dato talvolta il senso di ondeggiare tra le varie tesi, piuttosto che di assumere una posizione critica personale, lo avremmo indubbiamente preferito. Ma, pur con questi limiti, il libro resta e resterà un contributo importante, che segnaliamo con piacere ai lettori.

IL DUBBIO CONTENUTO PUBBLICISTICO DELLE XII TAVOLE

1. — Si usa dire che Tito Livio afferma esplicitamente delle Dodici tavole che esse furono *fons omnis publici privatique iuris* [1], ma non è del tutto esatto. In realtà, Livio (3.34.6) si riferisce solo alle prime dieci tavole, quelle varate nel primo anno del decemvirato, ed è di esse che dice che furono *perlatae* ai comizi centuriati e che « *nunc quoque, in hoc immenso aliarum super alias acervatarum legum cumulo, fons omnis publici privatique iuris est* » [2]. Non ha importanza. Sta in fatto che le fonti antiche sogliono attribuire alle *XII tabulae*, nel loro complesso, un certo numero di norme giuridiche pubbliche e private e che la *communis opinio* degli storici e dei giuristi è nel senso di prendere tutte, o quasi, queste attribuzioni per credibili [3]. In particolare, per quanto riguarda le norme di contenuto (o di sapore) pubblicistico, le palingenesi correnti le inseriscono tutte, se ben vedo, nella *tab.* IX e al n. 5 della *tab.* XII [4].

Contro la *communis opinio*, confortato tra l'altro dall'autorevole parere di A. Magdelain [5], io ho sostenuto e sostengo, naturalmente a titolo di ipotesi e quindi su base indiziaria, che le leggi decemvirali non contennero né norme sacrali (delle quali qui non mi occupo), né norme di portata pubblicistica [6]: il che si rapporta alla tesi, che ho cer-

* In *Labeo* 34 (1988) 323 ss.

[1] Per tutti: A. GUARINO, *Storia del diritto romano*[7] (1987) n. 67.

[2] Esattamente M. BRETONE, *Storia del diritto romano* (1987) 54 nt. 1, che però tralascia di occuparsi della sorte delle altre due tavole.

[3] Mi esimo da citazioni dettagliate, che sarebbero troppe. V., per tutti: DULCKEIT, SCHWARZ, WALDSTEIN, *Römische Rechtsgeschichte*[7] (1981) 51 ss.

[4] Per tutti: *FIRA.* I[2] 64 s., 73.

[5] A. MAGDELAIN, *Les XII tables et le concept de « ius »*, in *Zum römischen und neuzeitlichen Gesetzesbegriff*, in *Abh. Ak. Göttingen, Phil.-Hist. Kl.* 157 (1987) 14 ss., spec. 16 ss. Molto generico A. WATSON, *Le XII tavole: caratteri di un'antica codificazione*, in *Conferenze storico-giuridiche dell'Ist. di storia del diritto* ecc. (Perugia 1980) 153 ss.

[6] A. GUARINO, *L'ordinamento giuridico romano*, 1ª ediz. (1949) 31 ss., 4ª ediz.

cato di difendere in varî contributi, secondo cui l'*exercitus centuriatus* (cioè il *populus Romanus Quiritium*) acquistò funzioni costituzionali di assemblea deliberante, cioè di *comitia centuriata* non prima del compromesso licinio - sestio del 367 a. C.[7].

Non tanto perché i miei punti di vista mi sembrano eccessivamente negletti da recenti autori[8], quanto perché essi sono stati da altri addirittura travolti in una condanna forse troppo generica e severa[9], mi risolvo a redigere queste brevissime note. Nelle quali, lasciando da parte la mia tesi generale sulle Dodici tavole e sui comizi centuriati (tesi che comunque pienamente confermo), mi sforzerò di indicare di volta in volta gli indizii per cui le singole norme pubblicistiche delle ricostruzioni correnti non mi paiono riferibili al testo decemvirale.

2. — Le norme 1 e 2 della *tab.* IX vengono desunte da Cic. *de leg.* 3.4.11 e 3.19.44. Il primo passo riporta tra virgolette la seguente dicitura: « *Privilegia ne inroganto. De capite civis nisi per maximum comitiatum* (*ollosque, quos censores in partibus populi locassint*), *ne ferunto* »[10]. Il secondo passo specifica che i due divieti furono introdotti appunto dalle Dodici tavole[11]. A supporto della ricostruzione si citano,

(1980) 160 ss.; ID., *Dal « regnum » alla « respublica »* (1963), in *Le origini quiritarie* (1973) 63 ss. spec. 70 ss. Tralascio altri riferimenti.

[7] V. particolarm.: A. GUARINO, *La rivoluzione della plebe* (1975) *passim* e p. 324 ss.

[8] Mi riferisco particolarmente alle belle e ben ragionate pagine di L. AMIRANTE, in *Una storia giuridica di Roma. Dai re a Cesare* (1987) *passim*, nonché agli *Atti* del Convegno 1984 di Copanello, pubblicati col titolo *Società e diritto nell'epoca decemvirale* (1988) *passim* (ove, peraltro, v. le mie « Riflessioni conclusive » a p. 295 ss.). Per altre citazioni v. *infra*.

[9] F. SERRAO, *Dalle XII tavole all'Editto del pretore*, in *La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana*. Atti del Convegno 1985 a Pavia (1987) 67 (« si tratta di un'affermazione tralaticia ma infondata, pur se dura a morire »).

[10] Ho messo tra parentesi « *ollosque - locassint* » perché la formula ciceroniana lo riporta, ma le ricostruzioni correnti lo sostituiscono con un trattino, evidentemente ritenendo che, se i censori furono istituiti secondo la tradizione solo nel 443 a. C. (da una supposta *lex de censoribus creandis*, per la quale v. G. ROTONDI, *Leges publicae populi Romani* [rist. 1962] 209 e fonti ivi), non è possibile che le leggi decemvirali del 451-450 precisassero che la condanna capitale del cittadino era condizionata al giudizio di coloro che i censori avessero ripartito fra le *partes populi* (cioè *equites* e classi di *pedites*).

[11] Cic. *de leg.* 3.19.44: *Tum leges praeclarissimae de duodecim tabulis tralatae duae, quarum altera privilegia tollit, altera de capite civis rogari nisi maximo comi-*

inoltre, altri tre squarci di Cicerone: *de rep.* 2.36.61, che conferma la norma *de capite civis* a proposito di un episodio che si può tralasciare di prendere in esame [12], *pro domo* 17.43, che attribuisce alle *leges sacratae*, oltre che alle Dodici tavole, il divieto dei *privilegia* [13]; *pro Sest.* 30.65, che fa discendere dalle *leges sacratae* e dalle *XII tabulae* sia la norma sui *privilegia* sia quella *de capite civis* [14].

Sembrano molte pezze d'appoggio, ma in realtà la testimonianza è una sola ed è, inoltre, molto sospetta. Essa è costituita, infatti, da un Cicerone, che è rientrato a Roma dopo essere stato vittima di due leggi, e piú precisamente di due plebisciti fatti votare nel 58 a. C. dal suo mortale nemico P. Clodio Pulcher: la cd. *lex Clodia de capite civis Romani*, che sancí l'*aqua et igni interdictio*, cioè l'alternativa della pena capitale, per i magistrati che avessero ucciso senza sentenza un cittadino romano (chiaro riferimento all'uccisione dei Catilinarii ordinata da Cicerone durante il suo consolato) [15]; e la cd. *lex Clodia de exilio Ciceronis*, votata circa un mese dopo, che colpí specificamente Cicerone con l'*aqua et igni interdictio* per aver ucciso cittadini romani senza processo, facendosi forte di un falso senatoconsulto [16]. Tornato dall'esilio il 4 settembre del 57, Cicerone pronunciò, come è noto [17], l'orazione di

tatu vetat. Et nondum inventis seditiosis tribunis plebis, ne cogitatis quidem, admirandum tantum maiores in posterum providisse. In privatos homines leges ferri noluerunt: id est enim privilegium; quo quid est iniustius? cum legis haec vis sit: scitum et iussum in omnes. Ferri de singulis nisi centuriatis comitiis noluerunt, discriptus enim populus censu, ordinibus, aetatibus plus adhibet ad suffragium consilii quam fuse in tribus convocatus. Si noti che Th. Mommsen, nei *Fontes* di C. G. Bruns (qui citati nella 7ª ediz., 1909, a cura di O. Gradenwitz), nota a «*ferri de singulis*» che «*debuit esse de capite civis*».

[12] Si tratta del famoso episodio del decemviro C. Giulio, che accusò il patrizio L. Sestio davanti ai comizi centuriati perché in casa sua era stato trovato un cadavere: e ciò pur essendo egli, come decemviro, esente da *provocatio*. Sul punto v. anche Liv. 3.33.10.

[13] Cic. *pro domo* 17.43 (ma si legga anche 16.43): *...quo iure, quo more, quo exemplo legem nominatim de capite civis indemnati tulisti? Vetant leges sacratae, vetant XII tabulae leges privatis hominibus inrogari: id est enim privilegium. Nemo unquam tulit; nihil est crudelius, nihil perniciosius, nihil, quod minus haec civitas ferre possit. rell.*

[14] Cic. *pro Sest.* 30.65: *cum et sacratis legibus et XII tabulis sancitum est, ut neque privilegium irrogari liceret, neque de capite nisi comitiis centuriatis rogari...*

[15] Per tutti: Rotondi (nt. 10) 394 s.

[16] Per tutti: Rotondi (nt. 10) 395 s.

[17] Per tutti: K. Kumaniecki, *Cicerone e la crisi della repubblica romana* (1972) 301 s.

ringraziamento al senato, quella di ringraziamento al popolo, quella per la restituzione della propria casa, particolarmente cruda verso Clodio [18], e l'anno dopo, tra l'altro, quella in difesa del tribuno Sestio (per vero, un torbido organizzatore di bande armate per conto degli ottimati) contro l'accusa *de vi* promossa nei suoi confronti da un Marco Tullio e da T. Claudio. Non solo. Piú attivo che mai e piú fisso che mai sulle proprie benemerenze e sui torti ricevuti [19], nel 55, terminato il *de oratore*, egli si dedicò alla stesura del *de republica*: opera che continuò a scrivere, negli anni seguenti, mentre l'odiato Clodio imperversava e si giungeva infine al culmine dello scontro all'ultimo sangue tra questi e Milone e alla conseguente orazione *pro Milone*, cui il nostro uní la frettolosa redazione del *de legibus*, sin quasi alla vigilia della sua partenza per la Cilicia (51 a. C.) [20]. Un pervicace batti e ribatti, insomma, sempre sullo stesso chiodo.

Non si dica, d'altra parte, che Cicerone, in *de leg.* 3.4.11 riporti qualcosa di piú di una notizia che gli è particolarmente cara, cioè il « testo », o quello che ai suoi tempi correva (*carmen necessarium*) come testo dei versetti delle *XII tabulae*. La formulazione in lingua arcaicizzante dei due divieti è esclusivamente sua e lo si deduce da *de leg.* 2.7.18, ove egli annuncia che proporrà le sue leggi « con la voce delle leggi » (*legum leges voce proponam*) e spiega che le espressioni solenni delle leggi, pur senza arrivare al linguaggio arcaico delle Dodici tavole e delle leggi sacrate, debbono essere alquanto piú antiche di quelle del linguaggio corrente, per rivestirsi di maggiore autorità [21]. Come l'inciso « *ollosque - locassint* » sicuramente non è, non può essere, del testo delle *XII tabulae* [22], cosí non è detto che sia di quel testo, non vi è nessun motivo per credere che sia di quel testo, il restante della formulazione ciceroniana. Il che, oltre tutto, induce a seriamente dubitare che i comizi centuriati siano mai stati chiamati « *maximus comitiatus* » o « *comitiatus*

[18] L'orazione fu pronunciata davanti ai pontefici il 30 settembre del 57.

[19] Val la pena di ricordare, a prescindere da quanto si ricava dalla copiosa corrispondenza, che nel 54 Cicerone scrisse persino un poema *De temporibus meis* sul solito tema del suo consolato, del suo esilio e del suo trionfale ritorno dall'esilio.

[20] KUMANIECKI (nt. 16) 361 ss.

[21] Cic. *de leg.* 2.7.18: *Sunt certa legum verba, Quinte, neque ita prisca, ut in veteribus XII sacratisque legibus, et tamen, quo plus auctoritatis habeant, paulo antiquiora, quam hic sermo est. Eum morem igitur cum brevitate, si potuero, consequar.*

[22] *Retro* nt. 10.

maximus » altro che da Cicerone, nella contingenza del « linguaggio difficile » che egli volle adoperare nel *de legibus* [23].

Ma non è finita con l'analisi dei brani di Cicerone. Vi sono ancora tre osservazioni da fare. La prima è che in *de leg.* 3.19.44 il nostro afferma che le due leggi decemvirali sui *privilegia* e *de capite civis* furono proclamate quando i « sediziosi » tribuni della plebe non erano ancora stati escogitati (*nondum inventis seditiosis tribunis plebis*): chiara allusione a quel sedizioso per eccellenza di Clodio. La seconda è che, sempre nello stesso passaggio, Cicerone, volendo ancora parlare della legge *de capite civis*, cade in un *lapsus* (oserei dire freudiano) ed, evidentemente ossessionato dalla persecuzione *ad personam* di cui era stato vittima, scrive « *ferri de singulis* (non *de capite civis*) *nisi centuriatis comitiis noluerunt* » [24]. La terza è che in *de domo* 17.43 l'oratore allude alla legge *de capite civis*, precisando che essa riguarda un cittadino non preventivamente condannato (*civis indemnatus*) [25]: precisazione assolutamente ovvia, ma che vale forse a spiegare la probabile fonte di un passo di Salviano, *de gubernat. Dei* 8.5, in cui si legge che anche le Dodici tavole proibirono l'uccisione di un uomo non condannato [26]. Con la conseguenza, almeno a mio parere, che va eliminata, e piú esattamente va assorbita nella documentazione relativa alla norma n. 2 della tavola IX, quella che le ricostruzioni correnti ci presentano come autonoma norma n. 6 della stessa tavola IX [27].

[23] Cade, se questo rilievo è esatto, la materia del contendere in ordine al senso che gli antichi davano a « *maximus comitiatus* » (v. in proposito A. MAGDELAIN, « *Praetor Maximus* » *et* « *Comitiatus Maximus* », in *Iura* 20 [1969] 257 ss. e, di recente, E. GABBA, « *Maximus comitiatus* », in *Athenaeum* 65 [1987] 203 ss., su cui A. GUARINO, in *Labeo* 34 [1988] 245). Gli « antichi » si riducevano a Cicerone, il quale per *maximus comitiatus* intendeva il « *maximum* » fra i (tre) *comitia* dei tempi suoi: v. *retro* nt. 11.

[24] *Retro* nt. 11. Ingiustificata la correzione del Mommsen.

[25] *Retro* nt. 13.

[26] Salvian. *de gubernat. Dei* 8.5: *Interfici enim indemnatum quemcumque hominem etiam XII tabularum decreta vetuerunt.* Che Salviano conoscesse l'opera di Cicerone è fuor di dubbio: v. comunque M. SCHANZ, C. HOSIUS, G. KRUEGER, *Geschichte der röm. Litteratur* 4.2 (rist. 1969) 526 ss.

[27] Cfr. la documentazione ed i riferimenti portati da *FIRA.* 1.65 nt. 6 A e B, su cui non mi soffermo. A conferma della mia ipotesi v. Vell. Paterc. 2.45, con espressa allusione alla legislazione di Clodio contro Cicerone. Azzardata riterrei l'ipotesi di B. SANTALUCIA, *Il processo penale nelle XII Tavole*, in *Atti Copanello* (cit. *retro* nt. 8) 264, secondo cui la norma ricordata da Salviano fu intesa a vietare l'esercizio della giustizia capitale da parte della plebe, controbilanciando il divieto *de capite civis*, che sarebbe stato relativo ai giudizi capitali svolti dai patrizi nel seno dei

3. — Assodato che le testimonianze relative alle tavole IX. 1, 2 e 6 si riducono ad un Cicerone di un ben identificato momento storico (che va dal 57 al 52 a. C.), cioè al Cicerone cui bruciano forte le ferite della persecuzione clodiana e il cui pensiero sempre a quella persecuzione ritorna, domandiamoci se Cicerone disponesse comunque di elementi sicuri per attribuire alle *XII tabulae* il divieto di *privilegia* e la norma *de capite civis*. E la mia risposta, a titolo forse un po' superiore alla semplice impressione personale, è che egli faceva capo esclusivamente ad una dicería, sia pure ad una diffusa dicería, la quale tendeva (cosa tutt'altro che insolita) a far risalire ai tempi piú lontani che fosse possibile, principî ed istituti di alta autorità.

Lo dimostra, sopra tutto, l'eccesso di fonti autoritative, cui Cicerone fa capo: non solo le Dodici tavole, ma anche le *leges sacratae* [28]. Non è, come suol dirsi, « troppa grazia Sant'Antonio »? Passino le *leges sacratae* per i *privilegia*: può capirsi che i *plebeii* si siano schierati a tutt'uomo, nei loro *concilia*, contro le « *leges in privos latae* » varate dai patrizi. Ma come si conciliano le leggi *sacratae* con la imposizione di giudicare *de capite civis* solo davanti ai comizi centuriati? Che a questa formulazione si sia pervenuti per accordo fra patrizi e plebei in sede di decemvirato, può ammettersi. Ma che i plebei, prima del decemvirato, abbiano reclamato con leggi sacrate che i giudizi capitali avessero luogo, per quel che gli interessava, non davanti ai loro concilii, ma davanti ai comizi patrizio - plebei (sempre dato e non concesso che il *populus* dell'esercito centuriato già funzionasse come *comitia*) [29], si capisce molto di meno.

A voler scrutare piú da vicino le due pretese norme delle XII tavole, forse se ne intravvedono le origini, meno altolocate, ma piú sicure. Per quanto riguarda i *privilegia* (termine ignoto, nel significato ciceroniano, ad altre fonti) [30], l'origine è solo nella generica avversione di

comitia curiata. A proibire l'uno e l'altro processo capitale (quello patrizio e quello plebeo) non sarebbe bastata e avanzata la (pretesa) norma *de capite civis*?

[28] *Retro* nt. 13 e 14. Particolarmente significante, perché relativo ad ambedue i divieti, il passo della *pro Sestio*.

[29] *Retro* n. 1. P. De Francisci, *Per la storia dei « comitia centuriata »*, in *St. Arangio - Ruiz* 1 (1953) 22 ss., ha segnalato, come altri dopo, che la norma *de capite civis* era « un segno della reazione contro le pretese dei tribuni di portare le accuse capitali davanti ai *concilia plebis* ». Esatto. Ma come spiegare che la legge *de capite civis* fosse pretesa anche dalle leggi sacrate?

[30] J. Bleicken, « *Lex publica* ». *Gesetz und Recht in der römischen Republik* (1975) 202 ss., 212 s.

chiunque non vi sia interessato, e di Cicerone in ispecie, per quelle che oggi vengono chiamate le « leggi - fotografia »: è possibilissimo che le *leges sacratae* li abbiano condannati, ma sta in fatto che la storia giuridica romana non manca di misure di privilegio (a favore o contro determinate persone) tranquillamente erogate in varie occasioni [31]. Per quanto riguarda il divieto di condanne capitali ai cittadini, è facilmente supponibile che l'annalistica romana lo abbia riconnesso alle leggi sacrate, ma l'origine piú vicina e piú concreta è da ravvisarsi nella famosa *lex Sempronia de capite civis* fatta votare nel 122 a. C., tra vivacissime discussioni *pro* e *contra*, da Caio Sempronio Gracco: legge sulla quale mi sono espresso sufficientemente altrove e pertanto non mi fermerò qui oltre [32].

Astenendomi sempre dal far entrare in gioco le mie convinzioni in ordine alla storia dei *comitia centuriata* [33], ora qui mi domando: l'attribuzione da parte dei decemviri ai *comitia centuriata* del potere esclusivo di irrogare pene capitali a cittadini implica, o non implica, l'istituto della *provocatio ad populum*? In altri termini, come altrimenti avrebbe potuto fare un *civis Romanus*, portato dinanzi alla *coërcitio* del magistrato, ad essere deferito ai *comitia centuriata*, se non ricorrendo alla *provocatio ad populum*? La risposta è ineluttabile: la norma *de capite civis* postula la preesistenza (o la contemporanea istituzione) del diritto del cittadino di *provocare ad populum*. Ben lo ha detto, da ultimo, il Santalucia, che oltre tutto si fa forte della tradizione romana, secondo cui la *provocatio* fu introdotta ben prima delle Dodici tavole, e piú esattamente l'anno stesso di fondazione della repubblica, dal prestigioso console P. Valerio Publicola [34]. Al che poco persuasivamente oppone l'Amirante di non

[31] Per qualche esempio, v. MAGDELAIN (nt. 5) 16 s. e BLEICKEN (nt. 30) 202 ss.

[32] Cfr. A. GUARINO, *La coerenza di Publio Mucio* (1981) 74 ss., 126 ss.

[33] Ricordo, a questo punto, che il DE FRANCISCI (nt. 29) 30 ss., concorda con la mia tesi, secondo cui le *XII tabulae* furono leggi « ottriate » unilateralmente dai soli patrizi (sia pure su istanza politica vivacissima dei plebei), ma sostiene che la trasformazione dell'*exercitus* in *comitia* (insomma il riconoscimento dei *comitia* come assemblea deliberante) fu operata dai decemviri. Secondo l'AMIRANTE (nt. 8) 127 ss. e *passim*, se ho ben capito, l'esercito centuriato ebbe sin dalla sua istituzione funzioni deliberanti elettorali, mentre diventò assemblea legislativa (*comitiatus maximus*) solo con le XII tavole (v. però *infra* nt. 36). Ma, a prescindere dalla svalutazione, che mi è occorso di fare dianzi (n. 2), dell'altisonante espressione « *maximus comitiatus* », è credibile che la creazione dei comizi legiferanti, se fatta (o ritenuta fatta) dal decemvirato, non sia stata specificamente ricordata dalla tradizione? La tradizione (che, secondo me, è errata, perché confonde fra *exercitus* e *comitia*) attribuisce tutto a Servio Tullio.

[34] B. SANTALUCIA, *Alle origini del processo penale romano*, in *Iura* 35 (1984)

vedere in alcun modo il collegamento, perché la norma *de capite civis* fu esclusivamente diretta « a sottrarre i magistrati patrizi al giudizio dell'assemblea plebea e quindi a costringere i tribuni a sottoporre le loro iniziative, se volessero continuare a prenderle, al *comitiatus maximus* »[35]. È appena il caso di obbiettare a questa congettura, infatti, che la pretesa norma sui giudizi capitali riguarda qualunque *civis Romanus*, non i soli magistrati, e che i *tribuni plebis* non avevano potestà di proposta davanti ai comizi centuriati[36].

E allora? Allora tutto il discorso che precede è stato vano? Allora dobbiamo concludere che, tutto sommato, la norma *de capite civis* nelle Dodici tavole ci sta bene, visto che si accorda con l'istituto della *provocatio ad populum* introdotto cinquanta anni prima da Valerio Publicola? Ebbene no. Il Santalucia ha scritto due ottimi articoli, amplissimamente informati e ambedue di encomiabile limpidezza, sul processo « penale » piú antico e, in ispecie, sulla *provocatio ad populum*[37], ma ha dato troppo peso ai dati della tradizione (influenzati o non influenzati che siano dall'annalistica di Valerio Anziate) in ordine al leggendario Valerio Publicola[38]. Sul punto della *provocatio ad populum* io sono e resto del

66 s. e nt. 64-66. V. anche: B. SANTALUCIA, sv. *Processo penale (dir. rom.)*, in *Enc. del dir.* 36 (1987) 324 ss. Per vero, Cic. *de rep.* 2.31.54 scrive: « ... *itemque ab omni iudicio poenaque provocari licere indicant XII tabulae compluribus legibus* ». Ma (come dico nel testo), se fosse vero che la legge decemvirale fece richiamo alla *provocatio* in molte sue disposizioni, che bisogno vi sarebbe stato di una *lex de provocatione* nel 449?

[35] L. AMIRANTE, *Sulla « provocatio ad populum » fino al 300*, apparso in *Iura* 34 (1983), ma qui citato dal libro *Studi di storia costituzionale romana* (1988) 74 s. e nt. 14.

[36] G. PUGLIESE, *Diritto penale romano*, in ARANGIO-RUIZ ed altri, *Il diritto romano* (1980) 263 s., scrive che la norma *de capite civis* « non sembra riferirsi a un'attività giudiziaria dei comizi (sc. centuriati), bensí piuttosto all'attività legislativa, vietando cioè che una norma comminante la pena capitale per un cittadino potesse essere fatta votare ad organo diverso da quei comizi ». L'ipotesi non convince l'AMIRANTE (nt. 35) 74 nt. 14, che, diversamente da quanto sembra risultare da altra sua opera (v. *retro* nt. 33), tende ad escludere « che già al centro del V secolo il comizio centuriato avesse competenze legislative ». Essa comunque non convince me: sia per la tesi che sostengo in ordine alla formazione dei *comitia centuriata* (avvenuta a mio avviso solo nel 367 a. C.), sia perché « *rogare populum de capite civis* » (non « *civium* ») significa chiaramente interrogare il *populus* in ordine alla sorte che deve avere (condanna o non condanna?) un determinato cittadino.

[37] I due articoli sono rispettivamente indicati *retro* nt. 27 e 34.

[38] Non mi sfugge che il cd. *Lapis Satricanus*, recentemente scoperto, sembra dare un *fumus* di verosimiglianza storica ad un Valerio Publicola (*Poplios Valesios*), ma

parere, ben difeso oggi dall'Amirante[39], che essa fu introdotta solo dalla *lex Valeria de provocatione* del 300 a. C.[40]. E, senza addentrarmi in questa sede in una discussione che sarebbe troppo lunga, mi limito ad osservare che, se fosse vera la leggendaria *lex* di Valerio Publicola, sarebbe accertato che le *XII tabulae*, statuendo *de capite civis* nel 451-450, la *provocatio* se la trovavano davanti, in quegli anni, ancora ben viva e vigorosa: sicché non si capisce che bisogno vi sia potuto essere, nell'anno 449 a. C., di rinnovare con una *lex Valeria Horatia* (a mio parere, comunque, del pari leggendaria) la legge che i decemviri avevano poco prima considerata pienamente vigente.

Conclusione. I decemviri del 451-450 non ebbero sotto gli occhi nessuna legge *de provocatione* e, pertanto, non emanarono nemmeno la legge *de capite civis*[41].

4. — Trasferiamoci ora al n. 5 della tavola XII delle ricostruzioni correnti, là dove si trova citato Liv. 7.17.12 (confermato da Liv. 9.34.6-7), nel punto in cui dice: *in XII tabulis legem esse, ut quodcumque postremum populus iussisset, id ius ratumque esse.*

Che significa questa formulazione? Significa una cosa assolutamente ovvia: che la legge (centuriata) entrata in vigore per ultima prevale su ogni legge precedente, ben inteso se ed in quanto regoli le stesse materie regolate dalle leggi anteriori[42]. Altro significato strettamente giuridico la formulazione non ha. Si può solo discutere sul suo senso politico, avan-

rinvio alle osservazioni che ebbi a muovere sin dal 1981 alla identificazione del *Valesios* satricano: A. GUARINO, in *Labeo* 27 (1981) 140 s. Bisogna cercare di non farsi vincere dal « complesso dell'epigrafe », come ho già sostenuto in vari scritti precedenti.

[39] AMIRANTE (nt. 35) 57 ss.

[40] GUARINO (nt. 1) n. 32, 134, cui rinvio. Sulla *provocatio ad populum* v., da ultimo, O. BEHRENDS, *Der römische Gesetzesbegriff und das Prinzip der Gewalteinteilung*, in *Abh. Ak. Wiss. Göttingen, Phil.-Hist. Kl.* 157 (1987) 80 ss. (questo autore va annoverato fra i molti che accettano la storicità delle norme pubblicistiche delle XII tavole: v. p. 94 s.).

[41] Per altri argomenti contro la credibilità della legge *de capite civis*, rinvio a GUARINO, *Dal « regnum »* (nt. 6) 70 s.

[42] Da ultimo: BEHRENDS (nt. 40) 94 s. Il principio si trova esplicitato (in quanto opportunamente articolato), ad esempio, nell'art. 15 delle « disposizioni sulla legge in generale » premesse al Codice civile italiano del 1942: « Le leggi non sono abrogate che da leggi posteriori per dichiarazione espressa del legislatore, o per incompatibilità tra le nuove disposizioni e le precedenti, o perché la nuova legge regola l'intera materia già regolata dalla legge anteriore ». V. anche Mod. 2 *excusat.* in D. 1.4.4.

zando ipotesi, piú o meno plausibili, sul motivo di politica legislativa per cui i decemviri l'abbiano concretamente coniata: per esempio (per chi non dubita del carattere di *leges rogatae* delle Dodici tavole), allo scopo di affermare il principio che la legislazione comiziale non si sarebbe esaurita con le *XII tabulae* e che queste sarebbero ben potute essere innovate in avvenire da leggi posteriori [43]; oppure (sempre per chi presta fede alla leggenda per cui le Dodici tavole furono leggi rogate), allo scopo di mettere in chiaro che, sin che non fossero sopravvenute nuove leggi centuriate, avrebbero conservato vigenza le antiche *leges regiae* [44]; oppure (per chi è meno fiducioso della tradizione relativa al carattere di leggi rogate della legislazione decemvirale), allo scopo di stabilire (per implicito, però) che le leggi successive alle *XII tabulae* (tavole non rogate) sarebbero state invece tutte rogate, cioè sottoposte ai comizi centuriati [45]; e potrei continuare. Ma son tutte ipotesi che, sempre accantonando accuratamente la mia teoria per cui i *comitia centuriata* deliberanti ebbero riconoscimento solo nel terzo decennio del sec. IV a. C., « sollecitano » eccessivamente la formula che abbiamo sopra riportato, la sforzano in maniera troppo artificiosa e, in ogni caso, mal si conciliano o non si conciliano affatto col senso e col valore che alla norma *quodcumque postremum* attribuisce, come vedremo subito, colui che l'ha coniata, o che piú probabilmente l'ha rilevata dalle sue non antiche fonti annalistiche [46], Tito Livio: il senso elementare per cui, nel succedersi delle leggi l'una all'altra, l'ultima legge è quella che conta.

Scorriamo Liv. 7.17.12 [47]. Vi si parla di avvenimenti del 357 a. C., posteriori di quasi un secolo alla legislazione decemvirale, che accadono nell'anno del consolato di M. Fabio Ambusto e M. Popilio Lenate. Nella

[43] O. Behrends (nt. 40) 94 s.

[44] A. M. Rabello, *Effetti personali della « patria potestas »* 1 (1979) 83 ss., nel quadro di un piú ampio ragionamento, che è comunque (legge *quodcumque postremum* a parte) pienamente accoglibile.

[45] De Francisci (nt. 29), che accoglie la mia tesi sul carattere ottriato delle *XII tabulae*, ma (22 ss.) sostiene che i decemviri vollero fissare « un principio riguardante il valore della deliberazione popolare rispetto alle norme preesistenti »; Amirante (nt. 35) 74 nt. 4, secondo cui « può immaginarsi ... che il legislatore decemvirale, prima espressione dell'unità cittadina, intendesse fare del *comitiatus maximus* un organo legislativo », donde l'approvazione comiziale delle prime dieci tavole e l'emanazione della norma *quodcumque postremum*.

[46] Che la formulazione della norma *quodcumque postremum* fosse recente, risulta dall'espressione « *ius ratumque* », tipica delle leggi repubblicane avanzate: M. Kaser, *Das altrömische « Ius »* (1949) 13.

[47] Il testo non può essere ben inteso senza una rapida lettura di tutto il capitolo.

guerra contro Tiburtini, Falisci e Tarquiniesi, il nemico sta per avere la meglio; si nomina un dittatore nella persona del plebeo C. Marcio Rutulo (primo dittatore plebeo della storia della repubblica), che consegue rilevanti successi e ottiene il trionfo; occorre ora procedere all'indizione dei comizi per l'elezione dei nuovi consoli, ma i patrizi, nell'assenza da Roma del console patrizio, non vogliono che un dittatore plebeo proceda a questa solenne bisogna e, pertanto, si fa ricorso all'interregno; si succedono come *interreges* Q. Servilio Ahala, M. Fabio, Cn. Manlio, C. Fabio, C. Sulpicio, L. Emilio, Q. Servilio e M. Fabio Ambusto e dai comizi convocati da quest'ultimo scaturiscono due consoli entrambi patrizi, C. Sulpicio Petico e M. Valerio Publicola [48]. È un brutto colpo inferto allo spirito, se non alla lettera delle *leges Liciniae Sextiae*, le quali avevano reso accessibile (anche se non riservato) ai *plebeii* uno dei due posti di console [49], ma i plebei, e per essi i tribuni, non si ribellano: già nel secondo interregno, quello di Marco Fabio, si era posta, infatti, la questione dei due consoli patrizi ed i *tribuni plebis* avevano avanzata l'*intercessio* contro la proposta relativa fatta dall'*interrex* [50], alla quale *intercessio* l'interrè aveva replicato nei seguenti termini, non integralmente riprodotti nelle moderne ricostruzioni delle Dodici tavole: « *interrex Fabius aiebat in duodecim tabulis legem esse ut, quodcumque postremum populus iussisset, id ius ratumque esset; iussum populi et suffragia esse* » [51]. Dalle parole di Livio, testé trascritte, si ricavano due tesi, difese contro i tribuni della plebe dall'interrè Marco Fabio (ed evidentemente dagli interrè successivi): primo, che l'ultimo *iussum populi*, qualunque contenuto esso abbia, vale, a sensi delle Dodici tavole, come legge incontestabile; secondo, che anche la votazione elettorale è un *iussum populi* [52].

[48] Cfr. T. R. S. Broughton, *The Magistrates of the Roman Republic* (rist. 1968) 1.124, secondo la cui cronologia siamo nel 355 a. C.

[49] Per tutti: Guarino (nt. 1) n. 22.

[50] Come *intercessio* sulla *rogatio*, non come *intercessio* sulla legge già votata, deve essere inteso il discorso di Livio. Infatti, se i consoli patrizi fossero stati già creati nel secondo interregno, avrebbe avuto effetto sin da allora il principio *quodcumque postremum*. Ma si è posto Livio, nel suo narrare all'ingrosso le cose, questo problema?

[51] È supponibile che, nelle more della discussione fra interrè e tribuni della plebe, i cinque giorni dell'interregno di M. Fabio siano trascorsi, sicché si dovette passare ad ulteriori interregni (durante i quali, eventualmente, la contesa con i tribuni si protrasse ancora). Ma resta il dubbio che Livio a tutto ciò abbia pensato.

[52] Dunque, i tribuni non contestavano, nel racconto di Livio, la legge *quodcumque postremum*, ma sostenevano che essa non si estendesse alle delibere elettorali.

Ma io mi sono già chiesto altre volte [53] e torno a chiedermi oggi: è mai possibile che nel 357 a. C., cioè (si badi bene) prima che la *lex Publilia Philonis de patrum auctoritate* del 339, seguita da una *lex Maenia* di data incerta e relativa specificamente ai *suffragia*, togliessero di mezzo la necessità di un'*auctoritas patrum* successiva alle leggi [54], si attribuisse valore « definitivo » (*postremum*) a una legge comiziale? È mai possibile che, prima ancora, le *XII tabulae* lo abbiano sancito cosí drasticamente, senza fare alcun riferimento anche alla indispensabile (ed influentissima) *auctoritas patrum*, la quale ai loro tempi, stando alla tradizione, era niente meno che un procedimento di approvazione nel merito delle delibere comiziali? Evidentemente, rispondo, non è possibile. Evidentemente, arguisco, in 7.17.12 Livio si esprime, in ordine alla validità delle leggi, in termini consoni all'ordinamento costituzionale dei tempi suoi (ed anche dei tempi in cui vissero gli annalisti che ne costituiscono la fonte): tempi in cui l'*auctoritas patrum* (divenuta preventiva) era ormai solo una parvenza formale [55].

La stessa impostazione « moderna » del linguaggio e della cultura costituzionale, che Livio attribuisce ai suoi eroi, si riscontra in 9.34.6-7, che è un passo, peraltro, relativo ad un episodio dell'anno 310 a. C. [56]. Consoli Q. Fabio Massimo Rulliano e C. Marcio Rutilo, il censore Appio Claudio Cieco, che è in carica dal 312, rifiuta (superbamente, da buon Claudio) di abbandonare la carica, di cui la *lex Aemilia de censura minuenda* del 434 aveva ridotta (o fissata) la durata massima a diciotto mesi [57]; alle rimostranze del *tribunus plebis* P. Sempronio replica Appio cavillando che la *lex Aemilia* era relativa ai soli censori C. Furio e M. Geganio, « *quorum in magistratu lata esset* », e ciò proprio perché era stata votata dopo la loro elezione [58] e perché in questo senso andava inteso che *quod postremum populus iussisset, id ius ratumque esset* [59];

[53] Cfr. GUARINO, *Dal « regnum »* (nt. 6) 73, con argomentazione imperfetta; ID., *L'ordinamento* (nt. 6) n. 101 s.

[54] ROTONDI (nt. 10) 227, 248 s. V. anche: GUARINO (nt. 1) n. 101, ove la *lex Maenia* è attribuita al 338 a.C.

[55] Cfr. ancora, per tutti, GUARINO (nt. 1) n. 101.

[56] Cioè di un anno posteriore a quello della *lex Publilia Philonis* e, forse, anche a quello della *lex Maenia*: v. *retro* nt. 54.

[57] ROTONDI (nt. 10) 211.

[58] Essendo cioè, se ho ben capito, nulla piú che una *lex centuriata de potestate censoria*, relativa a quella specifica coppia censoria.

[59] Liv. 9.33.8-9.

al che Sempronio, con un appassionato discorso [60], ribatte, tra l'altro, che la *lex Aemilia* è stata sempre interpretata come relativa alla censura in generale e in omaggio alla legge *quodcumque postremum* proclamata dalle *XII tabulae* (e che « *ubi duae contrariae leges sunt, semper antiquae obrogat nova* »).

Ve n'è quanto basta, direi, per escludere che il principio *quodcumque postremum* (il cui ovvio significato è cosí chiaramente esplicato da Livio) faccia veramente capo al testo delle Dodici tavole.

5. — Vi sono ancora, attribuite da qualche fonte al testo decemvirale, le « leggi » di cui ai n. IX. 3, 4 e 5 delle palingenesi correnti. Ma si tratta di norme, che, a ben vedere, difficilmente possono essere riferite alle *XII tabulae* e che, in ogni caso, se ad esse riferibili, difficilmente riguardano la repressione criminale, cioè la materia pubblicistica: rilievo già in parte autorevolmente fatto, prima di me, dal Mommsen [61]. Il mio discorso, al loro riguardo, può essere piú succinto.

Cominciamo con *tab.* IX.3, a proposito della quale le ricostruzioni si rifanno a Gell. 20.1.7, cioè ad un famoso passo in cui Cecilio Africano, discutendo col filosofo Favorino, nega (implicitamente) che sia troppo severa la legge decemvirale che impone di punire con la morte il giudice o arbitro ritualmente nominato, il quale risulti irrefutabilmente (*convictus est*) aver preso del denaro per pronunciare la sentenza [62]. Questa ipotesi richiama subito alla mente quella di un altro « *convictus* » indicato poco oltre da Sesto Cecilio, il *convictus* di falsa testimonianza, in ordine al quale, precisa il giurista, le *XII tabulae* legittimavano la precipitazione dalla rupe Tarpeia [63]. È piú che probabile, quindi, che essa

[60] Liv. 9.34, che qui ometto di trascrivere anche nei paragrafi 6-7.

[61] Th. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht* (rist. 1955) 668 ss., che tace di Marcian. D. 48.4.3, mentre aggiunge il caso indicato da Gell. 20.1.53.

[62] Gell. 20.1.7: *Dure autem scriptum esse in istis legibus quid existimari potest? nisi duram esse legem putas, quae iudicem arbitrumve iure datum, qui ob rem dicendam pecuniam accepisse convictus est, capite poenitur rell.* (seguono il caso della riduzione in servitú del *fur manifestus* e quello dell'uccisione del ladro notturno). Cfr. anche il successivo paragrafo 8.

[63] Cfr. Gell. 20.1.53: *An putas, Favorine, si non illa etiam ex duodecim tabulis de testimoniis falsis poena abolevisset et si nunc quoque, ut antea, qui falsum testimonium dixisse convictus esset, e saxo Tarpeio deiceretur, mentituros fuisse pro testimonio tam multos, quam videmus? rell.*

fosse un'ipotesi di illecito privato [64], andasse accosto alla fattispecie della *tab.* VIII.23 e si risolvesse del pari con la *praecipitatio e saxo* [65].

Passiamo ora alla *tab.* IX.3, per la ricostruzione della quale ci si rifà ad un passo del *liber singularis enchiridii* di Sesto Pomponio, in cui si legge che i *quaestores* preposti alle *res capitales* si chiamavano *quaestores parricidii* ed erano anche ricordati nelle Dodici tavole [66]. Festo conferma la funzione istruttoria (*causa rerum capitalium quaerendarum*) e la denominazione di *quaestores parricidii*, ma non fa riferimento alle Dodici tavole, bensí ad una *lex regia* di Numa Pompilio [67]. La questione circa la storicità dei *quaestores parricidii*, il loro collegamento originario con la norma *paricidas esto*, l'allargamento progressivo delle loro attribuzioni, e via dicendo, è una questione troppo complessa per poter essere ripresa qui: lucidamente la espone il Santalucia, al quale rinvio [68]. Ma possiamo essere d'accordo con l'ipotesi dello stesso Santalucia [69], secondo cui « non è improbabile » che le leggi decemvirali si siano occupate dei crimini punibili con pena capitale ed abbiano, in particolare, dettato uno speciale regolamento istruttorio per le ipotesi di omicidio? A me tutto questo pare invece molto improbabile: in parte per quanto ho sostenuto dianzi [70] circa i processi capitali in generale e in parte perché nelle XII tavole l'omicidio sembra avere conservato il carattere originario di illecito a reazione privata [71]. Il passo in cui appare la citazione dei *quaestores parricidii* da parte di Pomponio implica certamente che, ai tempi di quest'ultimo, l'omicidio fosse già da parecchi secoli un *crimen* pubblicamente perseguito, ma non obbliga a credere che esso (con relativi *quaestores parricidii*) sia stato già un *crimen* per le leggi delle Dodici tavole.

[64] Cosí MOMMSEN (nt. 61) 668 ss.

[65] Sulla *praecipitatio e saxo:* MOMMSEN (nt. 61) 931 ss.

[66] Pomp. *sing. enchir.* D. 1.2.2.23: *Et quia, ut diximus, de capite civis Romani iniussu populi non erat lege permissum consulibus ius dicere, propterea quaestores constituebantur a populo, qui capitalibus rebus praeessent: hi appellabantur quaestores parricidii.*

[67] Fest. 247 e 310 L. Cfr. *Numa* 16 in *FIRA.* 1.13.

[68] Per tutti: B. SANTALUCIA, sv. *Omicidio (dir. romano)*, in *ED.* 29 (1979) 885 ss.

[69] SANTALUCIA (nt. 68) 888 s.

[70] *Retro* n. 2-3.

[71] È vero che, nei riferimenti a noi pervenuti, non vi è piú traccia della antica statuizione *paricidas esto.* È menzionata però (cfr. *tab.* VIII.24) l'antica sanzione *aries subicitur*: Cic. *top.* 17.64.

Resta, come n. 5 delle correnti ricostruzioni della *tab.* IX, un passo di Marciano, tratto dal libro 14 delle *Institutiones* [72], in cui il tardo giurista, commentando la *lex Iulia maiestatis*, giustappone ad essa la legge delle XII tavole, che comminava la morte per chi « *hostem concitaverit quive civem hosti tradiderit* ». Il riferimento è alla *perduellio*, altra fattispecie (o accolta di fattispecie) disputatissima [73], in ordine alla quale mi basta, credo, fare due brevissime riflessioni: in primo luogo, che la *perduellio* non fu vista, almeno in origine, come un fatto di giurisdizione, ma fu vista come una mancanza punibile esclusivamente in sede di *coercitio* [74]; in secondo luogo che, quando fu rimesso in piedi dopo lungo silenzio (o fu, come alcuni dicono, addirittura fittiziamente creato) [75] il processo decemvirale di perduellione, il che avvenne nel 63 a. C. allo scopo di incriminare C. Rabirio, nessuno nominò le XII tavole, e Cicerone, difensore di Rabirio, sostenne che il processo fosse stato imbastito « *ex annalium monumentis atque ex regum commentariis* » [76]. Il riferimento, oltre tutto non nominativo, della *perduellio* alle Dodici tavole è una inattendibile induzione di Marciano.

6. — Chiuso. Le mie sono, ripeto [77], solamente ipotesi. Ma non ipotesi, di cui si possa dire, giudicando *summatim*, che sono prive di fondamento indiziario.

POSTILLA: I « PRIVILEGIA » DAI ROMANISTI A CICERONE.

1. In un articolo molto penetrante [1], mandato in pubblicazione prima di conoscere una mia nota praticamente contemporanea [2], C. Ven-

[72] D. 48.4.3.

[73] Da ultimo: B. SANTALUCIA, *Osservazioni sui « duumviri perduellionis » e sul procedimento duumvirale*, in *Du châtiment dans la cité* (1984) 439 ss.

[74] KASER (nt. 46) 42.

[75] A. MAGDELAIN, *Remarques sur la « perduellio »*, in *Historia* 22 (1973) 405 ss. Ma v. *contra*: A. GUARINO, *La « perduellio » e la plebe*, in *Labeo* 21 (1975) 63 ss.

[76] Cic. *Rab. perd.* 15.

[77] *Retro* n. 1 e nt. 9.

* In *Labeo* 37 (1991) 339 ss.

[1] C. VENTURINI, *I « privilegia » da Cicerone ai romanisti*, in *SDHI.* 56 (1990) 155 ss.

[2] A. GUARINO, *Cicerone come e quando*, in *Labeo* 36 (1990) 267 ss.

turini, anche se non accoglie esplicitamente una mia ipotesi [3], la arricchisce di una implicita e gradita conferma.

La mia ipotesi era ed è che Cicerone, sviluppando vaghi spunti che già dovevano correre in Roma ai suoi tempi, abbia arbitrariamente attribuiti alle *leges sacratae* e alle *XII tabulae* i due famosissimi divieti sia dei *privilegia* sia della sottrazione ai *comitia centuriata* dei giudizi capitali: norme per le quali le ricostruzioni correnti delle leggi decemvirali addirittura ricalcano, a mio avviso avventatamente, le formulazioni (fatte a tutt'altro scopo) che si leggono in un passo del *de legibus* [4]. Il Venturini fa qualche cosa di piú, perché dimostra in modo molto persuasivo come la nozione di *privilegium* sia andata in Cicerone progressivamente cambiando dall'orazione *de domo* a quella *pro Sestio*, quindi al *de republica*, al *de legibus* e forse ad altri cenni ulteriori [5]: il che significa che il nostro personaggio era ben lontano dall'avere sotto gli occhi un testo, sia pure approssimativo, delle leggi decemvirali.

Il punto sul quale voglio qui richiamare brevissimamente l'attenzione degli studiosi è quello relativo al perché Cicerone abbia variato ed esteso la nozione di *privilegium* da lui attribuita alle XII tavole.

2. Vediamo anzi tutto, almeno per grandi linee, quale sia stato il cambiamento, e piú precisamente l'estendimento, della nozione di *privilegium* in Cicerone. Le tappe sono, a voler stringere, tre.

[3] L'ipotesi è stata avanzata, la prima volta, in: A. GUARINO, *Il dubbio contenuto pubblicistico delle XII tavole*, in *Labeo* 34 (1988) 323 ss. Il Venturini cita piú volte, astenendosi dal criticarlo espressamente, questo mio primo scritto, tuttavia il massimo cui egli si spinge è: di dichiarare, « se non altro, prudente rinunciare al tentativo di specificare per via di congettura l'esatta formulazione e l'esatta portata dell'originario divieto » (cfr. p. 172); di esprimere « l'impressione che nelle XII Tavole, cosí come nelle piú antiche *leges sacratae*, la richiamata competenza dei comizi centuriati fosse formulata in termini tutt'altro che cristallini » (cfr. p. 187); infine di affermare, con riguardo ai *privilegia*, che il pensiero di Cicerone « sia stato elaborato, facendo leva su oscure disposizioni arcaiche, dal pensiero aristocratico postsillano » (cfr. p. 195).

[4] Cfr. *FIRA.* I² (1941) 64 s.: « *privilegia ne inroganto. de capite civis nisi per maximum comitatum . . . ne ferunto* » (parole tratte dal *de leg.* 3.11, omettendo però un inciso incompatibile con l'età delle XII tavole: « *ollosque quos censores in partibus populis locassint* »). Dello stesso avviso, se non erro: VENTURINI (nt. 1) 190 s.

[5] I testi cui si riferisce il Venturini sono, piú precisamente: *de dom.* 43-44, *pro Sest.* 65 e 73, *de rep.* 2.61, *de leg.* 3.11 e 3.44, *Brut.* 89, *Parad. Stoic.* 4.32. Io limiterò per brevità il discorso ai passi della *de domo*, della *pro Sestio* e del *de legibus*.

Prima tappa. Nell'orazione *de domo*, pronunziata nel settembre del 57 a. C., Cicerone, accogliendo una indicazione che durante l'esilio aveva rifiutato [6], accusa di *privilegium*, richiamandosi alle *leges sacratae* e alle *XII tabulae*, il secondo plebiscito Clodio del 58 a. C., cioè quella *lex Clodia de exsilio Ciceronis* che lo riguarda personalmente: « *quo iure, quo more, quo exemplo legem nominatim de capite civis indemnati tulisti? vetant leges sacratae, vetant XII tabulae leges privatis hominibus inrogari: id est enim privilegium* » [7]. Il *privilegium* è qui prospettato come una qualunque legge emessa nominativamente *ad personam* [8].

Seconda tappa. Nell'orazione *pro Sestio*, pronunziata nel marzo del 56 a. C., Cicerone, accogliendo un'altra indicazione ricevuta durante l'esilio [9], fa ancora appello alle *leges sacratae* ed alle *XII tabulae* per invocare non solo il divieto dei privilegi, ma anche quello delle *rogationes de capite civis* portate a comizi diversi dai *comitia centuriata* [10], e per accennare, in maniera piuttosto confusa, che l'uno e l'altro divieto riguardano le leggi istitutive di *iudicia* criminali (« *non posse quemquam de civitate tolli sine iudicio; de capite non modo ferri, sed ne iudicari quidem posse nisi comitiis centuriatis* ») [11]: il che sembra implicare non tanto un riferimento alla *lex Clodia de exsilio Ciceronis*, quanto un riferimento alla precedente *lex Clodia de capite civis Romani*, istitutiva di una *quaestio* a carico di chi avesse mandato a morte senza processo un cittadino romano [12]. Il *privilegium* è qui adombrato come una legge anche non *in personam*, ma in ogni caso incostituzionalmente diretta ad affidare ai *concilia plebis* un giudizio *de capite civis* [13].

Terza tappa. Nel *de legibus*, opera scritta dopo la morte di Clodio, approssimativamente tra il 50 e il 45 a. C., Cicerone, rinunciando all'autorità delle *leges sacratae*, attribuisce alle sole *XII Tabulae*, come

[6] Cfr. Cic. *ad Att.* 3.15.5, su cui: GUARINO (nt. 2) 276 e nt. 50; VENTURINI (nt. 1) 170.

[7] Cfr. Cic. *de dom.* 43-44.

[8] Sul punto: VENTURINI (nt. 1) 170 ss., il quale nota anche che questo passaggio si inserisce nel testo della *de domo* « quasi come digressione pleonastica, tale da interrompere la linearità dell'argomento complessivo per inserirvi il richiamo di una circostanza enucleata in termini senza dubbio ambigui ».

[9] L'indicazione era provenuta da L. Aurelio Cotta: cfr. *de domo* 68, ma sopra tutto *pro Sest.* 73 e *de leg.* 3.45.

[10] Cfr. *pro Sest.* 65.

[11] *Pro Sest.* 73.

[12] G. ROTONDI, *LPPR.* (1912) 394 s.

[13] Sul punto: VENTURINI (nt. 1) 186 ss.

norme tra loro strettamente connesse, il divieto dei privilegi e quello delle condanne non richieste ai comizi centuriati: « *leges praeclarissimae de duodecim tabulis tralatae duae, quarum altera privilegia tollit, altera de capite civis rogari nisi maximo comitiatu vetat* » [14]. Il *privilegium* ancora piú chiaramente (senza con ciò voler dire che siamo di fronte ad una concezione inequivocabile) viene qui allontanato dalla nozione della *lex* emanata *ad personam*, quindi dal riferimento alla *lex Clodia de exsilio Ciceronis*, ed accostato all'idea di una legge che sancisce una norma generale, ma incostituzionalmente lesiva dei diritti di una persona singola, la quale è nella specie, per ovvio sottinteso, Cicerone [15].

3. Quale è, dunque, la spiegazione piú verosimile di questo processo di distanziamento della specifica *lex Clodia de exsilio Ciceronis*, che si avverte nelle successive manifestazioni di pensiero dello stesso Cicerone?

Secondo il Venturini, è poco plausibile che il nostro si sia espresso in tali modi per il fatto di essersi reso conto dell'insufficienza dei suoi primi argomenti [16]: piú probabile è, a suo parere, che Cicerone, essendo ormai « reinserito nella vita pubblica » e quindi libero da preoccupazioni strettamente personali, abbia voluto intervenire nel dibattito costituzionale circa i poteri dei *concilia plebis* (e dei *comitia tributa*) con un suo ripensamento di sempre piú deciso orientamento filo-aristocratico [17].

Ebbene, pur senza negare la verità dell'orientamento politico ciceroniano posteriore al ritorno dall'esilio, io sarei dell'avviso che, per quanto attiene al tema di cui ci stiamo occupando, le motivazioni primarie dell'atteggiamento di Cicerone in ordine al suo ingiusto esilio siano da ricercare in un ambito piú vicino ai suoi personali interessi. Non bisogna infatti dimenticare due cose: anzi tutto, che Clodio non perse immediatamente influenza politica con il ritorno di Cicerone, ma che il suo partito restò ancor vivo quanto meno sino alla sua morte, se non anche dopo [18]; secondariamente, che il ritorno di Cicerone a Roma fu deliberato proprio con una legge *ad personam*, pienamente paragona-

[14] Cfr. *de leg.* 3.44. Per la formulazione, relativa ad una costituzione ideale, che la dottrina corrente usa infondatamente ritenere derivata dal testo decemvirale: *de leg.* 3.11 e *retro* nt. 4.

[15] V. riassuntivamente: VENTURINI (nt. 1) 192 s.

[16] Cioè, per intenderci, degli argomenti addotti nell'orazione *de domo* del 57 a. C.

[17] *Amplius*: VENTURINI (nt. 1) 188 ss.

[18] Clodio morì il 18 gennaio del 52 a. C. e la sua morte provocò, per reazione dei suoi clienti, l'incendio della sede del senato.

bile alla seconda *lex Clodia* del 58, cioè con la *lex Cornelia Caecilia de revocando Cicerone* del 57 a. C. [19].

Se due piú due fa quattro, non è difficile pensare che la nozione di *privilegium* esclusivamente inteso come legge *ad personam* venne malignamente addebitata dai nemici di Cicerone anche alla *lex Cornelia Caecilia*, cosí come egli l'aveva applicata alla seconda *lex Clodia*. E la congettura diventa ancora piú plausibile, se si rileva che, qualche decennio appresso, la *lex Cornelia Caecilia* fu portata dal giureconsulto Capitone ad esempio lampante di *privilegium*, cioè di legge deviante dal concetto del « *generale iussum populi aut plebis* » [20]: il che significa che quella legge un grande scalpore doveva averlo effettivamente sollevato.

Fu dunque per liberarsi da un argomento « boomerang », e sopra tutto per questo, che il cauto arpinate rimosse, o comunque, annebbiò la sua prima definizione del *privilegium* dopo l'orazione *de domo* del 57 a. C.

[19] Cfr. Rotondi (nt. 12) 403.
[20] Cfr. Gell. *n. A.* 10.20.2.

IL PROCESSO PRIVATO NELLE « XII TABULAE »

1. « Manum conserere ».

1. Una nozione giuridica di cui l'orazione *pro Murena* di Cicerone, pur nel noto squarcio dedicato a mettere i giureconsulti alla berlina, ci fornisce notizia tutto sommato attendibile è la nozione del *manum conserere* nella *legis actio sacramenti in rem*. Notizia tanto piú preziosa, in quanto Gai 4.16-17 è in proposito lacunoso [1].

Senza indulgere alle notazioni salaci di Cicerone, vediamo di ricostruire il formulario cui fa riferimento il paragrafo 12.26 dell'orazione.

L'attore esordiva con la *vindicatio* di un fondo, dicendo: « *Fundus qui est in agro Romano, qui Sabinus vocatur, eum ego ex iure Quiritium meum esse aio* ». Siccome la controparte (questo Cicerone non lo dice, ma chiaramente lo sottintende) pronunciava a sua volta la *contravindicatio* dello stesso fondo, ecco che l'attore incalzava: « *Inde ibi ego te ex iure manum consertum voco* ». L'avversario non se lo faceva dire due volte e replicava: « *Unde tu me ex iure manum consertum vocasti, inde ibi ego te revoco* ». Al che interveniva il pretore proclamando: « *Suis utriusque superstitibus praesentibus istam viam dico: ite viam* ». Ma i due contendenti avevano fatto appena le mosse di avviarsi là dove si trovava il fondo in contestazione, che il pretore, ripensandoci, ordinava: « *Redite viam* ». Sí che la causa poteva svolgersi integralmente davanti a lui, *in iure*, assumendosi a simbolo del fondo conteso una zolla del medesimo.

È chiaro, ciò posto, che in antico esisteva una *manus* (o *manum*) *consertio*, cioè un simulacro di lotta tra le parti, che si svolgeva *extra ius*, sullo stesso fondo in contestazione. Non è chiaro, invece, se il giusdicente, spostando il suo *tribunal* dal foro, sia mai andato anch'egli

* In *ANA*. 34 (1985) 65 ss.

[1] Per tutti: H. Levy-Bruhl, *La « manuum consertio »*, in *Iura* 4 (1953) 163 ss.; G. Pugliese, *Il processo civile romano, 1. Le « legis actiones »* (1962) 41 ss., 66 s. Cfr. anche: A. Guarino, *« Ius Quiritium »*, in *Iura* 1 (1950) 265 ss.

sul fondo per amministrare giustizia e presiedere alla *legis actio* sul posto. O meglio: di questo antico assetto della procedura parla Aulo Gellio in un passo che occorrerà riesaminare. Ma dico subito che la ricostruzione gelliana è, a mio avviso (e contro l'avviso della dottrina corrente), assai poco credibile.

2. Scorriamo Gellio 20.10. Il nostro autore prende spunto da alcuni versi dell'ottavo libro degli *Annales* di Ennio, nei quali si legge (tra l'altro): *Non ex iure manum consertum, sed mage ferro / rem repetunt, regnumque petunt, vadunt solida vi.* Ben diverso dallo scontro violento, è l'*ex iure manum conserere*; ma, si chiede Gellio, in che consiste precisamente? Un grammatico, cui egli per primo si rivolge, non sa dargli risposta e gli consiglia di far capo a qualche giurista. Ed ecco quanto egli dichiara di aver appreso dai giuristi e dai loro libri.

Gell. 20.10.6-9: *Manum conserere est eam rem de qua re disceptatur in iure in re praesenti, sive ager sive quid aliud est, cum adversario simul manu prendere et in ea re sollemnibus verbis vindicare . . . [Correptio]⟨consertio⟩ manus in re atque in loco praesenti apud praetorem ex XII tabulis fiebat, in quibus ita scriptum est: « si in iure manum conserunt ». sed postquam praetores, propagatis Italiae finibus, datis iurisdictionibus negotiis occupati, proficisci vindiciarum dicendarum causa ad longiquas res gravabantur, institutum est contra XII tabulas tacito consensu ut litigantes non in iure apud praetorem manum consererent, sed « ex iure manum consertum » vocarent, id est alter alterum ex iure ad conserendam manum in rem de qua ageretur vocaret, atque profecti simul in agrum de quo litigabatur terrae aliquid ex eo, uti unam glebam, in ius in urbem apud praetorem deferrent, et in ea gleba tamquam in toto agro vindicarent.*

Nella spiegazione pragmatica riferita da Gellio, *manum conserere* è il fatto di due *vindicantes* in contraddittorio che contemporaneamente apprendono, pronunciando le rispettive formule vindicatorie, la *res* in contestazione, quale che sia (*sive ager sive quid aliud est*): cosa che i due fanno *in re praesenti* e (normalmente) *in iure.* Le XII tavole, prescrivendo « *si in iure in manum conserunt* », esigevano appunto che alla *manus consertio* presiedesse il *praetor*, ma successivamente, essendosi il territorio romano-italico molto allargato e potendo accadere che la cosa in contestazione fosse molto lontana dal foro, si convenne tacitamente una prassi derogatoria della legge decemvirale. I litiganti non *conserebant manum in iure* e davanti al pretore, ma si invitavano reciprocamente a *conserere manum* « *ex iure* », e pertanto si recavano insieme, accompagnati da testimoni, sul fondo contestato per farvi la

manus consertio e per prelevarne una zolla da portare davanti al pretore come simbolo dell'intero fondo.

Gellio non parla della fase successiva in cui il pretore, dopo aver autorizzato le parti ad allontanarsi (« *ite viam* »), subito le richiamava a sé (« *redite viam* »). Tutto il suo discorso, ricordiamolo, è finalizzato a spiegare la formula « *ex iure manum conserere* » e la spiegazione che egli accoglie è tutta basata sulla contrapposizione tra « *in iure* » e « *ex iure* ». Quando la *manus consertio*, contravvenendosi alle *XII tabulae*, fu potuta fare anche fuori del tribunale pretorio (essendo sopra tutto indispensabile che essa si svolgesse *in re praesenti*), ecco che si parlò di *manus consertio* « *ex iure* », cioè non *in iure*, cioè non davanti al magistrato.

Ma la spiegazione, a ben riflettere, non convince. Il contrapposto del locativo *in iure* (come ben ha osservato H. Lévy-Bruhl) non è *ex iure*, ma *extra ius*. Né *ex iure* è convincentemente interpretabile come usato a titolo di moto da luogo (come ha invece sostenuto G. Pugliese), perché non è plausibile che le parti si invitassero reciprocamente ad uscire dal tribunale senza specificare la cosa piú essenziale: di recarsi a fare la contestazione *in re praesenti*, cioè sul fondo conteso.

3. Io riterrei, pertanto, che chi maggiormente si è accostato al vero nella interpretazione di « *ex iure manum conserere* » sia il Lévy-Bruhl, secondo il quale la *manus consertio* era sempre formulata « *ex iure* », cioè come « derivante dal *ius* », come facente capo all'autorità del *ius*. Non condividerei, peraltro, l'ipotesi che la formula derivi da un'epoca improbabile in cui l'essenza del potere giuridico affermato da un soggetto fluiva da un rito assertorio, che non aveva ancora bisogno della presenza del magistrato (*in iure*). Forse (dico forse) la spiegazione è piú terra-terra ed è suggerita da una riflessione sui termini della *vindicatio*, cioè sulla formula: « *aio hanc rem meam esse ex iure Quiritium* ».

Metto deliberatamente da parte tutto quanto ho già sostenuto, in numerose e fitte discussioni, circa il significato della formula « *ex iure Quiritium* ». Mi basta ricordare che questa locuzione caratterizzò, fino a tutto il periodo classico e oltre, le manifestazioni vindicatorie sia processuali sia extraprocessuali, sia espletate *in iure* sia espletate *extra ius*. Anche la *manus consertio*, processuale o extraprocessuale che fosse, avvenendo in funzione di due *vindicationes* contrapposte, era fatta e proclamata, dunque, « *ex iure Quiritium* ».

Non sarà per caso lo « *ex iure* » uno spezzone residuale della formulazione completa?

2. « Et ego te ».

1. Gai 4.16[1], con riferimento alla *legis actio sacramenti in rem*, anzi con specifica considerazione dell'ipotesi di una lite relativa a *mobilia* ed a *moventia*, scrive che *in iure* ambedue i contendenti (*uterque*) pronunciavano la formula « *hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio* », con quel che segue. Dopo di che il pretore ordinava « *mittite ambo hominem* », le parti obbedivano e finalmente (ecco le parole esatte):

... qui prior vindica(verat, ita alterum interroga)bat: postulo anne dicas, qua ex causa vindicaveris ». ille respondebat: « ius feci sicut vindictam imposui ». deinde qui prior vindicaverat dicebat: « quando tu iniuria vindicavisti D aeris sacramento te provoco »; adversarius quoque dicebat: « et ego te ». rell.

Posto di fronte al dettato gaiano, C. A. Cannata aveva sostenuto in passato che « *qui prior vindicaverat* » non era l'attore, ma il convenuto. Questa tesi piuttosto originale era stata peraltro respinta dal « maggior studioso del diritto processuale romano dei nostri tempi », G. Pugliese, nonché dal « maggior studioso del diritto romano arcaico » (sempre « dei nostri tempi »), M. Kaser. Malgrado la consapevolezza delle alte autorità scientifiche che lo sovrastano, il Cannata, in un recente articolo, è tornato animosamente alla carica, ridimensionando il suo pensiero e riferendolo, se non al tempo di Gaio, almeno alle ipotetiche origini.

Spero di non passare per il maggiore opportunista tra gli studiosi del diritto romano dei nostri tempi, se mi accodo in parte, con queste note, al Pugliese ed al Kaser, ripudiando sommessamente anche l'ultima formulazione del Cannata.

2. In ordine all'età di Gaio, il Cannata di oggi riconosce che la *legis actio sacramento in rem*, praticata ormai solo per accedere ai giudizi centumvirali (cfr. Gai 4.31), comportava che l'attore fosse proprio « *qui prior vindicaverat* », mentre il convenuto pronunciava la sua *vindicatio* solo in obbedienza a un rito meramente formalistico. Ma Gai

* Inedito.

[1] Sul tema: C. A. Cannata, *Profilo istituzionale del processo privato romano* 1 (1980) 18 ss., 21 ss.; Id., *Violenza fittizia e violenza reale nelle strutture primigenie del processo privato romano*, in *St. Sanfilippo* 4 (1983) 170 ss.; Id., « *Qui prior vindicaverat* »: *la posizione delle parti nella « legis actio sacramento in rem »*, in *Mél. Wubbe* (1993) 83 ss.; G. Pugliese, in *Iura* 33 (1982) 171 s.; M. Kaser, *Zur « legis actio sacramento in rem »*, in *Est. D'Ors* (1987) 688 nt. 60, 691 nt. 66. Per tutti, sul problema dell'*onus probandi*: V. Giuffrè, « *Necessitas probandi* » (1984) spec. 169 ss.

4.16 esige, secondo il Cannata, una *duplex interpretatio*: non solo quella attinente ai giudizi centumvirali in età posteriore alle leggi Giulie giudiziarie; ma anche quella attinente all'epoca piú antica in cui le parti controvertevano circa il *dominium ex iure Quiritium* relativo ad una *res* (o addirittura ad un cittadino *in potestate*).

Nella procedura originaria, pur se Gaio non pare se ne rendesse conto (in quanto « riferiva semplicemente al passato la forma ai suoi giorni attuale »), era (dice il Cannata dei nostri giorni) che la prima *vindicatio* fosse fatta dall'attore anziché dal convenuto, anzi si può « intravedere » che i due « gestissero e parlassero contemporaneamente ». Tuttavia, siccome nel successivo dialogo tra le due parti il *sacramentum* proposto da chi dice « *postulo anne dicas, qua ex causa vindicaveris* » non concerne la sua propria causa (« la quale non sarà dunque oggetto di verifica alcuna nel corso del giudizio »), siccome l'unica e sola causa da accertare è quella di chi risponde « *ius feci sicut vindictam imposui* », siccome costui è « il soggetto che vincerà o perderà il processo secondo che la causa da lui vantata sia riconosciuta o non riconosciuta come giusta », siccome tutto ciò implica che lui e solo lui « sarà tenuto, *in iudicio*, ad esplicitare la sua causa ed a farla oggetto di prova », la conclusione è che, sempre nel dialogo riferito da Gaio, il « *postulo anne dicas* » non possa essere pronunciato se non dal convenuto. E ciò anche se in precedenza il primo ad esprimere la *vindicatio* non sia stato lo stesso convenuto, oppure se vi sia stata una precedente recitazione « corale » di ambedue i contendenti.

3. Se la mia brevissima sintesi dell'odierno pensiero del Cannata è esatta, vi è solo da risolvere il quesito circa la parte processuale che pronunciava *in iure* le parole « *postulo anne dicas rell.* ». Si trattava necessariamente del convenuto, anziché dell'attore?

Niente affatto, oso rispondere. Anche nell'età piú vetusta si trattava, come ben dice Gaio, di « *qui prior vindicaverat* », attore o convenuto che fosse. Il che, del resto, ammette per implicito lo stesso Cannata, quando immagina (non so con quale fondamento) che la *vindicatio* iniziale potesse essere fatta anche all'unisono, cioè senza che, tra attore e convenuto, vi fosse un *prior vindicans*.

Ciò che sfugge, se non erro, al Cannata (e ad altri) è che le *vindicationes* le facevano *in iure* ambedue le parti e che, nel dialogo successivo tra le stesse, lo « *et ego te* » della parte provocata *sacramento* comportava una piena assunzione di responsabilità in ordine alla *vindicatio* pronunciata dalla stessa: senza di che il procedimento contenzioso non andava avanti, sfociando in un nulla di fatto (ipotesi della mancata

vindicatio o della mancata *provocatio sacramento* tanto dell'attore quanto del convenuto), oppure sfociando in una *addictio* dell'oggetto controverso a quella tra le parti (solitamente l'attore, ma eventualmente, perché no?, il convenuto) di fronte alla quale l'altra parte fosse rimasta muta e passiva, cioè *in iure cedens* (cfr., per analogia, Gai 2.24).

Se le *vindicationes* della *res* le facevano entrambi i contendenti, l'onere della prova (giusta l'adagio « *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat* ») non incombeva su uno soltanto di loro, e in particolare sull'attore, ma incombeva su ambedue, perché ambedue erano nella situazione eguale e contraria di « *qui dicit* ».

L'« *et ego te* » dell'interrogato col « *postulo anne dicas rell.* » (attore o convenuto che fosse) non lo impegnava soltanto a pagare la *summa sacramenti* in caso di soccombenza, ma lo impegnava altresí (e in primo luogo), ribadisco, a dare la prova del buon fondamento della sua *vindicatio*. Diversamente dall'*actio sacramenti in personam*, il convenuto con l'*actio sacramenti in rem* non era, insomma, colui « *qui negat* » e che, negando, riversa sull'attore l'onere di provare il suo buon diritto.

Solo nel posteriore (e diverso) procedimento *per formulam petitoriam* la *vindicatio* sarebbe stata fatta esclusivamente dall'attore e il convenuto sarebbe passato a coprire (a prescindere dalle eventuali *exceptiones*) il comodo ruolo di « *qui negat* » e ad attendere piú o meno tranquillo che giustizia fosse fatta.

3. « Partes secanto ».

1. « *Tertiis nundinis partes secanto, si plus minusve secuerunt, se fraude esto* ». Di questa famosissima norma decemvirale, attestata da Gell. *n. A.* 20.1.49 come possibile e sanguinosa conclusione della procedura esecutiva contro i debitori insolventi, sono state date, come è ben noto, tutte le possibili interpretazioni [1].

Tutte meno una, almeno a mia conoscenza. A colmare la lacuna ha provveduto di recente lo svedese Björn Collinder.

Partito dal processo di Shylock nel *Merchant of Venise* e giunto attraverso un'elegante *causerie* sino al testo decemvirale, il Collinder

* In *Atti Acc. Pontaniana* 21 (1972) 154 s.

[1] Cfr. anche A. Guarino, in *Labeo* 17 (1971) 90 s. Cfr. B. Collinder, *Shylock und das Zwölftafelgesetz* (estr. da *Kungl. Humanistiska Vetenskaps-Samfundet i Uppsala* (1967-68).

pone in dubbio che i decemviri abbiano statuito l'atroce regola (oltre tutto ingrata ai *plebeii*) della ripartizione del corpo del debitore tra i suoi creditori. Ciò posto, egli osserva che *pars* significa anche (a buon intenditor poche parole) *pars virilis*, anzi (secondo il dizionario del Forcellini) anche « *unus ex testiculis* », e *secare* vuol dire anche « resecare » con tutte le implicazioni immaginabili.

Dunque, il versetto decemvirale, checché ne abbiano detto i suoi interpreti di tanti secoli dopo, non significava affatto che nell'ipotesi di piú creditori questi fossero autorizzati a spartirsi il corpo del debitore (senza necessità di andar troppo per il sottile nella determinazione delle parti). Esso significava, secondo il Collinder, che il creditore (quello stesso unico creditore che si era trascinato l'*obligatus* nel suo carcere privato) aveva il diritto di evirare (anzi di far evirare pubblicamente da sbirri, dagli « Schergen »: ecco il motivo dei plurali *secanto* e *secuerunt*) l'insolvente.

Vi è ancora la difficoltà del « *si plus minusve secuerunt, se fraude esto* ». Che significa menomare di piú o di meno il disgraziato? Ma il nostro autore supera lo scoglio con notevole agilità facendo acutamente osservare che l'operazione considerata può effettivamente essere piú o meno incisiva, e spaziare da limitati interventi settorii sino alla soluzione radicale di ogni problema.

2. Da parte mia osservo che la tesi del Collinder comporta l'accettazione di tre presupposti finora non largamente accettati: primo, che la Roma del sec. V a. C mettesse a disposizione dei cittadini, per le loro esecuzioni private sulle persone dei debitori, appositi ufficiali giudiziari; secondo, che nel sec. V a. C. le donne non avessero ancora la capacità di essere soggetti passivi di *obligationes*, oppure godessero del privilegio di essere sottratte all'esecuzione personale per debiti (o di essere assoggettate ad altro tipo di esecuzione personale di cui peraltro non vi è memoria); terzo, che le Dodici tavole non abbiano disposto, prima di passare al *partes secanto*, quel che si è sempre creduto, e cioè che il debitore potesse essere (*tertiis nundinis*) venduto *trans Tiberim* oppure ucciso.

Sopra tutto il terzo presupposto mi sembra debole. Sarà che io non sono il marchese di Sade, ma, posto che il debitore poteva essere addirittura ucciso, non capisco che bisogno e che gusto vi fosse nel *partes secare* alle sue spoglie. Anzi, visto che il cadavere del debitore spettava al creditore, non afferro perché i decemviri avrebbero espressamente autorizzato quest'ultimo a fare in pubblico, e con l'intervento degli sbirri, ciò che si sarebbe potuto divertire a compiere in privato (dato e non

concesso, peraltro, che la *religio* gli consentisse di manomettere un cadavere).

3. È chiaro tuttavia che i miei dubbi possono essere, quanto al terzo presupposto, anch'essi superati asserendo (come è, del resto, nella logica della teoria del Collinder) che non è vero affatto che il debitore potesse essere ucciso dal creditore: tesi, oltre tutto, già vigorosamente sostenuta da altri autori. Sicché rimane solo il quesito circa la compatibilità delle supposte esecuzioni in questa forma specifica con il dato sicuro della fiorente prolificità della classe plebea, la classe (stando a Livio) che traboccava di debitori insolventi. E rimane altresí, beninteso, il raccapriccio per la pratica del *partes secare*.

La lettura dell'autore svedese, ad ogni modo, apre nuovi orizzonti alla storiografia romanistica. Per esempio in ordine alla nota e controversa distinzione di *XII tab.* 8.2-4 (*FIRA.* 1.53 s.) tra *iniuria, os fractum* e *membrum ruptum*. Anche qui il Forcellini autorizza. « *Si membrum rupsit . . . talio esto?* ». Ohibò.

4. « Corporis sectio ».

1. In una precedente occasione, commentando una singolare spiegazione offerta da B. Collinder per il « *partes secanto* » delle Dodici tavole, ebbi a dire che con quella teoria veniva ad essere esaurita la lista delle possibili interpretazioni del famosissimo versetto [1].

Non avrei dovuto farlo. Puntualmente è sopravvenuto a smentirmi con una nuova teoria G. Franciosi, secondo il quale non v'è dubbio che la norma « *Tertiis nundinis partes secanto* », con l'aggiunta delle parole « *si plus minusve secuerunt, se fraude esto* » (cfr. Gell. *n. A.* 20.1.49), stesse a significare, senza mezzi termini, che i creditori insoddisfatti, ove mai fossero in numero di due o piú, avevano proprio e letteralmente il diritto non solo di uccidere, ma altresí di squartare il loro debitore, nell'ipotesi che nessuno si fosse presentato a riscattarlo dopo l'esibizione a tre mercati consecutivi.

* In *Atti Acc. Pontaniana* 28 (1979) 34 ss.

[1] Sul punto: A. Guarino, *Ineptiae i.R. 2.5: « Partes secanto »*, in *Atti Acc. Pontaniana* 21 (1973) 145 ss.; G. Franciosi, *« Partes secanto » tra magia e diritto*, in *Labeo* 24 (1978) 263 ss.; O. Behrends, *Der Zwölftafelprozess. Zur Geschichte des römischen Obligationenrechts* (1974) 143 ss.; R. Jhering, *Serio e faceto nella giurisprudenza* (tr. ital. 1953) 255 ss.; O. Behrends, *« Ius » und « ius civile »*, in *Symp. Wieacker* (1970) 11 ss.

Sin qui siamo a quello che in molti, me compreso, temevamo. È ben vero, infatti, che taluni autori hanno cercato di interpretare il versetto in termini puramente simbolici o col ricorso a traslati patrimonialistici, ma « *partes secanto* » altro non può significare che « *partes secanto* ». Non è lecito, di fronte a queste parole, chiudere gli occhi per non vedere la dissezione del cadavere del debitore coonestata da Appio Claudio e colleghi. Il fatto è, dice a questo punto il Franciosi, che bisognava convincersi di una verità: che le Dodici tavole non crearono *ex abrupto* la norma del « *partes secanto* », ma la recepirono dall'antico, anzi dall'antichissimo di una credenza magica secondo cui i creditori inappagati dal loro debitore traevano, in cambio di questo danno, un preciso vantaggio dal poterne afferrare un frammento di corpo per correre a seppellirlo nel proprio campo affinché questo divenisse piú fertile.

2. Non seguirò il Franciosi nella dimostrazione che egli tenta di dare della sua ipotesi. Tanto piú che la dimostrazione mi sembra persuasiva, io la dò senz'altro per scontata, rinviando i dubbiosi e gli increduli alla lettura diretta dell'articolo cui mi riferisco.

Quel che mi preme è di esprimere qualche riserva in ordine alla sicurezza con cui Franciosi sembra sostenere che il sistema del « *partes secare* » fosse ancora pienamente in uso all'epoca dei decemviri e fosse veramente voluto da questi ultimi. Rudolf Jhering ha dedicato al tema pagine forse un po' insistite, ma indubbiamente acute ed argute. Non fa bene, direi, il Franciosi a sottovalutarle ed a parlare di « un'antistorica, razionalizzante costruzione », là dove è da vedere, e ammirare, un'altra prova del senso pratico e storico del grande romanista germanico.

Qual è la posizione di Jhering, e con lui, « *si parvum licet* . . . », la mia? Questa. Va bene che il « *partes secare* » risponde ad un'antica consuetudine, ma anche il sistema della « *talio* » per le ipotesi di lesione personale ha radici lontane. Come i decemviri hanno presumibilmente ridotto il taglione alla sola fattispecie del *membrum ruptum* (introducendo la pena pecuniaria fissa per le fattispecie meno gravi dell'*os fractum* e della percossa); come in particolare i decemviri anche per il taglione hanno previsto (e in certo modo suggerito) la scappatoia del « *ni cum eo pacit* »; cosí è da pensare che i decemviri, sempre gli stessi decemviri, abbiano, sí, conservato la pratica feroce dell'uccisione del debitore insolvente e della spartizione del cadavere tra i suoi concreditori, ma abbiano d'altro canto, pur senza dirlo in termini espliciti, contato sul buon senso dei creditori per la adozione, d'accordo tra tutti, di una soluzione meno sanguinaria e meno improduttiva. La soluzione, ad esem-

pio, di far riscattare il debitore da uno solo tra i creditori, lasciando a questi l'utilizzazione del debitore vivo come forza-lavoro o la sua *venditio trans Tiberim*: il tutto senza rinunciare alla speranza che questa atmosfera da ' Grand Guignol ' inducesse i *propinqui* del debitore a farsi avanti, per il pagamento, prima ancora che al patto tra i concreditori si addivenisse.

La grande obiezione del Franciosi a questa soluzione jheringiana è che essa presuppone in ordine alla Roma del sec. V a. C. una società « capitalistica » ad « economia monetaria avanzata », né tiene conto della grande importanza che in Roma aveva tuttora la magia. Ma non mi pare che l'obiezione colga nel segno.

Nessuno vuol certamente contestare che all'epoca delle *XII tabulae* le pratiche magiche fossero ancora molto diffuse e avessero rilevanza non solo religiosa, ma anche giuridica: basta guardare, a questo proposito, al « *malum carmen incantare* » di *tab.* VIII.8 *a* o al « *fruges excantare* » di *tab.* VIII.1 (casi ambedue citati, a titolo di esempio, dal Franciosi). Tuttavia la Roma dei decemviri era anche quella in cui si praticava, tanto per dirne una, la *mancipatio*: in cui cioè, anche se non correva la vera e propria moneta coniata, correva l'« *aes* », il bronzo, che, pesato sulla *libra* e forse anche preventivamente « *signatum* », era largamente utilizzato come misura dei valori e come medio ai fini degli scambi. Anche il processo decemvirale è prova della esistenza nel quinto secolo di una economia rudimentalmente monetaria: non si spiegherebbero altrimenti gli assi di bronzo (o, sia pure, i buoi e le pecore) del *sacramentum*, il riferimento al bronzo della condanna e della *confessio in iure*, le pene « pecuniarie » dell'*os fractum*, dell'*iniuria* semplice, del *furtum nec manifestum*, e tante altre cose su cui sorvolo per brevità.

Del resto, anche e proprio l'esecuzione personale per debiti sta a confermare questa visione. L'uccisione del debitore e l'eventuale squartamento del suo cadavere erano leciti solo se ed in quanto il debitore fosse stato messo in mostra, evidentemente ai fini di un riscatto in danaro (coniato o non coniato, non importa), in tre mercati consecutivi. Come si può, ciò posto, negare che i decemviri, buoni interpreti dei Romani dei loro tempi, avessero di mira, nel recepire le antiche usanze sulla esecuzione per debiti, l'esautoramento delle antiche pratiche sanguinarie e il convogliamento di tutto il sistema verso riscatti in denaro o in prestazioni di lavoro?

3. Piuttosto vi è un'altra cosa da chiedersi, ed è questa. Se è vero che i decemviri recepirono alquanto di mala voglia la vecchia regola « *partes secanto* », come mai essi non cancellarono (e magari aggiunse-

ro) le parole « *si plus minusve secuerunt, se fraude esto* »? Il miglior modo per sbloccare sul piano pratico l'atroce sistema del « *partes secare* » sarebbe stato quello di lasciare libero il campo alle difficili controversie tra i creditori e il debitore in ordine al *quantum* (del corpo del debitore) spettante a ciascuno di essi.

Potrei rispondere che i decemviri non avevano letto il *Mercante di Venezia* di Shakespeare e non avevano avuto la possibilità di riflettere sull'abile argomentazione di Porzia. Potrei aggiungere che i decemviri non avevano letto nemmeno Aulo Gellio (*n. A.* 20.1.33-34), là dove Favorino e Cecilio Africano discettano sul tema della proporzionalità del taglione rispetto alla lesione. Potrei rispondere che il « *si plus minusve rell.* » della *tab.* III.6 fu preteso dai creditori patrizi per far sí che l'esecuzione personale non fosse ostacolata da speciose argomentazioni dei debitori plebei. Ma vi è proprio bisogno di ribattere in uno di questi modi?

A me sembra chiaro che il « *si plus minusve rell.* » sia stato introdotto, piuttosto che mantenuto, di propria iniziativa dai decemviri, allo scopo di evitare un possibile genere di controversie che doveva essere stato frequente in passato. Controversie non tra creditori e debitore, sollevate da quest'ultimo al vano scopo di paralizzare l'esecuzione (la premessa del « *partes secanto* » era infatti che il creditore fosse ucciso), ma controversie tra gli stessi creditori in ordine alla misura del concorso di ciascuno nel « *mortuo iusta facere* », cioè nelle responsabilità (e nelle spese) di seppellimento di lui, riunificandone evidentemente il cadavere, in un luogo che sarebbe diventato perciò *religiosus* (dunque, fuori commercio) e con l'accompagnamento di tutti i riti e i sacrifici occorrenti a che la *familia* di ogni creditore non diventasse « *funesta* » (cfr. Fest. sv. « *everriator* », 68 L.).

Il punto è stato acutamente identificato da O. Behrends in pagine che sostanzialmente mi convincono, salvo che nella tesi secondo cui le XII tavole avrebbero stabilito una partecipazione dei creditori proporzionale all'entità dei loro crediti. Mi sembra, al contrario, che il senso del versetto sia esattamente l'opposto. Sia cioè che tutti i concreditori erano dichiarati egualmente responsabili, senza differenza tra chi, avendo diritto ad una quota maggiore, si fosse tagliata una parte maggiore del cadavere e chi, avendo diritto ad una quota minore, si fosse accontentato di una parte minore (o, eventualmente, viceversa).

4. Col che finalmente si capisce perché Gellio (*n. A.* 20.1.52) scriva: « *dissectum esse antiquitus neminem equidem legi nec audivi* », anzi faccia intendere con tutto il suo discorso che anche l'uccisione del de-

bitore da parte del monocreditore era cosa fuor d'uso pur nei tempi delle stesse Dodici tavole.

Rimetterci il capitale doveva essere già spiacevole per il creditore romano. Rimetterci, dopo aver ucciso il debitore, anche le spese connesse ai « *iusta mortui* » doveva essere addirittura spiacevolissimo. Solo un insensato si sarebbe dato la pena di farlo, e i Romani antichi non erano insensati.

5. « ADDICTI » E « SERVI ».

1. La tesi [1], da me condivisa, per cui i creditori che uccidessero il debitore insolvente si assumevano il carico giuridico-religioso del « *mortuo iusta facere* » non favorisce assolutamente in nulla, sia chiaro, la teoria circa le origini della schiavitú a Roma recentemente formulata da F. De Martino.

A mente del De Martino, i primi casi di *servitus* si sarebbero verificati, nella piú antica Roma, non a séguito della prigionia di guerra dei cittadini stranieri, ma per effetto dell'asservimento dei cittadini romani ad altri cittadini romani, e la fattispecie pilota sarebbe stata quella dei debitori insolventi, *addicti* dal pretore alla *familia* del creditore insoddisfatto. Per comprovare ciò, il De Martino si spinge a negare che le *XII tabulae* abbiano mai parlato esplicitamente di « *servitus* » (il che è possibile) ed abbiano mai disciplinato l'istituto della *manumissio* (il che è davvero assai duro da concedere).

Senonché il mio timore è che tutta questa costruzione dipenda dal non voler ammettere, il De Martino ed altri, che il *dominium ex iure Quiritium*, di cui la *dominica potestas* sui *servi* fu in tempi storici una manifestazione specifica, sia stato ancora estraneo alla Roma delle origini. La quale, a mio avviso, conobbe solo il *mancipium* (o *manus* o *potestas* che fosse) sulle componenti (umane, subumane, inanimate) della *familia* e, se vi furono eccezionalmente prigionieri di guerra, li considerò *mancipia*, alla stessa guisa in cui considerò *mancipia* (« *personae*

* In *Atti Acc. Pontaniana* 28 (1979) 37 ss.

[1] Sul tema: F. DE MARTINO, *Intorno all'origine della schiavitú a Roma*, in *Labeo* 20 (1974) 163 ss., con bibliografia; A. DI PORTO, *Rassegna: Diritto romano*, in *Studi romani* 23 (1975) 506 ss.; A. GUARINO, *Diritto privato romano*[7] (1984) 443 ss., specialm. 598 ss., con indicazione della precedente bibliografia specifica. Cfr., in particolare: A. GUARINO, *Le origini quiritarie* (1973) *passim*.

in causa mancipii », si sarebbe detto qualche secolo dopo) gli *addicti*, i *nexi*, le *uxores in manu*, i figli acquistati presso altre famiglie e via di questo passo.

2. Non è il caso di riprendere tutto da capo un argomento, cui ho dedicato per mia parte sin troppe pagine (anche se, credo, troppo frettolosamente scorse dai lettori dell'opposta sponda).

Limitiamoci, sulle tracce del De Martino, al riesame del ben noto discorso di Gellio (*n. A.* 20.1.45-47), e per lui di Cecilio Africano, sulle *XII tabulae*: « Le parole precise della legge sono, mi pare, queste: ' Avvenuta la confessione del debito od operato l'accertamento giudiziale di esso, vi siano trenta giorni di giusta tregua (*dies iusti*). Poi si passi alla *manus iniectio* e [il creditore] conduca [il debitore] davanti al tribunale. Se [il debitore] non esegue il giudicato [nemmeno ivi], né vi è alcuno che lo riscatta nella sede di giustizia (*ni iudicatum facit aut quis endo eo in iure vindicit*), [il creditore] se lo porti con sé e lo vincoli con un legame o con pastoie ai piedi: lo vincoli con legami pesanti quindici libbre e meno (o non piú?); se vuole, con piú (o con meno?). Se [il debitore] vuole, viva del suo; se non vive del suo, chi lo terrà in prigionia, gli passi ogni giorno una libbra di farro o, se crede, gli dia di piú '. Vi era il diritto [per i debitori] di trattare [con la controparte] per un accordo e, se non avessero ottenuto l'accordo, essi erano tenuti in vincoli per sessanta giorni, durante i quali erano prodotti nel comizio, presso il tribunale del pretore, per tre mercati consecutivi, proclamandosi pubblicamente l'ammontare delle loro condanne. Esaurita la terza offerta al mercato, essi pagavano con la pena capitale oppure erano venduti *trans Tiberim* fuori della città (*aut trans Tiberim peregre venum ibant*) ».

Sia nella parte riferita letteralmente, sia in quella esposta con parole di Gellio (o Africano), la procedura appare tutta intesa a favorire il piú possibile un esito di liberazione per il debitore.

Già vi sono (almeno) trenta giorni di tregua prima della *manus iniectio*; poi si schiude la possibilità che il debitore adempia *pro tribunali* o che un *vindex* ne rilevi ivi il debito; infine, avvenuta l'*addictio*, ecco un lasso di tempo di (almeno) tre mercati consecutivi. In questa logica non è detto che, scaduti i sessanta giorni e avvenuta la presentazione nei tre mercati consecutivi, il debitore debba essere necessariamente ucciso. L'interesse del creditore è pur sempre quello di attendere qualche altro tempo (producendolo magari in qualche altro mercato), affinche si presenti qualcuno a riscattarlo *in extremis*, e subordinatamente l'interesse del creditore può essere, ove non disponga di braccia

sufficienti in familiari o *clientes*, quello di utilizzarlo per un congruo periodo di lavoro riparatore.

Ucciderlo sí, certo, il creditore a questo punto può, ma per lo stesso ordine di motivi per cui la vittima di un *membrum ruptum* può ricorrere alla *talio*: non perché il debitore sia suo schiavo, ma perché il debitore, che è pur sempre libero e cittadino, lo ha messo nei guai dal punto di vista economico. E siccome in questo caso il problema da risolvere non è quello della vendetta, come nelle ipotesi di lesione personale, ma è quello della reintegrazione economica del creditore, ecco l'*extrema ratio* offerta al creditore dalla legge: quella di vendere il debitore allo straniero con cui si hanno rapporti di affari, dunque *trans Tiberim* e fuori anche di quella piccola parte di città che sorgerà ad un certo punto anche sulla sponda destra del Tevere, in altri termini agli Etruschi.

Se nemmeno questo gli conviene, né gli conviene di uccidere il debitore e di addossarsi l'onere del « *mortuo iusta facere* », e allora faccia, il creditore, ciò che hanno sempre fatto e sempre faranno i creditori di fronte all'impossibilità insormontabile di essere in qualche modo reintegrati. Si disinteressi del debitore e lo lasci andar via libero, sia pur maledicendolo.

3. Qual era dunque la situazione giuridica del debitore che fosse stato *addictus* al creditore e come si doveva operare per lasciarlo andar libero?

Risposte sicure non se ne possono dare, ma io penso che verosimilmente le cose stessero come segue.

L'*addictus* era *in mancipio* del creditore e poteva rimanere in tale condizione anche dopo la scadenza dei sessanta giorni, sinché qualcuno (un suo amico) non si presentasse a reclamarlo come libero davanti al pretore. A questo punto aveva inizio il braccio di ferro tra quello che chiameremo, con terminologia affermatasi però posteriormente, l'*adsertor in libertatem* (il quale diceva al creditore: « liberalo ») e lo stesso creditore, che sbandierava per converso il suo diritto di uccidere o di vendere *trans Tiberim* il debitore.

È ovvio che, dopo un certo tira e molla, i due si accordassero, da persone adulte e ragionevoli, per una certa somma di riscatto o per un certo periodo di lavoro del debitore alle dipendenze del creditore. Dopo di che si effettuava la *manumissio* del *liber in causa mancipii*: quella « *manumissio vindicta* » di cui si occupavano appunto, per quanto ci risulta in tutta sicurezza, le Dodici tavole.

E siccome l'*addictus* era già libero e *civis*, né ai tempi delle Do-

dici tavole aveva ancora pratica rilevanza l'asservimento degli stranieri, ecco che alla *manumissio vindicta* (come pure alla *manumissio testamento* e a quella *censu*) conseguiva *de plano* (e conseguí poi sempre, per effetto di inerzia) non solo la piena (non piú limitata) libertà, ma anche la piena (non piú impedita) cittadinanza romana.

4. Per concludere. I validi sforzi compiuti dal De Martino per sostenere che a Roma vi sia stata sin dalle origini la schiavitú (una schiavitú identica a quella dei cosí detti « tempi storici ») e che, per conseguenza, i primi schiavi in Roma siano stati gli stessi Romani, non ottengono, a mio avviso, altro risultato se non quello di confermare, senza volerlo, l'ipotesi dell'originario *mancipium* nell'àmbito di un originario « *ius Quiritium* ».

Solo quando nell'antica Roma si profilò, distinto dal *mancipium*, il *dominium ex iure Quiritium*, e cominciò contemporaneamente a prendere pratica consistenza il fenomeno della schiavitú in senso proprio, come asservimento di *peregrini* ai Romani, fu del pari e conseguentemente impostata la differenziazione tra cittadini *in mancipio* e stranieri sottoposti a *dominica potestas ex iure Quiritium*.

Col risultato, fra l'altro, che la *manumissio iusta ac legitima* (cioè *testamento*, *vindicta*, *censu*) di un *servus*, essendo derivata dai tempi in cui si applicava ai soli liberi (e cittadini) *in mancipio*, determinò l'acquisto da parte dello schiavo affrancato non solamente della libertà, ma anche della *civitas Romana*.

6. « Praesenti litem addicito ».

1. Con riferimento alla mia tesi circa i limiti, forse addirittura insuperabili, entro i quali si può parlare di una « palingenesi » delle Dodici tavole [1], azzardo qui qualche osservazione ed una correlativa ipotesi intorno al senso della norma « *praesenti litem addicito* ».

Per poterlo fare mi occorre riportare tutto il testo di quelle che,

* In *Seminarios Complutenses* 5 (1994).

[1] A. Guarino, *Una palingenesi delle XII Tavole?*, in *Index* 19 (1991) 225 ss. In questo articolo indico le principali ragioni per cui una palingenesi del testo originario delle leggi decemvirali è « fuori della nostra portata », mentre il massimo cui si può ragionevolmente aspirare è la ricostruzione frammentaria dei *Tripertita* di Sesto Elio.

nelle ricostruzioni correnti [2], è la *tab.* I.6-9, tenendo praticamente presenti, nel quadro dell'ampia letteratura giusromanistica in argomento [3], l'attenta analisi dei versetti decemvirali svolta recentemente dal Nicosia [4] e le fini osservazioni dedicate, ancor piú di recente, al problema specifico del « *meridies* » dall'Albanese [5].

2. La formulazione canonica di *tab.* I.6-9 è dunque la seguente:

6: *Rem ubi pacunt orato.* 7: *Ni pacunt, in comitio aut in foro ante meridiem caussam coiciunto. com peroranto ambo praesentes.* 8: *Post meridiem praesenti litem addicito.* 9: *Si ambo praesentes, solis occasus suprema tempestas esto.*

Tralascio ogni tentativo di spiegazione del misterioso e disputatissimo « *rem ubi pacunt orato* » [6]. Mi preme solo di porre in rilievo un punto del quale nessuno dubita: cioè che le persone che si mettono d'accordo (« *pacunt* ») sono le parti in lite e che i successivi versetti 7-9 riguardano l'ipotesi che l'accordo tra le parti non sia intervenuto (« *ni pacunt* »). Questa ipotesi non è certamente quella della fase *in iure* del procedimento dichiarativo (*per legis actiones*). Altro non può essere se non quella della fase *apud iudicem*, successiva alla *litis contestatio* con cui la fase *in iure* si è conclusa [7].

Mi sembra ovvio aggiungere che, in sede di *litis contestatio* (o comunque in connessione con essa), non può essere stata operata solo la nomina magistratuale del *iudex* (o *arbiter*). È da presumere altresí che il giudice sia stato informato della sua nomina, che la abbia accettata (o non ricusata) e che con ambo le parti si sia accordato circa il giorno e l'ora, nonché forse circa il luogo preciso, del dibattimento giudiziale [8].

[2] Per tutti, cfr. *FIRA.* 1.28.1.

[3] Vedila citata, negli autori piú recenti, in NICOSIA (nt. 4).

[4] G. NICOSIA, *Il processo privato romano. 2: La regolamentazione decemvirale* (1986) 67 ss.

[5] B. ALBANESE, *La menzione del « meridies » in XII Tab. 1.6-9*, sesto tra i *Brevi studi di diritto romano* pubbl. in *AUPA.* 42 (1992), qui citato secondo la numerazione autonoma, 95 ss., dell'estratto.

[6] Sul punto: NICOSIA (nt. 4) 70 ss., con ragguaglio di letteratura.

[7] Cfr. Gai 4.15, nonché gli altri testi citati e rettamente interpretati, contro estrose esegesi altrui, dal NICOSIA (nt. 4) 87 ss. Mentre nella fase *in iure* poteva darsi che la parola fosse ufficialmente presa, per la pronuncia della *legis actio*, da una sola delle parti, nella fase *apud iudicem* erano entrambe le parti a « *causam conicere* » (o « *coicere* », o, stando a Gaio, a « *causam colligere* »), cioè a « *breviter ei* (i.e. *iudici*) *et quasi per indicem rem exponere* », ed erano entrambe le parti a passare (o ad avere la facoltà di passare) alla successiva « *peroratio* ».

[8] Naturalmente, poteva anche darsi che il giudice nominato dal magistrato non

Tanto precisato io direi che il « *ni pacunt* » del versetto 7, essendo chiaramente relativo alle sole parti in lite, sia la premessa delle regole relative al dibattimento giudiziale e voglia significare che questo avrà luogo, secondo quelle regole, se ed in quanto i due contendenti non si siano messi d'accordo per risolvere tra loro (come suol dirsi, « nel merito ») la controversia, e quindi per evitare che esso abbia luogo [9].

Quanto alle regole del dibattimento, quelle che scorrono sotto i nostri occhi nella lettura di *tab.* I.7-9, sono le seguenti: *a*) il dibattimento deve svolgersi nel *comitium* o nel *forum* e deve essere aperto prima di mezzogiorno (« *ante meridiem* ») con la presenza di entrambe le parti, ciascuna delle quali provvederà ad enunciare la sua tesi (« *causae coniectio* ») e ad indicare i mezzi di prova e di argomentazione cui farà ricorso (« *peroratio* ») [10]; *b*) se una delle parti non si presenta o si rende assente in corso di dibattimento, il giudice aspetterà il compimento dell'ora meridiana (la sesta), dopo di che potrà, anzi dovrà senz'altro, « *praesenti litem addicere* » [11]; *c*) in caso di presenza di en-

fosse presente *in iure* e che ad avvertirlo ed a metterlo in condizione di accettare (o meglio di scegliere se sottrarsi o non alla nomina) fossero le parti. Poteva quindi anche darsi che la data del dibattimento giudiziale fosse stabilita *extra ius*, ma è piuttosto semplicistico immaginare esclusivamente le parti libere di accordarsi tra loro, senza tener conto del giudice, in ordine al giorno, all'ora (ed eventualmente, secondo alcuni, alla località diversa dal comizio o dal foro) in cui il dibattimento giudiziale si sarebbe dovuto svolgere.

[9] Con ciò non risolvo e non intendo risolvere il mistero di ciò che avviene, se le parti « *pacunt* ». La spiegazione che preferirei è che, se i litiganti « conciliano » (nel merito) la controversia dopo la *litis contestatio*, il *iudex* proclama, analogamente ad un « giudice conciliatore » (o « di pace ») moderno, i termini della definizione da loro alla sua presenza (ed eventualmente col suo aiuto) concordata. Del resto, come per gli ordinamenti processuali moderni, è pensabile che anche nel dibattimento giudiziale piú antico qualunque momento fosse buono per estinguerlo a sèguito di conciliazione tra le parti.

[10] « *In comitio aut in foro* » può sembrare a prima vista una delimitazione eccessiva del luogo del dibattimento. È perciò che, quando la frase non è stata ritenuta addirittura interpolata, si è cercata di spiegarla nel senso che rappresentasse l'eccezione ad una regola espressa in I.6: regola per cui il dibattimento poteva svolgersi dovunque, ove le parti si fossero accordate in proposito (« *ubi pacunt* »). Cosí Nicosia (nt. 4) 87 s., il quale, modificando l'interpunzione, ricostruisce: « *rem ubi pacunt orato ni pacunt, in comitio aut in foro* ». Quanto alla ragione per cui il giudizio privato doveva svolgersi *in comitio aut in foro*, è supponibile che fosse perché ivi sedeva il magistrato giusdicente: magistrato cui, il piú delle volte, la parte vittoriosa si sarebbe potuta súbito rivolgere per l'esecuzione nei confronti del soccombente.

[11] È sottinteso che il giudice tanto piú presto si premurerà ad « *addicere litem* »,

trambe le parti dopo il mezzogiorno, il dibattimento dovrà chiudersi entro l'ora dodicesima, cioè non oltre la « *suprema tempestas* » del tramonto (« *solis occasus* »)[12].

3. L'alternativa tra « *ante meridiem* » e « *post meridiem* » è indicata da fonti abbastanza affidabili[13], ma è dichiarata esplicitamente come non originaria, cioè come di qualche tempo (« *post aliquot annos* ») posteriore alla prima redazione decemvirale, da un importante testo di Plinio il vecchio.

Plin. *n. h.* 7.60.212: *XII tabulis ortus tantum et occasus nominantur: post aliquot annos adiectus est meridies, accenso consulum id pronuntiante, cum a Curia inter Rostra et Graecostasim prospexisset solem. rell.*

Vi è chi a questa affermazione di Plinio non crede, anche perché (ed è vero)[14], eliminando i riferimenti al *meridies*, « il discorso non corre piú ed il testo non funziona »[15]. Ma giustamente oppone l'Albanese che Plinio è autore troppo attento per poter essere tanto facilmente messo da parte[16]. Ciò dato, è legittimo il problema relativo al quando (se in una volta sola o in piú volte) l'inserzione sia avvenuta e il testo di *tab.* I.7-8 sia stato rimaneggiato.

Di solito, il *terminus ante quem* del rimaneggiamento è visto nel 338 a. C., anno dopo il quale sarebbero stati installati nel Foro i *Rostra*

quanto piú presto la parte presente lo richiederà. Né è, d'altronde, impensabile che le parti si mettano d'accordo, con l'assenso del giudice, per una *causae coniectio* e per una *peroratio* pomeridiana.

[12] Non è da escludere che, su accordo delle parti e con l'assenso del giudice, la continuazione del dibattimento venga rimessa, sopravvenuto il tramonto, ad altra data. Per quanto riguarda il *solis occasus*, è appena il caso di ricordare che, per mancanza di adeguati mezzi di illuminazione, la vita pubblica (nonché quella privata all'aperto) si svolgeva a Roma nelle ore diurne e che il tramonto del sole segnava anche la chiusura dei comizi.

[13] Per 6 e 7, sino a « *coiciunto* »: *Rhet. ad Herenn.* 2.13.20. Per 7-9, a partire da « *ante meridiem* »: Gell. *n. A.* 17.2.10. Altre indicazioni in NICOSIA (nt. 4) 68 s.

[14] V. invece: ALBANESE (nt. 5) 109 nt. 29.

[15] NICOSIA (nt. 4) 120 ss., che peraltro inspiegabilmente esclude la ovvia implicazione che il testo, sia pure in maniera diversa da quella indicata dagli autori che egli cita, sia frutto di un piú ampio rimaneggiamento.

[16] ALBANESE (nt. 5) 104 ss. Lo scrupolo di Plinio nelle sue notizie è confermato proprio dall'approssimazione del « *post aliquot annos* »: Plinio sa con certezza che il *meridies* non figurava nel testo originario, ma non è in grado di precisare quando l'inserzione sia avvenuta. « *Aliquot anni* » non fa pensare, peraltro, addirittura a vari secoli.

e sarebbe stata costruita la *Graecostasis*, cioè i punti di riferimento cui guardava l'*accensus consulis* per procedere alle grida del mezzogiorno [17]. L'Albanese [18] pensa, peraltro, ad un'epoca molto posteriore, piú o meno coincidente con la metà del sec. II a. C., facendosi forte di una rilettura di un passo di Macrobio in cui si riferisce un discorso di tal Caio Tizio a favore della *lex Fannia sumptuaria* del 161 a. C. e a dileggio di certi dissoluti « bon vivants » di quei tempi [19].

Macrob. *Saturn.* 3.16.15-16: *Ludunt alea studiose, delibuti unguentis, scortis stipati, ubi horae decent sunt, iubent puerum vocari ut comitium eat percontatum quid in foro gestum sit, qui suaserint, qui dissuaserint, quot tribus iusserint, quot vetuerint. inde ad comitium vadunt ne litem suam faciant . . . Veniunt in comitium, tristes iubent dicere. quorum negotium est narrant, iudex testes poscit rell.*

Anche tralasciando di leggere tutto quanto ho qui omesso di trascrivere, cioè tutto quanto imbruttisce ulteriormente, con particolari grossolani e farseschi, le figure degli scioperati che inducono Caio Tizio ad insistere per la repressione comminata dalla *lex Fannia* [20], il brano di Macrobio (dato per ammesso che veramente ricalchi il discorso veemente dell'antico Lucio Tizio) mi sembra, come ben dice il De Martino [21], assai poco affidabile: troppo concentrato, direi, sulla caratterizzazione repulsiva dei « *delibuti unguentis* » e del loro attardarsi in crapule lontani dal *comitium* sino alla decima ora del giorno [22]. Comunque, posto per ipotesi che potessero esservi dei litiganti tanto sprovveduti da accordarsi per la nomina a loro giudice di uno di costoro, è troppo strampalato un discorso che li rappresenta come tutti insieme recantisi final-

[17] Per tutti: NICOSIA (nt. 4) 212 ss. Per una edificazione precedente (fine VI—metà V sec. a. C.) è invece, non so dire con quanto buon fondamento, F. COARELLI, *Il Foro romano, Periodo arcaico* (1983) 133, 145.

[18] ALBANESE (nt. 5) 95 ss., 109 ss.

[19] Per la identificazione di Caio Tizio e per la natura del suo discorso (forse una *suasio* della *lex roganda*) mi rimetto completamente alle eccellenti pagine dell'ALBANESE (nt. 5) 95 ss. Da leggere anche, sotto altro profilo: F. DE MARTINO, « *Litem suam facere* », in *BIDR.* 91 (1988) 1 ss., spec. 4 ss.

[20] Sulla quale v., da ultimo: E. BALTRUSCH, « *Regimen morum* » (1989) 81 ss.

[21] DE MARTINO (nt. 19) 7: « Chi sa per quante mani era passato il brano attribuito a C. Tizio e l'espressione *litem suam facere* ».

[22] Da notare che di ciò che avveniva nel *comitium* e nel foro, quanto meno in relazione alla attività legislativa, essi si tenevano, peraltro, assiduamente informati mediante uno schiavo a ciò deputato. Il che implica che erano pronti ad accorrervi, se necessario, anche prima dell'*hora decima*.

mente al *comitium*, come tutti quanti intesi ad evitare le conseguenze del « *litem suam facere* », come tutti all'unisono invitanti alla *causae coniectio* ed alla *peroratio* le parti in causa [23], mentre poi correttamente il *iudex* che interroga i testimoni e che avrà il carico di pronunciare la sentenza si riduce ad uno soltanto tra loro.

Licenza oratoria del focoso Caio Tizio o ignoranza da parte di Macrobio dei particolari di un processo dichiarativo, quello per *legis actiones*, ormai quasi integralmente abolito da varî secoli? Non so. Certo è, a mio parere, che il brano di Macrobio vale ben poco, sia al fine di stabilire quando sia stata introdotta la regola del *meridies*, sia al fine di identificare con sufficiente approssimazione tecnica il delitto (o quasi delitto) del « *litem suam facere* » [24].

E allora, se è verosimile che le Dodici tavole della distinzione « *ante meridiem - post meridiem* » non abbiano espressamente statuito, se è inverosimile che la distinzione sia stata tardivamente introdotta nel corso del sec. II a. C. [25], altro non resta se non supporre qualcosa di questo tipo: che essa sia venuta alla luce dopo il 338 a. C., in virtú di un provvedimento legislativo *ad hoc*, oppure in virtú di una prassi giudiziale avallata dall'autorità dei magistrati giusdicenti e, chi sa, confortata dalla ricognizione delle tavole decemvirali operata nei suoi *Tripertita* da Sesto Elio. Visto che del provvedimento integrativo delle *XII tabulae* non resta la ben che minima traccia, l'ipotesi senz'altro preferibile mi sembra la seconda, che oltre tutto si connette con tutta naturalezza alla notizia pliniana secondo cui, *post aliquot annos* dalla pubblicazione delle tavole decemvirali, venne introdotto l'annuncio pubblico del mezzogiorno da parte dell'*accensus consulum*.

[23] Su « *tristes* » v. ALBANESE (nt. 5) 99 nt. 10, il quale intende il termine come aggettivo che esprime, se non lo stato d'animo annoiato, quanto meno l'atteggiamento esteriore di serietà assunto finalmente, in veste di giudici, dai nostri eroi. Io mi domando (senza saper rispondere con sicurezza) se « *tristes* » non siano le parti che hanno dovuto attendere per ore ed ore l'arrivo della comitiva.

[24] Per questa figura di illecito rinvio ad: A. GUARINO, *Diritto privato romano*[9] (1992) n. 98.7, con bibliografia.

[25] Piú difficile ancora mi riesce di accogliere, su questo versante, la congettura dell'ALBANESE (nt. 5) 111 s. circa « una alterazione consapevole, e innovativa, ... realizzata ad opera della giurisprudenza repubblicana fiorita giusto verso la metà del II sec. a.C., e cioè di quella giurisprudenza rappresentata, oltre che da altri, dai tre famosi grandi personaggi di cui Pomponio (o chi per lui, in D. 1.2.2.39) dice che *fundaverunt ius civile* ». Per un ridimensionamento dei famosi « fondatori » del *ius civile* rinvio ad: A. GUARINO, *Noterelle pomponiane*, in *Labeo* 15 (1969) 104 ss.

4. Ove le parti e il giudice non avessero concordato diversamente circa lo svolgimento del dibattimento giudiziale [26], valse la regola « *post meridiem praesenti litem addicito* ». Già ho detto prima, in adesione alla *communis opinio*, che ciò significa che il *iudex* fosse tenuto, immediatamente dopo lo scocco dell'ora sesta, a non tener conto della parte assente e ad « *addicere litem* » alla parte presente [27]. Ma dove esito fortemente a seguire le opinioni correnti è nel senso da assegnare all'espressione « *litem addicere* ».

D'accordo nel ritenere che in questo caso « *lis* » abbia il senso primario di lite, e non il senso traslato di cosa oggetto della lite [28]. D'accordo nel ritenere che « *addicere* » non abbia in questo caso nulla a che vedere con l'*addictio* magistratuale ed indichi invece una pronuncia giudiziale di adesione, di « *ad-dicere* », a quanto sostenuto dalla parte (attore o convenuto) rimasta sul posto [29]. Ma implica ciò che il giudice sia autorizzato « a dare causa vinta all'avversario presente » [30], oppure che egli sia tenuto ad approvare « l'attività processuale del contendente presente », nel senso (se ho capito bene) di astenersi dal pronunciare un vero e proprio *iudicium* tra le *parti* [31]?

Di queste e di altre consimili affermazioni io mi permetto di dubitare fortemente.

Tutti ci rendiamo pienamente conto dell'importanza pratica che poteva avere ed aveva la presenza della parte, specie se assistita da un buon consigliere giuridico, allo svolgimento dell'istruttoria orale, cioè

[26] Si noterà che ho evitato, nel valutare il passo di Macrobio, di far ricorso alla possibilità, lumeggiata già *retro* nt. 11, che le parti si fossero accordate, tra loro e col giudice, per effettuare nel pomeriggio anche la *causae coniectio* e la *peroratio*.

[27] *Retro* nt. 11. La possibilità della deroga alla regola dell'« *ante meridiem* » viene notevolmente rafforzata dall'ipotesi che la regola non sia stata introdotta da una legge a titolo tassativo, ma sia stata il frutto di una prassi, quindi abbia avuto carattere dispositivo.

[28] V. però, sul significato originario di « *lis* »: ALBANESE (nt. 5) 104 nt. 24, il quale comunque intende nel nostro caso la « *lis* » nel senso di controversia.

[29] Per tutti: NICOSIA (nt. 4) 98 ss., 114 s., con ampia e persuasiva dimostrazione.

[30] ALBANESE (nt. 5) 103 s., che intende « autorizza l'organo giudicante » (se non ho inteso male) nel senso di « imporre » al giudice la sentenza favorevole al litigante presente.

[31] NICOSIA (nt. 5) 115 s., che del giudice aggiunge: « non potrà far valere alcun suo convincimento circa il torto o la ragione dei contendenti, dovrà solo pronunziarsi a favore del contendente presente e questa pronuncia consisterà in un *ad-dicere*, in una approvazione ... della *lis* da lui portata avanti fino allo scadere del mezzogiorno ».

del dibattimento. Ma in punto di diritto la sua presenza non era affatto necessaria, visto che essa aveva già proceduto *ante meridiem* alla *causae coniectio* ed alla *peroratio*, e atteso inoltre che l'interrogatorio dei testimoni non era condotto, per quanto risulta, dai litiganti [32], ma era operato (cosí come l'esame dei documenti esibiti in sede di *peroratio*) direttamente dal giudice. Se mai, nel dibattimento rigidamente orale delle *legis actiones*, la presenza di ambo le parti poteva essere utile (eppure non era richiesta) nel momento della sentenza, dato che spesso non tanto il vincitore presente, quanto il soccombente lontano doveva prendere atto della condanna (propria) o dell'assoluzione (dell'avversario) [33].

« *Praesenti litem addicito* », nel testo rielaborato delle *XII tabulae*, non ha voluto dunque indicare la soluzione radicale e semplicistica che a questa disposizione solitamente si attribuisce [34]. È ovvio che « *vigilantibus, non dormientibus iura succurrunt* » [35]; ma insomma, se una parte si rendeva assente o temporaneamente assente al dibattimento giudiziale, non perciò si dava addirittura causa vinta all'altra parte. Il giudice, a mio avviso, era pur sempre tenuto a giudicare sugli argomenti e sulle prove addotti da ambo le parti, anche se veniva inevitabilmente a dare con ciò maggior peso a quella parte che al dibattimento fosse presente, anche se si adeguava esclusivamente alla sua condotta processuale.

Gli antichi erano antichi, ma questo non significa che fossero sciocchi. Anche dei cannibali l'equanime Montaigne [36] scriveva: « Tout cela ne va pas trop mal: mais quoi, ils ne portent point des hauts-de-chausse ».

[32] Cioè col sistema, « *ante litteram* », della cosí detta « cross examination ».

[33] Credo che l'intuizione di ciò abbia spinto il NICOSIA (*retro* nt. 30) ad adombrare la tesi del « non-*iudicium* » nel caso di assenza di una delle parti. Ma non è sostenibile che il processo potesse concludersi (salvo sospensione, interruzione, rinuncia concordata delle parti, *non liquet* del giudice, annullamento di autorità e che altro si voglia immaginare) senza un *iudicium*, cioè senza una *sententia iudicis* rivolta ad entrambi i contendenti.

[34] Soluzione, oltre tutto, in contrasto con quanto previsto in ordine alla fase *apud iudicem* del processo formulare: M. KASER, *Röm. Zivilprozessrecht* (1966) 274 ss.

[35] Cfr. Iust. CI. 7.40.2 pr.

[36] M. DE MONTAIGNE, *Essays* 1.31.

« SUI » E « ADGNATI » NELLE « XII TABULAE »

1. — Chi erano gli « *adgnati* » secondo le *XII tabulae*?

L'opinione dominante è che gli *adgnati* fossero i collaterali del defunto (o del *furiosus* o del *prodigus*), e che essi fossero esplicitamente distinti, nella legge decemvirale, dai *sui* (*heredes*), che erano i *filii in potestate*. Già altrove [1] io l'ho difesa contro due concezioni, a mio avviso, aberranti, secondo cui, rispettivamente: la *lex XII tabularum* avrebbe taciuto dei *sui heredes* ed avrebbe inteso come *adgnati*, oltre e prima che i collaterali, i discendenti *in potestate* [2]; la *lex XII tabularum* avrebbe inteso come *suus heres* il figlio primogenito del *de cuius*, mentre avrebbe denominato *adgnatus proximus* il figlio cadetto dello stesso, chiamato a *familiam* (*pecuniamque*) *habere* solo in mancanza del primo [3].

Val la pena di tornare brevemente sul tema per mostrare il poco o nessun fondamento di rinnovati dubbî della Lepri [4] e di una nuova teoria del Lévy-Bruhl [5].

2. — Secondo la Lepri, la distinzione tra *sui heredes* e *adgnati* si fece soltanto a partire dal sec. II a. C.[6]. Le fonti letterarie e giuridiche dei secoli precedenti mostrerebbero, invece, che in quell'età non era ancora sorta l'espressione tecnica « *sui heredes* » e che i *filii in potestate*

* In *AUCT.* 3 (1949) 204 ss.

[1] Recensione a Lepri (*o. c. infra* nt. 2), in *SDHI.* 10 (1944) 406 ss.; « *Pauli de gradibus et adfinibus et nominibus eorum liber singularis* » *e la compilazione di D. 38.10*, in *SDHI.* 10 (1944) 275 ss.

[2] V. Lepri, *Saggi sulla terminologia e sulla nozione del patrimonio in diritto romano* 1 (1942) 55 ss.

[3] V. Carcaterra, *La successione intestata dell'« adgnatus » nella legge delle XII tavole*, in *AUBA.* 2 (1939) 263 ss.

[4] *Ancora qualche parola a proposito di « sui » e di « adgnati »*, in *St. Solazzi* (1949) 299 ss.

[5] *Observations sur le régime successoral des XII Tables*, in *Nouvelles Études sur le très ancien Droit romain* (1947) 40 ss.

erano comunemente denominati « *filii* », « *gnati* » o anche, talvolta, « *adgnati* ».

La dimostrazione della Lepri non è esente da affermazioni arbitrarie [7]. Particolarmente arbitraria è la tesi che sia alterato un testo di Q. Mucio [8], in cui i *filii in potestate* vengono denominati *sui heredes*: *Nemo potest tutorem dare cuiquam nisi ei, quem in suis heredibus cum moritur habuit habiturusve esset, si vixisset* [9]. Ad ogni modo, anche a voler chiudere un occhio quanto alla dimostrazione, resta che l'argomentazione su di essa basata non è sufficiente.

A sostegno della tesi, secondo cui la *lex XII tabularum* e la giurisprudenza di molti secoli successivi non avrebbero differenziato i *sui heredes* dagli *adgnati*, non basta far leva sulla rarità della terminologia « *sui heredes* » o sul fatto che i *filii* siano chiamati, in testi letterarî, « *gnati* » o pure anche « *adgnati* ». Occorrerebbe dimostrare che la terminologia tecnica « *adgnati* » della legge decemvirale si riferiva o poteva riferirsi anche ai discendenti *in potestate*. Ma questo riferimento è radicalmente escluso, a mio avviso, dalla *tab.* V.7 *a* [10], che si è avuto il torto di non prendere in considerazione: « *Si paterfamilias furiosus escit, in eo pecuniaque eius adgnatum gentiliumque potestas esto* ». Sarebbe stato semplicemente assurdo che i decemviri avessero affidato la *potestas* sul *paterfamilias* impazzito ai suoi ex-sudditi, i discendenti (già)

[6] V. i testi raccolti dalla stessa a p. 313 ss.

[7] Ad esempio, la Lepri (*cit.* [nt. 2] 316 e nt. 32), essendo costretta a ritenere genuini Pomp. D. 38.16.12 (riportato *infra*, n. 3 e nt. 17) e Paul. D. 38.10.10.3, li definisce « un'eco del travaglio che ha preceduto la duplice classificazione degli eredi *ab intestato* anche quanto alla terminologia »: il che è fortemente inverosimile, trattandosi di brani di giureconsulti del sec. II d.C., cioè di un'epoca in cui la terminologia tecnica « *sui heredes* » e « *adgnati* » era, per sua ammissione, definitivamente consolidata. E quanto a Paul. D. 38.10.10.3 (« *Proximiores ex adgnatis sui dicuntur* »), che io ho ritenuto non genuino perché manca, oltre tutto, il termine di paragone di « *proximiores* », mi sia lecito rilevare che, se la grammatica non è una opinione, il replicare che « *proximiores* » ha il suo termine di paragone nel sottinteso « *patri* » non ha senso: del riferimento di « *proximiores* » al *paterfamilias* non ho mai dubitato, ma sta di fatto che il sottinteso « *patri* » non è il termine di paragone di « *proximiores* ».

[8] D. 50.17.73.1 (Q. Mucius *sing.* ὅρων).

[9] Unico motivo di sospetto addotto dalla Lepri (*cit.* [nt. 2] 316) è quello generico implicato dal dubbio che il *liber singularis* ὅρων di Quinto Mucio sia stato confezionato in età postclassica.

[10] Cfr. Riccobono, *FIRA.* I² (1941) 39.

in potestate [11]. È chiaro, dunque, che « *adgnati* » non sono, nel versetto citato, i *filii*.

Ma il versetto sul *furiosus*, or ora trascritto, è riportato, da Cicerone e dall'*Auct. ad Herenn.* [12], nello stesso brano in cui si riferisce il versetto sulla successione intestata: « *Si (paterfamilias) intestato moritur, familia pecuniaque eius adgnatum gentiliumque esto* ». A prescindere che vi è un plausibilissimo motivo per cui si è potuto omettere, in questa versione, l'inciso « *cui suus heres nec escit* »[13], sta di fatto che, con o senza l'inciso stesso, sarebbe contraddittorio dare qui ad « *adgnati* » una significazione diversa che nella *tab.* V.7 *a* [14]. L'opinione tradizionale resta, pertanto, intatta.

3. — Secondo il Lévy-Bruhl [15], nel versetto decemvirale « *si intestato moritur rell.* » l'inciso « *cui suus heres nec escit* » esisteva, ma solo per chiarire che il *paterfamilias* si considerava morto intestato se ed in quanto non avesse nominato *heres* alcun *suus*. L'*adgnatus proximus*, cui spettava in tal caso la *familia* (*pecuniaque*) era, dunque, anzi tutto estratto dal novero dei *filii in potestate*. Solo subordinatamente alla mancanza degli *adgnati*-discendenti si passava a tener conto degli *adgnati*-

[11] Questo, se si accolga la mia tesi sul regime decemvirale del *furor* del *paterfamilias*: *Il « furiosus » e il « prodigus » nelle « XII tabulae »* (1949). Se si segua l'*opinio communis* (secondo cui il *furiosus* non cessava di essere *paterfamilias*), è chiaro che l'argomentazione si rafforza, essendo inconcepibile che un *filius in potestate* potesse essere titolare di una qualsivoglia (anche attenuata) *potestas* sul *pater*, che, sia pur essendo *furiosus*, era tuttora titolare della *potestas* su di lui.

[12] Cfr. Cic. *de invent.* 2.50.148 e *Auct. ad Herenn.* 1.13.23.

[13] V. *o. c. retro* nt. 1, 408, e GUARINO (nt. 11) n. 4 nt. 35. L'inciso « *cui suus heres nec escit* » compare, come è noto, in *Coll.* 16.4.1-2 (= Ulp. 26.1*a*).

[14] Del resto, chi si dia la pena di leggere per intero Cic. *de invent.* 2.50.148, confrontandolo col testo dell'*Auct. ad Herenn.* (che Cicerone ha evidentemente riassunto e generalizzato), non può non convincersi che, anche per Cicerone, « *adgnatus* » significa «collaterale». Il *casus* è, infatti, quello di un tizio che, dopo la condanna per *parricidium* e prima della esecuzione, abbia fatto testamento, tradendo l'aspettativa *ab intestato* dei suoi *adgnati*: sicché, lui morto, « *inter eos, qui heredes in tabulis scripti sunt, et inter adgnatos de hereditate controversia est* ». Orbene, l'*Auct. ad Herenn.* rappresenta la controversia in questi termini: « *ii, qui heredes erant testamento, hereditatem adeunt. frater minor Malleoli* (il parricida) . . . *suam vocat hereditatem lege adgnationis* ». È chiaro che gli « *adgnati* » di Cicerone altro non sono che la categoria in cui rientra il *frater* del *de cuius* con gli altri collaterali.

[15] *Cit.* (nt. 5). V. anche LÉVY-BRUHL, *La tutelle des XII tables*, in *St. Solazzi* cit. 318 ss., e « *Heres* », in *Mél. De Visscher* 2 (1949) 137 ss.

collaterali [16]. Argomenti a sostegno di questa tesi sono: che nessun testo impone di considerare *adgnati* i soli collaterali; che un brano di Pomponio *ad Q. Mucium* [17] ancora riflette l'antica accezione pregnante di « *adgnati* », in quanto dice che *filius patri adgnatus proximus est*.

Tralascio deliberatamente di prendere in considerazione il sistema successorio immaginato dal Lévy-Bruhl [18] e mi fermo sulla questione del senso decemvirale del termine « *adgnatus* ». A smontare l'interpretazione del Lévy-Bruhl mi pare che sia sufficiente rilevare che: il brano di Pomponio da lui addotto urta proprio contro un testo, già riportato, di Q. Mucio, in cui i *filii* sono chiamati « *sui heredes* », e non « *adgnati* » [19]; resta intatta, inoltre, contro di lui, l'obbiezione basata sulla *tab.* V.7 *a*. Questa seconda obbiezione, invero, il Lévy-Bruhl non se la nasconde, anzi tenta di superarla [20]; ma il tentativo è del tutto inidoneo perché consiste nell'affermazione che la *potestas in furioso* non può competere agli *adgnati*-discendenti, in quanto questi sono *alieni iuris* [21]. Ora, ripeto, è mai possibile credere che i *decemviri* abbiano inteso in maniera variabile il termine « *adgnatus* »: una volta per indicare discendenti o collaterali [22]; una volta per indicare collaterali, ma non discendenti [23]; e una terza volta, per giunta, per indicare i discendenti *sui iuris* o collaterali, ma non i discendenti *alieni iuris* [24]?

[16] Il sistema del Lévy-Bruhl si riassume in cinque principi (cfr. *o. c. retro* nt. 5, 42 ss.): *a*) *heres* era solo chi fosse designato per testamento; *b*) *heres* poteva essere solo un *suus*; *c*) l'*heres* doveva essere maschio; *d*) pubere; *e*) unico.

[17] D. 38.16.12 (Pomp. 30 *ad Q. Mucium*).

[18] Non posso, tuttavia, tralasciare di notare l'alta inverosimiglianza della tesi che « *cui suus heres nec escit* » fosse una pura e semplice ripetizione di « *si intestato moritur* ».

[19] D. 50.17.73.1, riportato *retro* nel testo e in nt. 8.

[20] *Cit.* (nt. 15) 322 nt. 12.

[21] Il Lévy-Bruhl aderisce, dunque, all'*opinio communis* sul trattamento decemvirale del *furiosus*: v. *retro* nt. 11.

[22] Nel versetto « *si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus . . . habeto* ».

[23] Nella *tab.* V.7 *a*, relativa al *paterfamilias furiosus*.

[24] Nel presunto versetto « *si intestato moritur parens impuberis vel feminae adgnatum gentiliumque in eo eave potestas esto* », su cui il Lévy-Bruhl basa la sua ipotesi sulla *tutela*, che le *XII tabulae* avrebbero affidato, in mancanza di *suus heres* (l'*heres* testamentario, di cui *retro* nt. 16), all'*adgnatus proximus* maschio e pubere. Sia concesso osservare che il Lévy-Bruhl non si è accorto che in questo versetto (ricostruito congetturalmente dal SOLAZZI, *Diritto ereditario romano* 1 [1941] 127) « *adgnati* » vuol significare esclusivamente i collaterali, e piú precisa-

4. — Rimane, in conclusione, che, ai sensi della *lex XII tabularum*, « *adgnatus* » stava ad indicare i parenti collaterali del soggetto giuridico, ed essi soltanto. Può chiedersi soltanto se i discendenti *in potestate* fossero già allora tecnicamente denominati, nel caso di successione ereditaria, « *sui heredes* », come largamente lo furono da Q. Mucio in poi. E, forse, la tesi piú plausibile è che essi fossero designati semplicemente « (*filii*) *sui* »[25]: ragion per cui la traduzione esatta dell'inciso « *cui suus heres nec escit* » potrebbe essere « cui nessun *suus* sia *heres* ». La terminologia « *suus heres* » è derivata dalla sostantivazione di « *heres* » nella prassi del linguaggio giuridico.

Postilla prima: « Familia pecuniaque ».

1. Trattazione vivace ed interessante, quella della Lepri, ma alquanto esuberante nelle affermazioni — a volte imprecise, a volte inadeguatamente dimostrate —, nonché (se è lecito notare questi particolari) assai poco curata nella stampa. L'A. vi conferma le sue belle doti di ingegno, ma mostra eccessiva precipitazione — talvolta, forse, inconsideratezza — nello svolgimento del tema suggestivo: il che tanto piú dispiace, in quanto che ad essa va il merito di averlo saputo impostare in una maniera nuova, che è la piú semplice e la piú logica di tutte.

La questione è, in buona sostanza, questa: quale è la formulazione piú attendibile dei tre noti versetti delle XII tavole relativi alla *cura furiosi*, al « *legare* » del *paterfamilias* ed alla successione intestata? Molti avevano sinora discusso unitariamente questo problema, a causa del visibile nesso che è determinato fra i tre versetti dall'uso degli ancora non perfettamente chiariti termini di *familia* e di *pecunia*: io stesso me ne sto occupando, da qualche tempo, e spero di poter in breve pubblicare le mie personali vedute su questi e altri argomenti affini del diritto decemvirale. Con questa monografia l'a. riprende la questione da un angolo visuale degno della massima nota, perché realmente ed effi-

mente i collaterali del pupillo: *quibus testamento quidem tutor datus non sit, iis ex lege XII tabularum adgnati sunt tutores* (Gai 1.155).

[25] Cfr. Kirk, « *Suus heres* », in *ZSS*. 58 (1938) 161.

* In *SDHI*. 10 (1944) 406 ss. Recensione a Lepri M. F., *Saggi sulla terminologia e sulla nozione del patrimonio in diritto romano*. 1. *Appunti sulla formulazione di alcune disposizioni delle XII tavole secondo Cicerone* (Firenze 1942).

cacemente unitario: essa si pone cioè dal punto di vista dell'unico passo di Cicerone (e dell'*Auctor ad Herennium*) ove i tre versetti sono riferiti, assumendo giustamente che molto della risoluzione del problema deve pur dipendere da questo dato di fatto tanto spesso negletto.

Purtroppo, peraltro, è la stessa a. che, dopo aver prescelto quest'ottima fra le impostazioni del tema, mostra a sua volta di negligerla, surrogandola inaspettatamente con un preconcetto altrettanto vago quanto arbitrario: l'attendibilità assoluta di Cicerone. Tanto è vero quello che dico, che, non senza stupore, avviene al lettore di non trovare mai, dico mai, riferito e discusso per intero il brano di Cicerone (e quello corrispondente dell'*Auct. ad Herennium*), che forma, o dovrebbe formare, il perno della trattazione. È una lacuna che reputo doveroso colmare senza indugio.

Cic. *de inv.* 2.50.148 (cfr. *Auct. ad Herenn.* 1.13.23): *Ex ratiocinatione nascitur controversia, cum ex eo, quod uspiam est, ad id, quod nusquam scriptum est, venitur, hoc pacto: Lex: « Si furiosus escit, adgnatum gentiliumque in eo pecuniaque eius potestas esto ». Et lex: « Paterfamilias, uti super familia pecuniaque sua legassit, ita ius esto ». Et lex: « Si intestato moritur, familia pecuniaque eius adgnatum gentiliumque esto ».* (Cfr. inoltre Cic. *eod.* 149 a confronto con il seguito del passo dell'*Auct. ad Herennium*).

2. È noto che la comune dottrina, mentre accoglie il primo versetto (ove peraltro molti inseriscono la clausola « *ast ei custos nec escit* » di cui parla Festo sv. « *nec* »: sul punto, cfr. Guarino, in *SDHI.* 10 [1944] 374 ss.), ripudia gli altri due. Al terzo versetto si preferisce la formulazione di Coll. 16.4.1-2 (= Ulp. *reg.* 26.1-1 *a*: « *Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto. Si adgnatus nec escit gentiles familiam habento* »); quanto al secondo, si discute se la formulazione originaria fosse « *Uti legassit suae rei i. i. e.* » (Gai 2.224, Inst. 2.22 pr., Theoph. *par.* ahl.; cfr. Pomp. D. 50.16.53 pr.; con varianti, Nov. Iust. 22.2 pr.), oppure « *Uti legassit super pecunia tutelave suae rei i. i. e.* » (Ulp. *reg.* 11.14; cfr. Paul. D. 50.16.53 pr.).

L'a. — come già ho avvertito — taglia corto ad ogni dubbio, assumendo che le formulazioni ciceroniane sono le sole esatte e genuine, e dedicandosi a spiegarne contenuto e portata.

Le considerazioni generali da cui prende le mosse la dimostrazione dell'a. hanno valore — in gran parte — soltanto apparente. L'attendibilità di Cicerone, in quanto giureconsulto e magistrato, anche se ammissibile, non può essere invocata per il *de inventione*, che l'arpinate compose poco piú che ventenne, quando ancora non aveva iniziato il

cursus honorum. D'altro canto il *de inventione* ci presenta un Cicerone retore, non un Cicerone giurista, e per di piú un Cicerone fresco di scuola, che ricalca, ampliandone e moltiplicandone gli argomenti, la parte dedicata alla *inventio* nella *Rhetorica ad Herennium*.

La Lepri non ha tenuto presente che, secondo la piú comune dottrina, la *Rhetorica ad Herennium* non deve essere attribuita a Cicerone, ma agli anni della maturità di Cornificio, una delle fonti citate da Quintiliano. Questa notissima tesi storico-letteraria potrebbe rafforzare a primo aspetto la sua argomentazione (nel senso che non è un solo autore in due opere distinte, ma sono due diversi autori a riportare nell'identico modo gli stessi versetti), ma vi è da considerare — ripeto — che Cicerone ha palesemente ricalcato l'*Auct. ad Herennium*, e che questi cita le leggi da retore, non da giurista.

Non per ciò diremo che non si debba credere alla testimonianza delle due fonti retoriche. L'*Auct. ad Herenn.* non aveva ragione alcuna per inventarsi i versetti delle XII tavole; Cicerone li ha sempre, entro certi limiti, controllati, tanto piú che li aveva imparati a memoria da piccolo (*de leg.* 2.23.59). Tuttavia osserveremo: *a*) che si tratta, sino a prova contraria, della redazione delle XII tavole corrente nell'epoca repubblicana, non della redazione originaria; *b*) che si tratta del testo delle XII tavole noto agli ambienti di cultura generale (retori, scuole retoriche), non certo di quello tenuto presente dai pontefici, dai magistrati, dai giuristi; *c*) che il *carmen necessarium* della puerizia ciceroniana sta, un po', alle XII tavole come la dottrina cristiana, che i nostri bambini imparano per la prima comunione, sta ai Vangeli e ai dogmi della Chiesa; *d*) che all'*Auct. ad Herenn.* importava citare, per la discussione del proprio esempio di *controversia ex ratiocinatione*, soltanto quanto fosse necessario, dei tre versetti decemvirali, per la soluzione del caso discusso.

Io concederei pertanto una presunzione di verità alle testimonianze dell'*Auct. ad Herenn.* e di Cicerone, ma entro limiti ragionevoli; e, diversamente dall'a., mi preoccuperei anche di vedere se e quali influenze abbia potuto esercitare sulla citazione dei tre versetti la discussione del *casus* che sta a base dell'esempio di *controversia ex ratiocinatione*. Il quale *casus* era, in breve, questo: un *quidam* (l'*Auct.* parla di un *Malleolus*) uccide un suo *parens* (l'*Auct.* parla della *mater*) ed è condannato alla *poena cullei*; in attesa della esecuzione egli fa testamento in carcere; lui morto, gli *heredes scripti* vogliono succedere in base alla norma « *uti legassit* », ma gli « *adgnati* » di lui (l'*Auct.* parla del *frater minor* di *Malleolus*) oppongono il proprio diritto di succedere *ab inte-*

stato in base alla norma « *si intestato moritur* » e citano — evidentemente per negare la *testamenti factio* attiva del condannato — il versetto « *si furiosus escit* ».

3. La lettura del *casus* esposto dall'*Auct. ad Herenn.* (*casus* che potrebbe anche essersi verificato realmente, mentre Cicerone lo generalizza, almeno sino a un certo punto) ci dà il modo di risolvere senza soverchio sforzo una delle piú gravi controversie impostate a proposito del terzo versetto: la mancanza della clausola « *cui suus heres nec escit* », che pur trova amplissima conferma in tutti i testi a nostra disposizione. A mio parere, la predetta clausola non è stata ricordata per ragioni di brevità, perché non pertinente al *casus* discusso, che era relativo alla richiesta di succedere *ab intestato* fatto da un *frater minor* del *de cuius*, come dice l'*Auct. ad Herenn.*, cioè da un suo *adgnatus*, come spiega generalizzando Cicerone.

Cade, pertanto, sia in forza di questo rilievo, sia in seguito alla mancanza (almeno da parte nostra) del denunciato preconcetto di attendibilità a tutti i costi delle versioni di Cicerone e dell'*Auct. ad Herennium*, la necessità, cui obbedisce l'a., di dimostrare una cosa indimostrabile: di dimostrare cioè, nientedimeno, che originariamente gli *adgnati* erano i soli *filii in potestate*, mentre gli altri parenti erano contenuti nella categoria dei *gentiles*, e che per conseguenza la nozione di *suus heres* si sarebbe affermata posteriormente alle XII tavole (cfr. p. 49 ss.). D'altro canto, e per gli stessi motivi, la nostra spiegazione rivela ingiusta l'accusa mossa a Cicerone (ed all'*Auct. ad Herennium*) da molti autori, di essere incorsi in una grave dimenticanza o, peggio, in un grave strafalcione giuridico.

Del resto — necessità o meno di giustificare Cicerone — la tesi dell'a. circa la origine della distinzione tra *sui heredes* ed *adgnati* non è assolutamente da accogliere, anche perché basata su testi di evidentissima marca postclassica, come ho cercato di dimostrare altrove (nell'articolo *Pauli de gradibus et adfinibus et nominibus eorum liber singularis*, in *SDHI.* 10 [1944] 275 ss.).

Ma la tesi principale dell'a. attiene alla formula *familia pecuniaque*, che essa ritiene genuina, ed alla spiegazione (sinoggi tanto controversa) dei due termini di questa formula. Per l'a. *familia* starebbe ad indicare l'elemento umano della società domestica, il complesso delle persone soggette alla *manus* (originariamente indifferenziata) del *paterfamilias*; *pecunia* significherebbe, invece, l'elemento non umano della famiglia, il complesso dei beni materiali di essa « espresso in funzione del valore di scambio » (quindi: tanto le *res mancipi*, schiavi esclusi perché rien-

tranti nell'elemento umano della società domestica, quanto le *res nec mancipi*) (cfr. p. 20 ss.).

E qui mi pare che l'a., pur errando, abbia per lo meno imbroccato la via giusta. Sottoscrivo pienamente l'affermazione circa il carattere genuino della formula *familia pecuniaque*, che — come mi riprometto di dimostrare altrove — è l'unica che valga a spiegare molti misteri non ancora chiariti dell'antico diritto successorio, ivi compreso quello della titolarità della *tutela legitima*. Tuttavia l'a. ha errato certamente, io credo, nel ripartire la categoria antichissima delle *res mancipi* tra la *familia* e la *pecunia*: da questo punto di vista, molto meglio hanno operato quegli autori che hanno incluso tutte le *res* in senso storico (*mancipi* e *nec mancipi*) nel concetto di *familia*, escludendo la *pecunia*, o che hanno identificato la *familia* con le *res mancipi* e la *pecunia* con le *res nec mancipi*. Io sono convinto che, per le Dodici tavole, nella *pecunia* rientrassero le sole *res nec mancipi*, mentre nella *familia* rientrava tutto il complesso dei componenti la società domestica soggetti alla *manus* del *pater* (e anche sotto questo profilo la Lepri ha visto bene), nonché i beni materiali necessarii alla vita della società domestica stessa (*res mancipi*, schiavi compresi). Questa tesi, non nuovissima, è intimamente legata, per me, a quella della genuinità di *familia pecuniaque*.

Quanto al versetto « *paterfamilias uti super familia pecuniaque sua legassit, i. i. e.* », io condivido pertanto, sebbene per motivi alquanto diversi, la opinione che esso rappresenti il sistema delle XII tavole molto meglio delle varianti a noi note. Non mi convince, peraltro, la condanna spietata, che l'a. opera in ordine ai testi che portano le varianti. È certo che le varianti in parola non hanno niente a che fare con il testo decemvirale, ma è pur certo che esse (sopra tutto la variante « *suae rei* » o « *de sua re* ») corrispondono meglio del versetto ciceroniano allo stato del diritto romano classico. Nell'epoca classica, perdutosi l'originario significato di *familia*, le Dodici tavole furono citate *ad sensum*: una formulazione piú generale fu quella « *suae rei* », attestata da Gaio e da Pomponio, e raccolta da Giustiniano; una formulazione piú vicina esteriormente all'originale, ma comunque strettamente imparentata nella sostanza con la prima, fu quella « *super pecunia tutelave suae rei* », ove la menzione della tutela fa la sua apparizione anche perché i testi relativi (di Ulp. *reg.* e di Paolo) si occupano specificamente di quell'istituto.

POSTILLA SECONDA: ANCORA SUGLI ENIGMATICI VERSETTI.

Nel ricco volume di studi dedicato a R. Schilling (*Hommages à Robert Schilling*, edités par H. Zehnacker et G. Hentz [Paris 1983] p. 546) è di particolare interesse per gli storiografi del diritto romano la coincidenza di due saggi entrambi relativi alle successioni a causa di morte nelle XII tavole: J. Gaudemet, « *Uti legassit . . .* »: *XII Tables 5, 3* (p. 109 ss.); A. Magdelain, *Les mots « legare » et « heres » dans la loi des XII Tables* (p. 159 ss.).

Gaudemet, analizzando le famose tre versioni a noi pervenute dal versetto V.3 (*uti legassit suae rei . . .*; *u. l. super pecunia tutelave suae rei . . .*; *uti super familia pecuniaque sua legassit . . .*), esclude che in esse *legare* abbia il senso ristretto di « disporre un legato », prende atto della loro sostanziale corrispondenza e manifesta una qualche predilezione, peraltro molto cauta, per la formula meno equivoca, che è quella « *super familia pecuniaque* ».

Magdelain, estendendo la sua analisi a tutto il complesso di V.3-5, parte dal presupposto che in età decemvirale vigesse il principio della devoluzione *ipso iure* ai figli (*sui*) di tutto il complesso dei beni economici e dei *sacra* amministrati dal *paterfamilias* defunto, ma con la possibilità per il *paterfamilias* di designare *heres* nei soli beni economici un *extraneus*. I decemviri avrebbero accolto la concezione dell'*hereditas* costituita dai soli beni economici (la *familia*) e, non curandosi del destino dei *sacra*, avrebbero concepito la possibilità di nominare erede col testamento non solo un *extraneus*, ma anche un *suus*: ove poi nemmeno il *suus* fosse stato designato ad erede (cioè nell'ipotesi che *suus heres nec escit*), sarebbe scattata la successione *ab intestato* degli *adgnati* e subordinatamente dei *gentiles*.

Personalmente penso (e non mi fa affatto dispiacere) che con queste ultime due le ipotesi sugli enigmatici versetti sono tutt'altro che esaurite-

* In *Labeo* 29 (1983) 357.

« AST EI CUSTOS NEC ESCIT »

1. — L'*Auct. ad Herenn.* (1.13.23) e Cicerone (*de invent.* 2.50. 148) danno il modo di conoscere la formulazione della norma delle XII tavole relativa alla *potestas* sulla persona e sulla *pecunia* del *furiosus* (cd. *cura furiosi*): « *Si furiosus escit, adgnatum gentiliumque in eo pecuniaque eius potestas esto* ».

Non intendo discutere il problema circa l'attendibilità o meno di questa formulazione: problema che, allo stato degli atti, non può forse essere nemmeno prospettato, poiché né vi è motivo di critiche sostanziali nel testo [1], né esistono varianti da prendere in considerazione [2]. L'unica questione che può sorgere è relativa alla clausola « *ast ei custos nec escit* », mancante nell'*Auct. ad Herenn.* ed in Cicerone, ma attestata da Festo con riferimento alle XII tavole, sebbene senza richiamo specifico alla disposizione sul *furiosus* [3]. Una sparutissima minoranza di autori [4] inclina, per vero, a ritenere che essa non abbia nulla a che vedere col versetto decemvirale, ma omette di dare qualsiasi accenno di dimostrazione in proposito. Il Bruns [5], seguito dubitativamente

* In *SDHI.* 10 (1944) 374 ss.

[1] Contro le idee della *communis opinio* in ordine al *furiosus*, accolte in questo studio al n. 3, v. la critica svolta in *Il « furiosus » e il « prodigus » nelle « XII tabulae »*, in *AUCT.* 3 (1949) 194 ss.

[2] Per considerazioni connesse con lo studio della *tab.* 5.3-4 (cfr. Riccobono, *FIRA.* I² 39 s.), il Solazzi, *Diritto ereditario* 1.44, sospetta che *pecunia* vada corretto in *familia* (nel senso di complesso di cose corporali, *mancipi* e *nec mancipi*, facenti parte del patrimonio del *furiosus*); così anche Arangio-Ruiz, *Istituzioni*⁶ 503 ed edizioni precedenti (ma v. ora, conforme alla lezione ciceroniana, *Ist.*⁸ 503). Contro l'emendamento, cfr. Lepri, *Saggi sulla terminologia e sulla nozione del patrimonio in dir. romano* 1 (1942) 70 ss. (con considerazioni che però non condivido in gran parte). Della formula *adgnatum gentiliumque* fa fede Paul. D. 50.16.53 pr. (che modernizza *adgnatum* in *adgnatorum*).

[3] Fest. sv. *Nec* [158 L.]: *Nec coniunctionem ... positam esse ab antiquis pro non, ut et in XII est: « ast ei custos nec escit »*.

[4] De Francisci, in *BIDR.* 36 (1928) 56 nt. 3.

[5] *Fontes* 1.24 (*tab.* V.7 *b*).

dal Riccobono [6], pubblica la nostra clausola subito dopo la norma sul *furiosus*, ma separatamente e tra puntini sospensivi, avanzando l'ipotesi che essa si riferisse originariamente ai delitti del pazzo. La gran maggioranza [7], invece, si accorda nell'inserire la clausola stessa nel vivo corpo del versetto (« *Si furiosus escit, ast ei custos nec escit, rell.* »), riferendola alla necessità, per potersi dar luogo alla cosí detta *cura furiosi*, che il pazzo manchi di *custos*, cioè, secondo i piú, di *paterfamilias* e di tutore [8].

Io sono del parere che la clausola « *ast ei custos nec escit* » non facesse parte della legge decemvirale relativa al *furiosus*, né comunque avesse attinenza con essa. Non è possibile precisare o arguire a quale argomento essa realmente si riferisca. Sarà d'uopo collocarla, in attesa di una congettura convincente, tra i « *Fragmenta incertae sedis* » della legge delle XII tavole [9].

2. — La tesi per cui la clausola « *ast ei custos nec escit* » avrebbe fatto parte di un versetto indipendente, relativo ai delitti del *furiosus*, è completamente gratuita, perché, come è stato giustamente osservato, la responsabilità o meno del *furiosus* per i delitti da lui commessi non poteva essere fatta dipendere dalla mancanza del *custos*. D'altra parte, questa tesi è destinata a subire la sorte di quella seguita dalla maggioranza, se dimostreremo o renderemo probabile che del *custos*, nel senso del *paterfamilias* o del tutore od altro, i decemviri non hanno fatto menzione [10].

In verità, o si inserisce la nostra clausola nel punto in cui la dottrina dominante l'ha inserita, riconoscendole un plausibile significato, o viceversa la si deve allontanare del tutto dalla sfera della *cura furiosi*.

Il *punctum pruriens* attiene proprio al significato della clausola, che deve essere plausibile e nel contempo non ovvio. Dobbiamo inoltre renderci conto del motivo per cui l'*Auct. ad Herenn.* e Cicerone avrebbero omesso di riferirla.

[6] *FIRA*, I² cit. 40 (*tab.* V.7 *b*).

[7] Cfr. per tutti ARANGIO-RUIZ, *cit.* (nt. 1) 503.

[8] Assurda è la tesi del KNIEP, *Gai inst. comm.* 2.2.117 ss., secondo cui *custos* sarebbe stato per i decemviri il *familiae emptor*, al quale la *cura furiosi* sarebbe stata affidata dal testatore. V. *contra* SOLAZZI, *cit.* (nt. 1) 140 nt. 2. Quanto alla tesi del Solazzi su *custos*, v. *infra* n. 5.

[9] BRUNS, *cit.* (nt. 5) 39; RICCOBONO, *cit.* (nt. 1) 74.

[10] Cfr. SOLAZZI, *cit.* (nt. 1) 142 s.

3. — I piú ritengono, come ho avvertito, che *custos* indichi il *paterfamilias* o il tutore del *furiosus*. Alla *cura furiosi* si fa luogo, in quanto il pazzo non sia già soggetto alla *patria potestas* o alla tutela, in quanto non sia *alieni iuris*, né, essendo *sui iuris*, sia impubere o femmina [11].

Giustissima interpretazione, ma che ha il difetto di dire cose ovvie, o comunque deducibili dai principî.

Che il *furiosus* non possa essere assoggettato alla *potestas in eo pecuniaque eius* degli *adgnati* e dei *gentiles*, quando già si trovi sotto la *potestas* del *pater*, è ovvio. Riferire al *paterfamilias* il termine *custos* sarebbe ingenuo, tanto piú che il *filiusfamilias* non ha certo una propria *pecunia* su cui possa esplicarsi la *potestas* del *curator furiosi* [12].

Rimane che *custos* si riferisca al tutore. Anche questa causa di esclusione della *cura furiosi* è impeccabile, ma anche per essa è da dire che, sebbene con minore facilità, la si può dedurre rigorosamente dai principî. Se accettiamo la *communis opinio*, il *furiosus* è taluno che attraversa uno stato di incapacità tanto improvviso quanto transitorio [13] e la *potestas in eo pecuniaque eius* è strettamente limitata, come le parole fanno intendere, ad un potere di sorveglianza sulla persona e ad un potere sulla sua *pecunia*. Ben diversa ampiezza e ben distinto carattere ha la *tutela*, che è relativa ad uno stato normale e definito di incapacità e conferisce al tutore la possibilità di mettere il pupillo o la *mulier* in condizione di dover compiere qualsiasi atto giuridico solo mediante la interposizione della sua *auctoritas* [14].

Essenzialmente è il carattere normale della *tutela*, in confronto col carattere eccezionale e transitorio della *cura furiosi*, che fa intendere come non si possa assoggettare alla *cura furiosi* chi, essendo diventato pazzo, sia tuttavia già soggetto alla *tutela*. Né in diritto arcaico né in diritto classico fu formulata la dottrina dei lucidi intervalli [15], ma se si credette allora che la pazzia, una volta manifestatasi, dovesse

[11] Cfr. in particolare PEROZZI, *Istituzioni*[2] 1.524 nt. 2.

[12] Il fatto che il versetto parla di una *pecunia* del *furiosus* esclude *a priori* la riferibilità di esso al *paterfamilias*. Sono pertanto in disaccordo col PEROZZI, *cit.* (nt. 11), il quale, pur facendo questa giusta osservazione, ritiene tuttavia che *custos* indichi e il tutore e il *paterfamilias*.

[13] Cfr. BONFANTE, *Corso* 1.473.

[14] Cfr. BONFANTE, *cit.* (nt. 13) 439 ss. In epoca classica, tanto la tutela quanto la *cura furiosi* si ridussero al lato prevalentemente patrimoniale: BONFANTE, *cit.* (nt. 13) 439, 478.

[15] Cfr. BONFANTE, *cit.* (nt. 13) 473 ss., 482.

durare in continuazione, e non potesse cessare per poi riprendere, senza apparente regolarità, ebbene tra il tutore dell'impubere e della *mulier* ed il *curator furiosi* vi sarebbe dovuto essere un increscioso dare ed avere dei relativi protetti, secondo che l'impubere e la *mulier* si rivelassero o meno folli.

Insomma, la prevalenza della *tutela* sulla *cura furiosi* è una conclusione cui può giungersi per molte vie, non aspre e difficili, argomentando da vari principî. Possibile che i decemviri, cosí laconici nelle loro formulazioni, abbiano sentito la necessità di escludere esplicitamente il caso della esistenza di un *tutor* del *furiosus* [16]?

4. — Potrei a questo punto far valere l'argomento del silenzio dell'*Auct. ad Herenn.* e di Cicerone in ordine alla clausola « *ast ei custos nec escit* ». Ma riconosco che, da solo, l'argomento varrebbe assai poco [17]. Anzitutto esso farebbe piena prova soltanto per il periodo della fine della repubblica, non per quello cui si fa risalire la emanazione delle leggi decemvirali. Secondariamente potrebbe opporsi che l'uno e l'altro autore (tanto piú che il secondo ricalca con tutta evidenza l'esposizione del primo) non hanno fatto menzione del versetto per brevità, perché non strettamente pertinente alla fattispecie discussa [18]: cosa per vero plausibile, tanto piú che negli stessi passi e pro-

[16] Nulla vi sarebbe da obbiettare, se trovassimo la clausola già inserita nel posto che la dottrina dominante le assegna. È il fatto di non trovarla in quel posto che legittima il nostro sospetto.

[17] Non lo rafforzerebbe il fatto che l'*Auct. ad Herennium* e Cicerone sono, come oggi comunemente si pensa, due autori diversi, e che ambedue citano la clausola nella stessa maniera, perché è troppo evidente che il *de inventione* di Cicerone è stato condotto sulla falsariga della *Rhetorica ad Herennium*. Cfr., su questi problemi, MARCHESI, *Storia della letteratura latina* 1.185, 286 ss.

[18] Infatti, nel passo dell'*Auct. ad Herenn.* ed in Cicerone (*de invent.* 2.50.149) il versetto delle dodici tavole sul *furiosus* è invocato dagli « *adgnati* » (cosí Cicerone; l'*Auct. ad Herenn.* parla del *frater minor*) di un condannato alla *poena cullei*, per sostenere che il testamento fatto da costui dopo la condanna sia nullo (sí che deve farsi luogo alla successione in base alla norma « *si intestato moritur, rell.* »), avendolo egli redatto in istato di incapacità analogo a quello del *furiosus*. È evidente, perciò, che gli *adgnati* del parricida non avevano alcun interesse ad invocare la clausola « *ast ei custos nec escit* », bastando a sufficienza il resto del versetto a giustificare l'incapacità del condannto ed il loro prevalente diritto alla successione *ab intestato*. È altrettanto evidente, ciò dato, che l'*Auct. ad Herenn.* e Cicerone potrebbero benissimo aver omesso per brevità di riferire una clausola assolutamente non pertinente alla fattispecie rappresentata.

prio per ragioni di brevità è stata omessa in un altro versetto decemvirale una clausola di capitale importanza [19].

Ma vi è un testo, a mio parere, che risolve ogni dubbio.

D. 26.1.3 pr. (Ulp. 37 *ad Sab.*): *... pupillus vel pupilla si furere coeperint, in ea causa sunt, ut in tutela nihilo minus durent: quae sententia Quinti quoque Mucii fuit et a Iuliano probata. eoque iure utimur ... quia lex XII tabularum ita accepta est, ut ad pupillos vel pupillas non pertineat* [20].

Quinto Mucio, ch'era un giurista certo aggiornato, esprimeva il parere, intorno ai tempi dell'*Auct. ad Herenn.* e di Cicerone, che la legge decemvirale relativa al *furiosus* non fosse applicabile quando già il pazzo si trovasse sotto tutela. Segno evidente, mi pare, che verso la fine della repubblica nessuno, nemmeno il piú colto giurista, conosceva la clausola « *ast ei custos nec escit* » o aveva sentito dire che essa era appartenuta in passato al testo decemvirale.

Quando è cosí possiamo concludere che nel testo delle XII tavole conosciuto nel II e I sec. a. C. la clausola « *ast ei custos nec escit* » non figurava nel corpo del versetto relativo alla *cura furiosi*. Resta allo stato di forte probabilità che detta clausola non abbia mai fatto parte, sin dalle origini, del versetto.

5. — Senonché, sinora abbiamo ragionato sulla base di questa premessa: che *custos* altri non possa essere, se non il *paterfamilias* o il tutore. Questa opinione è fortemente contrastata dal Solazzi [21], il quale assume: 1) che *custos* non possa essere né il *paterfamilias* né il tutore; 2) che *custos* sia l'*heres suus*, il quale pertanto sarebbe venuto ad essere, nel sistema delle XII tavole, il primo titolare della *potestas* sulla persona e sulla *pecunia* del *furiosus* [22].

[19] Cioè la clausola « *cui suus heres nec escit* », omessa nel versetto « *si intestato moritur, rell.* » proprio perché qui la questione successoria era mossa dagli *adgnati* del *de cuius*, mancando evidentemente un *suus heres*: su questa spiegazione, v. GUARINO, *Rc.* a LEPRI, in *SDHI.* 10 (1944) 406 ss.

[20] V. su questo passo la copiosa letteratura riportata in *Index itp.* ahl.; *adde* SOLAZZI, *cit.* (nt. 1) 142, su cui v. *infra* n. 6. Ho riportato le sole frasi che mi interessano, che sono assolutamente sicure. Il BESELER, *Beitr.* 4.90, ed il SOLAZZI, propongono la sostituzione di *mulier* a *pupilla*.

[21] *Cit.* (nt. 1) 140 ss.

[22] *Cit.* (nt. 1) 143: « *Ast ei custos nec escit* riserva al *suus heres*, cioè al fratello del furioso, l'ufficio della custodia; ma poiché un *suus heres* capace può mancare o venir meno (il *suus heres* è morto prima che il fratello impazzisse), la legge deferisce il potere sul furioso agli agnati e ai gentili ».

Questa tesi è avvincente, ma, a mio giudizio, del tutto erronea. Secondo il Solazzi, il riferimento di *custos* al *paterfamilias* è troppo ovvio perché i decemviri abbiano potuto farlo. Giusto. Ma, continua il Solazzi, anche il riferimento al *tutor* è inammissibile « perché nel sistema della legge decemvirale l'ipotesi che non vi sia nessun tutore è irrealizzabile »: « potrà mancare il tutore nominato dal padre nel testamento, potrà mancare l'erede-tutore, ma è fuori della normale probabilità che manchino completamente gli agnati e i gentili ».

In queste ultime affermazioni vi è un equivoco, che falsa del tutto le premesse da cui parte l'illustre romanista. Il tutore non può mai mancare, in pratica, quando vi sia luogo alla nomina di un tutore, ma il tutore manca certamente, e sempre, quando luogo alla sua nomina non v'è, cioè quando la persona di cui si tratta sia maschio *sui iuris* e pubere. Con il termine *custos* i decemviri non avrebbero certamente alluso, se lo avessero impiegato, alla mancanza di un tutore dell'impubere o della *mulier*, eventualità praticamente irrealizzabile, ma avrebbero ragionevolmente alluso al caso in cui non si fa luogo alla nomina del tutore. « Se perde la ragione, e non sia già soggetto a tutela (perché impubere o donna), gli agnati e i gentili abbiano la *potestas in eo pecuniaque eius* ».

Da escludere, ciò posto, è che *custos* potesse indicare esclusivamente il *suus heres*, designandolo come primo titolare, con preferenza sugli agnati e i gentili, della *potestas in eo pecuniaque eius* (sc. *furiosi*). Questa tesi del Solazzi, oltre che partire da un presupposto errato, urta proprio contro l'altra tesi, ben nota, dello stesso autore [23], per cui le XII tavole affidarono la *tutela* (*legitima*) degli impuberi e delle donne anzitutto al *suus heres* [24]. Se per la legge decemvirale valeva, come opina il Solazzi, la duplice identità « *suus heres* = *tutor* » e « *suus heres* = *custos* (*curator furiosi*) », è evidente che i decemviri, statuendo che la *cura furiosi* sarebbe spettata ad *adgnati* e *gentiles* in quanto non vi fosse stato un *custos* (= *suus heres*), sarebbero venuti per l'appunto a stabilire che la *cura* spettasse agli agnati e ai gentili in quanto non vi fosse stato un *tutor* (= *suus heres*). È evidente cioè che il *suus heres* sarebbe stato menzionato in quanto avente le funzioni di *tutor*.

[23] *La legge delle XII tavole sulla tutela* ecc., in *Scr. Arnò* 46 ss.

[24] Contro questa tesi, v. gli autori citati dal SOLAZZI, *cit.* (nt. 1) 125 ss. (con replica).

Per chi segua l'opinione che, nel sistema delle XII tavole, la tutela non spettava al *suus heres*, ma esclusivamente agli *adgnati* e ai *gentiles*, ancor piú facile è ripudiare la tesi solazziana relativa al *curator furiosi*. Infatti non è seriamente ammissibile che il *suus heres* possa essere stato titolare della *cura* sul *pater* furioso, e non anche della tutela sul fratello impubere o sulle sorelle.

Ma se anche vogliamo superare l'intima contraddizione che inquina la impostazione della teoria del Solazzi, domandandoci se per caso la clausola « *ast ei custos nec escit* » aveva lo scopo di affidare la cura del *furiosus* pubere e maschio anzitutto al *suus heres*, egualmente dovremo concludere per la negativa. Anzitutto vi sarebbe stata della confusione implicata dall'unico termine *custos*, che non avrebbe potuto, in tal caso, alludere soltanto al *suus heres* e non anche al *tutor*: il presunto *suus heres-curator* sarebbe stato designato con un termine che non metteva in evidenza la sua posizione di *curator*, né metteva in luce la differenza tra le funzioni di curatore e quelle di tutore. La clausola « *ast ei custos nec escit* » avrebbe posto in rilievo, in ogni caso, la diversità della funzione del *tutor* e del *suus heres-curator* di fronte a quella degli *adgnati* e dei *gentiles*: ma allora sarebbe stata necessaria un'altra norma, a noi del tutto ignota, la quale precisasse in che cosa le funzioni del *custos-suus heres* differissero dalla *potestas in eo pecuniaque eius* degli agnati e gentili. Per ammettere che quest'ulteriore norma non fosse necessaria e che le funzioni del *suus heres* nei riguardi del *furiosus* fossero identiche a quelle degli *adgnati* e dei *gentiles* (*potestas in eo pecuniaque eius*) dovremmo supporre che la clausola decemvirale parlasse distintamente di *custos* e di *suus heres* (« *ast ei custos nec escit nec suus heres escit* »).

Voglio, comunque, concedere la piú improbabile delle eventualità: il termine *custos* non allude al tutore perché sarebbe troppo ovvio, dunque allude a qualche altro (*suus heres*). Ma anche in questa inverosimile eventualità vien subito fatto di dedurre: se il *suus heres* non è indicato come *suus heres* ma come *custos*, ciò significa che la sua *potestas* sul *furiosus* (*custodia*) differisce da quella degli *adgnati* e dei *gentiles* (*potestas in eo pecuniaque eius*). Ma allora qual è la differenza? *Custos* indica una funzione, non una persona o una categoria di persone. Se cosí è, bisogna dimostrare, con argomenti tratti al di fuori della clausola « *ast ei custos nec escit* », che il *suus heres* è *custos furiosi*, o che la *custodia furiosi* differisce sostanzialmente dalla *potestas in eo pecuniaque eius* degli *adgnati* e dei *gentiles*.

6. — Il ripudio della tesi solazziana (*custos* = *suus heres*) conferma la non essenzialità della clausola « *ast ei custos nec escit* » nel versetto relativo al *furiosus*. Non può negarsi che i decemviri l'abbiano scritta (riferendosi, beninteso, al *tutor*), ma può escludersi che essa sopravvisse nel testo delle XII tavole corrente all'epoca di Cicerone, e sopra tutto di Quinto Mucio, che palesemente la ignora.

Da D. 26.1.3 pr., in verità, il Solazzi [25] trae conseguenze ben diverse dalle nostre. Se fu necessario, egli argomenta, il parere di Mucio e di altri per far trionfare la tesi della esclusione del pupillo e della donna *furiosi* alla sottoposizione a *cura*, ciò significa che la clausola « *ast ei custos nec escit* » non era interpretata, ai tempi di Quinto Mucio, come relativa al tutore. Tuttavia è da opporre, caduta la asserita identità « *suus heres* = *custos* », che Quinto Mucio non avrebbe potuto aver dubbi nell'interpretare la nostra clausola, se vi fosse stata, anzi l'avrebbe senz'altro citata, ed anzi nessuno avrebbe posto una domanda cosí insulsa. Se Quinto Mucio ha espresso una *sententia* circa l'esclusione della *mulier* e dell'impubere dalla *cura furiosi*, segno è che né il suo interrogante né lui conoscevano la clausola. Il che, aggiunto al silenzio mantenuto in proposito da Cicerone e dall'*Auct. ad Herenn.*, nonché al fatto che Festo riferisce la nostra clausola genericamente alle XII tavole, ma non specificamente al versetto sul *furiosus* [26], induce a concludere senza esitazione nel senso da me sostenuto [27].

[25] *Cit.* (nt. 1) 142.

[26] Cfr. *retro* n. 5.

[27] Se ammettessimo che la clausola « *ast ei custos nec escit* » facesse parte dell'originario testo decemvirale, ma non sia giunta sino all'*Auct. ad Herenn.*, a Cicerone e a Mucio, potremmo trovare una conferma della *communis opinio*, per cui il testo delle XII tavole, pur essendo inciso su tavole di bronzo nel Foro, non era tuttavia piú quello degli antichi tempi, ma ne differiva sensibilmente nella forma e forse (causa l'incomprensione crescente del vecchio linguaggio e l'evoluzione progressiva del sistema giuridico) anche nella sostanza. Ma l'appartenenza della nostra clausola alla disposizione relativa al *furiosus* è una mera possibilità, che non può essere del tutto esclusa, ma non può essere nemmeno caldeggiata. Piú probabile è, in questo caso, l'ipotesi inversa, non solo per le varie ragioni accennate sinora, ma anche perché è poco credibile che la clausola sia potuta man mano scomparire nel ricordo, dato che, pur esprimendo un principio non difficilmente formulabile, non dichiarava tuttavia cosa assolutamente ovvia. Il che sia detto sempre ipotizzando che il testo delle XII tavole sia stato davvero (come la tradizione assicura) un testo di legge « definitivo », e quindi immutabile.

LE « XII TABULAE » E LA « TUTELA »

1. — Non ho intenzione, almeno in questa sede [1], di addentrarmi nel grave problema di una ricostruzione del sistema ereditario arcaico, né, quindi, di prendere posizione in un senso piuttosto che in un altro [2]. Perseguo, invece, lo scopo piú limitato di contribuire alla storia della *tutela* (*impuberum*, *mulierum*), fissando il testo ed il senso, a mio parere, piú plausibili di alcune disposizioni delle *XII tabulae* [3].

La mia ipotesi si riassume nelle seguenti proposizioni: *a*) nel sistema delle XII tavole *impuberes* e *mulieres*, i primi sino alla pubertà e le seconde a vita, non erano *sui iuris*, ma *alieni iuris*, cioè membri di una *familia* e oggetto di una *potestas*, ad analogo titolo dei *filiifamilias*; *b*) morto il *paterfamilias*, la *potestas* su *impuberes* e *mulieres* passava alla persona designata nel testamento, in base al versetto « *paterfamilias uti super familia pecuniaque sua legassit, ita ius esto* »; *c*) in mancanza di designazione testamentaria, trovava applicazione la norma « *si* (*paterfamilias*) *intestato moritur, cui suus heres nec escit, familia pecuniaque eius adgnatum gentiliumque esto* », quindi la *potestas* sugli *impuberes* e sulle *mulieres* spettava all'*heres suus* (discendente maschio e pubere) o, subordinatamente, agli *adgnati* e ai *gentiles*. Ritengo, insomma, che alla *lex XII tabularum* fu estranea una disposizione speciale sulla *tutela*, e che questa, intesa come istituto autonomo di protezione e assistenza dei *sui iuris* incapaci di agire (*impuberes* e *mulieres*), venne successivamente a profilarsi attraverso l'*interpretatio* svolta dalla giurisprudenza pontificale e laica in ordine alle due norme decemvirali citate.

* In *St. Solazzi* (1948) 31 ss.

[1] Per il mio personale orientamento in materia, v. GUARINO, *Storia del diritto romano* (1948) n. 119, 129.

[2] Quadro e bibliografia della questione in MONIER, *Manuel élémentaire de dr. romain* 1[6] (1947) 448 ss.; BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano* 1 (1946) 30 ss.

[3] Quadro e bibliografia della questione in MONIER, *cit.* (nt. 2) 314 ss.

2. — L'affermazione che *impuberes* e *mulieres* non fossero, nel sistema delle *XII tabulae*, soggetti di diritti, ma oggetti di rapporti giuridici, ed in particolare oggetti di *potestas*, non è, in fondo, nuova, né vedo perché possa sorprendere. La riluttanza ad ammettere questa verità dipende principalmente, a mio avviso, dal fatto che non sempre si guarda al diritto arcaico senza preconcetti dipendenti da situazioni piú evolute, determinatesi in epoche posteriori.

Che in epoca arcaica si sia potuto distinguere, sottilizzando, tra « incapacità di diritti », cioè assenza di soggettività giuridica, e « incapacità di agire », cioè titolarità della soggettività giuridica con la limitazione della impossibilità di compiere atti giuridici leciti, è cosa già di per sé poco convincente, oltre che in contrasto con i dati della comparazione [4]. Come è stato giustamente notato [5], la logica primitiva doveva essere inevitabilmente portata ad assorbire nella incapacità giuridica ogni situazione di incapacità di agire; *ergo*, ad identificare la situazione delle *mulieres* e degli *impuberes*, *mortuo patre familias*, a quella dei *filiifamilias*.

Per quanto piú specialmente concerne la valutazione degli *impuberes* e delle *mulieres* nell'epoca arcaica di Roma, in cui si inquadra la legislazione decemvirale, sono di decisiva importanza, ritengo, le seguenti considerazioni. *a*) Si sa e si ammette universalmente che la cd. *tutela* delle *XII tabulae* ebbe carattere meramente potestativo, ebbe cioè un contenuto di « *vis ac potestas* » [6]. Se si trattò di *potestas* e se *potestas* fu anche quella del *pater* sui *filii*, ne consegue che dobbiamo ritenere, sino a prova contraria, che la situazione giuridica degli *impuberes* e delle *mulieres* privi di ascendenti diretti dovette essere analoga a quella dei *filiifamilias*: che fu, cioè, una situazione di incapacità di diritti. *b*) È stato convincentemente dimostrato [7] che la originaria incapacità di testare delle *mulieres* non può spiegarsi altrimenti, che pensando ad una arcaica

[4] V. in proposito ARANGIO-RUIZ, *Erede e tutore*, in *Rariora* (1946) 156 ss.

[5] Dall'ARANGIO-RUIZ, *cit.* (nt. 4).

[6] Cfr. Paul. D. 26.1.1 pr.: *Tutela est, ut Servius definit, vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit, iure civili data ac permissa* (cfr. anche I. 1.13.1). Prescindo dalla disamina critica del testo, sostanzialmente genuino (ma v., particolarmente, ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di dir. romano*[9] [1947] 495 nt. 3): è piú che evidente in esso, la fusione del concetto antico con quello piú moderno dell'istituto.

[7] Dal VOLTERRA, *Sulla capacità delle donne a far testamento*, in *BIDR.* 48 (1942) 74 ss.

situazione di perpetua incapacità di diritti delle stesse. *c*) È stato altrettanto convincentemente dimostrato [8] che l'arcaica qualifica del cd. sostituto pupillare come erede del testatore è indizio di una incapacità dell'*impuber* di essere erede e, piú in generale, di una incapacità di diritti dello stesso [9].

Prevedo le principali obbiezioni a questa mia argomentazione. Si dirà che il parallelo con la *patria potestas* non è decisivo perché le *XII tabulae* parlano di *potestas* anche nei riguardi del *paterfamilias furiosus* [10]; ma che il *paterfamilias*, divenuto *furiosus*, rimanesse *sui iuris*, perdendo la sola capacità di agire, è un'altra di quelle prevenzioni, di cui non vedo il fondamento [11]. Si dirà che, per quanto risulta, un versetto della legge decemvirale parlava per esplicito di « *tutela* » [12]; ma vedremo fra poco [13] che la menzione espressa della *tutela* non corrisponde alla migliore tradizione di quel versetto.

A parte queste, altre obbiezioni di un certo peso non so vederne. Viceversa, a conforto della mia tesi credo che un ulteriore argomento possa trarsi guardando all'*auctoritas tutoris*. In epoca storica questa era concepita come attività tutoria di integrazione della capacità del pupillo, ma nei tempi anteriori tutto fa credere che essa fosse un'attività di convalidazione di dichiarazioni di volontà emesse da una persona priva di capacità giuridica. Lo fa credere, piú precisamente, il parallelo con l'*auctoritas patrum* nei riguardi dei *comitia centuriata*, se è vero che questi mancavano originariamente di ogni veste costituzionale [14], e lo fa credere lo stesso parallelo con l'*auctoritas* anticamente dovuta dal *mancipio*

[8] V. La Pira, *La sostituzione pupillare*, in *St. Bonfante* 3 (1929) 278 ss.; Wolff, in *St. Riccobono* 2 (1931) 460 ss. Ma v., *contra*, Arangio-Ruiz, *cit.* (nt. 4), il quale peraltro principalmente combatte la identificazione del tutore con l'erede.

[9] La tesi del La Pira, *cit.* (nt. 8) è vivacemente combattuta anche dal Solazzi, *Diritto ereditario romano* 1 (1932) 136 ss., ma con argomenti poco convincenti, intimamente collegati con la discutibile tesi dell'originario carattere sovrano dell'*hereditas*.

[10] Cfr., Riccobono, *FIRA*. I² 39 ss.: « *Si furiosus escit, adgnatum gentiliumque in eo pecuniaque eius potestas esto* ».

[11] Rimando, per l'argomentazione relativa, allo scritto *Il « furiosus » e il « prodigus » nelle XII tabulae*, in *AUCT*. 3 (1949) 194 ss.

[12] Cfr. Riccobono, *cit.* (nt. 10) 37 s.: « *Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto* ».

[13] V. *infra* n. 3.

[14] V., sull'argomento, *La genesi storica dell'« auctoritas patrum »*, in *St. Solazzi* (1948) 21 ss. Si noti che, in quello studio, non ho prodotto, per giungere alle conclusioni ricordate nel testo, alcun argomento di analogia con l'*auctoritas tutoris*.

dans nei riguardi dell'*accipiens*, se è vero che costui mancava della soggettività giuridica rispetto al rapporto di proprietà che gli era stato trasferito [15]. Si noti, infine, che proprio la *lex XII tabularum* ebbe a stabilire che chi avesse mancipato a uno straniero, cioè a persona priva della soggettività, in Roma, fosse tenuto in perpetuo ad assumere su di sé la difesa dell'avvenuta alienazione: « *adversus hostem aeterna auctoritas* » [16].

3. — Tutti sono d'accordo sul punto che, *mortuo patre familias*, la *potestas* su *impuberes* e *mulieres* passasse alla persona designata nel testamento [17]. Si discute circa la identificazione di questa persona, che i piú ritengono fosse un qualunque *tutor ex testamento*, mentre altri sostengono fosse lo stesso *heres* [18]. Si discute altresí circa la formulazione del testo decemvirale, variamente tramandataci dalle fonti. Pochi dubitano, comunque, di ciò: che *impuberes* e *mulieres* divenissero, con la scomparsa del *paterfamilias*, *sui iuris*, sebbene incapaci di agire, e che *heres ex testamento* potesse essere nominato, a stretto rigor di diritto, anche l'*impuber* o la *mulier* [19].

Conformemente al mio limitato programma, cercherò qui di chiarire il solo punto relativo alla determinazione del testo della legge de-

[15] Sull'*auctoritas* dell'alienante v., da ultimo, KASER, *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht* (1943) 88 ss. e *passim*.

[16] Cfr. RICCOBONO, *cit.* (nt. 10) 44: « *Adversus hostem aeterna auctoritas* ⟨*esto*⟩ ».

[17] Si controverte circa l'anteriorità della tutela testamentaria a quella *legitima*: v., in proposito, MONIER, *cit.* (nt. 3).

[18] Per la identificazione del *tutor ex testamento* con l'*heres*, v. BONFANTE, *Corso di dir. romano* 6 (1930) 118, e SOLAZZI, *La legge delle XII tavole sulla tutela* ecc., in *Scr. Arnò* (1929) 46 ss.; nello stesso senso, con diversa argomentazione, il LA PIRA, *cit.* (nt. 8). Contro questa tesi, v. DE VISSCHER, in *Études de dr. romain* (1931) 103 ss., RABEL, in *ZSS.* 50 (1930) 317 ss., ARANGIO-RUIZ, *cit.* (nt. 4); ma v. anche le vigorose repliche del SOLAZZI, *Dir. eredit.* cit. 1.128 ss. Come si vedrà (*infra* n. 4), per me l'*heres suus* aveva certamente, *ex lege XII*, la *potestas* su *impuberes* e *mulieres*. Non mi pronuncerò sul se tale *potestas* fosse implicata dalla *heredis institutio*, principalmente perché non intendo prendere posizione sulla questione dell'epoca in cui la *heredis institutio* fece apparizione. Come si ammettesse che nel sistema delle *XII tabulae* era prevista l'*heredis institutio*, direi non essere possibile respingere l'argomentazione basata dal Solazzi su D. 26.4.6.

[19] V. *retro* n. 2. Il Bonfante e il Solazzi, *citt. retro* nt. 18, non dubitando che *impuberes* e *mulieres* fossero *sui iuris*, erano costretti ad asserire piuttosto arbitrariamente, sulla base dell'ipotesi della originaria successione sovrana, che l'antico romano non nominava mai a suo successore il figlio impubere, per il motivo pratico che questi non era idoneo a governare la famiglia.

cemvirale, allo scopo di confermare l'assunto che *impuberes* e *mulieres* non fossero considerati soggetti giuridici e che, pertanto, la *potestas* su di essi non potesse essere testamentariamente deferita se non ad un maschio pubere. Per quanto è dato di arguire, il testo delle *XII tabulae* relativo al nostro caso fu quello testimoniato da *Auct. ad Herenn.* 1.13.23 e da Cic. *de invent.* 2.50.148: « (*pater familias*) *uti super familia pecuniaque sua legassit, ita ius esto* ».

Il testo decemvirale da me accolto non ha avuto fortuna, in generale [20], tra i romanisti, che hanno preferito orientarsi a favore di una fra le due altre formulazioni attestate dalle fonti: *a*) « *uti legassit suae rei, ita ius esto* », riportata da Gai 2.224 e Pomp. D. 50.16.120 [21]; *b*) « *uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto* », riportata da Ulp. 11.14 [22]. Orbene, pur non dubitando della genuinità di queste attestazioni [23], io non vedo assolutamente le ragioni della generale preferenza.

A prescindere dalla mia tesi personale, ritengo che il testo ciceroniano debba essere accolto come quello piú vicino all'originale: *a*) perché l'*Auct. ad Herennium* e Cicerone sono anteriori di due secoli almeno agli autori che accreditano le altre versioni; *b*) perché, se anche non si voglia stabilire una presunzione assoluta di attendibilità dei due retori repubblicani [24], non vi è però motivo alcuno, come meglio vedremo tra breve, per stabilire una presunzione di loro inattendibilità; *c*) perché la formula « *familia pecuniaque* », inspiegabile per diritto classico, è viceversa spiegabile per diritto arcaico, collimando con formule consimili dell'epoca [25] e corrispondendo alla presumibile situazione giuridico-economica dell'età decemvirale. Relativamente a questo ultimo punto, ba-

[20] V., tuttavia, PERNICE, *M. A. Labeo* 1.324 e, da ultimo, LEPRI, *Saggi sulla terminologia e sulla nozione del patrimonio* 1 (1942) 13 ss. Tralascio di ricordare i tentativi di mediazione tra questa formula e le altre varianti.

[21] Cfr. anche I. 2.22 pr., Theoph. *Parl.* eod., Nov. 22.2 pr. Accoglie questa formula, tra gli altri, VON WOESS, *Das römische Erbrecht und die Erbanwärter* (1911) 131 ss.

[22] Cfr. anche Paul. D. 50.16.53 pr. V. per tutti, in dottrina, RICCOBONO, *cit.* (nt. 12). Non manca chi esprime dubbi sulla vera formula delle *XII tabulae*: ad es., SOLAZZI, *Dir. eredit.* cit. 1.35 ss., BIONDI, *Successione testamentaria, Donazioni* (1943) 43.

[23] Ne dubita, invece, LEPRI, *cit.* (nt. 20) 36 ss., la cui argomentazione storico-esegetica mi pare, in verità, molto arrischiata.

[24] In questo senso è la LEPRI, *cit.* (nt. 20) 5 ss. Ma v., tuttavia, GUARINO, in *SDHI.* 10 (1944) 407 s.

[25] In ispecie, la « *familia pecuniaque* », che appare nella formula della cd. *mancipatio familiae*: cfr. Gai 2.104.

sterà porre in evidenza che, se anche può discutersi circa la determinazione esatta del concetto di *familia* e di quello di *pecunia*[26], non par lecito porre in discussione che l'endiadi « *familia pecuniaque* » abbia significato, nel sistema giuridico quiritario, quanto meno il complesso di persone e di cose su cui si esercitavano i poteri assoluti del *paterfamilias*: la *potestas*, la *manus*, il *mancipium*, il cd. *dominium*.

Delle varianti della legge decemvirale testimoniate da Gaio, Pomponio e Ulpiano una giustificazione storica si può dare: esse si sono formate in un'epoca in cui *impuberes* e *mulieres* erano ormai ritenuti *sui iuris* e soggetti soltanto a *tutela*. Del testo riferito dall'*Auctor ad Herennium* e da Cicerone, sempre che non se ne voglia e possa dimostrare la falsità, altra giustificazione non è possibile, se non quella di riferirlo proprio alle *XII tabulae*. Orbene, io osserverò che, escluso il carattere decemvirale della formula « *super pecunia tutelave suae rei* », non vi è un passo di autore romano, giuridico o non giuridico, il quale affermi che la *tutela* fu introdotta o regolata dalla *lex XII tabularum*[27]. Alla legislazione decemvirale l'istituto della *tutela* è, infatti, dagli autori romani, soltanto ricollegato, ed è sintomatico che nessuno ci riferisca testualmente il presunto versetto sulla cd. *tutela legitima*[28]. Si rafforza, pertanto, a seguito di queste considerazioni, l'ipotesi da me avanzata.

4. — E veniamo alla cd. *tutela legitima*. Paul. D. 26.4.6 afferma che *intestato parente mortuo adgnatis defertur tutela* e Gai 1.155 precisa che *quibus testamento quidem tutor datus non sit, iis ex lege XII tabularum adgnati sunt tutores*[29]. Si è giustamente argomentato che il versetto decemvirale, cui Paolo e Gaio facevano riferimento, iniziava con le parole « *si intestato moritur* »[30]. Sin qui sono d'accordo. Non sono d'accordo, invece, sul fatto che le *XII tabulae* avessero, come si ritiene, un versetto *ad hoc* per la *tutela legitima*: « *si intestato moritur parens impuberis vel feminae, adgnatum gentiliumque in eo eave tu-*

[26] Per un ragguaglio sulla questione, v. LEPRI, *cit.* (nt. 20) 13 ss. e *passim*, KASER, *cit.* (nt. 15) 163 ss.

[27] Solo I. 1.15.2 dice, genericamente, che « *lex ab intestato vocat ad tutelam adgnatos* ». Sembra infondata, pertanto, l'affermazione del SOLAZZI, *Dir. eredit* cit. 1.126, che Gai 1.155 e Ulp. 11.3 ci assicurano inequivocabilmente che una norma esplicita delle *XII tabulae* attribuisse la *tutela* agli *adgnati*.

[28] V. *infra* n. 4.

[29] Cfr. anche Ulp. 11.3 e I. 1.15.2.

[30] V., in proposito, SOLAZZI, *Dir. eredit.* cit. 1.126 s.

tela esto »[31]. Per mio conto, il testo legislativo, cui si riferivano Paolo e Gaio, era lo stesso della successione ereditaria *ab intestato*. In esso mancava la menzione esplicita degli *impuberes* e delle *mulieres*: la situazione di costoro era coinvolta nel regolamento giuridico dell'intera *familia pecuniaque* del defunto.

Cominciamo con l'acclarare la formula decemvirale sulla devoluzione *ab intestato* dell'*hereditas*. La dottrina è quasi unanime nell'accogliere la versione offerta da Coll. 16.4.1-2 (= Ulp. 26.1-1 *a*): « *Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto; si adgnatus nec escit, gentiles familiam habento* »[32]. Assai opportunamente, peraltro, è stato posto[33], di recente, quanto meno il problema se non sia accoglibile la versione di *Auctor ad Herennium* 1.13.23 e Cic. *de invent.* 2. 50.148, che suona: « *si* (*pater familias*) *intestato moritur, familia pecuniaque eius adgnatum gentiliumque esto* ». La principale difficoltà[34] per l'accoglimento di questa versione è la mancanza dell'inciso « *cui suus heres nec escit* » ma mi lusingo di aver chiarito sufficientemente, in altra sede, come e perché l'inciso sia stato omesso dall'*Auctor ad Herennium* e da Cicerone[35]. Scomparsa questa difficoltà, risultano a favore della formula riferita dai due retori repubblicani le identiche ragioni che abbiamo portato in ordine al versetto « *uti legassit* »[36]: se « *familia pecuniaque* » non è una falsificazione, l'espressione non può spiegarsi che con riferimento al sistema delle *XII tabulae*.

La legge decemvirale stabiliva, dunque, che, qualora il *paterfamilias* non avesse disposto testamentariamente « *super familia pecuniaque* », i poteri su di esse spettassero al *suus heres* e, subordinatamente, agli *adgnati* e ai *gentiles*. Ammettere che *suus heres* potesse essere anche un

[31] Così il SOLAZZI, *Dir. eredit.* cit. 1.126 ss.

[32] Cfr. anche Ulp. D. 50.16.195.1.

[33] Dalla LEPRI, *cit.* (nt. 20) 48 ss.

[34] Altra difficoltà consiste nel fatto che, anziché leggersi: « *adgnatus proximus . . . habeto - gentiles . . . habento* », si legge « *adgnatum gentiliumque esto* ». Ma è chiaro che la variante può agevolmente spiegarsi con l'ipotesi di breviloquenza di Cicerone e dell'*Auct. ad Herennium*, quando anche non voglia pensarsi che la subordinazione dei *gentiles* agli *adgnati* e la limitazione all'*adgnatus proximus* siano venute in essere nella giurisprudenza posteriore.

[35] Cfr. GUARINO, *cit.* (nt. 24) 408: la clausola « *cui suus heres nec escit* » non è stata trascritta per ragioni di brevità; non essendo pertinente al *casus* discusso dall'*Auct. ad Herennium* e da Cicerone (*casus* relativo alla richiesta di succedere *ab intestato* fatta da un *adgnatus* del *de cuius*).

[36] V. *retro* n. 3.

discendente impubere e di sesso femminile non è possibile, se non altro perché sappiamo che proprio dal sistema delle *XII tabulae* dedussero i Romani l'istituto della *tutela*. *Suus heres* era, quindi, soltanto il discendente maschio e pubere. Per conseguenza, la *potestas* sugli *impuberes* e sulle *mulieres* spettava, *ex lege XII*, anzi tutto al *suus heres*, quindi all'*adgnatus* (*proximus*) del *pater familias*, quindi, infine, ai *gentiles*.

Solo in epoca postdecemvirale, riconosciutasi la soggettività giuridica agli *impuberes* ed alle *mulieres*, questi acquistarono la capacità di essere *heredes sui* del *paterfamilias*. Per conseguenza, si disse che, per la legge delle *XII tabulae*, la *vis ac potestas* (cioè la *tutela*) sugli stessi spettasse agli *adgnati* e passasse subordinatamente ai *gentiles*. E si badi che di *adgnati* si parlò, allora, non nel senso decemvirale di parenti del defunto, ma nel senso di parenti dell'*impuber* e della *mulier*, a cominciare dal *frater eodem patre natus*, ch'era anch'egli *suus heres* [37]: il che conferma la mia ipotesi circa la retta formulazione della legge decemvirale.

[37] Cfr. Gai 1.156.

« FURIOSUS » E « PRODIGUS » NELLE « XII TABULAE »

1. — La condizione giuridica riservata dalle *XII tabulae* al *furiosus* e al *prodigus* costituisce tuttora oggetto di vivaci controversie in dottrina [1]. A mio avviso, il complesso problema vuol essere risolto in base alle stesse direttive, che mi hanno guidato nella discussione relativa al trattamento fatto dai *decemviri* a *impuberes* e *mulieres* [2]. Occorre convincersi, cioè, che in epoca decemvirale la distinzione tra capacità di agire e capacità di diritti non si era ancora delineata e che, piú precisamente, tanto il *furiosus* quanto il *prodigus*, essendo incapaci di agire, erano conseguentemente ritenuti, *sic et simpliciter*, privi della soggettività giuridica [3].

Gli elementi, di cui disponiamo, sono scarsi, ma non del tutto insufficienti. Cic. *de invent.* 2.50.148 e l'*Auct. ad Herenn.* 1.13.23 ci riferiscono testualmente, o quasi [4], il versetto decemvirale sul *furiosus*, che

* In *AUCT.* 3 (1949) 194 ss.

[1] Quadro e bibliografia della questione in MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain* 1² (1947) 333 ss. In particolare, sulla condizione del *furiosus*, v. da ultimo KASER, *Das altrömische « Ius »* (1949) 169 ss.

[2] Cfr. *La « lex XII tabularum » e la « tutela »*, in *St. Solazzi* (1948) 31 ss.

[3] L'argomento, nel suo complesso, ha formato oggetto di una mia relazione (*Aperçus sur les origines de la théorie de l'incapacité de fait en droit romain*) in occasione della III sessione internazionale della « Société d'histoire des droits de l'antiquité » (Bruxelles, settembre 1948). V. anche GUARINO, *L'ordinamento giuridico romano* (Lezioni 1949) 191 ss.

[4] Dubbi sulla piena credibilità del versetto ha sollevato, da ultimo, non ingiustamente, il KASER, *cit.* (nt. 1) 169, del quale, peraltro, non posso accogliere l'argomento principale, che fa leva sulla incongruenza tra la fede cieca che si ripone nel testo sul *furiosus* e la diffusa scepsi circa l'attendibilità degli altri due versetti riportati, negli stessi brani citati, da Cicerone e dall'*Auct. ad Herenn.*: contro questo atteggiamento scettico, a mio avviso del tutto ingiustificato, v. GUARINO (nt. 2) ai n. 3 e 4. Tuttavia è piú che probabile che « *adgnatum gentiliumque* » sia un modo contratto, e quindi infedele, di riferire la norma decemvirale, la quale, evidentemente, assegnava la *potestas in furioso pecuniaque eius* anzi tutto all'*adgnatus proximus* e subordinatamente (« *si adgnatus nec escit* ») ai *gentiles*. Per spiegarsi poi il motivo

suona: « *si paterfamilias furiosus escit, adgnatum gentiliumque in eo pecuniaque eius potestas esto* »[5]. La norma relativa al *prodigus* non ci è rimasta, ma non vi è motivo per negar fede al pseudo Ulpiano, che afferma essere stato il *prodigus* assoggettato allo stesso trattamento del *furiosus*[6]. Tutto sta, dunque, nel chiedersi quale fosse e che oggetto avesse la « *potestas in eo pecuniaque eius* (*i. e.*: *furiosi, prodigi*) » degli *adgnati* e, subordinatamente, dei *gentiles*.

Ciò che mi propongo di dimostrar brevemente è che: *a*) la *potestas in furioso* degli *adgnati gentilesque* era una *potestas* piena e assoluta, pari a quella di un *paterfamilias*, con la conseguenza che il *furiosus* non era (piú) considerato soggetto giuridico; *b*) la *potestas in pecunia furiosi* era limitata alle *res nec mancipi*, che fossero state di personale spettanza del *paterfamilias* prima del sopravvento dello stato (grave e definitivo) di *furor*; *c*) per effetto del sopravvenuto *furor*, e quindi per effetto della « morte civile » del *paterfamilias*, si apriva la normale successione intestata relativamente alla *familia*, che finora aveva fatto capo a lui; *d*) la stessa sorte del *furiosus* toccava al *paterfamilias prodigus*, se ed in quanto avesse ereditato *ab intestato* il governo della *familia*.

A mio parere, insomma, la *cura*, quest'altro istituto autonomo di protezione e assistenza dei *sui iuris* incapaci di agire (*furiosi, prodigi*), venne a costituirsi solo attraverso l'*interpretatio* evolutiva che la giurisprudenza romana dedicò, allo scorcio dell'età arcaica e per buona parte dell'epoca preclassica, alle norme decemvirali[7].

della probabile contrazione (che ricorre anche nel versetto sulla successione intestata) bisogna tener presente che il *casus* trattato nei passi in esame non toccava il problema della graduazione degli *adgnati* e dei *gentiles*.

[5] Sulla questione, se sia riferibile a questo versetto l'inciso « *ast ei custos nec escit* », attestato da Fest. sv. *Nec* [158 L.], v. GUARINO, « *Ast ei custos nec escit* », in *SDHI*. 10 (1944) 374 ss.

[6] Ulp. 12.2: *lex XII tabularum furiosum, itemque prodigum ... in curatione iubet esse adgnatorum*. Cfr. anche Ulp. D. 27.10.1 pr.

[7] Ognuno vede sin d'ora che la mia ipotesi trova, almeno parzialmente, conforto in alcune teorie precedentemente formulate da studiosi molto autorevoli. Già il MITTEIS (*Römisches Privatrecht bis auf Zeit Diokletians* 1 [1908] 81) ebbe a sostenere la limitazione della *potestas* del *curator furiosi* alle sole *res nec mancipi*, senza peraltro prendere posizione sull'estensione di quella *potestas* e sul destino della *familia*. Piú tardi, il SIBER (*Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesungen* 2 [1928] 322 nt. 10) avanzò la supposizione, quanto alla *familia*, che essa non fosse considerata dai decemviri *res furiosi*. Infine, il WLASSAK (*Studien zum altrömischen Erb- und Vermächtnisrecht* [1933] 9 ss.) è giunto ad affermare (approvato dal SIBER, in *ZSS*. 54 [1934] 410 s.) che la *familia* (da lui intesa come il complesso

2. — (A) Relativamente al *furiosus*, risulta, in primo luogo, che gli *adgnati gentilesque* erano titolari di una *potestas* « *in eo* », cioè sulla sua persona. Orbene io sono convinto che questa *potestas* « *in eo* » era una *potestas* piena e assoluta, analoga a quella spettante al *pater* sui *filii*, e che, per conseguenza, il *furiosus* era considerato dai *decemviri* un *alieni iuris*, privo della soggettività giuridica.

Che la *potestas in furioso* non fosse una *potestas* meno intensa della *patria potestas* (con le sue caratteristiche implicazioni del *ius vendendi*, del *ius noxae dandi*, del *ius vitae et necis*), è affermazione che esige di essere accolta come vera sino a prova contraria, perché si fonda sull'uso indiscriminato del termine « *potestas* » nella norma delle *XII tabulae* [8]. « *Potestas* », usato che sia senza limitazioni, val dire, sempre e in ogni caso [9], potere sovrano e assorbente, che esclude la capacità giuridica (privata) di chi (*filius* o *uxor in manu*, *servus* o *liber in mancipio*) vi sia subordinato. Né è lecito opporre che la designazione mediante il termine « *cura* » della *potestas in furioso* (*pecuniaque eius*) costituisca appunto l'indice del carattere attenuato di tale *potestas*, in quanto, anche se ciò fosse vero [10], sta di fatto che « *cura* » e « *curator* » non sono terminologie usate dalle *XII tabulae*, ma sono accezioni di conio posteriore [11]: sicché è escluso del tutto che l'argomento possa avere valore in relazione alla norma decemvirale.

dei beni domestici, e cioè delle *res mancipi*) costituisse oggetto della successione, sia pure provvisoria, dei *sui heredes*.

[8] Non credo che si vorrà trarre un argomento in contrario dal testo decemvirale, cosí come riferito da Cicerone e dall'*Auct. ad Herenn.*, sostenendo, ad esempio, che esso fa intendere che la *potestas* si esercita su una *persona sui iuris*, in quanto vi è premesso che essa è relativa al caso di un *paterfamilias* ancorché *furiosus*. L'ipotesi normativa « *si paterfamilias furiosus escit* » non è tale da sostenere l'illazione che il *furiosus* rimanesse *sui iuris*, qual era prima di impazzire. Né sarebbe serio dedurre dall'uso del dimostrativo *is*, nella locuzione « *potestas in eo pecuniaque eius* », la conseguenza che la *potestas* fosse da esercitarsi su una persona rimasta *paterfamilias*.

[9] Anche nel caso della *potestas* su *impuberes* e *mulieres*: v. in argomento GUARINO (nt. 2).

[10] Ma non è vero, e lo ha illustrato, con finissima indagine, il DE VISSCHER (« *Potestas* » *et* « *cura* », in *Études de droit romain* [1931] 5 ss.), mettendo in mostra che i Romani hanno parlato di *cura* (*furiosi*, *prodigi*) per significare il carattere di eccezionalità della relativa *potestas*.

[11] V. in proposito DE VISSCHER, *cit.* (nt. 10) 9 s., ove si legge che, sebbene il concetto di *cura* si ricolleghi in maniera affatto naturale alla *potestas* eccezionale degli *adgnati gentilesque* sui *furiosi* e sui *prodigi*, tuttavia « certe terminologie est

Il *furiosus*, essendo assoggettato alla *potestas* degli *adgnati gentilesque*, non era, dunque, *sui iuris*, ma versava nella condizione di *liber in mancipio*, privo di ogni capacità giuridica privata. Ed aggiungerò che la cosa non può e non deve sorprendere, perché è piú che probabile che in età arcaica venisse reputato *furiosus* solo chi fosse affetto da pazzia grave ed evidente, quindi praticamente inguaribile e definitiva.

È noto che i testi giuridici classici sogliono equiparare al *furor* la *dementia*, o addirittura scambiare questa con quello e viceversa [12]; è noto altresí che, secondo la migliore dottrina [13], il tentativo sporadico di distinguere il *furor* dalla *dementia* in base alla possibilità, che il primo comporta, di lucidi *intervalla insaniae* [14] non è stato operato dai giureconsulti classici, ma piuttosto dalle scuole postclassiche. Queste conclusioni, che io qui non discuto, non sono però tali da giustificare l'illazione, da alcuni esplicitamente formulata [15] e da altri implicitamente accolta [16], e che le *XII tabulae* abbiano inteso per *furor* qualsivoglia manifestazione, grave o lieve, continua o intermittente, di follia. Resta sempre che *furor*, in senso proprio, è qualcosa di piú intenso e piú grave della generica *dementia*. Resta sempre, come osservava Cicerone [17], che nelle *XII tabulae « non est scriptum ' si insanus ', sed ' si furiosus escit ' »*. I *decemviri*, dunque, per dirla ancora con Cicerone, « *furorem... esse rati sunt mentis ad omnia caecitatem* ». Essi non intesero per *furiosus* anche chi fosse affetto da pazzia lieve o parziale (mo-

démentie par nos sources en ce qui concerne la disposition relative au *furiosus* et était tout aussi vraisemblablement étrangère au texte relatif au prodigue ».

[12] Cfr. in argomento BONFANTE, *Corso di diritto romano* 1 (1925) 473 ss., specialm. 477 s.

[13] V. SOLAZZI, *I lucidi intervalli del furioso*, in *AG.* 89 (1923) 80 ss.; *Furor vel dementia*, in *Mouseion* 2 (1924) 10 ss.; BONFANTE, *cit.* (nt. 12) 476 ss. Ma v. LENEL, *Intervalla insaniae*, in *BIDR.* 33 (1923) 227 ss.

[14] Cfr. D. 24.3.22.7, 28.1.20.4; I. 2.12.4; CI. 4.38.2; D. 5.1.12.2, 39 pr., 1.18.14. Cfr. inoltre Paul. 2.4.5, Gai ep. 2.2.3.

[15] V. ad esempio RABEL, *Grundzüge des röm. Privatrechts* (1915) 426 nt. 1.

[16] Ad esempio, dal BONFANTE, *cit.* (nt. 10) 476 ss.

[17] *Tuscul.* 3-5: *...Hanc enim insaniam, quae iuncta stultitiae patet latius, a furore distinguimus. Graeci volunt illi quidem, sed parum valent verbo...: qui ita sit adfectus, eum dominum esse rerum suarum vetant duodecim tabulae. itaque non est scriptum « si insanus », sed « si furiosus escit ». stultitiam enim censuerunt, constantia id est sanitate vacantem, posse tamen tueri mediocritatem officiorum et vitae communem cultum atque usitatum. furorem autem esse rati sunt mentis ad omnia caecitatem. quod cum maius esse videatur, quam insania, tamen eiusmodi est, ut furor in sapientem cadere possit, non possit insania.*

nomania), né presumibilmente concepirono la pratica possibilità di una guarigione dal *furor*: in caso diverso, infatti, non avrebbero certo mancato di prestabilire un qualche sistema, sia pur rudimentale, di accertamento della follia, il quale garantisse i cittadini dalla eventualità di essere dichiarati troppo facilmente e arbitrariamente folli.

Il *furiosus* delle *XII tabulae* fu, insomma, ripeto, solo il pazzo grave, evidente, inguaribile: colui che, avendo meritato *graviores deorum immortalium iras* [18], fosse privo in tutto, e palesemente, della capacità di intendere e di volere [19]. Nulla di strano se su questo morto civile [20] i *decemviri* abbiano potuto far pesare la *potestas* piena e assoluta degli *adgnati gentilesque*.

3. — (B) Sempre relativamente al *furiosus*, risulta, in secondo luogo, che gli *adgnati gentilesque* erano titolari, oltre che di una *potestas in eo*, anche di una *potestas* « *in pecunia eius* ». Orbene io sono convinto che questa *potestas in pecunia furiosi* era una *potestas* piena e assoluta (non un semplice potere gestorio) la quale, peraltro, ineriva soltanto a quegli oggetti, che in epoca storica si usava denominare *res nec mancipi*.

Che la *potestas in pecunia furiosi* fosse una potestà piena e assoluta, una manifestazione di quel che piú tardi si disse *dominium* [21], è affermazione che si regge, sino a prova contraria, sulle stesse considerazioni che ho dedicato dianzi alla *potestas in furioso* [22]. Lo conferma Cicerone, dicendo che chi sia affetto da *furor* « *eum dominum esse rerum suarum vetant XII tabulae* » [23]. Ma non è su ciò che occorre soffermarsi, bensí sul contestatissimo significato del termine « *pecunia* » nella tavola decemvirale.

[18] Cfr. Cic. *de div.* 1.31.61.

[19] Cfr. Cic. *de har. resp.* 18.39: ... *divino instinctu concitatus*.

[20] Indiscutibili relitti di questa recisa concezione originaria sono i testi classici e postclassici in cui si avvicina il folle ad un *infans* (cfr. I. 3.19.10), a un dormiente (cfr. Paul. D. 41.2.1.3), a un assente (cfr. Iul. D. 29.7.2.3) e via dicendo. Salvo che in diritto classico, essendo largamente ammessa la possibilità della guarigione, da un lato si è molto allargato il novero dei sottoponibili a *cura*, dall'altro si è concepita la *potestas* curatoria sul folle come un potere ben piú mite della *patria potestas*.

[21] Sull'epoca di apparizione del *dominium*, v. da ultimo il convincente studio del MONIER, *La date d'apparition du « dominium » et de la distinction juridique des « res » en « corporales » et « incorporales »*, in *St. Solazzi* (1948) 357 ss.

[22] V. *retro* n. 2.

[23] Cfr. *Tuscul.* 3-5, riportato *retro* nt. 17.

Non vi è dubbio che, in età preclassica e classica, per *pecunia furiosi* si intendesse tutto quanto il patrimonio del *furiosus* [24]. Tuttavia, vi sono ottimi motivi per ritenere che, viceversa, nel linguaggio decemvirale, la *pecunia* fosse soltanto una tra le due categorie di possibili oggetti di *potestas*. E invero, posto che i *decemviri* designarono con l'espressione « *familia pecuniaque* » tutti i possibili oggetti dei poteri di un *paterfamilias* [25], è chiaro che il termine « *pecunia* » dové designare solo ciò che non fosse « *familia* », cioè solo una parte di quel complesso. D'altro lato, bisogna tener ben presente che, se, « *pecunia* » avesse significato ogni e qualsiasi oggetto di *potestas* del *furiosus*, i *decemviri*, avendo statuito una *potestas in furioso* (« *in eo* ») degli *adgnati gentilesque*, non avrebbero avuto bisogno di aggiungere « *pecuniaque eius* », in quanto la *potestas* sulla persona del pazzo avrebbe importato di necessità, per implicito, la *potestas* su ciò che il pazzo avesse avuto in sua potestà [26]. Le *XII tabulae*, quindi, parlando esplicitamente di una *potestas* degli *adgnati* e dei *gentiles* « *in pecunia furiosi* » hanno evidentemente voluto limitare le conseguenze della « *potestas in eo* », sottraendo agli *adgnati gentilesque* la *familia furiosi* [27].

Che cosa era, dunque, nella concezione dei *decemviri*, questa *pecunia*, ch'essi tenevano nettamente distinta dalla *familia*? L'opinione, che io credo di dover accogliere, è quella secondo cui essa era costituita da tutto ciò che non fosse, nel mondo arcaico, ritenuto essenziale

[24] V. per tutti, sul punto, BONFANTE, *cit.* (nt. 10) 478 s. Si noti, peraltro, che, in età preclassica e classica, i poteri del *curator furiosi* erano concepiti come poteri, sia pur estesissimi, di gestione di un patrimonio, di cui rimaneva tuttora *dominus* il pazzo. Caratteristico è, poi, il caso di Cic. *Tuscul.* 3-5 (riportato *retro* nt. 17) ove « *pecunia* » è appunto inteso nel senso di patrimonio del *furiosus* (« *res suae* »), tuttavia si afferma esplicitamente che *eum dominum esse ... vetant XII tabulae.*

[25] Cfr. in proposito GUARINO, *cit.* (nt. 2), ove ho deliberatamente tralasciato di occuparmi del significato preciso dei distinti termini « *familia* » e « *pecunia* ».

[26] Si ricordi, a questo proposito, l'istituto dell'*adrogatio*, in forza del quale l'*adrogator* succedeva in tutte le *potestates* del *paterfamilias adrogatus*: cfr. Gai 1.107.

[27] Non mi sembra, pertanto, corretto il ragionamento del KASER, *cit.* (nt. 1) 171 s., secondo cui è necessario riferire il termine « *pecunia* » a tutto il patrimonio del *furiosus* per il motivo che, in caso diverso, non vi sarebbero modi plausibili per spiegare quali fossero le sorti della *familia* del pazzo. A prescindere che una plausibile spiegazione di quelle vicende, almeno a mio parere, esiste (v. *infra* n. 4), sta di fatto che « *pecunia furiosi* » non equivale e non può equivalere a « *familia pecuniaque* » di lui.

alla esistenza dell'organismo familiare: non, pertanto, i *filii*, le *uxores*, i *liberi in mancipio*, né tutto quanto passò piú tardi ad integrare la categoria delle *res mancipi*[28]. Tali cose erano considerate un *surplus* rispetto alla *familia*, erano estranee al *mancipium* domestico e si trovavano in libera e personale disponibilità del *pater*[29]: il quale poteva usarne quando e come volesse, sia direttamente, sia, sopra tutto, come mezzo di scambio, *pecunia*. A prescindere da ogni altra considerazione, pare a me decisivo, a favore di questa tesi:

D. 40.9.22 (Pomp. 25 *ad Q. Mucium*): *Curator furiosi servum eius manumittere non potest*[30].

Dato che non vi sono motivi plausibili per spiegare perché mai nei poteri di gestione del *curator furiosi* non rientrasse, in diritto preclassico, la facoltà di manomettere i *servi* (*res mancipi*), mi par giocoforza credere che la sorprendente regola sia un residuo storico della originaria impossibilità, per gli *adgnati gentilesque*, di disporre della *familia furiosi*: impossibilità, che non poté derivare da altro, se non dal fatto che la *potestas* degli *adgnati* e dei *gentiles* era ristretta alla *pecunia*, cioè alle *res nec mancipi* del folle.

Non mi sfugge che la identificazione della *pecunia* decemvirale con le *res nec mancipi* ha trovato, anche di recente, vivi contrasti. Il Thormann[31], in particolare, ha tentato di dimostrare che *pecunia* fu *ab origine* termine indicativo di tutto il patrimonio *sub specie* del suo cespite piú importante, il bestiame, il *pecus*[32]. Ma la sua dimostrazione non sembra convincente. Posto che, in epoca storica, *pecunia* era talvolta in-

[28] Sui rapporti tra *mancipium* domestico e *res mancipi*, v. lo studio fondamentale del De Visscher, « *Mancipium* » *et* « *res mancipi* », in *SDHI.* 2 (1936) 263 ss.

[29] V. in generale, da ultimo, Monier, *cit.* (nt. 1) 1.148. In particolare, v. Wlassak, *cit.* (nt. 7); Wieacker, *Hausgenossenschaft und Erbeinsetzung*, in *Fs. Siber* (1941) 31 ss. Non prendo posizione, in questa sede, sulla precisa concezione arcaica della *familia*, se come « Hausgenossenschaft » o meno.

[30] Cfr., su questo passo, Lepri, *Saggi sulla terminologia e sulla nozione del patrimonio in dir. romano* 1 (1942) 79 ss. Non posso seguire questa autrice nella tesi che la *familia* fosse costituita esclusivamente dai *filii*, dai *liberi in mancipio* e dai *servi*, sicché la *pecunia* sarebbe stata composta da ogni altro oggetto di *potestas* (*mancipi* o *nec mancipi* che fosse). Quando si ammetta che i *servi* facevano parte della *familia* non può credersi che, in epoca arcaica, ne fossero esclusi gli altri oggetti di *mancipium*.

[31] *Der doppelte Ursprung der* « *mancipatio* » (1943) 155 ss.

[32] Aderisce pienamente alla tesi del Thormann il Kaser, *cit.* (nt. 1) 172.

tesa come patrimonio [33], ma era intesa di regola come danaro [34]; posto che, nei piú antichi tempi, prima dell'utilizzazione dei metalli, si ricorreva usualmente alle derrate, ma sopra tutto al bestiame per effettuare gli scambi [35]; posto che *pecunia* deriva da *pecus* [36]; resta sempre come la piú logica e coerente la tesi per cui *pecunia* ebbe a significare propriamente, in origine, il bestiame usato per gli scambi [37]: dopo di che, e siamo nell'epoca decemvirale, il termine passò a comprendere tutto ciò che, anche se non *pecus*, potesse essere liberamente adoperato come mezzo di pagamento. In epoca ancora piú progredita, e quindi solo in periodo preclassico, avvenne che si giungesse a concepire dal punto di vista del loro valore di scambio, cioè come *pecunia*, gli elementi stessi della *familia* [38], che costituirono pertanto il novero delle *res mancipi*.

4. — (C) Escluso che la *potestas* degli *adgnati gentilesque* si estendesse alla *familia furiosi*, resta da chiedersi quale fosse, nel sistema decemvirale, il destino di quest'ultima. E la risposta, almeno per me, è imprescindibile. Relativamente alla *familia furiosi* si apriva la normale successione *ab intestato* dei *sui heredes* o, in mancanza, degli *adgnati* o, subordinatamente, dei *gentiles*.

La mia ipotesi collima quasi completamente con quella già ventilata dal Wlassak [39], dalla quale, tuttavia, si distacca in ciò: che, mentre il Wlassak parlava di una successione provvisoria al *furiosus*, io ritengo che la successione *ab intestato* nella *familia furiosi* avesse carattere de-

[33] V. ad esempio quanto ho notato, *retro* nt. 24, su Cic. *Tuscul.* 3-5. V. inoltre *infra* nt. 36.

[34] Ampia documentazione testuale in THORMANN, *cit.* (nt. 31) 15 ss.

[35] Il THORMANN, *cit.* (nt. 31) 157 e 169 ss., non lo nega, ma cerca di anticipare il piú possibile la messa in uso dell'*aes rude* e nota, in particolare, che l'*aes* era già in uso nell'età delle *XII tabulae*. Ciò, peraltro, non osta la tesi da me seguita, perché non vale né ad escludere che, in epoca decemvirale, costituissero la *pecunia* altri beni oltre l'*aes*, né a concludere che, in detta epoca, per *pecunia* si intendesse già tutto il patrimonio.

[36] Cfr., in ispecie, Varr., *l. L.* 5.95: *pecus ab eo, quod perpascebant, a quo pecunia universa, quod in pecore pecunia tum pastoribus consistebat*... Il THORMANN, *cit.* (nt. 31) 158, nota che in questo brano « *pecunia* » significa patrimonio; ma nessuno nega, come ho detto nel testo, che tale fosse uno dei significati del termine nell'età di Varrone.

[37] Citazioni in THORMANN, *cit.* (nt. 31) 157 nt. 20.

[38] Con esclusione, beninteso, dei membri liberi, su cui il *ius vendendi* del *pater* persisteva, ma senza pari riflessi economici.

[39] *Cit.* (nt. 7).

finitivo[40]. Il *paterfamilias*, divenendo *furiosus*, incontrava una « morte civile », che non dovrebbe davvero sorprendere, mentre invece ha sorpreso[41], chi tenga presente che casi sostanzialmente analoghi erano, ad esempio, quelli del *civis ab hostibus captus* e dell'*interdictus aqua et igni*[42]. I *decemviri* non fecero che riferirsi ad una tradizione già lungamente osservata e, se parlarono del *furiosus*, non lo fecero per sanzionare esplicitamente quella tradizione[43], ma per provvedere, innovando, alle sorti di lui: per stabilire cioè che egli cadesse sotto la *potestas* degli *adgnati gentilesque* e che a questi spettasse, per compenso dell'onere assunto, la eventuale *pecunia* di sua pertinenza. Escludo, dunque, che una norma esplicita, a noi ignota, abbia potuto esservi nelle *XII tabulae* circa la successione nella *familia* del *furiosus*, perché questo era ovvio[44]. L'unica norma decemvirale sul *furiosus* fu quella che noi conosciamo, perché il solo problema che i *decemviri* avevano da risolvere fu quello di fissare a chi spettasse la *potestas* sul *furiosus*, privo di *patria potestas* e, d'altro canto, non sottoponibile alla *potestas* dei suoi successori[45].

[40] V. *retro* n. 2. Con ciò resta superata una obbiezione del KASER, *cit.* (nt. 1) 172, che giustamente osserva come la successione provvisoria dei *sui*, implicando la possibilità di un ripristino della *patria potestas* del *furiosus*, sia in stridente contrasto con l'elevato concetto che della *patria potestas* ebbero i Romani e possa inoltre determinare non indifferenti difficoltà pratiche in caso di coeredità.

[41] V., da ultimo, KASER, *cit.* (nt. 1) 172 s.

[42] Per quanto, in particolare, attiene al *captus ab hostibus*, si ricordi che l'istituto del *postliminium*, sorto in considerazione dell'eventualità di un suo rientro in patria, ebbe carattere eccezionale e consisté, comunque, almeno in età arcaica (e, secondo me, ancora in periodo classico: v. GUARINO, *Sul « ius singulare postliminii »*, in *ZSS.* 61 [1941] 65 ss.), in un riacquisto di *potestates* perdute. V. in proposito, da ultimo, SOLAZZI, *Il concetto del « ius postliminii »*, in *Scr. beatificaz. Ferrini* 2 (1947) 288 ss.

[43] Non ve n'era bisogno, come non ve ne fu bisogno per il caso del *captus ab hostibus* e dell'*interdictus aqua et igni*. D'altra parte, si noti che le *XII tabulae* si occuparono della successione *ab intestato* solo per il caso che « *suus heres nec escit* », essendo evidentemente ovvio ciò che dovesse avvenire nell'ipotesi dell'esistenza di *sui heredes*.

[44] V. invece KASER, *cit.* (nt. 1) 172 s., nonché lo stesso WLASSAK, *cit.* (nt. 7) 10. Non pregiudicano la mia tesi altre obbiezioni al WLASSAK, che concepisce la normale successione *ab intestato* come limitata alla *familia*.

[45] Fuori strada è, dunque, il [JÖRS-] KUNKEL, *Römisches Privatrecht*[2] (1935) 64 nt. 7, il quale si meraviglia che i *decemviri* si siano tanto preoccupati dell'assistenza al *furiosus*. I *decemviri* non regolarono la *potestas in furioso pecuniaque eius* nell'interesse del folle, ma nell'interesse dell'ordine cittadino, che non poteva am-

Il regolamento arcaico dell'ipotesi di *furor*, quale l'ho qui ricostruito, dovette sembrare, assai per tempo, ostico alla giurisprudenza romana, che intensamente lavorò per mitigarlo, adeguandolo alla concezione piú evoluta, secondo cui l'assenza di capacità di agire non implicasse e non dovesse implicare la fine della capacità giuridica. Di qui la formazione della *cura furiosi,* nella funzione e nella struttura a noi note attraverso i testi preclassici e classici.

5. — (D) E, per concludere, qualche parola sulla condizione del *prodigus* nelle *XII tabulae*, entro i limiti in cui è possibile rievocarla attraverso gli scarsissimi dati offerti dalle fonti.

Non ho intenzione di discutere qui la questione, se le *XII tabulae* abbiano introdotto la interdizione del *prodigus* [46]. A me basta sottolineare che non vi è alcun dubbio, fra gli storiografi del diritto romano, su due elementi: in primo luogo, che il *paterfamilias* (*ingenuus*) prodigo fu sottomesso dai *decemviri*, alla stessa guisa del *furiosus*, nel caso che fosse *heres ab intestato*, alla *potestas adgnatum gentiliumque* [47]; in secondo luogo, che le fonti romane ricollegano alle *XII tabulae* l'incapacità del *prodigus* a far testamento [48]. Ebbene, posto che la norma decemvirale sul *prodigus* abbia avuto suono analogo a quello della norma relativa al *furiosus*, credo di poter trarre la conclusione: che anche il *prodigus* era considerato dai decemviri *alieni iuris*; che gli *adgnati gentilesque* esercitavano, accanto alla *potestas in eo*, una *potestas* limitata alla *pecunia eius*; che, per conseguenza, la sua *familia* subiva le vicende della successione *ab intestato*.

Penso che la principale obbiezione, che vorrà muoversi contro la mia ipotesi sarà, probabilmente, questa: essere assurdo supporre che il *paterfamilias prodigus*, solo perché spendaccione e dissipatore, fosse addirittura privato della capacità giuridica (privata) e assoggettato ad una *potestas*. Ma chi obiettasse ciò mostrerebbe di non rendersi esat-

mettere l'esistenza di individui privi di *patria potestas*, eppure *alieno iuri non subiecti*. Essi stabilirono, pertanto, la soggezione del *furiosus* agli *adgnati gentilesque*, ricompensando questi ultimi con la *pecunia furiosi*, che sottrassero alla normale successione dei *sui* (o, in mancanza, degli stessi *adgnati gentilesque*).

[46] V. per tutti MONIER, *cit.* (nt. 1) 1.331 nt. 5. In particolare, da ultimo, DE VISSCHER, *La curatelle et l'interdiction des prodigues*, in *Études* cit. 21 ss.

[47] V. *retro* nt. 6.

[48] Cfr. Ulp. D. 27.10.1 pr., 28.1.18 pr., 29.2.5.1; Ulp. 20.3. V. in proposito DE VISSCHER, *cit.* (nt. 46) 42 ss.

tamente conto dell'importanza della funzione del *pater* nella *familia* romana, e particolarmente in quella dei tempi arcaici. Il *paterfamilias prodigus* non era soltanto un dissipatore di beni materiali, egli era il dissipatore della sua stessa *familia*, il traditore della sua funzione di governo e, indirettamente, un danno gravissimo per l'unità della *gens* e per l'ordine della *civitas*. La morte civile era per lui, nella severa società arcaica, un destino ben meritato, che non deve quindi scandalizzare o sorprendere [49].

[49] Quanto al motivo per cui il diritto arcaico negava al *prodigus* la capacità giuridica solo nel caso che fosse *heres ab intestato*, ben lo spiega il DE VISSCHER, *cit.* (nt. 46) 82 ss.: « le titre d'*heres ex testamento* affranchit le fils du contrôle et de la *potestas* éventuelle de la *gens*, il consacre son indépendance vis-à-vis de la *gens* ».

LE « XII TABULAE » E IL CASO DI MALLEOLO

1. — Tre recenti scritti di altri studiosi mi inducono ad un breve riesame di alcune tesi congetturali da me prospettate in precedenti occasioni: tesi che attengono tutte al problema del contenuto, addirittura della formulazione, di alcune norme attribuite, dalle ricostruzioni correnti, alla quinta delle Dodici tavole[1]. Gli scritti, cui mi riferisco, sono, piú precisamente: un elegante saggio di E. Nardi sulla *poena cullei*[2], un accurato studio di O. Diliberto sulle origini della *cura furiosi*[3], un interessante articolo di F. Zuccotti sul testamento di Publicio Malleolo[4].

Siccome l'occhio del ciclone è costituito dal *parricidium* commesso, presumibilmente nel 101 a. C.[5], da tal Publicio Malleolo[6] e dalla *poena*

* In *Labeo* 35 (1989) 79 ss., col titolo: *Variazioni sul tema di Malleolo.*

[1] Per tutti: *FIRA.* I² (1941) 37 ss., relativo a *XII tab.*, tavola V n. 1-2 (*tutela mulierum*), 3-5 (successione ereditaria), 6 (*tutela legitima*), 7 (*cura* del *furiosus* e del *prodigus*).

[2] E. Nardi, *L'otre dei parricidi e le bestie incluse* (1981) spec. 99 ss., 107 ss.

[3] O. Diliberto, *Studi sulle origini della « cura furiosi »* (1984) *passim.* V. anche la mia recensione in *Iura* 35 (1984) 118 s.

[4] F. Zuccotti, *Il testamento di Publicio Malleolo,* in *St. Biscardi* 7 (1987) 229 ss.

[5] Liv. *Perioch.* 68 (a. 101 a.C.): *Publicius Malleolus matre occisa primus in culleo insutus in mare praecipitatus est.* Sulla data, per tutti: Zuccotti (nt. 4) 233 nt. 5, con bibliografia. Si discute sul « *primus* »: Malleolo fu il primo ad essere condannato alla *poena cullei* o fu il primo ad essere condannato per matricidio? Contro la prima interpretazione è Plut. *Rom.* 22, da cui risulta che condannato alla pena del sacco fu, sul finire della seconda guerra punica, già il parricida L. Ostio; contro la seconda interpretazione (difesa dal Nardi [nt. 2] 66 s.) è la formulazione del periodo, in cui *matre occisa* è un antefatto del *primus* con quel che segue. Poco credibile è che *primus* si riferisca implicitamente al fatto che Malleolo fu, a quanto sembra (v. B. Santalucia, sv. *Omicidio* [*dir. rom.*], in *ED.* 29 [1979] 889 nt. 30), il primo ad essere condannato da una *quaestio.* L'unica ipotesi che non è stata ancora fatta è, se non erro, che Malleolo fu il primo ad essere gettato in mare, anziché nel Tevere (ma Cicerone e l'*Auctor ad Herennium* lo dicono destinato, dopo la condanna, ad essere gettato *in aquam profluentem*).

[6] Cfr. Münzer, sv. *Publicius* (nt. 17), in *RE.* 23.2 (1959) 1899 s.

cullei cui questi fu condannato, incentrerò sul caso di Malleolo il mio succinto discorso.

2. — Il caso è riportato, in termini sostanzialmente analoghi, da Cic. *de invent.* 2.50.148-149 e dall'*Auct. ad Herenn.* 1.13.23: due opere il cui parallelismo, anche se discusso nei particolari, è ben noto. Riportiamo dunque, i due brani l'uno a fronte dell'altro.

Cicerone

Ex ratiocinatione nascitur controversia cum ex eo quod uspiam est ad id quod nusquam scriptum est venitur, hoc pacto: Lex: Si furiosus est, agnatum gentiliumque in eo pecuniaque eius potestas esto. Et lex: Paterfamilias uti super familia pecuniaque sua legassit, ita ius esto. Et lex: Si paterfamilias intestato moritur, familia pecuniaque eius agnatum gentiliumque esto.

Quidam iudicatus est parentem occidisse et statim, quod effugiendi potestas non fuit, ligneae soleae in pedes inditae sunt; os autem obvolutum est folliculo et praeligatum; deinde est in carcerem deductus, ut ibi esset tantisper, dum culleus, in quem coniectus in profluentem deferretur, compararetur. Interea quidem eius familiares in carcerem tabulas afferunt et testes adducunt; heredes, quos ipse iubet, scribunt; tabulae obsignantur. De illo post supplicium sumitur. Inter eos qui heredes in tabulis scripti sunt, et

Auctor ad Herennium

Ex ratiocinatione controversia constat, quum res sine propria lege venit in iudicium, quae tamen ab aliis legibus similitudinem quandam aucupatur. Ea est huiusmodi: Lex est, Si furiosus existit, agnatum gentiliumque in eo, pecuniaque eius potestas esto. Et lex: Qui parentem necasse iudicatus erit, is obvolutus et obligatus corio, devehatur in profluentem. Et lex: Paterfamilias uti super familia pecuniave sua legaverit, ita ius esto. Et lex: Si paterfamilias intestatus moritur, familia pecuniaque eius agnatum gentilium esto.

Malleolus indicatus est matrem necasse: ei damnato statim folliculo lupino os obvolutum est, et soleae ligneae pedibus inductae sunt, et in carcerem ductus est. Qui defendebant eum, tabulas in carcerem afferunt: testamentum ipso praesente conscribunt; testes rite adfuerunt: de illo supplicium paullo post sumitur: ii, qui heredes erant testamento, hereditatem adeunt. Frater minor Malleoli, qui eum oppugnaverat in eius periculo, suam vocat hereditatem lege agnationis. Hic certa lex in rem nulla adfertur, et

inter agnatos de hereditate controversia est. Hic certa lex, quae testamenti faciendi eis qui in eo loco sint adimat potestatem, nulla profertur. Ex ceteris legibus et quae hunc ipsum supplicio eiusmodi afficiunt et quae ad testamenti faciendi potestatem pertinent, per ratiocinationem veniendum est ad eiusmodi rationem, ut quaeratur, haberitne testamenti faciendi potestatem.

tamen multae adferuntur, e quibus ratiocinatio nascitur, quare potuerit, aut non potuerit iure testamentum facere. Constitutio legitima est ex ratiocinatione.

Premettono i due testi che un ragionamento deduttivo può dare luogo a varianti, e quindi a discussioni, nel caso che si debba giudicare una vicenda non prevista da una esplicita legge e che, pertanto, si debba andare in cerca, per colmare la lacuna (*id quod nusquam scriptum est*), di una legge che regoli un'ipotesi in qualche modo somigliante [7]. E qui i due autori indicano senz'altro le tre formulazioni legislative, che dovranno essere tenute presenti nell'analisi della fattispecie che si apprestano ad esaminare: *a*) *Si furiosus est* (*existit*), *agnatum gentiliumque in eo pecuniaque eius potestas esto*; *b*) *Pater familias uti super familia pecuniaque* (*pecuniave*) *sua legassit* (*legaverit*), *ita ius esto*; *c*) *Si paterfamilias intestato* (*intestatus*) *moritur, familia pecuniaque eius agnatum gentiliumque* (*gentilium*) *esto* [8].

Seguono alla premessa l'esposizione della fattispecie e l'impostazione della *quaestio*. La fattispecie è questa: Malleolo è stato condannato alla *poena cullei* per aver ucciso la madre [9] e, in attesa dell'esecuzione, viene tenuto in carcere con ceppi di legno ai piedi e il capo avvolto in un cappuccio di pelle di lupo; mentre egli è in carcere, vengono a trovarlo

[7] Il problema trattato è, in altri termini, quello dell'integrazione analogica.

[8] Le varianti segnate tra parentesi sono del testo dell'*Auctor ad Herennium*, il quale, si badi, ha citato in premessa (subito dopo la legge relativa al *furiosus*) anche la legge relativa alla pena del sacco di cuoio: *Qui parentem necasse iudicatus erit, is obvolutus et obligatus corio, devehatur in profluentem*. Cicerone, che non ha citato testualmente l'antica *lex cullei*, tuttavia ad essa chiaramente allude quando, sul finire del brano, scrive che la soluzione deve essere trovata *ex ceteris legibus, et quae hunc ipsum supplicio eiusmodi afficiunt et quae ad testamenti faciendi potestatem pertinent*.

[9] Qui Cicerone generalizza e parla di un *quidam* che ha ucciso un *parens*.

alcuni familiari [10] e lo inducono a fare un *testamentum per aes et libram*, istituendo gli eredi che vuole; lui giustiziato, gli eredi testamentarii adiscono l'eredità, ma si fanno avanti contro di loro gli agnati [11], i quali, sostenendo che il testamento è invalido, rivendicano per se stessi, *ab intestato*, l'eredità. Onde la *quaestio*: ha perduta o non ha perduta Malleolo, dopo la condanna, la capacità di testare? Posto che i *mores maiorum* (o la *lex cullei* che sia) nulla hanno espressamente disposto in ordine al condannato alla *poena cullei*, si deve o non si deve equiparare per analogia il trattamento di costui a quello del *furiosus*, il quale è certamente privo della *testamenti factio* attiva? [12].

Non intendo, almeno in questa sede, andare ancor piú per il sottile nell'esame dei due passi retorici: anche perché si tratterebbe, in gran parte, di fantasticare, cosí come mi sembra che altri abbiano talvolta fatto [13]. Mi basta aver messo in evidenza qual è l'interrogativo analogico che Cicerone e l'*Auctor ad Herennium* si pongono; e mi basta aggiungere che, per quel che risulta, essi non solo non risolvono esplicitamente la *quaestio* che formulano, ma non la risolvono nemmeno implicitamente. Da loro noi non apprendiamo in nessun modo se il condannato alla pena capitale, o almeno il condannato alla pena del sacco, sia o non sia assimilabile, quanto a regime giuridico, ad un *furiosus*. Quindi lasciamo da parte questo insoluto problema e poniamoci qualche altra domanda, che il caso di Malleolo suggerisce [14].

[10] Quelli che ne avevano assunto la difesa in giudizio: cosí precisa l'*Auctor*.

[11] L'*Auctor* specifica che si fa avanti il fratello minore di Malleolo, che era poi proprio quegli che lo aveva accusato in giudizio.

[12] Cfr. Gai 3.106: *furiosus nullum negotium gerere potest, quia non intellegit quid agat*. V. anche Lab. D. 28.1.2, Iavol. D. 29.2.60, Pomp. D. 28.1.16.1, Scaev. D. 28.3.20, PS. 3.4*a*.5 e 3.4*a*.11 (= D. 28.1.17). Altre fonti in E. NARDI, *Squilibrio e deficienza mentale in diritto romano* (1983) 201 ss.

[13] Per un ragguaglio, v. ZUCCOTTI (nt. 4) 234 ss.

[14] Non risulta che i condannati a morte perdessero la *testamenti factio* attiva, neanche quando si trattasse di *poena cullei*, la quale, come abbiamo visto, comportava, subito dopo la condanna e prima dell'esecuzione, l'avvolgimento della testa del reo in un cappuccio (da alcuni autori scambiato addirittura, ed incredibilmente, per un bavaglio: cfr. NARDI [nt. 2] 100 nt. 3). La possibilità astratta di redigere il testamento e di fare la *nuncupatio* l'aveva, dunque, anche il parricida, sebbene suoni strano che nel *carcer* potessero agevolmente recarsi a fargli visita almeno sette personaggi (il *familiae emptor*, il *libripens* e i cinque *testes*). Piuttosto è da ricordare che, generalmente, alla condanna a morte ci si sottraeva con la fuga da Roma, cui faceva seguito l'*aqua et igni interdictio* (cfr. B. SANTALUCIA, sv. *Processo penale* [*dir. rom.*], in *ED.* 36 [1987] 346 nt. 165): in questa evenienza il tempo e il modo

Gli interrogativi che mi sembrano suscitati dal caso di Malleolo sono, nell'ordine i seguenti: *a*) sono sostanzialmente credibili, ed attribuibili in particolare alle *XII tabulae*, le tre leggi, che tanto Cicerone quanto l'*Auctor ad Herennium* quasi nella stessa formulazione riferiscono?; *b*) sono esse da accogliersi, sempre nella sostanza, cosí come sono, o vanno esse integrate, tutte o alcune, con qualche altra specificazione?; *c*) quale è il senso piú attendibile, sempre in rapporto alle *XII tabulae*, delle tre leggi?

3. — (A) Sono sostanzialmente credibili, ed attribuibili in particolare alle *XII tabulae*, le tre leggi, che tanto Cicerone quanto l'*Auctor ad Herennium* quasi nella stessa formulazione riferiscono?

Va precisato, prima di rispondere, che il linguaggio delle tre leggi in discussione, non solo non è un linguaggio ambientabile nell'età delle XII tavole [15], ma è, in modo abbastanza evidente, un linguaggio non di molto anteriore a quello del sec. I a. C.: un linguaggio che i due retori, diversamente da quanto ha fatto Cicerone in altre occasioni [16], non si sono nemmeno sforzati di arcaicizzare. Il quesito che qui si pone non riguarda, dunque, la forma, ma riguarda la sostanza. È pensabile che Cicerone e l'*Auctor ad Herennium* abbiano riferito fedelmente il contenuto di quelle che ai loro tempi si riteneva fossero tre leggi antichissime (appartenenti o non appartenenti alle Dodici tavole), o è da ritenere, invece, che i tre versetti siano stati inventati (dall'uno, dall'altro, da un terzo) di sana pianta, cioè allo scopo di predisporre artificialmente le formule legislative, cui avrebbe fatto capo la questione retorica? Io penso che si possa rispondere che i tre testi di legge sono sostanzialmente sicuri, cosí come è, del resto, sostanzialmente sicuro anche il testo della *lex cullei*, che l'*Auctor ad Herennium* riporta tra virgolette [17] e Cicerone fedelmente parafrasa. Non vi era motivo, infatti, per « costruire » leggi

per fare testamento praticamente non c'era. Perché mai, poi, nel caso di Malleolo, per dirla con Cicerone, *effugiendi potestas non fuit*, non si capisce davvero: cfr. NARDI (nt. 2) 93 e nt. 2.

[15] Non conosciamo norme delle *XII tabulae*, il cui linguaggio risalga veramente alla metà del sec. V a.C. Anche quelle espresse in lingua piú vetusta sono di parecchio (in certi casi, addirittura di secoli) posteriori al sec. V. Cfr. sul punto, da ultimo: S. BOSCHERINI, *La lingua delle XII Tavole*, in *Società e diritto nell'epoca decemvirale* (1988) 45 ss.

[16] Alludo, ad esempio, all'invecchiamento artificioso del linguaggio legislativo operato, per sua stessa ammissione, da Cicerone nel *de legibus* (di cui cfr. 2.7.18).

[17] V. *retro* nt. 8.

di fantasia nella trattazione di un caso, quello di Malleolo uccisore della della madre, che risulta dalla *periocha* di Livio essere realmente accaduto [18], e che, per essere stato trattato da Livio in un capitolo delle sue storie, dovette suscitare in giro non esiguo scalpore.

Dunque, le tre leggi (anzi, comprendendo la *lex cullei*, le quattro leggi) sono sostanzialmente affidabili: non si vede perché dovrebbero essere state inventate. A Cicerone e all'*Auctor ad Herennium*, che si riferiscono a leggi notoriamente vigenti ai loro tempi, non interessa precisare se si tratta di testi decemvirali, o di norme del costume [19], o di altro. Sta solo a noi stabilirlo, facendo capo ad altri riscontri obbiettivi, se ve ne sono.

Ebbene, in ordine alle due leggi sul *legare* del *paterfamilias* e sulla sua morte *intestatus*, i riscontri obbiettivi vi sono [20] e sono fin troppi: fin troppi nel senso che l'esistenza delle due norme non è solo ampiamente attestata, ma è trasfusa in formulazioni testuali, che si pongono in alternativa con le formule riferite da Cicerone e dall'*Auctor*. Per quanto riguarda il *legare*, abbiamo la scelta tra un *uti legassit super pecunia tutelave suae rei ita ius esto* [21], un *uti legassit suae rei ita ius esto* [22] e un *uti legassit quisque a sua re ita ius esto* [23]; per quanto riguarda la successione *ab intestato*, facciamo capo ad un testo riferito due volte: *si intestatus moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto; si adgnatus nec escit, gentiles familiam habento* [24]. Diversa la situazione della legge sul *furiosus*; in ordine ad essa manca ogni riscontro obbiettivo nelle fonti e vi è solo la certezza, dedotta da attestazioni indirette, che le XII tavole effettivamente subordinarono agli *adgnati* sia il *furiosus* sia il *prodigus* solennemente interdetto [25].

Già da molto tempo io ho sostenuto e difeso la tesi che, tra tutte le formulazioni di cui disponiamo delle due leggi in materia successoria,

[18] V. *retro* nt. 5.

[19] NARDI (nt. 2) 59 ss. sostiene convincentemente che la *lex cullei* fu la espressione fedele di un istituto sanzionato da *mores* antichissimi.

[20] Rinvio alla documentazione indicata in *FIRA*. I², relativamente ai nn. 3-5 della quinta tavola decemvirale: v. p. 37 ss.

[21] Paul. D. 50.16.53 pr.

[22] I. 2.22 pr., Pomp. D. 50.16.120.

[23] Nov. Iust. 22.2 pr.

[24] Coll. 16.4.1, Ulp. 26.1.

[25] V. i riferimenti bibliografici addotti in nota dai *FIRA*. Valga per tutti I. 1.23.2: *furiosi quoque et prodigi ... in curatione sunt agnatorum ex lege XII tabularum*.

la formulazione di Cicerone e dell'*Auctor ad Herennium* debba essere assunta come quella che piú fedelmente riflette, nel suo nucleo essenziale, cioè nel riferimento alla *familia pecuniaque*, la normazione decemvirale [26]. Registro con piacere che, sia pur cautamente, la mia opinione è stata di recente condivisa, con riferimento alla norma sul *legare*, da J. Gaudemet [27] e mi limito qui a ribadire l'argomento di base da me altre volte addotto: che la formula *familia pecuniaque*, inspiegabile per diritto classico, è invece consona ad altre formule del diritto arcaico, e particolarmente all'endiadi *familia pecuniaque* che figurava nella cosí detta *mancipatio familiae* [28]. Vedremo tra poco se e perché le due leggi riportate da Cicerone e dall'*Auctor ad Herennium* presentino delle lacune o delle abbreviazioni [29]: è sufficiente per ora aver messo in chiaro che il riferimento a *familia pecuniaque* presenta maggior grado di probabilità, ai fini della indicazione del patrimonio del *pater familias*, che non ogni altra espressione a noi pervenuta da fonti piú tarde.

Accertata la genuinità e l'alto grado di probabile rispondenza al testo decemvirale delle due leggi successorie, ne consegue la genuinità e l'alto grado di probabile rispondenza al testo decemvirale, salve lacune e abbreviazioni anche qui da accertare, della legge sul *furiosus*. Il che necessariamente implica che, se in questa legge si parla, oltre che di una *potestas in eo*, anche di una *potestas* sulla *pecunia* (sulla sola *pecunia*) del *furiosus*, alla potestà degli *agnati gentilesque* sfugge l'altro elemento del complesso *familia pecuniaque* facente capo al *paterfamilias* divenuto *furiosus*: sfugge l'elemento denominato *familia* [30].

[26] A. Guarino, *Rc.* a Lepri, *Saggi sulla terminologia e sulla nozione del patrimonio in diritto romano* 1 (1942), in *SDHI.* 10 (1944) 406 ss.; Id., *La « lex XII tabularum » e la « tutela »*, in *St. Solazzi* (1949), ora in *Le origini quiritarie* (1973) 237 ss., ma spec. 240 ss., 242 s.

[27] J. Gaudemet, « *Uti legassit* ... », *XII Tables* 5.3, in *Homm. Schilling* (1983) 109 ss.

[28] Cfr. Gai 2.104. Anche l'*actio familiae erciscundae* era, in realtà, un'*actio familiae pecuniaeque erciscundae*.

[29] Per vero, X. D'Ors, *Sobre XII Tab. V.7a*: « *Si furiosus escit* ... », in *AHDE.* 50 (1980) 799 ss., mette in dubbio addirittura l'uso di *furiosus* nella protasi *si furiosus escit* (che pure è confermata da Cic. *Tusc.* 3-5 ss.) e annuncia un piú approfondito studio in materia. Contro questa tesi, con argomentazione convincente: Diliberto (nt. 3) 22 ss.

[30] Mentre la *communis opinio* intende irragionevolmente la *pecunia* del *furiosus* come tutto il patrimonio del *furiosus* stesso, il Diliberto (nt. 3), *passim*, in parte seguendo la mia dimostrazione, perviene alla retta conclusione che la *pecunia* del *furiosus* era solo una parte del suo patrimonio e che la restante parte del patrimonio

4. — (B) Sono le tre leggi riportate da Cicerone e dall'*Auctor ad Herennium* (leggi che abbiamo accertato essere quelle piú vicine al testo originale delle *XII tabulae*) da accogliersi, sempre nella sostanza, cosí come risultano dai passi dei due retori, o vanno esse integrate, tutte o alcune, con qualche altra specificazione?

Il problema si pone, al concreto, relativamente a tre punti: la genericità della espressione *adgnatum gentiliumque* nelle tavole relative alla successione intestata ed al *furiosus*, la mancanza di un *cui suus heres nec escit* nella tavola relativa alla successione intestata, la mancanza di un *ast ei custos nec escit* nella tavola relativa al *furiosus*.

(*a*) La espressione *adgnatum gentiliumque*, che ricorre nella tavola sulla successione intestata ed in quella sulla *potestas in furioso*, è indubbiamente generica. Essa non esplica se vengano prima gli *adgnati* e poi, esauriti gli *adgnati*, i *gentiles*; meno ancora essa esplica se, entro la categoria degli *adgnati* ed entro quella dei *gentiles*, si verifichi o non si verifichi una graduazione, una *successio graduum* (dal piú vicino al piú lontano); assolutamente essa non esplica e non implica, quanto alla successione intestata, quello che in età classica era *ius receptum*, specificamente attribuito alla formula delle *XII tabulae*, e cioè che il solo agnato favorito dalla legge era l'*adgnatus proximus*, dopo di che si passava ai *gentiles* [31]. La prima difficoltà si può risolvere dando credito ad una opinione di Paolo, 59 *ed.*, secondo cui, *cum dicitur apud veteres « adgnatorum gentiliumque », pro separatione accipitur* [32], ma non cosí la seconda difficoltà e meno che mai la terza.

In una precedente occasione io ho scritto che « la variante può agevolmente spiegarsi con l'ipotesi della breviloquenza di Cicerone e dell'*Auct. ad Herennium*, quando anche non voglia pensarsi che la subor-

del *furiosus* era per l'appunto la *familia*. Senonché, a prescindere dal concetto (divergente dal mio) che egli ha di *pecunia*, il Diliberto non trae le conclusioni che traggo io dal silenzio della legge sulla *familia furiosi*, ma ipotizza che gli *agnati gentilesque* (gli stessi *agnati gentilesque*) esercitassero sulla *familia* un potere diverso, « sulla base di un diverso titolo, rispetto a quello potestativo (*ex lege*) previsto in tab. 5.7 » (cfr. p. 101 ss.). Sul punto v. *infra* n. 5.

[31] Cosí, espressamente, le formule accolte dalle ricostruzioni correnti delle Dodici tavole: *adgnatus proximus familiam habeto*; *si adgnatus nec escit, gentiles familiam habento*.

[32] D. 50.16.53 pr. L. *Paul.* 721 nt. 1 non sa stabilire a quale previsione dell'editto si riferisca il passo: passo che il Solazzi (v. *Index itp.*) ritiene interpolato, ma che, a mio avviso, è di genuinità garantita dal riferimento ai *veteres*.

dinazione dei *gentiles* agli *adgnati* e la limitazione all'*adgnatus proximus* siano venute in essere nella giurisprudenza posteriore »[33]. Oggi confermo la prima spiegazione, osservando che nel caso di Malleolo aspirava concretamente all'eredità un *adgnatus*, il quale, secondo la precisazione dell'*Auctor ad Herennium*, era il fratello minore del parricida, cioè il suo *adgnatus proximus*: quindi bastava ed avanzava la dizione generica *adgnatum gentiliumque*. Tuttavia, molto meno dubitativamente di una volta, oggi io mi domando se *adgnatum gentiliumque* (espressione, secondo Paolo, tanto diffusa tra i *veteres iurisconsulti* dell'età repubblicana) non fosse proprio la vera formulazione delle *XII tabulae*: una formulazione generica, di cui anche nelle versioni posteriori (in quelle cioè che specificano il riferimento degli *adgnati* al solo *adgnatus proximus*) rimane traccia per lo meno riguardo ai *gentiles*. E a conforto del mio dubbio segnalo due possibilità: da un lato, che, in questo come in altri casi, le Dodici tavole si espressero genericamente, in quanto facevano riferimento, per le specificazioni relative, alle concezioni ed agli usi correnti nei loro tempi[34]; dall'altro lato, che alla limitazione successoria degli *adgnati* al solo *proximus adgnatus* addivenne, anche qui come in altri casi, la *interpretatio* esercitata dalla giurisprudenza posteriore[35]. Lascio, pertanto, il problema aperto.

(*b*) Quale che sia il significato da attribuire, nella legge decemvirale relativa alla successione intestata, alla clausola *cui suus heres nec*

[33] GUARINO, *La « lex »* (nt. 26) 243 nt. 34.

[34] La subordinazione dei *gentiles* agli *adgnati* era, ad esempio, implicata dal fatto che solo i patrizi avevano *gentiles*, mentre per tutti i soggetti giuridici (patrizi e plebei) valeva (e prevaleva) la regola della successione degli *adgnati*. Quanto ai *gradus adgnationis* (ed alla eventuale loro limitazione ad un certo margine estremo), erano gli usi ad avere valore al riguardo.

[35] Basti pensare al lavoro interpretativo che la giurisprudenza pontificale e laica hanno svolto in ordine alla legge (*tab.* 4.2 *b*): *si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto* (con la limitazione, ad esempio, delle tre vendite al solo figlio maschio di primo grado). Certo i motivi per cui la successione degli *adgnati* sarebbe stata limitata dalla giurisprudenza postdecemvirale all'*adgnatus proximus* non sono facili da individuare; ma, se ben si guarda, non piú facili da individuare sono i motivi per cui le *XII tabulae*, se fu già loro la limitazione all'*adgnatus proximus*, sancirono la limitazione stessa. Se poi si ammette, come ho sostenuto e tuttora sostengo, che l'istituto della *tutela* non discende da una legge *ad hoc* delle Dodici tavole, ma proviene dalla stessa legge relativa alla successione ereditaria, e se si tiene presente che la *tutela legitima* non spettava al solo *adgnatus proximus*, ma incombeva su tutti gli agnati (in ordine di grado) del pupillo, ci si rafforza nella supposizione che il testo originario delle *XII tabulae* parlasse genericamente di *adgnati gentilesque*.

escit [36], non mi pare possa esservi dubbio che questa clausola, anche se espressa con altre parole, nella legge doveva figurare. La lacuna, nel testo riportato da Cicerone e dall'*Auctor ad Herennium*, è innegabile. Tuttavia, come ho già detto altra volta [37], essa è giustificata dalla specificità del caso trattato dai due retori: caso relativo ad un personaggio (Malleolo), la cui eredità *ab intestato* viene richiesta da un *adgnatus* (il fratello minore) e che, pertanto, sicuramente è privo di figli. Dunque, nessuna difficoltà al riguardo. Le parole *cui suus heres nec escit* (o parole corrispondenti a questo concetto) figuravano nel versetto originale delle *XII tabulae*.

(*c*) La *communis opinio* ritiene che nel versetto sul *furiosus* ci stia bene, come seconda protasi (dopo il *si furiosus est* o *escit*), la frase *ast ei custos nec escit*, che si trova attribuita alle Dodici tavole, senza però altra piú specifica indicazione, da un passo di Festo (L. 158) relativo al significato di *nec*: pertanto la *potestas in eo pecuniaque eius* degli *adgnati gentilesque* sul *furiosus* avrebbe avuto applicazione solo in mancanza di un *custos*. Contro questa arbitraria ipotesi mi sono schierato io [38] e si schiera oggi, sulle mie tracce, il Nardi [39], sostenendo, fra l'altro, che il personaggio del *custos furiosi*, diverso dagli *adgnati gentilesque*, non si capisce chi mai potesse essere: non era il *paterfamilias*, non era il *tutor*, non era il *suus heres*. La mia tesi non ha convinto però il Diliberto [40], il quale, a prescindere da una considerazione di carattere metrico su cui è meglio sorvolare [41], mi oppone che non è poi incredibile

[36] Da ultimo, contro la *communis opinio*: A. MAGDELAIN, *Les mots « legare » et « heres » dans la loi des XII Tables*, in *Homm. Schilling* (1983) 159 ss., sulla cui tesi non mi pronuncio (v., comunque, A. GUARINO, in *Labeo* 29 [1983] 357).

[37] GUARINO, *Rc.* a LEPRI (nt. 26) 407 ss.; ID., *La « lex »* (nt. 26) 243.

[38] A. GUARINO, *« Ast ei custos nec escit »* (1944), oggi in *Le origini quiritarie* (1973) 258 s. Tengo a chiarire che ivi, 261 nt. 17 e 18, ho rinunciato alla possibilità di valermi, come argomento, del silenzio di Cicerone e dell'*Auctor ad Herennium* circa la clausola *ast ei custos nec escit*.

[39] NARDI (nt. 12) 70 s. Ivi, nt. 11, la convincente contestazione della tesi per cui la clausola si sarebbe riferita alla situazione del *furiosus* che avesse commesso un *crimen*.

[40] DILIBERTO (nt. 3) 5 ss., 12 ss., 19 ss.

[41] L'argomento (desunto da S. TONDO, *Il consorzio domestico nella Roma antica*, in *Atti Colombaria* 40 [1975] 160) è che sul piano ritmico il versetto *si furiosus escit rell.* suonerebbe molto meglio, se integrato dall'inciso *ast ei custos nec escit*: cfr. p. 11. Ora, può anche darsi che il versetto suonerebbe meglio (sul punto non intendo pronunciarmi), ma, stando allo stesso modo di ragionare, è giocoforza ritenere che, con la stessa integrazione, suonerebbe meglio anche il testo di Cicerone

che le Dodici tavole abbiano voluto precisare che l'intervento degli *adgnati gentilesque* era subordinato alla mancanza di una diversa forma di signoria sul *furiosus*, e in particolare alla mancanza di un *paterfamilias*, o di un *tutor* (*impuberis* o *mulieris*), o di altri imprecisati sovrintendenti [42]. Al che io replico, o meglio torno a replicare, che le *XII tabulae* possono ben avere inserito, a scanso di ogni equivoco, anche questa inutile (ripeto: inutile) precisazione: senonché è il fatto incontestabile di non trovarla al suo posto, nel testo riferito da Cicerone e dall'*Auctor ad Herennium*, a legittimare la tesi (valevole sino a prova contraria) che la precisazione *ast ei custos nec escit* nel testo decemvirale non vi fosse.

5. — (C) Quale è il senso piú attendibile, sempre in rapporto alle *XII tabulae*, delle tre leggi sopra ricostruite?

A questo punto, se volessi rispondere compiutamente alla domanda, dovrei fare un discorso piuttosto lungo, che sarebbe, peraltro, al novanta per cento, ripetitivo rispetto a quanto ho già scritto in precedenti occasioni (e argomentando proprio dalle leggi dianzi ricostruite) in materia di successione (testata e intestata), di *tutela* (*impuberum* e *mulierum*) e di *cura* (*furiosi* e *prodigi*) [43]. Non lo farò. Mi limiterò quindi

e dell'*Auctor*. Possibile, ciò posto, che Cicerone e l'*Auctor*, certo non meno sensibili alle esigenze ritmico-strutturali del latino di quanto può esserlo un distinto linguista moderno, abbiano tanto leggermente amputato il versetto decemvirale?

[42] Nello scritto cit. *retro* nt. 38, p. 261 s., io ho tratto argomento per la mia tesi da D. 26.1.3 pr. (Ulp. 37 *Sab.*), ove si riporta una *sententia* di Q. Mucio, approvata da Giuliano e diventata *ius receptum*, secondo cui il pupillo e la pupilla rimangono sotto tutela (e non passano sotto il *curator furiosi*), se *furere coeperint*: dato che Q. Mucio, giurista certamente aggiornato, non si richiamava alla clausola *ast ei custos nec escit*, per poter escludere la *cura furiosi* quando già vi fosse la *tutela*, io ho pensato che quella clausola egli non la conosceva. Il DILIBERTO (nt. 3) 15 ss., mi oppone che « sull'interpretazione del testo decemvirale vi doveva essere un dibattito giurisprudenziale » e che Q. Mucio parlava di *tutela impuberum*, non della *tutela mulierum*, in ordine alla quale si affermarono soluzioni diverse da quelle da lui prospettate (prevalenza della *cura* sulla *tutela* della *furiosa*). Ma, se « il dubbio risolto da Quinto Mucio ... poteva forse riferirsi proprio all'interpretazione del termine *custos* », a maggior ragione Q. Mucio avrebbe dovuto richiamare espressamente la pretesa clausola *ast ei custos nec escit* per sostenere che, nell'ipotesi dell'impubere diventato pazzo, il *custos*, cioè il tutore, prevale sugli *adgnati gentilesque*.

[43] V. i miei scritti citati *retro* nt. 26 e 38. Adde: A. GUARINO, *Il « furiosus » e il « prodigus » nelle « XII tabulae »* (1940), in *Le origini quiritarie* (1973) 244 ss.; ID., *« Sui » e « adgnati » nelle « XII tabulae »* (1949), *ibid.* 254 ss. Su tutto, rimando ad A. GUARINO, *Diritto privato romano*[8] (1988) *passim*. V. anche *retro* nt. 27 e 36.

solo a quanto possa ancora aver rapporto col caso di Publicio Malleolo, trattato da Cicerone e dall'*Auctor ad Herennium*. E mi domanderò, piú precisamente: come mai i due retori, al fine di porre il difficile problema [44] se un condannato alla *poena cullei* avesse o non avesse la *testamenti factio* attiva, sono andati a richiamare proprio la *lex* sulla *potestas in furioso pecuniaque eius*? Quale peculiare analogia era eventualmente (non sicuramente, comunque) ravvisabile tra la situazione del *furiosus* e quella del condannato alla pena del sacco?

In proposito mi sembrano perspicaci, anche se non tutte accoglibili, le considerazioni svolte dallo Zuccotti [45]. Il quale, in primo luogo dimostra che il *furor*, nel senso arcaico del termine (e quindi anche nel senso che il termine aveva nelle *XII tabulae*), era una forma tutta particolare e particolarmente intensa ed evidente di follia, concepita come una sorta di *consecratio* irreversibile dell'invasato alla divinità [46], mentre in secondo luogo sostiene che il parricidio era assimilabile al *furor* sotto la specie dell'empietà dell'azione e appunto perciò comportava l'esclusione del reo dalla categoria degli umani, con conseguente sua incapacità a fare testamento [47]. Lieto del conforto dato con ciò alla mia tesi, ingiustamente contestata dal Diliberto [48], secondo cui il *furiosus* delle XII ta-

[44] Problema, si ricordi, che essi si astengono dal risolvere: v. *retro* n. 1 e nt. 14.

[45] ZUCCOTTI (nt. 4) specialm. 238 ss.

[46] ZUCCOTTI (nt. 4) 243 ss. e 254 s. e nt. 52 (ove contesta al Diliberto l'idea che il *furor* non sia stato mai concepito come inguaribile).

[47] ZUCCOTTI (nt. 4) 254, 256 ss., 260 ss., giungendo a dire (p. 261 s.), sull'autorità del Bayet, che « la soluzione che l'*Auctor ad Herennium* e Cicerone risultano... suggerire è quella di verificare se la *nuncupatio* di Malleolo, che giunge ovattata da una *facies* che il *lupinus folliculus* dovrebbe rendere quella di un essere ctonico e non piú umana, costituisca, da un punto di vista giuridico, un testamento quale quello preso in considerazione dalla norma decemvirale (*tab.* V.3) ».

[48] DILIBERTO (nt. 3) 33 ss., il quale, dopo aver ammesso anch'egli che in età arcaica il *furor* era probabilmente considerato uno stato di possessione divina (p. 27 ss.), si richiama all'autorità dello HILLMAN, *An Essay in Pan* (1972, tr. ital. 1977) 127, per affermare che « il dio che porta la pazzia può anche liberarci da essa: il simile cura il simile » e cita a conferma alcuni passi delle commedie di Plauto (passi nei quali non ricorre però mai il termine *furor*). Siccome io ho parlato solo di *furor*, e, per il *furor*, di pazzia « praticamente » inguaribile (cfr. GUARINO, *Il « furiosus »* [nt. 43] 244 ss.), non contesto, ovviamente, che la normale insania potesse esere curata e guarita, né escludo che, a volte, si sia verificato, agli occhi dei Romani piú antichi, il miracolo di un pazzo furioso riportato in sanità dall'intervento divino: io mi rifiuto di credere che, nella concezione piú antica e semplicistica riflessa dalle *XII tabulae*, il *paterfamilias* « pazzo da legare », assolutamente incapace di provvedere alla guida della sua famiglia (e della sua *pecunia*), sia stato

vole (e del richiamo alle stesse fatte da Cicerone e dall'*Auctor ad Herennium*) era il folle ritenuto praticamente inguaribile [49], io sarei ancora piú lieto di accogliere *in toto* anche quanto lo Zuccotti sostiene in ordine all'« inumanità » del parricida, se non mi angustiasse questa difficoltà: che, per sostenere la mancanza di *testamenti factio* attiva del parricida, cosí come lo Zuccotti lo concepisce [50], non occorreva prospettare l'analogia di lui col *furiosus*, ma bastava sostenere in presa diretta la sua qualità di non soggetto, equiparabile ad un *monstrum vel prodigium*. I due retori, secondo me, hanno portato in discorso la *lex furiosi* non per prospettare l'eventuale analogia tra parricida e *furiosus*, alla quale è dubbio che abbiano pensato, ma per prospettare una cosa alquanto diversa: la possibile analogia tra la condizione giuridica del *furiosus* conclamato tale (epperò sottoposto alla *potestas* degli *adgnati gentilesque*) e la condizione giuridica del parricida giudicato tale (epperò in attesa della *poena cullei*).

Non sarà mai ripetuto abbastanza che siamo qui nel campo delle supposizioni: supposizione è, pertanto, anche questa mia. Il parricida riconosciuto e giudicato tale non è piú soltanto quello che è stato, sul piano religioso, sin dal momento del compimento della sua azione, cioè un essere maledetto dagli dei. Egli è forse, sul piano giuridico, qualcosa di altro: un personaggio che, avendo leso l'unità e la dignità della sua

considerato in condizione di attesa della improbabile guarigione. Come il *captus ab hoste*, era considerato *ab antiquo* non piú libero e cittadino (salvo riacquisto della sua situazione giuridica, *iure postliminii*, in caso di ritorno in patria), cosí era considerato non piú soggetto giuridico il *furiosus*: per il quale non è attestata una sorta di *ius postliminii*, ma è sicuro, in cambio, che in età postdecemvirale si verificò progressivamente una forte attenuazione del regime relativo, sino al punto da ritenerlo soggetto giuridico *insanus*, cioè eventualmente guaribile.

[49] Il DILIBERTO (nt. 3) 38 ss., si appella contro di me anche ad Ulp. 1 *ad Sab.* D. 27.10.1 pr., ove è detto che *hodie* il *prodigus* e il *furiosus* rimangono *in curatione* sin tanto che riacquistino, rispettivamente, i *sani mores* e la *sanitas*: *quod si evenerit, ipso iure desinunt esse in potestate curatorum.* A prescindere da ogni considerazione sulla dubbia genuinità del passo (v., per la letteratura relativa, DILIBERTO 38 nt. 107), mi limito qui a replicare che quanto dice Ulpiano vale *hodie*, cioè ai tempi di Ulpiano o, se si vuole, di Sabino commentato da Ulpiano: il che nessuno contesta. Ribattere che il testo parla di *potestas* dei curatori e deriva forse direttamente da Sabino, sicché « sembra riferirsi ad una tradizione civilistica antica », significa implicare che Sabino, nel sec. I d.C., abbia gabellato per valevole ai suoi tempi ciò che valeva cinque secoli prima.

[50] Cfr. ZUCCOTTI (nt. 4) 261, che giunge a definire il parricida una sorta di « *nefas* vivente »: affermazione forse alquanto esagerata.

familia, è da ritenere privo della potestà di esserne il capo [51] e che, per conseguenza, manca della *testamenti factio* attiva. Questo, ritengo, il dubbio, che si sono posti Cicerone e l'*Auctor ad Herennium*. I quali si sono perciò domandati se al condannato alla *poena cullei* non sia applicabile per analogia la legge delle Dodici tavole sul *furiosus*: personaggio a sua volta privo di potestà sulla *familia*, cioè non piú soggetto giuridico, non piú capace di fare testamento.

Se questa congettura è attendibile, ecco profilarsi un altro indizio del buon fondamento di una ipotesi alla cui formulazione sono giunto, in passato [52], per tutt'altra via. Le *XII tabulae* nulla disposero in ordine alla *familia* del *furiosus* (inteso, ripeto, come pazzo evidente e praticamente inguaribile), perché era scontatissima tradizione che egli, alla stessa guisa di un *captus ab hoste*, perdesse la situazione giuridica di *paterfamilias* e perché era, quindi, incontestato che il suo patrimonio si aprisse alla successione, a cominciare da quella dei *sui heredes* [23]. Le *XII*

[51] Ciò vale sia nell'ipotesi di un *filius* che ha ucciso il *paterfamilias* (e vuol subentrare al suo posto), sia nell'ipotesi di un figlio che sia già *paterfamilias* e che abbia ucciso la madre (il caso di Malleolo).

[52] GUARINO, *Il «furiosus»* (nt. 43) spec. 251 s.

[53] Mi spiace di dovermi, in questo articolo, scontrare spesso con uno studioso diligente come il DILIBERTO (nt. 3), ma non posso fare a meno di osservare che, se non sono io a vedere male, la sua ipotesi (già accennata *retro* nt. 30) sulle sorti della *familia* del *furiosus* assolutamente non regge. Secondo il DILIBERTO 98 ss., in ordine alla *familia* del *furiosus* non si verificava una successione ereditaria, né definitiva (come sostengo io), né tanto meno provvisoria e reversibile (come sostengono, poco credibilmente, altri autori), ma si apriva, non prevista (si noti) da nessuna particolare legge, una gestione conservativa affidata agli stessi *adgnati gentilesque*: pertanto costoro ben potevano porre in essere «le normali operazioni gestorie relative al patrimonio del *furiosus*» (ciò perché titolari della *potestas in pecunia eius*), ma è pensabile che «non potessero mancipare le *res* (sc. *mancipi*) *furiosi*». La conseguenza piú singolare di questa costruzione, riguarda i *filii* del folle, dei quali il Diliberto (102) pensa che, «pur non diventando *sui iuris* sino alla morte del proprio *pater*, non venissero nemmeno attratti sotto la *potestas* degli *adgnati* insieme alla persona del *furiosus*»: che fossero, dunque, tuttora e sempre *filii in potestate*, ma *filii* privi di un esercente la *patria potestas* su loro, e cioè esenti da subordinazione a disciplina domestica (per esempio, da subordinazione al *ius vendendi*, al *ius noxae dandi*, al *ius vitae ac necis*), impossibilitati ad essere emancipati e (specie le femmine) a sposarsi, allevati e nutriti non si sa da chi ecc. Né vale appellarsi, per sorreggere questa teoria, alla situazione del *captus ab hostibus* (v. 103 ss.): infatti quando il cittadino romano era catturato dal nemico e perdeva perciò la capacità giuridica (v. *retro* nt. 48), sul suo patrimonio la successione si apriva, i figli di primo grado diventavano *sui iuris* ecc., e il successivo *postliminium*, se e

tabulae intervennero su questo regime tradizionale al solo scopo di stabilire che la persona fisica del *furiosus* (il quale, a differenza del *captus ab hoste*, era ben vivo e presente in Roma) cadesse in ogni caso sotto la *potestas* degli *adgnati gentilesque* [54] e che a questi spettasse, per compenso dell'onere assunto, la *pecunia* di sua pertinenza [55-56].

in quanto aveva luogo implicava il ripristino della sua perduta (o, secondo alcuni, con riferimento ad età piú avanzata, sospesa) situazione di *paterfamilias* (v. per tutti: L. AMIRANTE, sv. *Postliminio* [*dir. rom.*], in *NNDI.* [1968] 430 ss.). Come sappiamo, anche nella legge relativa alla successione intestata le XII tavole non disponevano che in primo luogo venissero i *sui heredes*: questo era un principio tradizionale del tutto ovvio. La previsione della legge decemvirale è relativa all'ipotesi che *suus heres nec escit*.

[54] In mancanza di che, il *furiosus* sarebbe stato abbandonato a se stesso.

[55] Per me è evidente che la *pecunia* era costituita dalle *res nec mancipi*. Non cosí per il DILIBERTO (nt. 3) 49 ss., il quale sviluppa una sua propria teoria. A me è comunque sufficiente, in questa sede, prendere atto che anche per il Diliberto la *pecunia* era la « non *familia* » (v. *retro* nt. 30).

[56] Aggiunta alla nt. 13. Sui passi di Cicerone e dell'*Auctor ad Herennium* v. altresí le considerazioni di O. DILIBERTO, *Il testamento del matricida*, in *SUC.* 52 (1988) 177 ss. (articolo che ho ricevuto in estratto, per cortesia dell'autore, dopo la composizione tipografica delle presenti note).

IL « FURTUM » NELLE « XII TABULAE »

1. L'« ENDOPLORATIO ».

1. A prescindere dalla abbondante letteratura anteriore [1], sulla quale sorvolo, nel giro degli ultimi cinquant'anni il tema dell'« *endoploratio* » (vocabolo qui costruito per ragioni di comodo sulla base del verbo *endoplorare*) è stato trattato e ritrattato piú volte attraverso alcuni saggi, tra i quali spiccano, a mio avviso, i due seguenti: quello dotto e profondo pubblicato da F. Wieacker nel 1944 e quello sobrio ed elegante dato alle stampe da A. Corbino nel 1993.

Privo della voglia, oltre che della capacità, di prendere posizione su ogni particolare dell'argomento (anche perché ciò implicherebbe, almeno a mio avviso, la necessità di affrontare tutto intero il problema del regime decemvirale del *furtum manifestum* e di quello *nec manifestum*), mi limito in questa sede a delibare due punti: *a*) se l'*endoploratio* del derubato fosse richiesta come esimente dell'omicidio in persona del ladro anche nel caso del *furtum nocturnum*, oltre che in quello del ladro diurno *qui se telo defendit*; *b*) se essa consistesse in una chiamata a testimoni dei vicini e passanti avente lo scopo di garantire la pubblicità dell'azione omicida del derubato.

2. Prima di tutto occorre chiedersi in che cosa si materiasse l'*endoploratio*.

La risposta ci viene data da un noto frammento di Festo (sv. « *Endoplorato* » L. 67):

Endoplorato implorato, quod est cum quaestione inclamare, implorare namque est cum fletu rogare, quod est proprie vapulantis.

* Inedito.

[1] Letteratura in GUARINO, *DPR.*[9] (1992) nt. 96.3.1. In particolare, con ulteriore bibliografia: F. WIEACKER, « *Endoplorare* ». *Diebstahlsverfolgung und Geräft im altrömischen Recht*, in *Fs. Wenger* 1 (1944) 129 ss.; A. CORBINO, « *Si nox furtum faxit, si im occisit, iure caesus esto* », in *Il probl. della pena criminale tra filosofia greca e dir. romano* (1993) 243 ss.

Questo implorare, questo *inclamare cum quaestione* (cioè a titolo di richiesta), questo *rogare cum fletu* (cioè con toni emozionali), questo comportamento proprio di un *vapulans*, cioè di una persona che subisce un torto, viene solitamente interpretato come un « accorr'uomo », come una richiesta di presenza e di aiuto rivolta a terzi. Ciò sulla base di un passo di Cicerone (*pro Tull.* 21.50), nel quale l'*endoplorare* delle XII Tavole è presentato come un *conclamare*, « *ut aliqui audiant et conveniant* ». Senonché « chiamare in aiuto » non significa ottenere che altri (siano molti o siano pochi) accorrano davvero per dare una mano, o quanto meno per assistere a quel che succede. Nulla esclude che manchino del tutto persone vicine in grado di udire l'appello, oppure che queste persone vi siano ma obbediscano alla pigrizia o alla prudenza per non muoversi dal luogo in cui si trovano, se non addirittura per allontanarsene a scanso di guai.

Un punto su cui non si è riflettuto abbastanza è, insomma, che l'imperativo « *endoplorato* » non vuole e non può significare che qualcuno debba assolutamente essere presente sul posto da cui è partita la richiesta di aiuto o di testimonianza. Lo stesso Cicerone (il quale si riferisce al solo caso di *qui se telo defendit*) non dice che il ladro possa essere ucciso dal derubato a condizione che gli *aliqui audiant et conveniant*, non implica cioè che qualche terzo debba essere realmente accorso alla chiamata prima che il derubato passi ad uccidere il ladro.

3. Se la mia banalissima constatazione è esatta, passiamo a rileggere senza paraocchi *XII tab.* VIII.12 e 13, nella ricostruzione corrente (alla quale mi rimetto) accolta dai *FIRA*. Eccole:

VIII.12: *Si nox furtum faxit, si im occisit, iure caesus esto.*

VIII.13: *luci . . . si se telo defendit . . . endoqueplorato.*

Come si vede, per l'uccisione del ladro notturno la previa *endoploratio* non è richiesta. È richiesta soltanto per l'uccisione del ladro diurno, se ed in quanto faccia uso delle armi per sottrarsi alla cattura da parte del derubato.

È vero che un testo di Gaio (7 *ed. prov.* D. 9.2.4.1) afferma che la legge decemvirale autorizzava l'uccisione del ladro, sia nella prima sia nella seconda ipotesi, « *ut tamen id ipsum cum clamore testificetur* », ma non vi è bisogno di congetturare, come alcuni hanno fatto, l'interpolazione postclassica del dettato gaiano per eliminare la contraddizione con la *tab.* VIII.12. La distanza di tempo e di mentalità tra le tavole decemvirali e Gaio è una distanza già talmente grande da legittimare la congettura che sia stato proprio Gaio (sulle tracce, in parte, di Cicerone) a cadere nell'equivoco, e piú precisamente a confondere la *endoploratio*

(divenuta ormai concetto alquanto oscuro) con l'esigenza per il derubato di provare testimonialmente in modo incontestabile (« *clamore testari* ») che il suo omicidio è giustificato dal fatto che l'ucciso ha operato (o tentato) un furto nelle dodici ore della notte oppure di giorno, ma con ricorso ad armi proprie o improprie (cfr. Gai. D. 47.2.55[54].2).

Dell'esigenza della prova i decemviri, qui come altrove, avevano piú che spiegabilmente taciuto: sia perché era ovvio che il derubato potesse essere assolto dall'imputazione di omicidio solo dando prova testimoniale della legittimità del suo agire, sia perché il *furtum* di cui essi si occupavano era per definizione « *manifestum* », cioè, chiaro, palese, flagrante. L'*endoploratio* era un'altra cosa dal « *clamore testari* » ed era anch'essa da provare con testimoni, non meno del furto notturno o diurno e del « *se telo defendere* » posto in atto dal ladro diurno.

Si intuisce allora in che l'*endoploratio* consistesse nella *tab.* VIII.13. Essa consisteva nell'esigenza che, in caso di furto diurno, il derubato, prima di dare addosso al ladro (pronto a ricorrere a sua volta alle armi), si rivolgesse direttamente a lui, ed a lui soltanto, per implorarlo di desistere dalla sua azione e di non fargli torto: comportamento, « *quod est proprie vapulantis* ».

Che a tutto ciò assistessero, piú o meno numerosi, testimoni oculari e auricolari, era « *in re ipsa* ». In un'epoca nella quale non vi era nemmeno l'idea delle impronte digitali, della fotografia, dei microfoni e di altri perfezionati marchingegni moderni, i casi erano due: o vi erano testimoni del furto, e allora esso era manifesto, e provata era altresí la legittimità della reazione del derubato; o i testimoni non vi erano, e allora il derubato doveva limitare la sua reazione fisica a non piú di qualche pugno e sperare, in caso di insuccesso, in un'*actio furti nec manifesti.*

4. Serviva l'*endoploratio* anche a salvare l'anima del derubato, mediante connesso sacrificio di purificazione, dal peccato di omicidio?

Il Corbino lo ha sottilmente congetturato, partendo peraltro dalla premessa che l'*endoploratio* fosse richiesta dai decemviri anche nella fattispecie del *furtum nocturnum*, cioè in ambo i casi di reazione tendenzialmente omicida del derubato. Posto che la premessa, stando a quanto ho sostenuto dianzi, non sia esatta, la congettura perde alquanto della sua consistenza.

Ad ogni modo, non saprei pronunciarmi con un minimo di sicurezza in ordine all'ipotesi che i decemviri si siano preoccupati anche di questo risvolto religioso. E aggiungerei che, se pure è vero che una vetusta *lex Numae* prescriveva il sacrificio di un ariete « *pro capite oc-*

cisi agnatis eius in contione », la legge riguardava solo l'ipotesi « *si quis imprudens occidisset hominem* » (cfr. Serv. *in Verg. ecl.* 4.43 = *FIRA.* Numa 17). Ora, poteva essere ritenuto « *imprudens* » (cioè incauto, sconsiderato, dissennato e via dicendo) colui il quale al *fur manifestus* pronto a far uso delle armi avesse rivolto in esplicito la preventiva diffida, anzi preghiera, anzi supplichevole implorazione, insomma l'*endoploratio*, di volersi astenere dall'insistere? Non so.

2. Il « fur nec manifestus ».

1. Ugo Betti (1882-1953), fratello del nostro grande Emilio, ha acquistato meritatissima fama come poeta e come drammaturgo, ma non tutti sanno che egli era un magistrato e che l'impegno e la delicatezza di questa sua funzione, esercitata sempre col massimo scrupolo, hanno profondamente influito sulla sua attività letteraria. Vi sono di lui, tra gli altri, due drammi molto belli, che attengono appunto, ed esplicitamente, all'attività giudiziaria: l'uno dal titolo *Frana allo Scalo Nord* (1936), l'altro dal titolo *Corruzione al Palazzo di Giustizia* (1949). Due drammi in cui l'autore ha fatto talvolta consciamente prevalere, malgrado la sua professione e la sua competenza tecnica, le istanze della visione poetica sull'esigenza dell'esattezza giuridica.

La notazione che precede (alla quale potrei facilmente aggiungerne mille altre) ha influito non poco sulla mia grande diffidenza, ai fini della ricostruzione del diritto romano, verso le cosí dette fonti letterarie, specie se provenienti (come tutte, del resto, per quanto sappiamo, provengono) da autori non specializzati in materia giuridica. E non parliamo poi delle commedie di Plauto. Ovviamente, non pongo affatto in discussione che esse possano e debbano essere utilizzate dai giusromanisti insieme a tutto quanto ci proviene dall'antichità romana, ma escluderei, anzi escludo nel piú convinto dei modi che a quelle vicende sceniche possano addirittura collegarsi capovolgimenti di notizie, sia pure vaghe e indiziarie, provenienti da fonti strettamente giuridiche. Né ritengo che le commedie plautine siano in alcun modo tali da prevalere, se non vi sono forti ragioni a sostegno, su quanto, vivaddio, suggerisce il buon senso. Nelle quali idee mi trovo, del resto, in buona compagnia.

Ciò premesso, sono lieto che un recente autore, prendendo ancora una volta in esame lo spinoso problema della repressione decemvirale del

* In *Labeo* 38 (1992) 326 ss.

furto non flagrante, abbia escogitato al riguardo una nuova ed originale teoria [1]. La prova di impegno e di fantasia è fuor di dubbio. Dubbio è, peraltro, che l'ipotesi sia accoglibile solo perché ad essa sembrano offrire qualche appoggio talune situazioni e battute messe in iscena da Plauto.

2. Per parlare alla spiccia, la nuova teoria è la seguente.

Non sarebbe vero che le XII tavole stabilirono, come si usa desumere da Gaio (3.190) e da altre fonti, che il *fur nec manifestus*, cioè non colto in evidenza di commissione dell'illecito, fosse da portare in giudizio di cognizione per essere condannato, a seguito del vittorioso esperimento di una (*legis*) *actio in personam*, al pagamento di una *poena dupli*, e per essere solo successivamente deferito, qualora non pagasse la pena, alla (*legis*) *actio per manus iniectionem*, quindi all'*addictio* in favore del derubato, ai tre mercati eccetera eccetera. Anche nei suoi riguardi si sarebbe esercitata una (*legis*) *actio per manus iniectionem* (comportante al piú una sommaria verifica del suo comportamento), salvo che egli, a differenza del *fur manifestus*, avrebbe avuto il diritto di sottrarsi all'*addictio*, purché si fosse sobbarcato preventivamente all'onere di pagare il doppio del valore della cosa rubata. In questo senso andrebbe intesa la *tab.* VIII.16, cosí come congetturalmente ricostruita sulla scorta di Festo (sv. « *nec* », L. 158) e di Ulp. D. 4.4.9.2: « *Si adorat furto, quod nec manifestus erit, duplione damnum decidito* ».

Bene. Mettiamo che il *Poenulus* di Plauto (commedia nella quale si parla, da notare, del furto di 300 « *philippi* ») si riferisca al diritto di Roma e non, come alcuni hanno sostenuto, al diritto attico. Che cosa vi si legge di tanto significativo?

Vi si legge di un tale (*Agorastocles*) che, per mettere nei guai un talaltro (*Lycus*), gli manda in casa uno schiavo (*Collybiscus*) a offrirgli una borsa di 300 filippi nella veste di finto aspirante ai favori di una prostituta della sua pensione d'amore. Il ruffiano, manco a dirlo, è pronto ad incamerare di buon grado i filippi contro la prestazione richiesta, ma ecco sopravvenire davanti alla sua casa (cioè sul proscenio) Agorastocle ad affermare che lo schiavo ed i soldi sono suoi, che il ruffiano altro non è se non un ladro, anzi manifestamente un ladro dei suoi filippi (v. 785:

[1] Sul tema, da ultimo: R. La Rosa, *La repressione del « furtum » in età arcaica, « Manus iniectio » e « duplione damnum decidere »* (1990), con bibliografia. V. anche A. Guarino, *Giusromanistica elementare* (1989) 208 ss., spec. 250 ss. Sul *furtum manifestum*, oltre la letteratura citata in A. Guarino, *DPR.*[9] (1992) nt. 96.3.1, da ultimo: M. Balzarini, *Il furto manifesto tra pena pubblica e privata*, in *ACOP.* 5 (1992) 49 ss.

« *Manifesto fur es* »), che egli ha sotto mano degli *advocati* disposti ad entrare nella pensione e a ritrovarvi il suo schiavo con relativa borsa (cfr. 7.796 s.). Il ruffiano, rendendosi conto di essere esposto al rischio di una *addictio* pretoria a favore di Agorastocle, gli propone, a titolo di accomodamento, di darglisi spontaneamente in *addictio* extragiudiziale sino all'indomani, affinché possa avere frattanto il modo di raggranellare mediante un'asta il *simplum* dei 300 filippi, di cui lo prega di accontentarsi: « *Quin egomet tibi me addico; praetore opust? / verum opsecro te ut liceat simplum solvere / trecentos Philippos; credo conradi potest. / cras auctionem faciam* » (v. 1362-1365).

La faccenda è divertente, ma razionale non è, né del resto vuol esserlo: « *Multa verba fecimus; / malum postremo omne ad lenonem reccidit. / . . . plausum postulat comoedia* » (v. 1369-1371), dice giocondamente Agorastocle rivolto al pubblico. E infatti, da che mai risulta che il lenone, per avere accettato i filippi offertigli da Collibisco, sia concepibile come ladro dei medesimi? E che senso hanno le invettive di Agorastocle nei confronti di Lyco, fuori che di mettergli addosso una grande paura, ora accusandolo di essere *manifesto* un ladro, ora minacciando una perquisizione in casa da parte di terzi (chi sa perché, non una propria personale perquisizione *lance licioque*), ora tagliando corto con un « *Leno, eamus in ius* » (v. 1342) e con un « *In ius te voco* » (v. 1344)? E perché mai Lyco, sentendosi ormai intrappolato (« *Perii hercle!* », v. 1360), la composizione del *simplum* (cioè i trecento filippi appena incassati) non la offre sull'unghia, ma la rimanda all'indomani a seguito di un'*auctio*, se ben si capisce, di altri suoi beni?

Che Lyco abbia un sacrosanto timore dell'*addictio* ad Agorastocle nessuno può negarlo e glielo hanno detto anche i suoi amici (cfr. v. 1340 s.: « *Nam omnibus amicis meis idem unum convenit / ut me suspendam, ne addicar Agorastocli* »). Ma tutti sanno che l'*addictio* si applicava *in executivis*, anche al *fur nec manifestus*, se gli mancava il danaro per pagare il *duplum* della pena a lui inflitta nella precedente sede di cognizione. Perché escludere che a ciò corresse con i suoi timori il lenone? Insomma, posso sbagliare, ma non mi pare che il *Poenulus* di Plauto autorizzi la supposizione che anche il ladro non flagrante subisse, per le *XII tabulae*, l'*addictio* al derubato a seguito di *legis actio per manus iniectionem*. La *vocatio in ius* (da eseguirsi eventualmente con *manus iniectio* stragiudiziale) minacciata due volte da *Agorastocles* a *Lycus* induce, se mai, a pensare che Agorastocle tutta la sicurezza di vedersi *addicere* Lyco non l'aveva, cioè induce a ritenere che Gaio abbia rappresentato nelle *institutiones* proprio la normativa decemvirale.

L'unico punto che il *Poenulus* concorre a chiarire è che l'imputato di furto potesse trattare col derubato (non pretendere, però) un accomodamento per un importo minore rispetto alla pena fissata dalle leggi decemvirali. Soluzione (per la quale v. il citato Ulp. D. 4.4.9.2) spesso ben accetta al derubato in base al saggio principio « meglio l'uovo oggi, che la gallina domani ».

3. Mi sia concesso dire qualcosa di piú.

Fatto pur conto che il *Poenulus* plautino riveli in modo inequivocabile l'esistenza di una norma decemvirale per cui il derubato potesse prendere per il collo il *fur nec manifestus* e farselo senz'altro *addicere* dal pretore mediante l'esperimento della *legis actio per manus iniectionem*. Fatto pur conto che a sostegno di questa tesi militi anche un passo dell'*Aulularia* (v. 339 ss.), sul quale, almeno a mio avviso, è del tutto ozioso fermarsi. E con ciò? Come facciamo a credervi?

In qualche parte delle memorie di Jerome K. Jerome ho letto (e mi è rimasto fortemente impresso) di un suo direttore di giornale, il quale soleva dire di se stesso che, pur non essendo un uomo di straordinario coraggio, non avrebbe esitato a fare resistenza a chi, avvicinandolo per strada, gli avesse detto, mostrandogli i pugni, di consegnargli il portafoglio. Se però il passante lo avesse minacciato di citarlo a questo scopo in giudizio, il direttore avrebbe pensato di cavarsela al meglio, consegnandogli spontaneamente portafoglio e orologio. Qualcosa del genere l'ho sempre ritenuta, entro certi limiti, io stesso, convinto come sono (anche per esperienza di avvocato) che « *habent sua sidera lites* » e che anche la causa piú sballata qualche probabilità di accoglimento da parte dei giudici ce l'ha.

Ho detto però « entro certi limiti », e non oltre. Ci tengo a ribadirlo.

Qualunque ragionevole limite di favore, o comunque di condiscendenza, per i litiganti temerari sarebbe stato, salvo mio errore, largamente oltrepassato da una norma decemvirale che avesse concesso al derubato la immediata subordinazione a *manus iniectio* giudiziale, ed a conseguente *addictio* magistratuale, di un *fur nec manifestus*, cioè di una persona soltanto sospettata di aver operato il furto. Una norma di questo tipo avrebbe infatti abilitato tutti coloro che avessero bisogno o voglia di far danaro a simulare di aver subito un furto e a trascinare davanti al *tribunal* il primo venuto, onde farselo *addicere*, senza ombra di prova o tutt'al piú con l'ausilio di un esile *fumus* indiziario, dal magistrato giusdicente. In questo caso l'unico modo per il malcapitato di sottrarsi al terribile destino dell'*addictio* sarebbe certamente stato il « *duplione damnum decidere* », il versare al sedicente derubato il controvalore del-

la asserita refurtiva sino al massimo del *duplum*. Ma Roma antica avrebbe messo in atto, con ciò, quello che per il direttore di Jerome K. Jerome era solo uno spiritoso paradosso.

4. Ciò che può essere realmente successo, in applicazione delle XII tavole (ma lo dico, ovviamente, a titolo di cautissima ipotesi) è, piuttosto, quanto segue.

Come dice Gai 3.184, la nozione del *furtum manifestum* era molto controversa, in quanto si andava dall'ipotesi piú ristretta del « ladro » colto proprio sul fatto all'ipotesi piú ampia del « ladro » colto anche a distanza dal luogo del delitto, ma con la refurtiva in mano, ed anzi si andava da alcuni anche ad ipotesi ulteriori. Tutte queste ipotesi non erano mere discettazioni di dottrina, ma erano evidentemente il riflesso della tendenza dei soggetti derubati ad accusare di *furtum manifestum* quante piú persone fosse loro possibile. Stava al magistrato giusdicente porre un argine a queste comprensibili sfrenatezze e dire: « No, un momento: qui la flagranza dell'asserito furto proprio non ce la vedo ».

Ecco il motivo per cui dovette essere, in pratica, piuttosto frequente la fattispecie di una vittima di furto che trascinava *manu iniectione* davanti al *tribunal* magistratuale quegli che per essa, tanto piú che aveva il sangue agli occhi, era un volgare *fur manifestus* e ne chiedeva l'*addictio*. Dopo di che, avendole il magistrato detto di no, « convertiva » tempestivamente l'azione esecutiva in una *actio in personam* contro il *fur nec manifestus*, con tutte le implicazioni del caso.

Cose del genere succedono anche oggi, in tutti i paesi del mondo. E paradossali no, non lo sono.

3. « Partes necessariae ».

1. Gaio (3.192) [1] è l'unica fonte da cui risulta che le Dodici tavole avrebbero preteso, ove il derubato chiedesse di fare una perquisizione in casa del presunto ladro, che quella perquisizione egli la compisse nudo, cinto da un *licium* e con un piatto in mano: *ut qui quaerere velit,*

* In *Atti Acc. Pontaniana* 21 (1972) 150 ss. Questa nota è stata pubblicata con lo stesso titolo da C. Sofo in *Index* 2 (1971) 433 s.

[1] Sul tema, da ultimo, J.G. Wolf, « *Lanx* » *und* « *licium* », *Das Ritual der Haussuchung im altrömischen Recht*, in *Sympotica Franz Wieacker* (1970) 59 ss. V. anche Peruzzi, *Origini di Roma* 1 (1970) 77 ss.

nudus quaerat, [*linteo*] ⟨*licio*⟩ *cinctus, lancem habens.* E non è mancato chi (Huvelin) ne ha tratto spunto per immaginarsi la formulazione precisa della legge: « *Qui* (*Si*) *quaerere velit* (*volet*), *nudus quaerito, licio cinctus, lancem habens. Si concapit, furtum manifestum esto* ».

In verità, gli altri testi di cui disponiamo tacciono delle Dodici tavole e della relativa esplicita prescrizione di nudità. Gellio (16.10.8, 11.18.9) parla solo di un'antichissima e disusata *quaestio cum lance et licio,* o di un *furtum per lancem et licium conceptum.* Festo, nell'epitome di Paolo Diacono (p. 117 M.), del pari parla di un *lance et licio quaerere* in uso *apud antiquos,* lasciando peraltro intendere, come vedremo tra poco, che questa pratica implicasse che il derubato fosse completamente svestito.

L'insieme di questi dati porta ad ammettere che le Dodici tavole abbiano confermato per esplicito il procedimento (probabilmente preesistente) della *quaestio lance licioque,* ma porta ad escludere che la legge decemvirale abbia anche espressamente prescritto che il derubato fosse nudo. Gaio in realtà non lo sostiene, ma anch'egli lo deduce dal *lance et licio.* Tanto vero che, pur avendo detto in 3.193 « *nudus quaerat* », subito dopo, contraddicendosi, corre moralisticamente ai ripari in 3.193: *Quid sit autem* [*linteum*] ⟨*licium*⟩ *quaesitum est. sed verius est consuti genus esse, quo necessariae partes tegerentur.*

Se il *licium* era davvero una sottoveste o un perizoma atto a coprire quel che vi fosse pudicamente da coprire, è chiaro che il derubato nudo non era.

2. Ma il *licium,* con buona pace di Gaio, non aveva funzioni di mutande, di *subligar.* Qui non è il caso di prendere posizione nella secolare controversia relativa alla funzione del *licium* e della *lanx,* tuttavia una cosa è sufficientemente sicura: che il *licium* piú di un liccio, un filo, o tutt'al piú una cintura non poteva essere. Anche a voler accogliere l'ipotesi della cintura, le vergogne rimanevano insomma allo scoperto. Lo sapeva bene Teodora figlia di Acacio, la futura imperatrice moglie di Giustiniano, la quale, stando al racconto di Procopio, aggirò abilmente, ai suoi tempi, la norma che imponeva di mostrarsi vestiti sulla scena, e lo fece cingendosi i fianchi con una fascia, che la lasciava per tutto il resto, l'essenziale, nuda.

Ancor piú ingenuo, anche se meno contraddittorio, di quello di Gaio è il tentativo cui ricorre Festo per salvare la decenza della *quaestio*: *lance et licio dicebatur apud antiquos, quia qui furtum ibat quaerere in domo aliena licio cinctus intrabat lancemque ante oculos tenebat propter matrum familiae aut virginum praesentiam.* Suvvia, usare la

lanx per coprirsi il viso, non solo (lo ha già notato Heineccius) avrebbe impedito al derubato di guardarsi attorno, ma aggiungiamo noi, sarebbe stata da parte sua la politica dello struzzo. Sarebbe stato un nascondere la testa per non vedere, di fronte al resto, il rossore delle donne presenti, pulzelle e maritate.

Se mai, la *lanx* poteva essere impiegata con qualche efficacia proprio per coprire le *partes necessariae*. Strano che Festo non vi abbia pensato. Strano, ma per noi importante, perché suona conferma del fatto che la nudità del *quaesitor* non era neanche surrettiziamente evitata.

Resta che « *nudus* », come i vocabolari autorizzano, sia da intendere in senso attenuato: nudo sí, ma in *subligaculum*. Anche questa strada è stata tentata dagli studiosi, naturalmente. Tuttavia, a ben riflettere, l'interpretazione postula che le Dodici tavole imponessero espressamente la nudità del derubato: il che abbiamo visto che non è probabile. La mancanza nella legge decemvirale di un « *nudus quaerito* » toglie ogni base di legittimità alla tesi del *plus dixit quam voluit*, alla tesi cioè che i decemviri intendessero per nudo un derubato in « cachesexe ».

3. La inevitabile conclusione, allo stato delle nostre conoscenze, è che la *quaestio lance licioque* fosse da eseguirsi, per imperscrutabili ragioni, con le *partes necessariae* « à la belle étoile ».

Amiamo supporre che le *matres familias* e le *virgines* di casa, quando non fuggissero inorridite di loro spontanea volontà, fossero autorevolmente allontanate e messe al sicuro dai rispettivi mariti e padri.

IL PROTEIFORME « IUS GENTIUM »

1. — Gabrio Lombardi ha scritto due libri sul *ius gentium*, frutto di lunga fatica, che si completano a vicenda, nel senso che il secondo, pur essendo uscito alla luce qualche mese prima dell'altro, contiene alcune delle dimostrazioni specifiche della tesi generale svolta nel primo, scelte fra quelle che, per la loro eccessiva lunghezza, avrebbero potuto, di esso, turbare l'equilibrio complessivo (L. G., *Sul concetto di « ius gentium »* [Roma 1947] p. XX-403; Id., *Ricerche in tema di « ius gentium »* [Milano 1946] p. XI-272). A mio parere, si tratta di due libri ottimi sotto tutti i rapporti: accuratissimi, precisi, limpidi negli svolgimenti, non di rado convincenti nei punti particolari e, sopra tutto, decisivi, credo, nella risoluzione del problema generale, il torturato problema del « *ius gentium* » romano. Questo giudizio vale, ovviamente, assai poco, ma è un giudizio sincero e, se non m'inganno, lungamente meditato.

Riservo ad altra sede, per non dilungarmi qui troppo, l'esposizione di qualche limitato dissenso che la vasta ricerca del L. ha suscitato in me. Qui mi interessa mettere in luce i risultati generali cui l'a. è pervenuto, nonché illustrare brevemente i motivi per cui mi pare che essi debbano essere sostanzialmente accettati.

Come è noto, la dottrina romanistica moderna parla di un *ius gentium*, con riferimento alle fonti giuridiche ed extra-giuridiche romane, in tre significati diversi, che non tutti e non da tutti sono, peraltro, ritenuti ammissibili almeno quanto alla coesistenza: *a*) complesso di norme ed istituti relativi ai rapporti tra *cives Romani* e *peregrini* e tra *peregrini* in Roma, progressivamente affermatosi nel tribunale del *praetor peregrinus* ed ammesso, sin dal sec. I a. C., a far parte di una piú ampia nozione di *ius civile Romanorum* (che venne inteso, cioè, come costituito in parte di norme e istituti esclusivamente riservati ai *cives Romani* e in parte di norme e istituti accessibili tanto ai Romani quanto ai *peregrini*); *b*) complesso di norme e istituti comuni ai vari popoli,

* In *AG.* 136 (1949) 122 ss.

quindi anche al romano, perché fondati su una *naturalis ratio*; *c*) complesso di norme e istituti relativi ai rapporti tra i vari stati (cd. « diritto internazionale pubblico »). Inutile ricordare i molteplici rivoli in cui la romanistica moderna si è scissa, quando, addentrandosi ancor piú nell'esame del problema, si è chiesta: quale dei tre significati sia quello originario; quali siano stati i rapporti, in epoca classica, tra il significato *b* del *ius gentium* e la categoria del *ius civile*; quali i rapporti fra *ius civile* e *ius gentium* in diritto classico e postclassico e nella compilazione giustinianea ecc. Direi quasi che, in questa materia, « *tot capita tot sententiae* ». Era tempo, dunque, che qualcuno sperimentasse la piú autenticamente certosina pazienza per ricostruire le fila dogmatiche e storiche dell'argomento.

Ai fini della retta impostazione del problema, il L. ha cominciato con il sottolineare o con il dimostrare alcuni punti, che possono considerarsi fermi ed imprescindibili (p. 1-58), e cioè: *a*) nessuna fonte giuridica o extragiuridica definisce il *ius gentium* nella accezione *a*, che la maggioranza della dottrina pur tende a qualificare come « tecnica » e « originaria »; *b*) nessun giurista anteriore ad Adriano risulta aver fatto richiamo al concetto di *ius gentium* o avere scritto opere in argomento; *c*) il termine *ius gentium* non implica di per sé il riferimento ai rapporti giuridici tra Romani e *peregrini* (accezione *a*) né a quelli tra stati (accezione *c*); *d*) il termine *ius gentium* altro non significa, in sé e per sé preso, se non « diritto comune a tutti i popoli, ivi compreso il romano »; *e*) i giuristi romani non hanno mai considerato il *ius gentium* come una sub-categoria del diritto pubblico o del diritto privato, ma come una categoria primaria di norme e istituti individuata in base a criterî del tutto indipendenti e autonomi. Noterò che, sebbene non senta di poter condividere pienamente quanto l'a. (21 ss.) assume in ordine alla distinzione romana tra *ius publicum* e *ius privatum*, tuttavia anche il punto ora riferito sub *e* mi trova del tutto consenziente.

Dopo aver impostato il problema sui presupposti dianzi riassunti, il L. passa, nella seconda parte dell'opera (la quale si completa con il ricordato volume delle *Ricerche*), all'analisi minuziosa di tutti i riferimenti al *ius gentium*, che si contengono nelle fonti giuridiche ed extragiuridiche a nostra disposizione (p. 59-342). Analisi minuziosa, dicevo, e molto spesso felice (finissima, tra le altre, la ricerca sulla *stipulatio* e l'*acceptilatio* in diritto classico e in diritto postclassico-giustinianeo: *Ricerche*, 175 ss.), la quale porta l'a. a concludere, in sede di critica interpolazionistica, per la origine postclassica di alcuni fra i piú noti riferimenti. Analisi che, peraltro, quando anche non si vogliano acco-

gliere alcuni dei singoli risultati critico-interpolazionistici (questo è, appunto, il mio caso), non perciò perde il suo valore, dal momento che il risultamento essenziale di essa è che tanto in diritto classico quanto in diritto postclassico (a prescindere da alcune « variazioni » postclassiche di limitato valore, riassunte a p. 380 ss.) di *ius gentium* si parlò proprio e soltanto nel senso di categoria di norme e istituti (pubblici e privati) vigenti « *apud omnes populos* » (cfr. Gai 1.1). Ed è degno di nota che questa significazione, documentata nelle fonti giuridiche solo a partire dal sec. II d. C., era già vagamente diffusa negli scritti degli autori extragiuridici sin dai tempi di Cicerone, di cui il L. (67 ss.) sottopone ad indagine assai penetrante il famoso passo (spesso malamente citato e riferito) *de off.* 3.17.69 (. . . *Societas est enim . . . latissime quidem quae pateat, omnium inter omnes; interior eorum. qui eiusdem gentis sunt; proprior eorum, qui eiusdem civitatis. itaque maiores aliud ius gentium, aliud ius civile esse voluerunt: quod civile, non ideo continuo gentium; quod autem gentium, idem civile esse debet . . .*). A proposito di questo testo, giustamente precisa l'a.: che l'espressione « *maiores . . . voluerunt* » (la quale fa intendere che il concetto di *ius gentium* era noto in Roma ancor prima di Cicerone) non va interpretata nel senso di « crearono », ma ovviamente in quello di « riconobbero l'esistenza »; che l'espressione « *ius civile* » non può essere altrimenti intesa che nel senso di « diritto positivamente vigente in Roma »; che la frase « *quod civile, non ideo rell.* » esprime il parere di Cicerone che il *ius gentium* debba e non possa non essere trasfuso in norme di *ius civile*. Non sarei d'accordo, viceversa, con l'altra affermazione, sempre relativa a *de off.* 3.17.69: quella che *ius gentium* starebbe a significare il diritto positivamente vigente nell'umanità tutta (« *societas omnium inter omnes* »), ripartita in stirpi (« *gentes* »: d'onde « *ius gentium* », nel senso di diritto vigente nelle *gentes* che si riassumono nella *societas omnium inter omnes*), e che, pertanto, nel concetto di Cicerone il *ius gentium* sarebbe distinto dal *ius naturale* (nel senso di « diritto idealmente vigente fra tutti gli uomini »). A prescindere da altri passi che documentano la concezione idealistica del *ius gentium* in Cicerone (principalmente, *de off.* 3.5.23: *natura, id est iure gentium*, di cui la diversa interpretazione proposta dall'a., 80 ss., mi pare eccessivamente sforzata), io riterrei decisivo, in senso opposto, il rilievo che, se nel concetto di Cicerone il *ius gentium* fosse realmente quello positivamente vigente nella *societas omnium inter omnes* (Roma compresa), Cicerone non avrebbe motivo per affermare che « *idem civile esse debet* », ma direbbe « *idem civile est* »: l'espressione « *idem civile esse debet* » im-

plica, appunto, che un istituto del *ius gentium* possa non essere recepito, in pratica, nel *ius civile* romano. Mi sembra evidente che Cicerone, il quale aveva esordito affermando che un certo modo di comportarsi, pur non essendo punito dai *mores* e dalle leggi romane, era tuttavia contrario al *ius naturale* (« *hoc . . . tamen naturae lege sanctum est* »), abbia aperto a questo punto una digressione per rilevare che, al disopra della *civitas* e del suo *ius civile*, vi è una *societas omnium inter omnes* retta da principî naturali e che fu appunto in riconoscimento di ciò che i *maiores* riconobbero l'esistenza di un *ius gentium* diverso dal *ius civile* (*aliud . . . aliud . . .*): diverso non perché « vigente » in quella *societas*, ma perché « ideale », perché espressivo della *lex naturae*. Comunque sia, tanto l'interpretazione del L. quanto quella da me riferita collimano perfettamente in un punto fondamentale: certamente Cicerone non si riferiva al *ius gentium* nel significato cd. « tecnico », di diritto romano accessibile ai *peregrini*.

Veniamo ora ad una piú precisa esposizione delle conclusioni formulate dal L. (343 ss., specialm. 354 ss.). Esse sono le seguenti: *a*) sorto già nei secoli a. C. come espressione di un orientamento speculativo, che vedeva in Roma e nel suo ordinamento giuridico soltanto una parte della *societas omnium inter omnes*, il concetto del « *ius gentium* » si precisò e si concretò, nella giurisprudenza classica dei secoli II e III d. C., nel senso di categoria di norme positivamente vigenti *apud omnes populos* per il fatto di essere fondata su una *naturalis ratio*, su una esigenza comune di natura; ad essa si contrappose la categoria del *ius civile*, nel senso di complesso di norme vigenti solo presso il popolo romano, quindi esclusive di questo, quindi non applicabili ai *peregrini*; *b*) la sistematica giurisprudenziale classica fu indubbiamente inferiore al compito di una classificazione esatta e completa, in quanto non sempre seppe dedurre dal fondamento naturale di un istituto il suo carattere di istituto *iuris gentium* o dal suo carattere di istituto *iuris gentium* la sua applicabilità anche ai *peregrini*, ma a volte denominò *iuris gentium* istituti caratteristicamente romani (per es., la *stipulatio*) sol perché applicabili anche ai *peregrini*, altre volte denominò *iuris gentium* istituti basati su una *naturalis ratio* (per es., la *tutela impuberum*) malgrado che non fossero applicabili ai *peregrini*; *c*) i giuristi romani ignorarono un concetto di *ius naturale* distinto da quello di *ius gentium*, ma quando parlarono di *ius naturale* ne parlarono nel senso di *ius gentium*, principalmente in quanto posero in particolare rilievo la *naturalis ratio* che del *ius gentium* costituiva il fondamento; *d*) la *constitutio Antoniniana* del 212 d. C., riducendo ai minimi termini

la categoria dei *peregrini* (divenuti, in gran parte, *cives Romani*), sminuí l'importanza pratica del *ius gentium* (applicabilità di un istituto tanto ai Romani quanto ai *peregrini*) e ne valorizzò il fondamento astratto (*naturalis ratio*), dando adito alle piú varie ed audaci costruzioni e classificazioni scolastiche, una delle quali fu costituita dalla separazione dal tronco del *ius gentium* della categoria autonoma del *ius naturale*, inteso come quello comune a tutti gli *animalia*, ivi compresi gli schiavi.

Il lato piú interessante di queste conclusioni del L. è quello esposto sub *b*. Di fronte all'innegabile esistenza, in diritto romano classico, di due diverse specie di istituti di *ius gentium*, alcuni applicabili anche ai *peregrini* ed altri no, il L. si rifiuta di sottoscrivere la corrente illazione che gli istituti qualificati di *ius gentium* essenzialmente perché applicabili anche ai *peregrini* abbiano costituito originariamente una categoria a sé stante del *ius gentium*, la categoria degli istituti sorti nel tribunale del *praetor peregrinus*. Il L. ha indubbiamente ragione, ma, come egli stesso non manca di rilevare (p. 12 ss.), non sino al punto da potersi negare che quei tali istituti sorti nel tribunale del *praetor peregrinus* non abbiano effettivamente costituito una categoria a sé di norme sin da due secoli a. C.

Non si trattò per tali istituti di una categoria denominata di *ius gentium*, non si trattò di una categoria esplicitamente teorizzata dalla giurisprudenza repubblicana, ma, a mio parere, di una categoria reale e autonoma, nettamente distinta da quella degli istituti di derivazione quiritaria (« *ex iure Quiritium* ») a carattere esclusivistico, indiscutibilmente si trattò. Fu la categoria innominata, che potremmo denominare del « *novum ius civile* », degli istituti civilistici non esclusivi dei *cives Romani*: categoria di cui rimangono le tracce nelle Istituzioni di Gaio, allorquando si distingue dal *ius proprium civium Romanorum* il *ius civitatis*, accessibile anche ai *peregrini*.

La giurisprudenza adrianea e post-adrianea, trovandosi ad utilizzare il nuovo schema teorico del *ius gentium*, lo applicò, dunque, tanto agli istituti giuridici di cui fosse evidente il fondamento della *naturalis ratio*, quanto a quelli, dirò cosí, del *novum ius civile*, la cui estensione anche ai *peregrini* la indusse a presumere arbitrariamente il ricollegamento non sempre teoricamente impeccabile ad una *ratio naturalis*, fondamento comune degli istituti di *ius gentium*.

2. — Quarantacinque anni fa, quando recensii gli studi dedicati al

* In *Labeo* 40 (1994) 87 ss., col titolo: « *Il vecchio e il mare* ».

ius gentium da Gabrio Lombardi (*Ricerche in tema di « ius gentium »*, 1946; *Sul concetto di « ius gentium »*, 1947), non fui certo parco di lodi (che tutte tuttora confermo) nei confronti del validissimo autore ed espressi in piú l'opinione che i due volumi (particolarmente il secondo) fossero « decisivi . . . nella risoluzione del problema generale, il torturato problema del *ius gentium* romano ».

Naturalmente (me ne sono reso conto col tempo) ebbi il torto di « assolutizzare »: vuoi perché non vi è risultato scientifico che non sia, per dirla con ormai trito linguaggio popperiano, « falsificabile »; vuoi, e piú concretamente, perché di lí a qualche anno avrebbe trionfato la « restaurazione », cioè il ripudio radicale (salvo che per rarissime eccezioni) delle rivoluzionarie interpolazioni dei testi, o almeno delle sanculotte « interpolazioni sostanziali e innovative », cui, negli anni quaranta, non solo il Lombardi, ma, fra gli altri, Max Kaser (cfr. la recensione da questi pubblicata in *BIDR*. 53-54 [1948] 420 ss.) fermamente credevano.

Le brevi note che seguono non sono, comunque, dedicate all'analisi delle critiche (molte delle quali acute e opportunamente rettificanti) suscitate in questo frattempo dalle pagine sempre fondamentali del Lombardi. Tanto meno esse intendono riproporre, sia pure in parte, la controversia intervenuta tra il Kaser e me in ordine ai limiti entro cui può ritenersi fondata quella che ho poc'anzi chiamata (con ironia di cui chiedo venia) la « restaurazione »: controversia per la quale rinvio alle indicazioni contenute nella mia *Giusromanistica elementare* (1989). Il mio proposito è molto piú importante e, nel contempo, piú lieto. È quello di salutare la recente fatica di quel gigante dei nostri studi che è e rimane, ad onta degli anni non piú teneri (« the old man and the sea »), Max Kaser: il volume dal titolo « *Ius gentium* », quarantesimo delle « Forschungen zum römischen Recht » (Köln-Weimar-Wien, Böhlau Verlag, 1993, p. XIII-179), inteso ad un approfondito riesame sia del discusso concetto, sia delle sue diverse applicazioni in materia di *ius privatum*.

L'opera è stata concepita e scritta a Salisburgo (cui l'a. ha fatto capo dalla vicinissima Airing) nell'amichevole (vorrei dire amorevole) ambiente di quell'Istituto di diritto romano e dei professori e assistenti che circondano di ogni possibile attenzione il vecchio e onorato maestro: W. Waldstein, T. Mayer-Maly, H. Honsell, il fedelissimo K. Hackl e gli altri. Essa si presenta (come sempre, trattandosi del Kaser) completamente, minuziosamente informata e redatta in uno stile limpidissimo, del tutto esente da formulazioni ermetiche e da ingombranti lungaggini. Le parti in cui si divide sono due: una « parte generale », in cinque

capitoli, sui significati della locuzione *ius gentium* (3 ss.), sui rapporti tra *ius civile* e *ius gentium* in Cicerone e in Gaio (10 ss.), sul *ius gentium* nel senso di diritto internazionale (23 ss.), sulla concezione del *ius gentium* nei giuristi classici (40 ss.), sui rapporti tra *ius gentium*, *natura* e *ius naturale* sempre nella giurisprudenza classica (54 ss.); una « parte speciale » di un solo capitolo (75 ss.), suddiviso peraltro in tre sezioni, sugli istituti privatistici costituenti oggetto di *ius gentium* (persone, famiglia, successioni a p. 75 ss.; diritti reali a p. 91 ss.; obbligazioni a p. 115 ss.).

Che dire, di piú specifico, del contenuto? Se volessi (e sapessi) farlo, sarei costretto a tallonare passo passo l'autore attraverso tutti i luoghi delle fonti romane, nei quali si vedono o si intravvedono le tracce del *ius gentium* e del *ius naturale*, esprimendo di volta in volta consensi e dissensi (piú spesso dubbi) tutti irrilevanti (o quasi) e rinviando, per ciò che attiene alle pochissime grandi linee, a quanto ho scritto e riscritto in proposito ne *L'ordinamento giuridico romano* (di cui l'ultima edizione, la quinta, è del 1990). L'unica osservazione di un certo rilievo, cui mi induce la lettura del libro, nel suo spiccato attuale conservatorismo e nella conseguente sua difesa (a volte, direi francamente, eccessiva) della gran parte dei testi aventi l'*inscriptio* dei giuristi classici, è questa: che il pensiero dei classici giureconsulti (mi si consenta un'altra allusione a teorie filosofiche moderne) era, stando alle pagine del Kaser, qualcosa di meno di un « pensiero debole », aderente al contingente e al mutevole della realtà sociale. Era, a dir cosí, un pensiero debolissimo, spesso influenzato da riflessioni del tutto occasionali ed effimere, quindi non di rado sorprendentemente superficiali o contraddittorie. Conclusione, estremistica, alla quale, sarò sincero, ho grande difficoltà a pervenire.

Mi spiego meglio. È noto (almeno a chi mi legge) che io ho sempre nutrito grande diffidenza verso il ricorso all'idea di un « *ius controversum* » classico, il quale spiegherebbe, senza far capo al postclassico-giustinianeo, molte rilevanti divergenze che si rinvengono nelle fonti. Ciò non significa, peraltro, che io mi senta di attribuire ai giuristi classici un monolitico conformismo di pensiero, un inflessibile purismo di stile e, sopra tutto, un approfondimento eccessivo della riflessione sistematica e della ispirazione filosofica. È indubbio, direi, che i giuristi classici non andavano per le spiegazioni « forti », cioè totalizzanti, ma si appagavano di visuali limitate e rettificabili, cioè, come si dice, « deboli ». Tuttavia è inverosimile che essi, una volta adottato un certo schema, sia pur parziale e provvisorio, passassero spensieratamente ad adottarne un altro,

troppo grossolanamente contraddicendosi non solo tra loro, ma anche con se stessi.

I *raptus* di superficiale esibizionismo culturale non mancavano (ad uno di questi ho attribuito, in *Ord.* 443 ss., 461 ss., il *ius naturale* di Ulp. D. 1.1.2-4: testo sul quale v., da ultimo, nel bel libro di A. Mantello, *Il sogno, la parola, il diritto* [1993], le p. 66 ss.). Ma si trattava di *raptus* e nulla piú: sicché il pensiero giurisprudenziale classico, pur se volava tutt'altro che ad alta quota, era, di solito, tendenzialmente coerente e ragionatamente evolutivo. Tale esso non appare invece, se non mi sbaglio, nella patente di genuinità e di razionalità che troppo benevolmente si concede a taluni testi del tutto indifendibili (che qui non sto ad annoverare), o anche nella negazione altrettanto benevola del momentaneo *raptus* di culturalismo (o, piú in generale, dell'uscita in vario modo bizzarra) che solo può valere a difendere, in certi e limitati casi, il testo (per il che rinvio alle p. 70 ss. dedicate dal K. al *ius naturale* di Ulpiano, nonché alle considerazioni, anche a proposito di Paul. D. 1.1.11, del citato Mantello). Direi insomma (o meglio, ripeterei per l'ennesima volta) che, se male si è fatto in passato ad emettere troppo severe e rapide condanne delle fonti per reati di interpolazione dolosa o colposa, male si fa oggi nell'assolvere con facilità o addirittura nel rifiutarsi di leggere i testi con gli occhiali dell'esegesi critica: nel che mi confortano le considerazioni del lucidissimo articolo pubblicato in *Labeo* 40 (1994) 11 ss., a poche pagine di distanza di queste, da uno studioso di alto livello quale è Gian Gualberto Archi.

3. Ma è tempo di concludere. Il mondo dei giusromanisti deve essere riconoscente a Max Kaser per la sua ammirevole, ineguagliabile prova di gagliardia scientifica. E ancor piú riconoscente deve essergli per aver dimostrato coi fatti che anche in tema di *ius gentium* la parola « decisiva » non è stata e forse mai potrà essere pronunciata.

Come il Proteo della leggenda greca, il *ius gentium* assume, agli occhi di chi lo insegue, aspetti sempre diversi. Ed anche se ogni tanto avviene che qualcuno riesca momentaneamente ad imprigionarlo in un libro, esso, diversamente che al pastore Aristeo delle Georgiche virgiliane, non rivela una volta per tutte i suoi segreti. Chiuso il libro, ecco il proteico istituto assumere disinvoltamente forme nuove, suscitando (o resuscitando) altri problemi.

Altri problemi, dunque altri libri, dunque altra linfa vitale per la scienza giusromanistica (almeno fino a quando non sopravverranno gli Unni, ormai purtroppo sempre piú vicini e incalzanti, a sterminarla del tutto).

L'« AEQUITAS »

1. — La nozione dell'*aequitas* è tra quelle essenziali per la comprensione del diritto romano nel suo sviluppo storico, ma è nel contempo tra le piú evanescenti e incerte e contraddittorie che le fonti romane ci offrano. Nella romanistica contemporanea essa è altresí tra le nozioni piú discusse, sia per quanto attiene alla sua sfera di applicazione, sia per quanto concerne la sua epoca di fioritura.

Basta uno sguardo ai significati diversi che la parola volta a volta assume (o che di volta in volta assume l'aggettivo *aequus*, con il suo rovescio *iniquus*), per rendere chiaro il rischio che si corre a voler costruire un concetto unitario, o quanto meno uno sviluppo organico di concetti, su un terreno cosí accidentato e malfido. In sé e per sé *aequitas* significa uguaglianza, proporzione, simmetria, ma le applicazioni traslate, soprattutto di *aequus* (e di *iniquus*), sono innumerevoli: piano, conforme, proporzionato, adatto, costante, quieto, calmo, rassegnato, indifferente, contento, paziente, ecc. Cercare tra i tanti significati il senso propriamente giuridico di *aequitas* e di *aequus* corrisponde alla proverbiale ricerca dell'ago nel pagliaio. Né le fonti giuridiche sono di particolare aiuto, perché anche in esse la molteplicità dei significati è piú che rilevante: uguaglianza di trattamento giuridico (cfr. D. 42.1.20 itp.; D. 50.17.90: « *in omnibus quidem, maxime tamen in iure aequitas spectanda est* »), corrispondenza di un istituto giuridico allo spirito informatore dell'ordinamento (onde: *aequitas civilis*, *aequitas rei*, *aequitas actionis*, *aequitas iudicii*, *aequitas compensationis*, ecc.), corrispondenza di una norma positiva alle esigenze del *ius naturale* o a quelle della natura (onde: *aequitas naturalis*), considerazione del caso concreto al di là della normativa giuridica (Scaev. D. 44.3.14: « *de accessionibus possessionum nihil in perpetuum neque generaliter definire possumus: consistunt enim in sola aequitate* »), e poi ancora benevolenza, umanità, pietà e via dicendo.

* In *NNDI.* 6 (1960) 619 ss., con il titolo: *Equità* (*dir. romano*).

Problema difficile, difficilissimo, dunque, anche se non proprio insolubile. Eppure ogni vero romanista sa, o dovrei dire sente, che la visione piena del diritto di Roma è strettamente condizionata alla comprensione dell'*aequitas* e della sua funzione storica.

La prima parentela che si è portati a supporre, e che tradizionalmente si istituiva, almeno sino ad un secolo fa, è quella tra *aequitas* e il greco εἰκός (εἰκώς, εἰκών) che significa conveniente, corrispondente al vero, all'esatto, al giusto. Ha fortemente influenzato questa opinione filologica il richiamo esercitato dal concetto aristotelico di ἐπιείκεια, che anche ai Romani, sia pure in sede extra-giuridica, è parso a volte il parallelo ellenico dell'*aequitas*. La dottrina è sintetizzata in un notissimo passo dell'Etica Nicomachea (5.10): « Quando la legge parla in termini universali e si verifica in concreto qualcosa che da essa non è espressamente previsto, fa mestieri procedere, in vece del legislatore, a colmare l'eventuale lacuna o a correggere l'eventuale difformità. L'*epieicheia* è appunto una manifestazione della giustizia, anzi un miglioramento di essa, perché serve a mitigare gli eccessi implicati dalla sua assolutezza: la sua essenza sta nell'adattamento della legge generale al caso concreto, nel surrogarsi al legislatore interpretandone la volontà e gli orientamenti ». In altri termini, i comandi normativi sono concepiti da Aristotele come quei prodotti di serie che, per essere posti in opera, devono necessariamente subire un lavoro di adeguamento e di adattamento alle concrete situazioni di fatto; e l'*epieicheia* corrisponde appunto, nel suo pensiero, a quel criterio artigianale, che occorre di volta in volta escogitare e adottare nella messa in opera dei prodotti di serie. « La giustizia del caso concreto », come è stato detto con formula ormai notissima ed anche troppo fortunata.

Ma se l'*aequitas* è, forse, anche *epieicheia* (o nell'*epieicheia*, comunque, spesso si risolve), essa non è, peraltro, solamente *epieicheia*. L'esperienza romana ci insegna che, sin dai tempi piú antichi e soprattutto nei secoli avanti Cristo (età « arcaica » e « preclassica » dello sviluppo giuridico romano), le rigide norme del diritto (e in particolare, quelle del *ius civile*) furono spesso addirittura contraddette e accantonate in nome dell'*aequitas*. « *Saepe enim accidit, ut quis iure civili teneatur, sed iniquum sit eum iudicio condemnari* », dice ad esempio Gaio, nelle sue Istituzioni (4.116), là dove introduce il discorso relativo alle *exceptiones*, cioè ai mezzi giudiziali che il pretore concedeva per paralizzare le *actiones*, e quindi per rendere inefficienti le pretese basate sulle previsioni generali delle norme civilistiche.

Come si spiega questa efficacia addirittura derogatrice del diritto,

eppure non considerata antigiuridica o illecita, che esercitarono in Roma, nei piú svariati campi, le valutazioni di *aequitas*?

Rispondere non si può, a mio avviso, né sulla base delle enunciazioni filosofiche greco-romane, né su quella delle concezioni giurisprudenziali classiche e post-classiche dell'*aequitas*. Le prime mancano (e già lo abbiamo visto a proposito dell'*epieicheia*) di serio riferimento all'esperienza giuridica romana, le seconde difettano (e non mancheremo di indicarlo tra poco) di adeguata riflessione storica e critica.

L'unica possibilità che ci è data, per giungere ad intravvedere con una certa approssimazione il probabile nucleo genuino dell'*aequitas*, consiste, se non erro, nel prescindere da suggestioni siffatte e nel ricercare i valori etimologici e, subordinatamente, le applicazioni piú immediate e spontanee delle valutazioni di *aequum* e di *iniquum*, cosí come furono poste in atto, sopra tutto nelle età arcaica e preclassica (e comunque anteriormente alla formazione di una « dottrina » romana dell'*aequitas*), dagli operatori romani del diritto.

2. — Quanto all'etimologia, sembra ormai sufficientemente sicuro che il termine *aequitas*, non diversamente dal termine *ius*, abbia la caratteristica di essere esclusivamente latino, privo di parentele con altre lingue del mondo classico. Mentre *ius* si riallaccia al vedico *yós*, che significa salvazione, benessere a cui gli uomini tendono con l'aiuto degli dei, *aequitas* si riconnette al sanscrito *aika* (o *aikya*), che dà l'idea dell'uguaglianza, dell'equilibrio, della proporzione.

L'*aequitas*, dunque, non è emersa alla coscienza degli antichissimi in funzione di complemento del concetto di *ius* (alla guisa dell'*epieicheia*), né di quel concetto costituisce per sua natura l'antitesi (il *non-ius*, l'*iniustum*). Essa è, per sua intima essenza originaria, un metro di valutazione dei rapporti sociali del tutto diverso dal criterio di *ius* e del tutto indipendente da esso. Il concorso delle due valutazioni in ordine ad uno stesso oggetto di conoscenza, e in particolare a un comportamento sociale, dà luogo a tre possibilità: che un comportamento *iustum* sia ritenuto anche *aequum*, che un comportamento *iustum* sia ritenuto invece *iniquum*, che un comportamento *iniustum* sia ritenuto tuttavia *aequum*.

Ma cerchiamo di andare avanti. In che può essere consistita, nella sua prima e piú spontanea manifestazione, la diversità dell'*aequitas* dal *ius*? Ecco il punto veramente difficile e piú aspramente discusso.

L'affermazione piú comune è che il *ius* tende a realizzare l'ordine sociale (quindi la gerarchia, la disciplina), mentre l'*aequitas* tende

a realizzare l'eguaglianza sociale (quindi la parità di trattamento, il contemperamento degli interessi contrastanti). Ma, a ben riflettere, è una affermazione che non ha senso. Che il *ius* si basi su istanze di ordine, di gerarchia, di disciplina, in vista di un bene superiore da difendere (la pace sociale, la funzionalità dell'aggregato sociale), è vero. Ma è mai possibile che l'*aequitas* disconosca queste esigenze? Se ciò fosse possibile, dovremmo assumere che tutto il diritto è per sua natura iniquo, mentre sappiamo che esso, nel giudizio dei Romani, è viceversa, di regola, equo.

A mio giudizio, la retta soluzione del problema è condizionata ad alcuni rilievi, la cui necessità e la cui importanza sembrano spesso sfuggire alla comune dottrina.

Primo rilievo. È assai improbabile che *aequus* (*iniquus*) sia stato originariamente usato dai Romani con riferimento all'*aequitas*; mentre è probabile, invece, che il concetto di *aequitas* sia il frutto di un ripensamento astrattizzante esercitatosi *a posteriori*, non prima dell'età ciceroniana, sulla prassi dei giudizi di *aequum* o di *iniquum* formulati già da secoli nei confronti delle applicazioni concrete del *ius* (e dell'ordinamento statale in genere). Basti pensare, per convincersene, al carattere astratto del termine *aequitas*: termine che è, in certa guisa, il parallelo dell'astratto *iustitia*, a sua volta derivato, come tutti sanno, da *iustum*.

Questo primo rilievo è molto importante, perché implica che i Romani non giudicarono *aequum* o *iniquum*, almeno nei primi secoli, il loro ordinamento in quanto fosse o non fosse corrispondente a una certa idea astratta dell'*aequitas* (idea astratta che, in realtà, essi non si erano ancora formata). I Romani giudicarono invece equo o iniquo il proprio ordinamento, in quanto avesse o non avesse una certa caratteristica, quale che sia, che è nostro compito appunto di passare ad individuare.

Secondo rilievo. È assai improbabile che la prassi di giudicare equo o iniquo l'ordinamento vigente si sia affermata proprio e direttamente nei riguardi dell'ordinamento, cioè delle norme che lo strutturavano; mentre è probabile, invece, che la prassi stessa si sia affermata in sede di valutazione di singole fattispecie concrete, di cui si rilevò la iniquità, malgrado la corrispondenza al diritto, o viceversa la equità, malgrado la contrarietà all'ordinamento. Basti pensare, per convincersene, al profondo rispetto che i Romani sempre ebbero per il loro *ius civile* e per il loro ordinamento statale in genere: rispetto che giungeva sino al punto da considerare l'ordinamento stesso come praticamente immutabile, sí che non era ammissibile che esso fosse posto, sotto qualunque profilo, in discussione.

Terzo rilievo. La venerazione dei Romani per il loro ordinamento e, nel contempo, l'importanza da essi indubbiamente attribuita alla valutazione di equo o iniquo delle fattispecie regolate dall'ordinamento stesso rendono estremamente improbabile che i Romani concepissero la possibilità che una fattispecie, nel momento in cui fosse presa in considerazione dall'ordinamento, fosse regolata dallo stesso in modo non equo. È probabile, all'incontro, che la rilevazione del carattere di equo o iniquo di un certo comportamento fosse fatta dai Romani in funzione del passaggio del tempo, cioè in considerazione dell'invecchiamento dell'ordinamento: nel senso che, essendo passata sotto i ponti del Tevere parecchia acqua dall'epoca della formazione della norma, si riteneva lecito e opportuno, in ordine a questa o quella situazione concreta, constatare con soddisfazione la persistente equità del suo regolamento normativo o denunciarne, con disappunto, la sopravvenuta iniquità.

Quarto ed ultimo rilievo. Escluso che *aequus* (*iniquus*) significhi corrispondente (non corrispondente) all'idea dell'*aequitas*, è chiaro che il significato in cui il termine venne adoprato dai giuristi non poté essere quello assoluto di « eguale »: dire che una norma giuridica, o la sua applicazione concreta, è eguale, è piana, è proporzionata in se stessa, non ha senso plausibile. È ormai probabile, invece, che di applicazioni eque, o rispettivamente inique, dell'ordinamento si parlò nel senso di applicazioni corrispondenti, o rispettivamente non corrispondenti, ad esigenze pratiche attuali, diverse dalle esigenze pratiche cui rispondeva la norma al momento della sua creazione.

Ora, quali poterono essere le esigenze pratiche attuali, diverse da quelle esistenti al momento della creazione della norma, alle quali i Romani dichiaravano corrispondere, o non corrispondere, il loro ordinamento, senza menomamente pensare di mancargli di rispetto, anzi avendo l'aria di compiere una constatazione tanto ovvia, quanto necessaria? Evidentemente, esse altro non poterono essere che le esigenze manifestate dalla coscienza sociale del momento storico in cui i Romani effettuavano la loro valutazione. In altri termini, la qualifica di *aequum* e di *iniquum* applicata al *ius* ha voluto significare, per lunghi secoli, sino alle soglie dell'età classica, la rispondenza o la non rispondenza della norma alla coscienza sociale del momento storico in cui essa trovava applicazione: « *aequum societati* », diremo parafrasando il « *sicut aequum est homini* », che si legge in Cicerone (*Phil.* 2.95).

Per rendersi meglio conto di questa interpretazione varrà la pena di sottolineare che il diritto, e in generale l'ordinamento statale, ha per sua natura atteggiamenti eteronomi: esso può anche non esprimere le

aspirazioni, i bisogni, le convinzioni del momento sociale in cui vige e in cui trova applicazione, perché esprime le aspirazioni, i bisogni, le convinzioni, per avventura diversi, del momento storico in cui si formò e fu posto in essere. Anche il puro diritto consuetudinario segue gli sviluppi della coscienza sociale a una certa distanza di tempo: la distanza di tempo occorrente a che si formi la prassi generale e costante e si determini, di conseguenza, la *opinio iuris et necessitatis*. Per ogni norma giuridica sorge, dunque, nel momento della sua successiva applicazione, inevitabile il giudizio circa la sua conformità o meno alla coscienza sociale del momento. Ed è altamente probabile che appunto in queste occasioni (nel momento di applicazione concreta della norma) e proprio in questo senso (come conformità o meno della norma alla coscienza sociale, come « attualità » o « inattualità » della norma) abbiano inizialmente applicato i Romani le valutazioni di *aequum* o di *iniquum* al loro *ius*, e in generale al loro ordinamento statale.

3. — L'ipotesi dell'inattualità del *ius*, della sua non rispondenza alla coscienza sociale del momento della sua applicazione si realizzò, nella Roma dei primi secoli, in maniera particolarmente intensa, a causa dell'accennata concezione che i Romani ebbero del *ius civile*: come di un ordinamento fondamentalmente eterno e immutabile.

Nulla impediva, quanto meno in teoria, alle *leges publicae* di correggerlo e mutarlo; ma, a parte la difficoltà pratica di produrre agevolmente *leges publicae* (che richiedevano la macchinosa procedura di convocazione dei comizi e di votazione della proposta di legge da parte degli stessi), ostacolava il processo di trasformazione del *ius civile* essenzialmente il ritegno dei Romani a rinunciare anche in minima parte a quel loro patrimonio di tradizioni nazionali, venerate in certa guisa addirittura come sacre. D'altra parte, che effettivamente i Romani giudicassero « non equo » il loro ordinamento in quanto « inattuale », se non risulta dall'arido e stringato linguaggio delle *leges publicae*, risulta chiaramente dal linguaggio dei *senatus consulta*, cioè dei motivati pareri rilasciati dal *senatus* a coloro che lo interrogavano su questa o su quella situazione concreta per averne consigli e direttive. Ad es.: *SC. de Bacchanalibus* (186 a. C., *FIRA*. I² n. 30), 26 (« *ita senatus aiquom censuit* »); *SC. de Tiburtibus* (ca. 159 a. C., *FIRA*. I² n. 33), 1.14 (« *quod Teiburtes verba fecistis quibusque de rebus vos purgavistis, ea senatus animum advortit ita utei aequom fuit* »); *SC. de Asclepiade* (ca. 78 a. C., *FIRA*. I² n. 35), 11 (« *senatum velle et aequom censere* »);

SC. Velleianum (46 d. C., D. 16.1.2.1) (« *cum eas virilibus officiis fungi et eius generis obligationibus obstringi non sit aequum* »).

Le *leges publicae*, comunque, non bastavano. Né era certo sufficiente rimedio all'invecchiamento del *ius* e dell'ordinamento in genere l'opera di suo adattamento, necessariamente cauta e limitata, esercitata dalla giurisprudenza, prima pontificale e poi laica, mediante la *interpretatio*. All'atto pratico, cioè all'atto della sua applicazione, il *ius civile* si manifestò, con l'andar dei secoli, sempre piú disperatamente inadeguato ai bisogni, alle istanze della coscienza sociale; sempre piú disperatamente *iniquum*, insomma. Il che non poté non sortire l'effetto di moltiplicare a dismisura le liti giudiziarie e di porre i magistrati giusdicenti di fronte al problema, sempre piú grave ed urgente, di adeguare la loro azione alle esigenze della loro stessa coscienza di uomini e giuristi del proprio tempo.

4. — Una remora all'inasprirsi del problema venne dalla formazione, durante il III e II secolo a. C., del cosí detto *ius gentium*, che meglio potrebbe chiamarsi *ius civile novum*.

Il moltiplicarsi dei rapporti commerciali tra Romani e stranieri indusse Roma, nel 242 a. C., alla creazione del *praetor peregrinus*, « *qui inter cives et peregrinos vel inter peregrinos* (naturalmente, *in urbe Roma*) *ius dicit* ». Questo magistrato, che interveniva solo su richiesta concorde delle parti, non *dicebat* di certo il *ius civile*, né tanto meno operava sulla base dell'antica procedura delle *legis actiones*, l'uno e l'altra applicabili esclusivamente ai *cives Romani*. Egli, operando secondo una procedura assai piú snodata e agile di quella civilistica tradizionale (la procedura, cioè, che si disse « *per formulas, vel per concepta verba* »), regolò i nuovi tipi di rapporti che si presentavano al suo esame essenzialmente sulla base della *bona fides*, cioè dei principî fiduciari che si erano andati affermando nel commercio mediterraneo, e invitò esplicitamente i giudicanti a stabilire con le proprie sentenze « *quidquid dare facere oportet ex fide bona* ». Il che non poté, alle lunghe, non essere fatto anche dal *praetor urbanus*, nei rapporti *inter cives*, soprattutto dopo che la *lex Aebutia*, del II secolo a. C., ebbe facultato i cittadini romani a rivolgersi a lui nei modi del procedimento formulare, anziché in quelli delle *legis actiones*.

Ne derivò un considerevole arricchimento e perfezionamento del *ius civile Romanorum*. Non solo nuovi e piú moderni istituti furono riconosciuti accanto a quelli antichi e tradizionali (si pensi alla *emptio-venditio*, alla *locatio-conductio*, alla *societas*, al *mandatum*), ma questi

istituti non ebbero il carattere « personale » (di istituti applicabili solo ai rapporti tra *cives Romani*) proprio di quelli del *vetus ius civile*, e inoltre la procedura di gran lunga preferita divenne quella formulare. E il giuoco delle reciproche reazioni fu tale che gli stessi istituti civilistici tradizionali vennero ad essere, spesse volte, trasformati e modernizzati: come si verificò, ad es., per il contratto di *sponsio* (*spondes? - spondeo*), che fu incrementato di alcune varianti (*promittis? - promitto, dabis? - dabo*, ecc.), per le quali non sorsero difficoltà all'applicazione anche rispetto ai *peregrini*.

È indiscutibile, insomma, che la *bona fides*, fulcro e centro motore del *novum ius civile*, sia da considerare storicamente come uno dei valori piú alti e produttivi dell'evoluzione giuridica romana. Sarebbe incongruo, peraltro, affermare, come pure è stato affermato da alcuni, che solo la *bona fides* abbia influenzato il meraviglioso sviluppo del diritto di Roma negli ultimi tre secoli a. C. In realtà, la formazione del *ius civile novum*, non risolse se non in minima parte, in ordine ad un limitato ambito di rapporti, il problema delle iniquità, cioè dell'arretratezza del *ius civile* romano: ché anzi il problema dell'iniquità del diritto si pose, dopo qualche tempo, anche rispetto a taluni istituti, frattanto sorpassati, del *novum ius civile*.

5. — Fu particolarmente nel periodo di crisi della *res publica* (a partire, approssimativamente, dal 150 a. C.) che, nella sempre maggior carenza di *leges publicae*, il *praetor urbanus* (imitato dagli altri magistrati giusdicenti) si assunse apertamente l'iniziativa di tradurre in atto, nella risoluzione delle liti a lui sottoposte, le istanze di rinnovamento avanzate dalla coscienza sociale.

Confortato e sorretto dalla *iurisprudentia*, il pretore si valse dei suoi poteri di *imperium* (di cui la *iurisdictio* era soltanto una manifestazione) per negare la rigida applicazione del *ius civile* tutte le volte che essa sembrasse iniqua. E fu cosí che si formò quella imponente prassi derogatoria del *ius civile* (sia *vetus* che *novum*), incrementata dalle iniziative anche degli altri magistrati *ius dicentes* (sopra tutto gli *aediles curules*), cui i Romani conferirono piú tardi, in età classica, il nome e, in certo senso, anche il valore di un vero e proprio sistema giuridico normativo, il *ius honorarium*.

La caratteristica (o, se si vuole, la stranezza) di tutto ciò è che il *ius honorarium* non fu considerato dai Romani come abrogativo del *ius civile*. I due sistemi coesistettero per tutto il corso del periodo classico, ma il secondo era quello ritenuto praticamente applicabile, mentre

il primo trovava applicazione solo se nulla di diverso fosse stato sancito dalla prassi onoraria. E in fondo il fenomeno si spiega, richiamandosi al diverso fondamento del *ius civile* e del *ius honorarium*, l'uno scaturente da valutazioni di carattere astratto, l'altro derivante da valutazioni di carattere concreto. Anche quando definirono la prassi pretoria come *ius*, i Romani considerarono come vero diritto il solo *ius civile*, mentre ritennero il *ius honorarium* piuttosto come un massimario giurisprudenziale, autorevolmente indicativo certo, ma non impegnativo e supremo come il diritto tradizionale: « *viva vox iuris civilis* », dirà incisivamente Marciano (D. 1.1.8) per sottolinearne la concretezza e l'attualità. Il *ius honorarium* fu, in altri termini, l'espressione della coscienza sociale: di quella coscienza sociale da cui scaturivano le valutazioni di *aequum* e di *iniquum* relativamente al *ius civile*, di quella coscienza sociale di cui il giusdicente non poteva non rendersi interprete nella interpretazione e applicazione del *ius civile*.

Ma esistono indizi concreti di questa (finora da noi soltanto asserita) connessione dell'attività dei magistrati giusdicenti con le esigenze dell'attualità, cioè con le istanze della coscienza sociale del momento? A mio parere ne esistono per lo meno due, di cui è bene fare cenno.

Un primo indizio, sia pure *e contrario*, è costituito dal noto fenomeno della mancata formazione di consuetudini giuridiche nella Roma pre-classica e classica. I giuristi romani non negano, anzi affermano esplicitamente che l'ordinamento giuridico deriva « *legibus et moribus* » (cfr. Gai 1.1): senonché, quando passano alla constatazione concreta dei *iura populi Romani*, essi dei *mores* non parlano (« *constant autem iura populi Romani ex legibus, plebiscitis, senatus consultis, constitutionibus principum, edictis eorum, qui ius edicendi habent, responsis prudentium* »: cosí Gai 1.2). Non ne parlano, io penso, per due motivi: da un lato, perché i vecchi *mores maiorum*, nucleo sacro e inviolabile del vecchio *ius civile*, sono oramai consustanziati negli scritti dei *iuris prudentes* (il *ius civile*, dice Pomponio in D. 1.2.2.12, « *sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit* »); dall'altro, perché ogni istanza sociale piú moderna, che sia venuta affermandosi negli ultimi secoli, non ha avuto il tempo e il modo di trasformarsi (attraverso la indispensabile pratica generale e costante) in consuetudini, in *mores* giuridicamente vincolanti, in quanto che hanno provveduto le leggi, i *senatus consulta* e soprattutto il pretore e gli altri giusdicenti a farle proprie e a trasfonderle, prevenendo la formazione dei *mores*, in precetti da loro avallati.

Altro, e forse piú significativo indizio, a sostegno della nostra tesi è costituito dalle *actiones* con *condemnatio* « *in quantum aequum vi-*

debitur ». L'elenco preciso di queste azioni è contestato e qualcuno ha anche sostenuto che la *condemnatio* fosse originariamente formulata nel « *quantum bonum et aequum* » (il che sembrerebbe confermato dal testo dell'editto edilizio *de feris*, riportato da Ulpiano D. 21.1.42, in una lezione, peraltro, guasta): comunque, fermandoci sul caso piú sicuro (e nel contempo tra i piú antichi), che è quello dell'*actio iniuriarum*, non vi è possibilità di seri dubbi sul fatto che il giusdicente, nel conferire al giudicante la potestà di condannare o di assolvere, lo invitasse a commisurare l'ammontare della eventuale condanna al quanto egli ritenesse equo. Ora, ciò dimostra anzitutto, e in modo esplicito, che le valutazioni di equità effettivamente costituivano la molla dell'azione pretoria; ma in piú fa anche intendere come le valutazioni di equità in altro non si concretassero che in un rilevamento delle valutazioni sociali correnti. Infatti, non è credibile che il pretore, se avesse inteso *aequum* nel senso di giusto o di conforme a una astratta *aequitas*, avrebbe commessa al giudice privato la funzione di ritrovare e rilevare questo principio di giustizia, cioè la funzione di compiere in sua vece la delicata operazione della *iurisdictio*; né è comunque plausibile che la soluzione del problema pratico di determinare il valore pecuniario di una *iniuria* sofferta la si sia voluta rimettere a considerazioni astratte di giustizia, piuttosto che al rilevamento pratico, sulla base delle valutazioni sociali correnti, del *quantum* l'*iniuria* pecuniariamente valesse.

6. — Il ripensamento dottrinale (o, come si usa dire, la sistemazione « dogmatica ») della complessa esperienza, che abbiamo cercato dianzi di delineare, ebbe probabilmente inizio nell'età ciceroniana, anzi proprio con Cicerone, e dilagò nella giurisprudenza classica, andando di pari passo col ripensamento a fini dogmatici dell'esperienza del *novum ius civile* e di tutta quanta l'esperienza giuridica romana.

Ne derivò la formulazione di tre principî, che rappresentano la proiezione *sub specie aeternitatis* (e conseguentemente, dal punto di vista storico, una deformazione e falsificazione piú o meno grave) delle concrete manifestazioni della *bona fides*, dell'*aequum-iniquum* e dello stesso *ius*, quali erano state registrate dai secoli precedenti. Tre principî complementari, anzi affini, se non proprio identici: il *bonum*, l'*aequitas*, la *iustitia*.

Sarebbe vano andare alla ricerca di eccessive precisazioni dei tre concetti. Occorrerebbe, a quest'uopo, esser privi della convinzione (ormai giustamente prevalente, perché fondata su probanti indizi) della assai scarsa capacità dottrinaria di Cicerone e dei giuristi romani. Si tratta,

è indubbio, di concetti assai approssimativi e di grande incertezza di contorni, fortemente influenzati dalla speculazione filosofica greca, la cui ripercussione sugli istituti giuridici fu pertanto, in età classica, ancora piú perniciosa e fuorviante.

Approssimativamente può dirsi che, nel pensiero di Cicerone e dei classici, *bonum* sta ad indicare il fine morale dell'ordinamento, *aequitas* sta ad indicarne il fine di eguale trattamento dei soggetti, *iustitia* sta ad indicare l'unità dell'uno e dell'altro fine. Ed è a questi valori ideali che viene ormai rapportato ogni istituto del *ius*, per poterlo giudicare e classificare in bene o in male.

Cosí si legge, ad es., che « *ex aequo et bono ius constat* » (*Rhet. Herenn.* 2.13.20), che « *ius civile est aequitas constituta* » (Cic. *Top.* 9), che « *iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere* » (Ulp. 1 *reg.* D. 1.1.10.1), che « *ius enim semper est quaesitum aequabile, neque enim aliter esset ius* » (Cic. *de off.* 2.12.42), che « *ius est autem a iustitia appellatum* » (Ulp. 1 *inst.* D. 1.1.1 pr.), che « *iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi* » (Ulp. 1 *reg.* D. 1.1.10 pr.), che la *iurisprudentia* è « *iusti ac iniusti scientia* » (Ulp. 1 *reg.* D. 1.1.10.2), che essa è « *ars boni et aequi* » (Cels.-Ulp. 1 *inst.* D. 1.1.1 pr.), che il *ius naturale* è « *id quod semper aequum ac bonum est* » (Paul. 14 *Sab.* D. 1.1.11), e via discorrendo.

Quanto alle *actiones* con *condemnatio* « *in quantum aequum* », esse divengono a loro volta, nella prospettiva dei giuristi classici, « *actiones in bonum et aequum conceptae* », cioè azioni in forza delle quali spetta al *iudex privatus* una funzione di giustizia creativa, che in altri tempi (quando la *iurisdictio* era veramente creativa) non sarebbe stato concepibile commettergli. Cosí, ad es., mentre l'*actio sepulchri violati* ha (e mantiene) la *condemnatio* nel « *quanti ob eam rem aequum videbitur* » (cfr. Ulp. D. 27.12.3 pr.), Papiniano (8 *quaest.* in D. 47.12.10), nel discutere un caso pratico, afferma: « *dixi recte eum ea actione experiri, quae in bonum et aequum concepta est* ». E gli esempi potrebbero moltiplicarsi.

Naturalmente, la ricostruzione dottrinale dell'*aequitas* come manifestazione del principio di giustizia reagí, nel corso dell'età classica, sulle precedenti impostazioni, determinando tutta una nuova valutazione degli istituti giuridici. L'*aequitas*, l'*aequum et bonum*, la *iustitia* divennero, negli scritti della giurisprudenza, un canone abituale, e spesso addirittura stucchevole, di giudizio nei riguardi del *ius civile Romanorum*: una esercitazione di cosí palese e ingenuo carattere retorico da essere stata addirittura attribuita, da qualche critico delle fonti, al decaden-

tismo postclassico. Ma, per verità, non è facilmente credibile un cosí copioso intervento glossatorio postclassico: buon senso vuole che si riconosca che proprio dai giuristi classici furono gettate le basi di quella differenziazione del *ius aequum* dal *ius strictum*, che tanto successo incontrò, successivamente, nel mondo giuridico postclassico.

Non è a credere, d'altronde, che gli effetti pratici dell'accennato fenomeno di riesame del *ius Romanorum* alla luce del principio astratto di *aequitas* siano stati pari alla importanza che i giuristi classici esteriormente attribuiscono all'*aequitas* sul piano teorico. Ormai le istituzioni repubblicane, a cominciare dai *comitia*, erano in accentuata decadenza; in decadenza erano i magistrati giusdicenti, a cominciare dal *praetor urbanus*; decadente era la stessa giurisprudenza, che il regime autoritario del principato sempre piú confinava entro i limiti di un'attività di sistemazione e di teorizzazione del diritto vigente. La vita del diritto, cioè la sua applicazione concreta e la sua progressiva evoluzione, sempre piú dipendeva, con l'andar degli anni, dall'influenza direttamente o indirettamente esercitata dai *principes*, che si affermavano come il nuovo centro motore o promotore di ogni rinnovamento. L'*aequitas*, dunque, mentre acquistò la dignità formale di un supremo principio, perse quella prepotente efficacia pratica che aveva avuto particolarmente nell'età preclassica.

7. — Poco si differenzia, nei riguardi dell'*aequitas*, l'età postclassica da quella precedente. In essa, infatti, il processo involutivo segnalato per l'età classica altro non fece che continuare, sino a giungere alle sue estreme conseguenze.

L'imperatore Costantino, in una celebre costituzione del 314 (CI. 3.1.8), ribadí solennemente il predominio del principio di giustizia sul diritto positivo: « *placuit in omnibus rebus praecipuam esse iustitiae aequitatisque quam stricti iuris rationem* ». Se anche la generalizzazione *in omnibus rebus* è dovuta, come si è sostenuto, a intervento compilatorio (probabilmente, infatti, Costantino si occupava nella sua costituzione di un caso specifico), si riconosce generalmente, e a ragione, che questa costituzione manifesta un convincimento ormai totalitario del mondo giuridico romano.

L'attività della giurisprudenza postclassica si concretò, pertanto, vieppiú nella ricerca della rispondenza (o non rispondenza) del diritto positivo alla giustizia, alla *iustitiae aequitatisque ratio*. Ma, ciò facendo, quella giurisprudenza cosí poco preparata e unitaria (anzi cosí diversa e varia, a seconda delle epoche, degli ambienti, delle influenze, degli

orientamenti) moltiplicò fatalmente le accezioni dell'*aequitas* fino ai limiti dell'incredibile. Le numerosissime interpolazioni di testi classici attribuibili ad essa accrebbero a dismisura l'evanescenza e l'incertezza di contorni dell'*aequitas* classica, determinando quello stato delle fonti, che si è denunciato all'inizio di questo articolo.

All'ingrosso, ma molto all'ingrosso, può dirsi che si tende dai postclassici ad identificare l'*aequitas* con il *ius naturale* e ad identificare quest'ultimo con i precetti fondamentali della religione cristiana: questo sul piano delle discettazioni teoriche, che sono poi, in fondo, quelle meno pericolose. Sul piano pratico, invece, nella valutazione degli istituti singoli e delle fattispecie concrete, l'*aequitas* postclassica non ha davvero limiti e serve ad autorizzare qualunque aberrazione. Essa si manifesta veramente come una perniciosa « giustizia del caso concreto », che giuristi e imperatori adducono a sostegno di ogni estrosa o facilistica soluzione di problemi dolenti e delicati. E inevitabilmente l'*aequitas* finisce per diventare, sempre sul piano pratico, la comoda giustificazione del lassismo nel diritto: una espressione di *benignitas*, di *humanitas*, di *pietas*, di *caritas*, cioè di valori cristiani altamente ammirevoli dal punto di vista religioso, ma altrettanto riprovevoli dal punto di vista giuridico.

E sebbene circa quindici secoli siano trascorsi dai tempi di Giustiniano, della complessa esperienza romana dell'*aequitas* sono forse proprio questi valori cosí antiromani quelli che, purtroppo, tuttora piú comunemente identificano l'equità agli occhi degli uomini della strada e degli stessi operatori del diritto.

« EDICTUM PERPETUUM »

1. *L'« edictum perpetuum »*. — « *Edictum perpetuum* » è una locuzione che si incontra nelle fonti romane con due distinti significati.

Un primo significato, in uso sin verso la fine del sec. I d. C. [1], è quello di editto emesso dai magistrati giusdicenti all'inizio dell'anno di carica e valevole per tutto l'anno: significato cui si contrappone dai moderni, ma senza esempi nelle fonti romane [2], la terminologia « *edictum repentinum* », nel senso di editto emanato nel corso dell'anno di carica. Un secondo significato, entrato in uso nel sec. II a. C. [3] e diffusosi in seguito sino a divenire esclusivo, è quello di editto giurisdizionale, e in particolare di editto pretorio, a carattere tralaticio [4] e valevole per sempre, in perpetuo.

Per spiegarsi l'uno e l'altro significato dell'espressione « *edictum perpetuum* », e per intendere altresí come mai il secondo fu posteriore al primo e prevalse sullo stesso, occorre rifarsi ai modi in cui fu esercitata in Roma, nel giro dei secoli, l'attività di giurisdizione civile ordinaria [5].

* In *Digesto*[4]. *Discipline privatistiche* 7 (1991) 362 ss.

[1] La documentazione, per vero, è limitatissima. Cfr.: Ascon. *in Cornel.* 1 (Stangl 48), relativo alla *lex Cornelia de edictis* (*infra*, nt. 10); Gell. *N.A.* 10.15.31 (ma v. G. MANCUSO, *Praetoris edicta*, in *AUPA.* 37 [1983] 372, nt. 2); forse *Lex collegii aquae*, in *FIRA.* III[2] (1969) 91 ss. se si accetta la ricostruzione ipotizzata, sulle tracce del Mommsen, dall'ARANGIO-RUIZ, *ivi* 93 nt. 6.

[2] Unico appiglio nelle fonti: Cic. *in Verr.* 2.3.14.36, su cui v. però MANCUSO (nt. 1) 389 ss.

[3] Cfr. Pap. 8 *resp.* D. 31.77.29 e le altre fonti analizzate da F. PRINGSHEIM, *Zur Bezeichnung des Hadrianischen Edikts als « edictum perpetuum »*, ora in *Gesamm. Abhandlungen* 1 (1961) 102 ss., e da DE FRANCISCI, *Per la storia dell'editto perpetuo nel periodo postclassico*, in *Mél. De Visscher* 3 (1950) 319 ss.

[4] La locuzione « *edictum tralaticium* » (*translaticium*) non è attestata da fonti tecniche: v. MANCUSO (nt. 1) 381 ss.

[5] Il riferimento è dunque, si badi, alla sola giurisdizione civile (non criminale) esercitata secondo quello che fu detto, successivamente alle *leges iudiciariae* dell'epoca di Augusto, *l'ordo iudiciorum privatorum*.

2. *La giurisdizione civile ordinaria a Roma e gli editti dei magistrati giusdicenti.* — La *iurisdictio ordinaria*, nel suo periodo di massima espansione (sec. I a. C. - sec. II d. C.), fu attribuzione di almeno cinque magistrature diverse: il *praetor urbanus*, che amministrava giustizia, nel territorio dell'urbe, relativamente a tutte le liti insorgenti tra i cittadini (*inter cives*); il *praetor peregrinus*, che amministrava giustizia, sempre nel territorio dell'urbe, relativamente alle liti insorgenti, in ordine a certe determinate materie, fra cittadini e stranieri o fra stranieri; i due *aediles curules*, che amministravano congiuntamente giustizia nel territorio dell'urbe in ordine a certe caratteristiche controversie insorgenti fra i frequentatori dei mercati; i *praesides provinciarum*, da distinguersi in presidi delle province commesse all'amministrazione del senato (*provinciae senatoriae*) e presidi delle province riservate (dopo l'istituzione del *principatus*) all'amministrazione imperiale (*provinciae Caesaris*), che esercitavano, ciascuno nella propria provincia, la giurisdizione attribuita nell'urbe al pretore urbano e al pretore peregrino; i *quaestores provinciarum*, che amministravano giustizia, nelle province senatorie (non in quelle imperiali), in ordine alle controversie che nell'urbe erano attribuite agli edili curuli [6].

Ciascuna delle predette magistrature aveva l'usanza, all'inizio dell'anno di carica, di affiggere in pubblico [7] un *edictum*, cioè un proclama rivolto a tutti i possibili interessati, nel quale enunciava piú o meno dettagliatamente le materie cui si sarebbe riferita la sua giurisdizione e i criteri cui essa magistratura si sarebbe attenuta nell'esercizio della giurisdizione stessa, cioè durante l'anno di carica [8]. Si annoveravano, per-

[6] Nelle province imperiali era attribuita al *praeses* anche la giurisdizione corrispondente a quella degli edili curuli.

[7] Il luogo pubblico era quello in cui si esercitava la giurisdizione (per i pretori, il Foro). L'affissione era fatta, di regola, scrivendo in inchiostro su tavolette imbiancate (*tabulae dealbatae*) fissate su un muro, o scrivendo direttamente su una parete bianca (l'*album*) deputata a questo scopo: era utilizzato, tuttavia, anche altro materiale scrittorio (cfr. Ulp. 3 *ed.* D. 2.1.7 pr.). Sul punto, e sui problemi connessi: PALAZZOLO, *L'edictum « de albo corrupto » e il problema della pubblicità delle norme edittali in età postadrianea*, in *St. Sanfilippo* 7 (1987) 593 ss.; GUARINO, « *De albo corrupto* », in *Index* 16 (1990) 275 ss.

[8] Il termine « *edictum* » stava ad indicare, nell'uso corrente, sia il singolo editto emanato dal magistrato in ordine ad una specifica materia, sia il complesso degli *edicta* singoli pubblicati nell'anno, cioè l'editto come programma piú o meno organico di giurisdizione. Poco convincente la tesi del MANCUSO (nt. 1) *passim*, secondo cui in periodo repubblicano si sarebbe utilizzato il termine « *edictum* » (« *edicta* ») solo nel primo senso.

tanto, un *edictum praetoris urbani*, un *edictum praetoris peregrini*, un *edictum aedilium curulium*, un *edictum provinciale* per ciascuna provincia senatoria o imperiale, un *edictum quaestorium* per ciascuna provincia senatoria [9].

Nulla vietava, in via di principio, ai magistrati di incrementare o modificare i loro programmi giurisdizionali con editti pubblicati in corso d'anno (i cosí detti, da noi moderni, « *edicta repentina* »), cosí come nulla vietava agli stessi, sempre in via di principio, di amministrare giustizia, nei casi concreti, con deliberazioni (*decreta*) difformi dalle promesse generali espresse negli editti, sia perpetui che repentini. Fu appunto l'abuso della giurisdizione « decretale » da parte dei *praetores* nel convulso periodo di crisi della repubblica ad occasionare, nel 67 a. C., l'iniziativa del tribuno della plebe Caio Cornelio, il quale ottenne la votazione di un plebiscito (la *lex Cornelia de edictis praetorum*), che esortava i pretori a fare giustizia sulla base degli editti emanati all'atto dell'entrata in carica (« *ut praetores ex edictis suis perpetuis ius dicerent* ») [10].

Il plebiscito Cornelio ebbe, si ripete, mero carattere esortativo, non comminò cioè sanzioni per l'ipotesi di sua inosservanza [11]; ma fu sufficiente ad indurre i due pretori (e sull'esempio loro gli altri magistrati giusdicenti) a non discostarsi troppo spesso dagli editti di entrata in carica, o a discostarsene solo previa emanazione di *edicta repentina* [12]. Di piú. Esso favorí un fenomeno già per altri versi profilatosi: il fenomeno per cui ogni magistrato, anziché emettere, assumendo la carica,

[9] Scrissero opere dedicate a commento dei testi edittali: Servio Sulpicio Rufo (brevi note), Aulo Ofilio (« *edictum praetoris primus diligenter composuit* »: Pomp. *sing. ench.* D. 1.2.2.44), Antistio Labeone (*ad ed. praetoris* e *ad ed. aed. cur.*), Masurio Sabino (*ad ed. praetoris urbani*), Celio Sabino (*ad ed. aed. cur.*), Viviano, Sesto Pedio (*ad ed. praetoris* e *ad ed. aed. cur.*), Sesto Pomponio (*ad edictum*), Gaio (*ad ed. praetoris urbani* o *urbicum*, *ad ed. aed. cur.*, *ad ed. provinciale*), Giulio Paolo (*ad ed. praetoris*, *ad ed. aed. cur.*, *breve edictum* o *brevia*), Domizio Ulpiano (*ad edictum* e *ad ed. aed. cur.*), Callistrato (*ad ed. monitorium*), forse un Saturnino (Claudio o Venuleio).

[10] Cfr. Ascon. *in Cornel.* 1 (*retro* nt. 1) e Dio Cass. 36.40.1-2.

[11] Il *plebiscitum* Cornelio era, dunque, una *lex imperfecta*, priva di sanzione, ai sensi di *Tit. ex corp. Ulp.* 1.1.

[12] Sui problemi suscitati dalla *lex Cornelia*: METRO, *La « lex Cornelia de iurisdictione » alla luce di Dio Cass.* 36.40.1-2, in *Iura* 20 (1969) 500 ss.; PALAZZOLO, *La « propositio in albo » degli « edicta perpetua » e il « plebiscitum Cornelium » del 67 a.C.*, in *Scr. Guarino* (1984) 5.2427 ss.; PINNA PARPAGLIA, *Per una interpretazione della « lex Cornelia de edictis praetorum » del 67 a.C.* (1987).

un editto integralmente nuovo, confermò l'editto dei suoi predecessori, aggiungendovi di proprio solo un limitato numero di nuove clausole, relative ad ipotesi che i predecessori avevano ignorato od avevano regolato diversamente [13]. Per tal guisa l'*edictum perpetuum*, cioè annuale, dei pretori e degli altri magistrati giusdicenti si avviò a diventare, nel corso del sec. II d. C., un testo stabilizzato e tralatizio: un *edictum perpetuum* nel nuovo senso di editto valevole per sempre.

3. *La stabilizzazione degli editti giurisdizionali nell'età del Principato e la formazione dell'editto perpetuo.* — Sempre nel corso del sec. II d. C. altre ragioni contribuirono a che per *edictum perpetuum* si intendesse, oltre che un editto stabilizzato e tralatizio, anche un editto non piú capace di accrescersi di nuove clausole: un testo cioè definitivo ed immutabile.

Per rendersi conto di questo fenomeno occorre ricordare che la crescente influenza dei *principes* nell'ambito dello stato romano mortificò sempre piú gli organismi repubblicani, svuotando di poteri, in particolare, le magistrature giurisdizionali tipiche della *respublica* [14]. Si badi: nulla del vecchio ordinamento repubblicano venne mai esplicitamente abolito (talché nelle nuove province imperiali furono riconosciute ai relativi presidi mansioni di *iurisdictio* ordinaria corrispondenti a quelle dei presidi delle province senatorie [15]), ma, sul piano pratico, i due *praetores* dell'urbe, e sulla loro scia gli altri magistrati giusdicenti, pur amministrando tuttora la giustizia ordinaria, persero progressivamente ogni iniziativa di incrementare con nuove clausole gli *edicta* loro trasmessi dai predecessori. Ormai la produzione del diritto era sempre piú nelle mani dei *principes* e delle loro *constitutiones* e la giustizia ordinaria era sempre piú subordinata alla *cognitio* esercitata *extra ordinem* dagli imperatori e dai funzionarii dipendenti [16].

In parallelo con questo processo storico si verificò, tra il sec. II e

[13] V. GUARINO, *La formazione dell'editto perpetuo*, ora in *Le ragioni del giurista* (1983) 321 ss., 326 ss.

[14] V. GUARINO, *Storia del diritto romano*[7] (1987) 353 ss.

[15] Formalmente, il titolare delle *provinciae Caesaris* era il *princeps*, di cui i governatori provinciali erano i rappresentanti *in loco*. Del *princeps* era il *ius edicendi*. Si comprende quindi come, sopra tutto nelle province imperiali, gli *edicta provincialia* tendessero ad essere conformi tra loro.

[16] La *cognitio extra ordinem* si esercitava, oltre che in alternativa alla *cognitio* ordinaria, anche in sede di *appellatio* contro le sentenze scaturite dai processi ordinarii.

il sec. III d. C., anche un altro fenomeno: la scomparsa pressoché totale, nel seno dell'orbe romano, degli stranieri o, piú precisamente, l'ammissione larghissima degli abitanti dell'orbe romano alla cittadinanza romana [17]. Si ridusse pertanto fortemente, sino a scomparire, l'esigenza di distinguere un *praetor urbanus* da un *praetor peregrinus* e l'editto pretorio, valevole per le liti tra cittadini nell'urbe, divenne unico e fu chiamato per antonomasia « *edictum* », con l'appendice del breve editto degli edili curuli [18]. Quanto agli *edicta provincialia*, essi rimasero formalmente tanti per quante erano le province, ma divennero sempre piú conformi tra loro, salvo che per qualche particolare reclamato da esigenze locali delle singole province, e furono sempre piú conformi, tutti, all'editto urbano, di cui ricalcavano le clausole [19]. Sicché, in definitiva, alle soglie del sec. III d. C. dire « *edictum* » significò alludere ad un unico testo edittale, a carattere « perpetuo » e valevole per tutto l'impero romano [20]. Situazione che si protrasse e si consolidò nei secoli seguenti sino a Giustiniano [21].

4. *La dubbia « codificazione » adrianea del testo edittale.* — Occorre qui aggiungere che, secondo una certa tradizione larghissimamente seguita dalla dottrina romanistica, il fenomeno di stabilizzazione e di conformizzazione degli editti giurisdizionali fu di gran lunga facilitato da una « codificazione » dell'*edictum* (secondo i piú, l'editto pretorio) avvenuta sotto il principato di Adriano (117-138 d. C.) [22]. Piú precisa-

[17] V. Guarino (nt. 14) 333 ss., 336. Il processo di progressiva romanizzazione degli abitanti dell'orbe romano culminò, nel 212 d.C., in una famosa costituzione di Caracalla, la *constitutio Antoniniana de civitate peregrinis danda*. Rimasero esclusi i peregrini non organizzati in *civitates*.

[18] La tendenza trova conferma nell'intitolazione dei commentarii edittali, tra il sec. I a.C. e il sec. III d.C., di cui *retro* nt. 9. Si noti però che ancora Gaio, fiorito nella seconda metà del sec. II, scrisse commenti separati *ad edictum urbicum* e *ad edictum provinciale*.

[19] Da ultimo: Guarino, *Gaio e l'« edictum provinciale »*, in *Le ragioni* cit. (nt. 13) 305 ss.

[20] Significativa l'intitolazione (*ad edictum*) dei commentari edittali di Paolo e di Ulpiano (v. *retro* nt. 9), rispetto ai quali i *libri ad edictum aedilium curulium* figuravano come appendici.

[21] Cfr. De Francisci (nt. 3) *passim*.

[22] Per tutti: De Francisci, *Sintesi storica del diritto romano*[4] (1968) 345 ss. Da ultimo: E. Bund, *Salvius Iulianus, Leben und Werk*, in *ANRW*, 2.15 (1976) 421 ss.

mente, si suole quasi unanimemente ritenere che la codificazione sarebbe stata attuata, per ordine di Adriano, dal grande giurista Salvio Giuliano: il « codice » di Salvio Giuliano sarebbe stato reso pubblico e dichiarato immutabile (immutabile ad opera dei magistrati giusdicenti) da un apposito senatoconsulto [23].

Non è il caso, in questa sede, di procedere ad un'analisi dettagliata delle fonti romane, tutte di età postclassica, da cui si desume la tesi della codificazione [24]. Vale solo la pena di rilevare, in senso contrario [25], che della presunta codificazione tacciono del tutto le fonti classiche e che Gaio, nelle sue *Institutiones*, che furono scritte sotto il principato di Antonino Pio (138-161 d. C.), non solo non fa cenno alcuno della codificazione adrianea, ma ancora considera tra loro distinti e tutti formalmente vitali i vari editti giurisdizionali [26]. La « codificazione » dell'editto è dunque, con tutta probabilità, il frutto di un tardo equivoco formatosi intorno al ricordo della eminente personalità di Salvio Giuliano, che dell'editto pretorio si occupò diffusamente nei suoi fondamentali *libri digestorum* [27].

Quanto al testo dell'*edictum perpetuum*, esso è conosciuto solo in piccola parte attraverso le citazioni letterali, cioè attraverso le trascrizioni dei giuristi romani. Per il resto si può andare e si va solo per intuizioni piú o meno sicure, basandosi sui riferimenti che all'editto si

[23] Il senatoconsulto, di cui parla Iust. *const. Tanta* 18 (con relativa libera versione greca), avrebbe statuito, conformemente a proposta di Adriano, che da allora in poi le manchevolezze dell'editto perpetuo sarebbero state ovviate con costituzioni imperiali: « *sed et divus Hadrianus in compositione edicti et senatus consulto, quod eam secutum est, hoc apertissime definivit, si quid in edicto positum non invenitur, hoc ad eius regulas eiusque coniecturas et imitationes possit nova instruere auctoritas* ».

[24] Le fonti, tutte del IV-VI secolo, sono indicate e analizzate in GUARINO, *L'esaurimento del « ius honorarium » e la pretesa codificazione dell'editto*, in *St. Albertario* 1 (1953) 625 ss., ripubbl. in *Le ragioni* cit. (nt. 13) 265 ss.; ID., *La leggenda sulla codificazione dell'editto e la sua genesi*, in *Atti Congr. internaz. Verona* 2 (1951) 167 ss.

[25] V. GUARINO (nt. 24) *passim* e, da ultimo, ID. (nt. 13) 337 ss.

[26] Cfr. Gai 1.6.

[27] Quanto al senatoconsulto di cui parla Giustiniano (v. *retro*, nt. 23), si può tutt'al piú supporre che esso abbia esortato i governatori delle province senatorie a non discostare i loro editti, nella parte che non fosse di « *genus provinciale* », da quelli, già tra loro quasi in tutto conformi, dei due pretori romani: editti ai quali probabilmente già si adeguavano, su impulso del *princeps*, gli editti delle province imperiali.

trovano fatti nelle opere giurisprudenziali [28]. Preziosi, a questo fine, sono i *libri digestorum* di Giuliano, i commenti *ad edictum urbicum* e *ad edictum provinciale* di Gaio, i grandi *commentaria ad edictum* di Paolo e di Ulpiano: opere dalle quali si desume, non senza qualche rimarchevole variante, anche il « sistema » (un sistema formatosi nei secoli, e quindi tutt'altro che rigoroso) del testo edittale [29].

[28] Fondamentale, a questo fine, la consultazione di O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis* (1889), in cui gli scritti dei giuristi classici sono, per quanto possibile, ricostruiti attraverso il riordino dei loro frammenti libro per libro.

[29] Le due ricostruzioni piú moderne dell'*edictum*, ambedue basate sul presupposto della « codificazione » adrianea, eppure tra loro molto diverse, sono quelle di H. F. RUDORFF, *De iurisdictione edictum* (1869), e di O. LENEL, *Das Edictum perpetuum, Ein Versuch zur seiner Wiederherstellung*[3] (1927, rist. 1956).

LA PRETESA CODIFICAZIONE DELL'EDITTO

1. — La dottrina romanistica, antica e moderna [1], è assolutamente unanime nel ritenere che, sotto il principato di Adriano e per iniziativa di questo *princeps*: *a*) il sommo giurista Salvio Giuliano abbia proceduto al riordinamento e ad una sorta di rudimentale codificazione degli editti dei magistrati giusdicenti, a culminare con quello del *praetor urbanus* [2]; *b*) un apposito *senatusconsultum* abbia solennemente dato il crisma della definitività al testo giulianeo [3], che venne denominato, per conseguenza, sebbene posteriormente [4], « *edictum perpetuum* ».

Discussioni tra i romanisti non mancano neanche su questo argomento, ma son tutte discussioni subordinate all'accettazione piena ed incondizionata dell'insegnamento ora riferito [5], che è ricavato tal quale

* In *St. in mem. di Albertario* (1953) 1.623 ss. col titolo *L'esaurimento del « ius honorarium » e la pretesa codificazione dell'editto.*

[1] Cfr. per tutti, da ultimo: SCHULZ, *History of Roman Legal Science* (1946) 127, 148 ss.; MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain* 1[6] (1947) 78 ss.; KASER, *Römische Rechtsgeschichte* (1950) 129 s.; ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano*[7] (1950) 104, 285.

[2] V. tuttavia *infra* n. 3.

[3] V. tuttavia *infra* n. 3.

[4] In proposito v. PRINGSHEIM, *Zur Bezeichnung des Hadrianischen Edikts als « edictum perpetuum »*, in *Symb. Friburg. Lenel* (1931) 1 ss., le cui conclusioni, generalmente accolte, sono che la denominazione *Edictum perpetuum* fece la sua prima ma sporadica apparizione nell'età dei Severi.

[5] A parte le discussioni, di cui riferirò *infra* n. 3, le principali questioni dibattute dalla dottrina sembrano le due seguenti. *a*) Quando avvenne la codificazione giuliano-adrianea? Al riguardo esiste la piú notevole e sorprendente diversità di opinioni: cfr. in proposito GIRARD, *La date de l'Édit de Julien*, ora in *Mélanges de droit romain* 1 (1912) 214 ss., e specialm. 217 nt. 6. La dottrina piú recente e accreditata tende, anzi, a ritenere il problema del tutto insolubile, a parte il fatto che esso è, in verità, di assai poca importanza: cfr. SCHULZ (nt. 1) 127, MONIER (nt. 1) 78. *b*) La codificazione si limitò ai testi edittali del *praetor urbanus* e degli *aediles curules*, o ne riguardò anche altri, e quali? Quanto all'*edictum praetoris peregrini*, vi è chi esclude che sia stato anch'esso codificato, facendo leva sul fatto che tale editto aveva già minima importanza nel sec. II d.C. (cfr. ad es.,

da un certo numero di fonti giuridiche e letterarie [6]. Di tali controversie io tralascerò, in linea di massima, di occuparmi, perché il mio assunto, giusta quanto ho ripetutamente annunziato in precedenti scritti [7], è di sottoporre a revisione critica proprio la pregiudiziale di esse, sostenendo la falsità della tradizione sulla codificazione dell'editto.

Lo scopo del presente saggio è di dimostrare brevemente che: *a*) gli elementi, che sogliono o possono addursi a dimostrazione dell'avvenimento codificativo, sono in gran parte illusori o controproducenti e sono, per il resto, di scarsissimo valore probatorio [8]; *b*) altri elementi, pur noti ai romanisti, ma finora non adeguatamente valutati sotto questo profilo sono tali da indurre addirittura ad escludere, posti a confronto con i precedenti, che la codificazione dell'editto abbia mai avuto luogo [9].

A mio avviso, insomma, la tradizione relativa ad una codificazione giuliano-adrianea dell'editto ha avuto origine e diffusione esclusivamente nel mondo postclassico, a partire dal sec. IV [10]. Perché e come essa si

MONIER 79); ma vi è, viceversa, chi crede alla sua codificazione e giustifica il silenzio delle fonti in proposito con il rilievo che tali fonti rimontano ad un'epoca, in cui l'*edictum* del *praetor peregrinus* aveva effettivamente perduto la sua ragion d'essere a causa della *constitutio Antoniniana* del 212 d.C. (cfr., ad es., KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Litteratur des römischen Rechts*[2] [1912] 95). Quanto all'*edictum provinciale*, posto che esso fosse, come giustamente assume la dottrina dominante (cfr. BUCKLAND, *L'« edictum provinciale »*, in *RHD.* 13 [1934] 81 ss.; sulle discussioni in materia, v. per tutti VOLTERRA, *Diritto romano e diritti orientali* [1937] 297 ss.), l'*edictum* generale e uniforme dei *praesides provinciarum*, la tendenza indubbiamente prevalente è di ritenere che Giuliano lo abbia incluso nell'opera di codificazione: cfr., ad es., KRÜGER 95; SCHULZ 127; MONIER 80.

[6] V. *infra*, n. 2 e nt. 13-25.

[7] GUARINO, *Storia del diritto romano, Lezioni universitarie* (1945) 153 ss.; *Profilo storico delle fonti del diritto romano*[2] (1946) 50 s.; *Salvius Iulianus* (1946) 26 ss.; *Storia del diritto romano* (1948) n. 338. Il presente scritto costituisce la prima parte della mia Relazione al Congresso internazionale di Verona (settembre 1948), nei cui *Atti* verrà contemporaneamente pubblicata la parte seconda (v. *infra* nt. 11).

[8] V. *infra* n. 2-7.

[9] V. *infra* n. 8-10.

[10] Questa mia tesi, sinora sommariamente dimostrata, è stata già avversata esplicitamente da: CHIAZZESE, *Introduzione allo studio del diritto romano* 1[2] (1948) 200 nt. 1; D'ORGEVAL, *La carrière de Salvius Julianus et la codification de l'Édit (A propos d'un livre recent)*, in *RHD.* 26 (1948) 301 ss. Posizione di attesa ha assunto, invece, il KASER, *Recensione a Guarino*, in *SDHI.* 13-14 (1947-48) 390 nt. 35. Sembra aderire il COSENTINI, *Breve nota sull'origine dell'« edictum de coniungendis cum emancipato liberis eius »*, in *St. Solazzi* (1948) 219 ss. Posizione

sia determinata può formare oggetto soltanto di congetture, la formulazione delle quali rimando, per brevità, ad altro e distinto saggio [11].

2. — L'argomento principe a sostegno dell'insegnamento da me contrastato è costituito, ovviamente, dalle testimonianze testuali della codificazione giuliano-adrianea dell'editto. Non pochi sono, invero, i testi giuridici e letterari, che di tale codificazione parlano o, quanto meno, fan cenno.

Non è necessaria, in questa sede, una disamina particolareggiata delle cennate testimonianze testuali [12]. Basta porre in rilievo, ai fini della mia dimostrazione, che esse sono tutte rese da fonti dei secc. IV e seguenti: il che significa che non si tratta di testimonianze dirette, ma di testimonianze indirette, di attestazioni « per sentito dire » o, eventualmente, per aver piú o meno male inteso. I testi, che solitamente si citano [13], appartengono, infatti, ad Aurelio Vittore [14], ad Eutropio [15], a Peanio [16], a S. Girolamo [17], a Paolo Diacono [18], a Landolfo Sagace [19], a Giustiniano [20], ai Basilici [21] e all'*Epitome legum* [22]. Quelli che possono, a mio avviso, ulteriormente citarsi sono, ancora, due costituzioni postclassiche del *Codex Theodosianus* [23] e una Novella di Valentiniano III [24] [25].

scettica ha assunto, rispetto alla mia teoria, anche, recentemente, il De Francisci, *Per la storia dell'Editto perpetuo nel periodo postclassico*, in *Mél. De Visscher* 3 (= *RIDA*. 4) (1950) 321 ss. e nt. 7.

[11] Cfr. Guarino, *La leggenda della codificazione dell'editto e la sua genesi*, in *Atti congr. internaz. Verona* 2 (1951) 167 ss.

[12] Rimando, a questo riguardo, allo scritto cit. *retro* nt. 11.

[13] Cfr. per tutti: Girard (nt. 5) 214 nt. 1, il cui elenco sembra il piú completo e accurato.

[14] Vict. *de Caes.* 19.1.

[15] Eutrop. *brev.* 8.17.

[16] Cfr. ediz. Droysen di Eutropio, in *Monum. Germ., Auct. antiquiss.* 2 (1879) 147.

[17] Hyeron. *Cron.* a. 2140 Abraham, in Droysen (nt. 16) 146.

[18] Paul. Diac. *hist. Rom.*, in Droysen (nt. 16) 316.

[19] Cfr. *Hist. miscella*, ed. Eyssenhard (1869) 320.

[20] CI. 4.5.10.1 (a. 530); c. *Tanta*-Δέδωκεν 18 (con notevoli divergenze tra le due versioni: v. *infra* n. 3).

[21] *Praef.* (H. 1.XXI), sch. *ad* D. 1.2.30 (H. 1.700).

[22] Cfr. Zachariae, *Ius Graeco-Romanum* 2 (1856) 280.

[23] CTh. 11.36.26.4 (Grat. Val. Theod., a. 379), 4.4.7.9 (Theod., a. 424).

[24] Nov. Valentin. 21.11.31 (a. 446).

[25] Per altre fonti, in realtà non pertinenti, sebbene talvolta citate, cfr. Girard (nt. 5) 214 nt. 1.

Mi sia lecito affermare, a scanso di possibili equivoci [26], che, evidentemente, io non intendo basare sul nudo fatto della origine postclassica delle fonti relative alla codificazione edittale alcun argomento presuntivo contro la verità di questo avvenimento. Che i testi postclassici debbano dar luogo, anzi, ad una presunzione di attendibilità quando si riferiscono ad avvenimenti delle età anteriori, è un principio che trova me, come chiunque altro, d'accordo [27]. Tuttavia è chiaro che tale presunzione non è presunzione assoluta ed è inoltre passibile di essere smantellata non soltanto da prove testuali contrarie, di cui certo non dispongo [28], ma anche dalle risultanze divergenti, cui possono indurre sicuri e concomitanti indizi dell'età classica.

Si aggiunga che la scadente qualità delle testimonianze, cui fa richiamo l'« *opinio generalis* » sulla codificazione, non è per nulla compensata dal numero relativamente elevato delle stesse, perché le fonti postclassiche dianzi ricordate sono, in realtà, tra loro piú o meno strettamente interdipendenti, cioè tutte, con maggiore o minore evidenza, ricalcate sulla piú antica e derivate, almeno in parte, da quella [29]. La presunzione di attendibilità rimane; ma nessuno vorrà negare che la sua forza viene ad essere da questa ulteriore constatazione ancor piú sminuita.

Dei rapporti intercorrenti fra i testi relativi alla codificazione dell'editto mi sono occupato diffusamente in altro scritto [30]. Qui sarà sufficiente, a sommaria conferma della mia affermazione, rilevar quanto segue. Aurelio Vittore ed Eutropio, i due piú antichi testimoni invocati

[26] V. infatti CHIAZZESE (nt. 10) 200 nt. 1, secondo cui io baserei la mia tesi esclusivamente sul carattere seriore delle testimonianze relative alla codificazione.

[27] Alquanto arrischiata mi sembra, tuttavia, l'affermazione del CHIAZZESE (nt. 10) 200 nt. 1, secondo cui particolarmente attendibili sarebbero le attestazioni delle costituzioni giustinianee, per il fatto che « nell'età giustinianea, anche per effetto dell'indirizzo classicistico delle scuole d'Oriente, erano note numerosissime opere e testimonianze dell'epoca classica, che andarono poi perdute ».

[28] Posto che, come io ritengo, una codificazione dell'editto non vi sia mai stata, è chiaro che non può attendersi dagli autori classici che essi affermino esplicitamente l'inesistenza della codificazione stessa.

[29] V. per tutti GIRARD (nt. 5) 214 nt. 1, il quale già riduceva le testimonianze di carattere testuale a due soltanto (non tenendo conto, peraltro, dei testi cit. *retro* nt. 23 e 24, sinora sfuggiti, per quel che mi consta, alla critica).

[30] Cfr. GUARINO (nt. 11) n. 3 ss., cui rimando per la completa dimostrazione del punto.

dall'« *opinio generalis* »[31], scrissero nel sec. IV inoltrato, attingendo ad un archetipo comune, costituito, pare, da una storia degli imperatori da Nerva a Diocleziano, oggi peraltro perduta[32]: se pur l'archetipo realmente parlò della « codificazione », del che fortemente io dubito[33], sta di fatto che la sua confezione non fu anteriore al sec. IV. Orbene al passo di Eutropio si riallacciano, per generale riconoscimento, quattro passi di autori successivi: quelli di Peanio, di S. Girolamo, di Paolo Diacono e di Landolfo Sagace[34]. Tenendo presente che il *Breviarium* di Eutropio, *magister memoriae* della Corte imperiale, fu scritto, prima del 378, per ordine dell'imperatore Valente, al fine di fornire la cancelleria imperiale di un succinto repertorio della storia romana[35], è lecito affermare che direttamente all'attestazione eutropiana si ricolleghino tre costituzioni imperiali posteriori al 378, le quali denominano l'editto pretorio come « *edictum divi Hadriani* »[36]: una costituzione di Graziano, Valentiniano e Teodosio I del 379, una costituzione di Teodosio II del 424 e la Novella di Valentiniano III, che è del 446. Ed è evidente, io credo, che questo spunto dell'attestazione eutropiana non sia estraneo alla conoscenza, che dell'avvenimento codificato dimostra Giustiniano[37], sebbene sia necessario aggiungere che questo imperatore offre talune importanti precisazioni di origine certamente indipendente: le precisazioni relative al carattere di definitività del testo codificato.

Ecco, dunque, chiarirsi la via, che occorre seguire nella valutazione critica della tradizione sulla codificazione giuliano-adrianea dell'editto. Precisato che si sia il contenuto delle testimonianze postclassiche sull'avvenimento[38], gioverà chiedersi, anzi tutto, se sussistano indizi di origine

[31] Cfr. *retro* nt. 14 e 15.

[32] Cfr. GIRARD (nt. 5) 214 nt. 1.

[33] V. la dimostrazione svolta in GUARINO (nt. 11) n. 4, a sostegno della tesi che: Vittore, a differenza di Eutropio, non sembra affatto parlare di una codificazione dell'editto, come generalmente si ritiene; il testo di Vittore, a causa di certe sue caratteristiche formali e sostanziali, sembra essere stato, a differenza del testo di Eutropio, materialmente, se pur malamente, trascritto dall'archetipo; il testo dell'archetipo non parlava, pertanto, della codificazione dell'editto.

[34] Cfr. *retro* nt. 16.19.

[35] Cfr. per tutti, da ultimo, AMATUCCI, *La letteratura di Roma imperiale* (1947) 210.

[36] Cfr. *retro* nt. 23 e 24. *Amplius*, sui problemi sollevati da dette costituzioni, GUARINO (nt. 11) n. 6.

[37] Cfr. *retro* nt. 20. È appena il caso di aggiungere che alle notizie di Giustiniano direttamente si riallacciano le fonti cit. *retro* nt. 21 e 22.

[38] V. *infra* n. 3.

classica a conferma delle medesime. Posto che indizi siffatti non sussistano; posto che, viceversa, sussistano indizi tali, da sconfessare l'apporto di quelle testimonianze; la conclusione della falsità delle stesse, quale che possa esserne stata la causa, si renderà, almeno a mio avviso, necessaria [39].

3. — Due sono le distinte, ma coordinate risultanze, che fa d'uopo desumere dalle fonti postclassiche relative alla cd. codificazione giuliano-adrianea dell'editto [40].

Una prima risultanza è che Giuliano, sotto il principato di Adriano, svolse un'opera di una certa estensione e di una certa intensità per riordinare sistematicamente gli editti dei magistrati giusdicenti e, quindi, per mettere insieme quel testo unitario, che andò piú tardi sotto il nome di « *edictum perpetuum* ». Ciò, forse, non è dato, a mio parere, desumere con sicurezza dal dettato di Aurelio Vittore, secondo cui Giuliano « *primus edictum, quod varie inconditeque a praetoribus promebatur, in ordinem composuit* » [41]; ma è indispensabile ritenerlo nei confronti della affermazione eutropiana, che Giuliano « *sub divo Hadriano perpetuum composuit edictum* » [42], nonché nei confronti di Giustiniano, che qualifica Giuliano *praetorii edicti ordinator* [43] e parla esplicitamente di una *compositio edicti* verificatasi sotto Adriano e per iniziativa di questi [44].

[39] Non condivido, pertanto, l'avviso del CHIAZZESE (nt. 10) 200 nt. 1, secondo il quale, per rendere « meno ardita » la mia tesi, occorrerebbe dimostrare come e perché sia sorta, nel sec. IV d.C., la leggenda sulla codificazione. V. comunque, in proposito, GUARINO (nt. 11) *passim*.

[40] In tali sensi la comune dottrina, per la quale rimando agli autori cit. *retro* nt. 1.

[41] Cfr. Vict. *de Caes.* 19.1, e in argomento GUARINO (nt. 11) n. 4. Il « *primus* (*edictum ... in ordinem composuit*) » fa pensare che Vittore non accennasse alla codificazione, ma all'opera scientifica svolta da Giuliano con i suoi *digesta*: la prima opera di sistemazione dei princípi edittali. A conferma di questa interpretazione, cfr. Pomp. D. 1.2.2.44: *... de iurisdictione idem* (i.e. *Ofilius*) *edictum praetoris diligenter composuit.*

[42] Cfr. Eutrop. *brev.* 8.17. Qui il fatto che si parli dell'*edictum perpetuum* e della *compositio* dello stesso non può far pensare ad altro che ad un riordinamento del testo edittale.

[43] Cfr. CI. 4.5.10.1 (a. 530).

[44] Cfr. c. *Tanta*-Δέδωκεν 18. Da notare che in questo paragrafo della c. *Tanta* Giustiniano qualifica Giuliano « *legum et edicti perpetui suptilissimus conditor* »: la quale qualifica, se non fosse inequivocamente inserita in tutto un di-

È sintomatico che la dottrina romanistica, o almeno quella parte di essa che ha analizzato piú a fondo il problema, esiti alquanto a giungere a cosí fatte risultanze interpretative [45]. Vedremo in seguito i profondi e giustificati motivi di tali esitazioni [46], ma sia detto sin d'ora che essi, se possono far dubitare che le attestazioni qui ricordate rispondano a verità, non autorizzano affatto una interpretazione che si metta contro il preciso ed inequivocabile significato letterale e logico delle stesse. *Ordinare edictum*, *componere edictum* sono locuzioni che altrimenti non possono intendersi se non nel senso da me esposto: sicché sembra lecito esigere, per prestar piena fede alle fonti, che la palingenesi dell'editto ci mostri, sia pur vagamente, un certo qual ragionevole sforzo di sistemazione, di riordinamento dello stesso, e insomma di sovrapposizione di un criterio logico ed unitario, sia pur embrionale, al disordine precedente delle sue clausole, che, dal suo canto, ben si spiega per motivi di carattere storico [47]. Se nulla risultasse in tal senso, sarebbe piuttosto difficile, se non impossibile, intendere perché mai Adriano avrebbe fatto ricorso alla collaborazione di Giuliano, *legum et edicti perpetui suptilissimus conditor*, e perché mai Giuliano sarebbe passato alla storia, o almeno alla storiografia postclassica, prima e piú che come autore dei *Digesta*, come riordinatore dell'*edictum perpetuum* [48].

scorso relativo alla codificazione edittale, potrebbe anche soltanto riferirsi, in sé e per sé considerata, ai *digesta* giulianei, che furono appunto una pregiatissima opera di sistemazione dell'*edictum* pretorio (ll. 1-58) e delle *leges* vigenti (ll. 59-90).

[45] In proposito cfr., ad es.: GIRARD (nt. 5) 200 ss.; KIPP, *Geschichte der Quellen des römischen Rechts*[4] (1919) 55 s.; WEISS, *Vorjulianische Ediktsredaktionen*, in *ZSS*. 50 (1930) 260 nt. 1. V. anche *infra* nt. 47.

[46] Cfr. *infra* n. 5-7.

[47] Assume il KIPP (nt. 45) 56 che « *ordinare edictum* » non indica necessariamente una revisione sistematica dell'editto, perché « *ordinare* », « bedeutet überhaupt die Festsetzung nach Inhalt und Form »: ma l'osservazione ha valore per singole clausole edittali (cfr. infatti Ulp. D. 25.2.13: *ita edictum ordinatum videtur*) e non per il caso nostro, in cui di « *ordinare* » e di « *componere* » si parla in relazione a tutto quanto il testo dell'editto. Analoga replica merita, a mio avviso, una osservazione, vicina a quella del Kipp, che si legge, relativamente al significato di « *componere* », in WEISS (nt. 45) 268 nt. 1. Sta di fatto, in ogni caso, che tutti quelli che si sono occupati della codificazione dell'editto si sono sempre sforzati di ritrovare indizi di un qualche sensibile riordinamento sistematico attuato da Giuliano.

[48] Per coloro che ritengono che la *insignis doctrina* di CIL. 8.24094 sia una allusione alla codificazione giulianea dell'editto (v. *infra* n. 4), vi sarebbe anche da domandarsi quale mai *insignis doctrina* avrebbe spiegato Giuliano, se non avesse nemmeno riordinato sistematicamente i testi edittali.

Una seconda risultanza, ancor piú importante ed inequivocabile, imposta dalla lettura delle fonti attinenti alla cd. codificazione edittale, è che questa abbia coinciso con il divieto assoluto per i magistrati giusdicenti di accrescere, per l'avvenire, di nuove clausole i rispettivi editti. È quanto afferma esplicitamente Giustiniano, nella c. *Tanta* - Δέδωκεν [49], specificando che un *senatusconsultum* emesso su richiesta di Adriano dispose « *ut, si quid in edicto positum non invenitur, hoc ad eius regulas eiusque coniecturas et imitationes possit nova instruere auctoritas* » [50], dove è evidente che la « *nova auctoritas* » altro non è che il potere imperiale [51].

Io non mi spingo ad affermare che l'attestazione di Giustiniano or proprio trascritta significhi che Adriano abbia abolito, o fatto abolire dal *senatus*, il *ius edicendi* dei magistrati *cum iurisdictione*, perché il *ius edicendi* era tanto strettamente connesso con il potere dei magistrati, e quindi con la loro *iurisdictio*, che abolirlo sarebbe equivalso ad abolire le magistrature stesse, il che certamente non fu [52]. È fuor di discussione, peraltro, che il divieto fatto sancire da Adriano avrebbe dovuto ridurre il *ius edicendi* ad un potere meramente formale, di proclamare e riproclamare ogni anno il testo codificato, senza menomamente alterarlo e, a maggior ragione, senza menomamente accrescerlo di nuove clausole [53]. Ed è evidente, altresí, che le fonti giuridiche classiche re-

[49] C. *Tanta* - Δέδωκεν 18.

[50] Da notare che in c. *Tanta* 18 Giustiniano afferma anche che il principio della immodificabilità dell'editto era stato, già prima di Adriano, proclamato da Giuliano: ... *Iulianus legum et edicti perpetui suptilissimus conditor in suis libris hoc rettulit, ut si quid imperfectum inveniatur, ab imperiali sanctione hoc repleatur. et non ipse solus sed et divus Hadrianus rell.* Tuttavia, D. 1.3.11 (Iul. 90 *dig.*) riferisce un insegnamento visibilmente diverso: ... *de his, quae primo constituuntur, aut interpretatione aut constitutione optimi principis certius statuendum est.* Sul punto, e sulle conseguenze da trarre in ordine alla veridicità della c. *Tanta*, v. GUARINO (nt. 11) n. 7.

[51] Solo di un momento può essere il dubbio che la frase riferita nel testo significhi che anche gli imperatori, oltre i pretori, fossero autorizzati a modificare i principî edittali: basta a dileguarlo la lettura dell'intero paragrafo, il cui contesto non si presta davvero ad equivoci.

[52] Gai 1.6 parla, successivamente al principato di Adriano, di magistrati « *qui ius edicendi habent* »: v. *infra* n. 8.

[53] Non credo possa sorgere il sospetto che, in virtú del *senatusconsultum* ricordato nella c. *Tanta* - Δέδωκεν, i magistrati successivi alla codificazione siano stati autorizzati a modificare e ad integrare il testo edittale, purché in corrispondenza di quanto di volta in volta prescritto dalla *nova auctoritas* imperiale.

datte successivamente alla compilazione non dovrebbero mostrar traccia alcuna di considerare il testo edittale come un testo che non fosse indispensabile rispettare pienamente, sia nelle sue formulazioni, che nella sua disposizione sistematica, quando se ne facesse il commento.

Ebbene, altra sintomatica esitazione della dottrina dominante, o almeno di certa parte di essa, riguarda appunto l'accoglimento di questi corollari. Della necessità che i commentari al presunto *edictum Hadriani*, al testo edittale codificato e perpetuo, si mostrino tra loro perfettamente conformi nell'ordine sistematico nessuno ha fatto mostra, sin oggi, per quel che mi risulta, di avvedersi. Invece, quanto alla conseguenza piú ovvia ed imperiosa, quella della immutabilità del testo codificato ad opera dei *magistratus* giusdicenti, vi è stato persino chi [54] si è spinto a contestarla, cercando di farsi forte con le parole della cost. Δέδωχεν ove si legge che l'integrazione analogica dell'editto sarebbe spettata, secondo Adriano, a tutti quelli che si trovassero ἐν ἀρχαῖς, e quindi anche ai *magistratus* investiti della *iurisdictio* [55]. La dimostrazione dell'errore interpretativo, che vizia questa teoria, è tanto facile, che non occorre nemmeno indugiarvisi [56]. Giova, peraltro, l'averla segnalata per denunciare il non lieve imbarazzo in cui vengono a trovarsi i sostenitori dell'« *opinio generalis* », allorquando pongono tra loro in raffronto le dichiarazioni dei testi postclassici sulla pretesa codificazione e la realtà della giurisprudenza e del diritto onorario post-adrianeo, che riscontreremo di qui a poco sensibilmente diversa.

Ma l'« *opinio generalis* » da me combattuta si è sforzata in piú occasioni di confortare la credibilità dei testi postclassici, di cui abbiamo sinora parlato, attraverso elementi indiziari desunti da testi dell'epoca classica. Sarà bene, pertanto, ch'io passi, prima d'ogni altra cosa, a di-

[54] Cfr. MONIER (nt. 1) 80. In tal senso v. già HUSCHKE, cit. da KRÜGER (nt. 5) 94 nt. 8.

[55] ... Ἀδριανὸς ... αὐτὸ δὴ τοῦτο φησίν, ὡς εἴ τι παρὰ τὸ διατεταγμένον ἀνακύψειεν, προσῆκόν ἐστιν τοῦς ἐν ἀρχαῖς τοῦτο πειρᾶσθαι διαιρεῖν καὶ θεραπεύειν *rell.*

[56] Contro il riferimento ai magistrati giusdicenti, v. già KRÜGER (nt. 5), che si richiama (p. 94 nt. 8) al testo corrispondente della *Tanta* per imporre l'interpretazione correttiva. Ma vi è altresí da notare che il riferimento alle magistrature repubblicane è smentito dalla stessa cost. Δέδωκεν 18, la quale, analogamente alla *Tanta*, dichiara che l'*oratio Hadriani* era conforme all'insegnamento di Giuliano e riferisce questo insegnamento in maniera inequivocabile: ... Ἰουλιανὸς αὐτὸ τοῦτο φαίνεται λέγων καὶ τὴν ἐκ τῆς βασιλείας ἐπὶ ταῖς ἀναφυομέναις ζητήσεσιν ἐπικαλούμενος ἀναπλήρωσιν ...

mostrare che tali indizi, quando non sono illusori, sono addirittura controproducenti.

4. — Un primo e, apparentemente, piú clamoroso indizio sussidiario della pretesa codificazione è costituito, secondo alcuni [57], da quella famosa epigrafe di Pupput, che è relativa al *cursus honorum* di *L. Octavius Cornelius P.f. Salvius Iulianus Aemilianus* [58].

Questa iscrizione, che nessuno dubita, me eccettuato [59], riferirsi proprio al giureconsulto Giuliano [60], porta, come è noto, la dichiarazione che a L. Salvio Giuliano Emiliano, ed a lui soltanto, « *divus Hadrianus . . . salarium quaesturae duplicavit propter insignem doctrinam* ». La notizia è stata posta in relazione con quella attinente alla codificazione e se ne è tratta la conseguenza che Giuliano riordinò l'editto durante la sua *quaestura* e che appunto per ciò il *salarium* relativo a detto ufficio gli venne raddoppiato dal riconoscente Adriano.

A mio fermissimo avviso, l'indizio qui ricordato è del tutto insussistente, perché ritengo di aver sufficientemente dimostrato, in altra occasione [61], che l'epigrafe tunisina, checché se ne sia detto sino ad oggi, certamente non si riferisce a Giuliano, che oltre tutto sembra aver avuto il *praenomen* di *Publius* [62], ma riguarda, tutt'al piú, un suo figliuolo, de-

[57] Cfr. ad es., MOMMSEN, *Salvius Iulianus*, ora in *Juristische Schriften* 2 (1905) 3; BOULARD, *L. Salvius Iulianus* (1902) 27; GIRARD (nt. 5) 233 ss.; D'ORGEVAL (nt. 10) *passim*.

[58] CIL. 8.24094, ILS. 8973. L'epigrafe in questione fu scoperta, come è noto, a Souk-el-Abiod (Tunisia), presso l'antico villaggio di Pupput.

[59] Cfr. GUARINO, *Iulianus* (nt. 7) 18 ss.

[60] V. da ultimo (a prescindere dai manuali e dai cit. nella nt. 29) SCHULZ 105; MERLIN, *Le jurisconsulte Salvius Iulianus proconsul d'Afrique*, in *Mém. Acad. inscript. Bell. Lettres* 54.2 (1941). V. tuttavia KUNKEL, *Ueber Lebenszeit und Laufbahn des Juristen Julians*, in *Iura* 1 (1950) 193 ss., secondo cui la mia dimostrazione è valsa a rendere meno sicuro di prima il riferimento dell'epigrafe tunisina al giurista Giuliano, riferimento che tuttavia rimarrebbe « mehr oder weniger wahrscheinlich », quanto meno sino ad una chiara e decisiva prova del contrario.

[61] V. *retro* nt. 59.

[62] Cfr. CIL. 6.375, ILS. 2104 (*Fasti consulares* del 148 d.C.), che la dottrina dominante riferisce con sicurezza al giureconsulto Giuliano. Si è opposto al mio rilievo (v. da ultimo D'Orgeval e Kunkel cit. a nt. 10 e 60) che Giuliano può ben aver avuto un doppio *praenomen*, di cui l'uno (*Lucius*) appare nell'epigrafe di Pupput e l'altro (*Publius*) si fa vivo nei *Fasti* consolari del 148. Ma mi permetto di obbiettare che, se l'ipotesi del doppio *praenomen* è verosimile, è

signato per l'appunto come *Publii filius*. Ma non voglio pregiudicare la dimostrazione, che forma oggetto del presente scritto, attraverso l'imposizione della mia tesi circa l'iscrizione di Pupput [63].

Per chi non sappia fare a meno di rimaner pienamente convinto del riferimento di quest'ultima al giureconsulto Giuliano io passo a sostenere, in linea subordinata, che, come è stato già opportunamente rilevato da molti autorevoli sostenitori della stessa « *opinio generalis* » [64], non è credibile che la *duplicatio* del *salarium quaesturae* « *propter insignem doctrinam* » sia, nell'epigrafe, un accenno alla codificazione, e perciò un indizio della verità della medesima.

Si consideri, in primo luogo, che la « *insignis doctrina* » dell'iscrizione tunisina non soltanto non richiama affatto alla mente, nella sua genericità, la dottrina giuridica di Giuliano [65], ma tanto meno è atta ad indicare, o anche solo ad adombrare, nella sua astrattezza, il fatto specifico e concreto del riordinamento dell'editto [66]. Della qualità di giureconsulto sommo di Giuliano, dei suoi meriti di codificatore del testo edittale è assai difficile credere che l'epigrafe laudativa di Pupput, ove avesse realmente fatto riferimento a lui, avrebbe mai taciuto [67]. Ad ogni modo, ammettere che l'epigrafe in questione, per indicare la codificazione dell'editto, abbia fatto ricorso alla tortuosa circonlocuzione della

invece assai inverosimile che tal doppio *praenomen* non risulti nella lunga e circostanziata epigrafe di Souk-el-Abiod.

[63] Per una replica alle obiezioni mossemi, in proposito, dal D'ORGEVAL (nt. 10) e dal KUNKEL (nt. 60), rimando a GUARINO, *Notazioni romanistiche: VII*, in *AUCT.* 4 (1950) 200 ss.

[64] Cfr., in questo senso, DE FRANCISCI, *Contributo alla biografia di Salvio Giuliano*, in *RIL.* 41 (1908) 450 ss.; KRÜGER (nt. 5) 184 ss.; APPLETON, *La date des « digesta » de Julien*, in *NRH.* 34 (1910) 740 s.

[65] In tal senso v. ora anche KUNKEL (nt. 60) 201, che peraltro si mostra incline a ritornare alla interpretazione tradizionale attraverso l'osservazione che la *insignis doctrina* di L. Salvio Giuliano fu manifestata nell'esercizio di una magistratura. Vaghe e poco concludenti le altre repliche mossemi dal D'ORGEVAL (nt. 10) 307.

[66] Si noti altresí che l'epigrafe di Pupput dice « *cui divos Hadrianus soli salarium quaesturae duplicavit propter insignem doctrinam* ». Da questo modo di esprimersi non può dedursi che L. Salvio Giuliano abbia meritato la *duplicatio* del *salarium quaesturae* in virtú di un *quid* speciale di attività svolta al servizio di Adriano; ma può dedursi soltanto che egli, nella esplicazione delle normali attività di *quaestor*, eccelse sui suoi colleghi, venendo pertanto premiato dal *princeps*, a cagione della *insignis doctrina*, di cui fece mostra.

[67] Argomento, questo, che anche i miei piú recenti oppositori (nt. 10 e 60) trascurano, credo, a torto.

« *insignis doctrina* » costituisce, quanto meno per le mie limitate facoltà mentali, una illazione impossibile.

D'altra parte, va rilevato che il Giuliano dell'epigrafe, stando alla lettura del suo lungo e complesso *cursus honorum* [68], dovette essere *quaestor* in assai giovane età, forse addirittura nell'età minima dei 25 anni [69]. Se è concepibile che, in tale età, egli abbia potuto far mostra di una pur vasta cultura generica, tale da attirare su di lui l'attenzione del *princeps* [70], meno credibile è che egli già si fosse potuto formare e far riconoscere l'esperienza necessaria al còmpito del riordinamento dei testi edittali [71]. Chi [72], di recente, per sfuggire a questa difficoltà, ha supposto che Giuliano sia entrato nella carriera senatoria relativamente tardi e sia stato *quaestor* sui 37 anni, nel 137 d. C. [73], non ha tenuto

[68] Egli fu, stando a CIL. 8.24094, *decemvir stlitibus iudicandis*, poi *quaestor Augusti*, *tribunus plebis*, *praetor*, *praefectus aerarii Saturni*, *praefectus aerarii militaris*, *consul*, *pontifex*. Sotto Antonino Pio fu *sodalis Hadrianalis*. Dai *divi Fratres* fu nominato *sodalis Antoninianus* e fu inviato come *legatus principis* nella Spagna citeriore. Infine, non prima del 163-164, fu fatto *proconsul provinciae Africae*. V. in proposito: GUARINO, *Iulianus* (nt. 7) 8 ss.

[69] V. in particolare GIRARD (nt. 5) 241 e nt. 2. Cfr. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht* 1.573 s., 606.

[70] V. tuttavia, in senso contrario, D'ORGEVAL (nt. 10) 307, con motivazione, che sembra estremamente tenue: « on ne peut ... admettre qu'un lettré *in utraque lingua* comme Hadrien ait récompensé un sécretaire qui lui aurait préparé ses discours ». Secondo il mio contradditore dovrebbe essere, dunque, inverosimile che Lorenzo il Magnifico abbia coperto di onori il Poliziano, o che Leone XIII (notoriamente ottimo ed elegante latinista) si sia fatto minutare le encicliche e i brevi dall'apposita cancelleria.

[71] Gli autori cit. *retro* nt. 64 hanno addirittura sostenuto che l'opera di codificazione degli editti avrebbe potuto esser realizzata da Giuliano soltanto in veste di *praetor* (o di *magistratus maior*). Giustamente ha obbiettato il D'ORGEVAL (nt. 10) 307 s. che la codificazione (ammesso che sia avvenuta) si basò in ogni caso sull'autorità del *princeps* (e, aggiungo, fu avallata da quella del *senatus*), sicché un *quaestor Augusti* avrebbe ben potuto attendervi, ed anzi sarebbe stato tra le persone maggiormente indicate allo scopo. Ciò non elimina, tuttavia: *a*) l'inverosimiglianza generica del « coup d'état » di Adriano, per i motivi che esporrò *infra* n. 8; *b*) l'inverosimiglianza specifica della tesi che Adriano, per un'opera tanto delicata quale quella della codificazione, abbia potuto far affidamento su un giureconsulto ancor giovane e poco noto; *c*) l'inammissibilità della tesi che un *quaestor* o lo stesso *princeps* abbiano potuto apportare innovazioni agli editti (v. *infra* n. 5).

[72] Cfr. D'ORGEVAL (nt. 10) 307 s., 310.

[73] La codificazione sarebbe avvenuta in occasione dei *Vicennalia* del *princeps*, quando Adriano aveva preso sede a Tivoli. Per il che il D'ORGEVAL (nt. 10) 307

presente che i 35 o 36 libri *ad Sabinum* di Sesto Pomponio furono probabilmente scritti sotto Adriano, dunque non dopo il 138 [74], ma lo furono certamente dopo la codificazione, se codificazione vi fu [75]: sicché verrebbe a doversi concludere, contro ogni umana verosimiglianza, che l'opera di Pomponio fu composta nel giro di un anno.

Da ultimo, rinviando a fra poco ulteriori considerazioni critiche, sottolineerò che l'epigrafe tunisina, parlando di un *salarium quaesturae* spettante a L. Salvio Giuliano, fa intendere che questi si segnalò agli occhi del *princeps* in occasione ed a causa di viaggi fuori Roma, perché solo fuori Roma, a titolo di rimborso spese, percepivano i *quaestores*, per quanto sappiamo, un *salarium* [76].

Orbene non solo è logico credere che la codificazione, se vi fosse stata, avrebbe avuto luogo a Roma; non solo risulta, da quanto afferma Giustiniano [77], che in Roma appunto avrebbe provveduto il *princeps*, eventualmente a mezzo di un suo *quaestor*, a farla approvare dal senato; ma inoltre, a coronare la tesi della inattendibilità del riferimento dell'epigrafe alla codificazione, non può non osservarsi che sarebbe stato

nt. 2 rimanda ad un suo inedito *Essai sur l'oeuvre législative et administrative de l'empereur Hadrien* (Thèse 1947).

[74] Cfr. per tutti KRÜGER (nt. 5) 191.

[75] Invero, sia che si ritenga che l'*edictum « de coniungendis »* fu introdotto da Giuliano in occasione della codificazione, sia (e peggio) che si ritenga essere stato esso posteriore alla codificazione (cosí appunto il D'ORGEVAL [nt. 10] 310, che lo attribuisce al 142) (v. *infra* n. 5), sta di fatto che Pomp. D. 38.6.5 pr. (4 *ad Sab.*) conosce e commenta la clausola in questione.

[76] Cfr. in proposito MOMMSEN (nt. 57) 3, il quale, non volendo rinunciare al riferimento dell'epigrafe alla codificazione, è costretto a parlare, in ordine al caso del *quaestor* Giuliano, di una eccezione alla regola costituzionale. Diversa strada, assai meno cautamente, a mio avviso, battono il KUNKEL (nt. 60) 200 s. e il KÜBLER, *Geschichte des römischen Rechts* (1925) 212: per il primo, non sarebbe detto che i *principes* non abbiano salariato i *quaestores Augusti*, che erano sostanzialmente loro funzionari; per il secondo, l'epigrafe tunisina sarebbe addirittura la prova che, ai tempi di Adriano, i *quaestores* ricevevano un *salarium* anche in Roma. Ambedue le esposte tesi mi sembrano alquanto inverosimili: i *quaestores Augusti* erano pur sempre *magistratus reipublicae*, il *salarium* era pur sempre da pagarsi a carico dell'*aerarium Saturni*, e quindi nei limiti delle regole costituzionali repubblicane: se le cose, ai tempi di Adriano, fossero già andate come il Kunkel inclina a credere e il Kübler esplicitamente afferma, è probabile che non avrebbe sostenuto le spese dell'innovazione l'*aerarium populi Romani*, ma piuttosto il *fiscus Caesaris*, sicché non si sarebbe parlato di *salarium* in relazione al presunto stipendio dei *quaestores in urbe*.

[77] C. *Tanta* - Δέδωκεν 18, ove si parla di una *oratio in senatu* (nel testo greco, di una *oratio ad populum*).

veramente assurdo e ridicolo che Adriano avesse escogitato come atto premio a tanta opera il misero e tortuoso espediente della concessione di un *salarium quaesturae* e della duplicazione del medesimo a Giuliano, « *ordinator edicti* » [78].

5. — Vi è chi [79], a riprova della codificazione giuliano-adrianea, con particolare riguardo all'editto pretorio, si sforza di far leva su ciò: che Marcello [80] ed Ulpiano [81] denominano *novum* l'*edictum* « *de coniungendis cum emancipato liberis eius* » [82], di cui, anzi, un passo del primo fra i due specificherebbe trattarsi di un « *caput edicti, quod a Iuliano introductum est* ». Giuliano, dunque, si dice, codificò veramente gli editti, ed è provato « *per tabulas* », o quasi, che vi apportò inoltre novità di carattere sostanziale [83].

L'indizio, se indizio esso è, potrebbe essere preso in considerazione solo se il passo di Marcello, su cui essenzialmente esso si fonda, si sottraesse alla critica interpolazionistica. Viceversa vi è stato chi [84], di recente, facendo seguito ad assaggi già operati da altri [85], è riuscito a

[78] L'argomento è tale, a mio credere, da togliere ogni peso alle ingegnose (troppo ingegnose) spiegazioni del D'ORGEVAL (nt. 10) 307 e del GIRARD (nt. 5) 245 ss. Per il primo, la codificazione sarebbe avvenuta (v. nt. 73) quando Adriano e Giuliano si trovavano a Tivoli, fuori Roma ma vicinissimi a Roma; per il secondo, il *salarium* sarebbe spettato a Giuliano, *quaestor Augustalis*, per aver accompagnato il *princeps* in viaggio la maggior parte di un certo anno, mentre la *duplicatio* di esso sarebbe stata elargita in premio dell'aver lestamente proceduto in Roma, nel poco tempo restante, alla codificazione dell'editto.

[79] Cfr., da ultimo, WEISS (nt. 45) 260 s.

[80] D. 37.8.3 (Marcell. 9 *dig.*): ... *nepoti tamen retento in potestate bonorum possessio dari debet, quoniam, si pater eius emancipatus praeteritus esset, simul cum eo bonorum possessionem accipere posset propter id caput edicti, quod a Iuliano introductum est, id est ex nova clausula* ...

[81] D. 37.9.1.13 (Ulp. 41 *ad ed.*): *Si pater nuru praegnate filium emancipaverit, non in totum repelli uterus debet: namque natus solet patri ex novo edicto iungi* ...

[82] Cfr. LENEL, *EP.*[3] § 146.

[83] Sebbene si aggiunga subito che l'accento posto da Marcello e da Ulpiano sul *novum edictum* è indizio del fatto che a questa sola novità si limitò Giuliano in occasione della codificazione: v. in proposito, WEISS (nt. 45) 261.

[84] V. COSENTINI (nt. 10) 219 ss., specialm. 221 ss.

[85] In D. 37.8.3 (nt. 80) le parole « *id est ex nova clausula* » furono giudicate interpolate dal Perozzi (*Istituzioni di dir. rom.* 2[2] [1928] 586) e dal WEISS (nt. 45). Il BIONDI (*Sulla dottrina romana dell'« actio arbitraria »*, in *AUPA.* 1 [1912] 50 nt. 5) ha esteso poi il sospetto a tutto lo squarcio « *simul cum eo — clausula* », ma con argomentazione, a mio avviso, poco probante.

dimostrare convincentemente, almeno a mio avviso, che tutto il brano, di cui fa parte l'inciso menzionante Giuliano, è di pretta derivazione postclassica [86]. Che l'*edictum* « *de coniungendis* » sia stato veramente creato da Giuliano è, pertanto, assai dubbio. Altro problema, di assai minor rilievo, è quello di accertare il motivo per cui quell'editto fu qualificato *novum* da Ulpiano ed eventualmente da altri giuristi classici [87]. Ma, quale che possa essere stato tale motivo, è tuttavia chiaro che quella sola qualifica non implica, di per se stessa, alcun collegamento della clausola « *de coniungendis* » con Giuliano, e tanto meno con la pretesa codificazione giulianea.

Ad ogni buon conto, per il caso che non si volesse condividere la tesi critica da me accolta, e si ammettesse cioè che l'*edictum* « *de coniungendis* » sia stato veramente formulato da Salvio Giuliano, la circostanza, a mio avviso, non soltanto non sarebbe probante per l'« *opinio generalis* », ma risulterebbe in contrasto con altri elementi di prova della stessa, se non addirittura con tutta la tradizione sulla codificazione dell'editto. Che essa non sarebbe probante in pro dell'insegnamento generale, è intuitivo: dire che un certo *caput edicti* « *a Iuliano introductum est* » non significa, infatti, accennare, nemmeno lontanamente, al preteso avvenimento codificativo [88], che richiede, dunque, di essere dimostrato solo attraverso altri e diversi elementi. Quanto al carattere controproducente della circostanza, valgano a metterlo in luce le brevi considerazioni che seguono.

[86] Giustamente il COSENTINI (nt. 10) impugna (226 s.) la genuinità del brano « *quoniam si — ex clausula* », mettendo in luce la grave erroneità di questa dimostrazione alla luce dei principî sulla *bonorum possessio contra tabulas*. Sorge, peraltro, a questo proposito, la questione se l'esplicativo « *id est ex nova clausula* » sia stato apposto dalla stessa mano, che ha vergato la glossa « *quoniam rell.* » o da altra mano successiva. A una mano diversa e successiva farebbe pensare il WEISS (nt. 45), quando osserva (260) che la frase, oltre che superflua, è una parafrasi di « *propter id caput edicti, quod a Iuliano introductum est* »; ma può pensarsi, in contrario, che l'autore di « *quoniam rell.* », sapendo che l'*edictum* « *de coniungendis* » era anche chiamato « *nova clausula* », abbia aggiunto l'esplicazione « *id est rell.* » di suo proprio pugno, per amor di chiarezza.

[87] Secondo il COSENTINI (nt. 10), i classici (cfr. Ulp. D. 37.9.1.13) chiamarono « *novum* » l'*edictum* « *de coniungendis* » perché era l'ultimo, in ordine di tempo, tra quelli relativi alla *bonorum possessio contra tabulas* (cfr. 230 s.). Questo motivo mi sembra, allo stato degli atti, il piú convincente.

[88] Non pochi sono i casi, notissimi, riportati dalle fonti, di *edicta* introdotti da questo o da quel pretore.

Se fosse certo che l'*edictum « de coniungendis »* fu introdotto da Salvio Giuliano, saremmo tenuti, in primo luogo, a credere meno che mai a quanto si pretende desumere dall'epigrafe di Pupput, e cioè che Giuliano codificò l'editto da *quaestor*[89]. Invero, se è ammissibile che un *quaestor Augustalis* possa aver riordinato gli editti e che il senato possa aver vietato ai magistrati di accrescerli per l'avvenire di nuove clausole, è del tutto incredibile che un *quaestor* o il *princeps* o il *senatus* possano essersi arrogato il potere di « creare », in luogo del *praetor urbanus* in carica, una o piú nuove clausole edittali[90]. Dato che il *ius edicendi* dei magistrati non fu abolito per effetto della codificazione[91], possiamo ammettere che un nuovo istituto giuridico sia stato creato dal *princeps* mediante una sua *constitutio* o dal *senatus* mediante un *consultum*, ma non possiamo dilaniare la logica del diritto romano sino al punto di credere che il nuovo istituto sia stato bellamente immesso in questo o quel testo edittale nella veste tecnica di un *edictum*.

Giuliano, dunque, o codificò l'editto da *praetor urbanus*, nel quale caso avrebbe anche potuto incrementare il testo pretorio di nuove clausole[92], o non lo codificò affatto, come io tendo a credere. Considerato che egli rivestí ovviamente la *praetura* dopo la *quaestura*, è chiaro che l'epigrafe di Pupput trova un altro ostacolo alla sua deducibilità nella nostra questione.

Ma vi è forse, come dicevo, qualcosa di piú. Sia stato o non sia stato l'*edictum « de coniungendis »* formulato da Giuliano, il fatto che

[89] V. *retro* n. 4.

[90] Non è escluso che a siffatta assurdità, sfuggita a tanti illustri romanisti moderni, non abbia pensato neanche il glossatore postclassico di Marcell. D. 37.8.3, che scriveva in un'epoca in cui si era diffusa la leggenda sulla codificazione giuliano-adrianea dell'editto.

[91] V. *retro* n. 51. Cfr. Gai 1.2: *...edicta eorum, qui ius edicendi habent...* Cfr. anche Gai 1.6. Che le Istituzioni di Gaio siano state scritte posteriormente al principato di Adriano, è fuor di ogni discussione: cfr. per tutti KRÜGER (nt. 5) 205 ss.

[92] E, si noti, il solo testo pretorio, anzi, piú precisamente, il solo *edictum urbanum*. La dottrina anteriore al ritrovamento di CIL. 8.24094 (a. 1899) non dubitava che Giuliano avesse proceduto alla codificazione edittale in veste di *praetor*. Posteriormente al 1899, hanno insistito in questa tesi il KORNEMANN, *Der Jurist Salvius Julianus und Kaiser Didius Julianus*, in *Klio* 6 (1966) 181 nt. 7, e il DE FRANCISCI (nt. 64) 451. Senonché, a parte ogni altra considerazione, è stato loro giustamente obbiettato dal GIRARD (nt. 5) 239 nt. 1, che la tesi non sembra conciliabile con il riferimento al Giuliano dell'epigrafe tunisina.

esso venga denominato *novum* dai giuristi classici può addirittura invitare a concludere che la codificazione non vi sia stata. Infatti, è stato finemente notato che i giureconsulti classici non avrebbero, presumibilmente, qualificato « *nova clausula* » una clausola, sia pur di recente acquisto, la quale avesse fatto parte del testo codificato [93]. Pertanto, o è da credersi che detta clausola sia venuta in essere successivamente alla codificazione, rispetto alla quale sarebbe stata appunto denominata « *nova* » [94], o è da concludersi che la codificazione dell'editto non abbia mai avuto luogo. E siccome l'analisi delle dichiarazioni di Giustiniano ci ha dinanzi indotti ad escludere nel piú pieno dei modi la prima eventualità [95], nella quale si sarebbe concretata una modificazione del testo codificato, è evidente, a mio parere, che la seconda alternativa è quella giusta.

6. — La dottrina romanistica non sembra avere finora considerato con sufficiente attenzione la già accennata impossibilità di credere che Giuliano, in veste di *quaestor Augustalis*, possa avere non piú ripubblicati gli editti, ma addirittura innovato in essi. Essa, pertanto, si è data molto d'attorno per ricercare altri indizi di pretese novità giulianee negli editti dei magistrati giusdicenti [96].

Giova dire che questi tentativi hanno approdato a risultati di tenuità tale, da confinare con l'inconsistenza. Senza soffermarmi sui casi piú palesemente criticabili, esaminerò succintamente gli argomenti forniti di una certa qual base testuale.

Una modifica sostanziale apportata da Giuliano al testo dell'editto pretorio sarebbe attestata, secondo certi autori [97], da un passo di Ulpiano [98], ove si legge che « *Iulianus Labeonis opinionem secutus etiam actoris habuit rationem, cuius interdum potuit interesse Ephesi recipere* » [99]. Forse il passo è alterato, ma non sembra, comunque, ammissibile l'opinione di chi lo ritiene frutto, nella sua interezza, di interpo-

[93] L'osservazione è del Monier ed è riferita e condivisa dal D'ORGEVAL (nt. 10) 309.

[94] In tal senso: MONIER (nt. 1) 80 (cfr. *retro* n. 3 e nt. 54); D'ORGEVAL (nt. 10) 309.

[95] V. *retro* n. 3.

[96] Per una diligente raccolta di tali indizi, cfr. WEISS (nt. 45) 262 ss.

[97] Cfr. LENEL, *EP.*³ 243 e in *ZSS.* 37 (1916) 125; WEISS (nt. 45) 263 s.

[98] D. 13.4.2.8 (Ulp. 27 *ad ed.*).

[99] Trattasi del commento all'*edictum* « *de eo quod certo loco* »: cfr. LENEL, *EP.*³ § 96.

lazione [100]. Ammesso che il riferimento a Giuliano ed a Labeone sia genuino, mi sembra, tuttavia, azzardatissima, anzi del tutto preconcetta, l'affermazione che qui Giuliano venga ricordato nella sua qualità di codificatore dell'editto [101]. È evidente, viceversa, che Ulpiano, i cui *libri ad edictum* tanto da presso ricalcarono i *digesta* giulianei [102], riferisce soltanto una opinione, una autorevolissima opinione del suo autore: opinione, d'altronde, già espressa un secolo prima da Labeone [103].

Non meno illusoria e azzardata delle precedenti è l'argomentazione [104], che si basa, da taluno, su un testo di Callistrato [105], in cui si legge che « *contra sententiam eius* (i.e. *Labeonis*) *edictum perpetuum scriptum est* » [106]. L'alterazione del frammento è stata, a mio parere, decisamente dimostrata da altri [107]. Ma, volendo pur ammettere che il passo sia genuino, non vedo che altro esso dica, per chi non sia ossessionato dall'idea della codificazione edittale, se non questo: che l'editto, e si dica

[100] V. invece, in tal senso, ARANGIO-RUIZ, in *BIDR.* 25 (1912) 167; BIONDI, in *BIDR.* 26 (1913) 50.

[101] Il LENEL (nt. 62) afferma questa interpretazione come « possibile » e, per aumentarne la verosimiglianza, fa richiamo (p. 243 nt. 3) alla pretesa modificazione giulianea dell'editto sul *commodatum*, di cui si parlerà *infra* nel testo e nt. 111.

[102] Sul punto, cfr. da ultimo GUARINO, *Iulianus* (nt. 7) 113 s.; WOLFF, *Concerning the Trasmission of Julians « Digesta »*, in *Seminar* 7 (1949) 69 ss.

[103] Non è da escludere che dal testo di Ulpiano sia caduta la menzione del libro dei *digesta*, in cui Giuliano riferiva e faceva sua l'opinione di Labeone. Interpolazioni privative del genere sono, notoriamente, comunissime nei *Digesta* giustinianei. Ma può anche darsi che Ulpiano, il quale si rifaceva ad ogni pié sospinto all'insegnamento di Giuliano, non abbia citato in questo punto il libro dei *digesta* giulianei, per averlo già indicato prima, cioé all'inizio della trattazione relativa all'*edictum* « *de eo quod certo loco* ».

[104] Cfr. WEISS (nt. 45) 264.

[105] D. 49.14.1.1. (Callistr. *de iure fisci*): *An bona, quae solvendo non sint, ipso iure ad fiscum pertineant, quaesitum est. Labeo scribit etiam ea, quae solvendo non sint, ipso iure ad fiscum pertinere. sed contra sententiam eius edictum perpetuum scriptum est, quod ita bona veneunt, si ex his fisco adquiri nihil possit.*

[106] La controversia (riferita nel testo riportato *retro* nt. 105) era relativa all'*edictum* « *cui heres non extabit* »: LENEL, *EP.*[3] 418.

[107] Cfr. PRINGSHEIM (nt. 4) 23 ss.; SOLAZZI, *Il concorso dei creditori nel diritto romano* 1 (1937) 90 s. e 91 nt. 3. Contrariamente ai due citati autori, non sarei tanto dubbioso che Labeone abbia scritto « *ea, quae solvendo non sint, ad fiscum pertinere* »; comunque, conformemente ad essi, ritengo fantastico che Callistrato abbia detto « *contra sententiam eius edictum perpetuum scriptum est* ».

pure l'*edictum perpetuum*, fu redatto in maniera difforme da un insegnamento di Labeone. Il che non è detto che sia avvenuto ad opera di Giuliano e in occasione della pretesa codificazione, in quanto ha avuto ben tutto il tempo per accadere nel corso del sec. I d. C. [108]. Ed anzi Giavoleno, predecessore di Giuliano, attesta che il principio opposto all'*opinio* labeoniana era già accolto ai suoi tempi [109].

E che dire, da ultimo, di quest'altro pseudo-argomento, di cui cerca avvalersi l'« *opinio generalis* »? Vi è, come è noto, un passaggio di Ulpiano [110], relativo al *commodatum*, dal quale risulta che « *qui concepit edictum, commodati fecit mentionem, cum Paconius utendi fecit mentionem* » e che Labeone affermò esservi un rapporto di *species* a *genus* tra *commodatum* e *utendum datum*: dopo di che il testo conclude, notando che, « *ut apparet, proprie commodari res dicitur et quae soli est, idque et Cassius existimat* ». Ebbene, si è detto [111] che il primo a parlare di *commodatum* fu Labeone e il primo a introdurre questo termine nell'editto pretorio fu Giuliano, « *qui concepit edictum* ». Conclusione discutibilissima la prima, assurda la seconda. « *Qui concepit edictum* » è, evidentemente, nell'intenzione di Ulpiano, il pretore che introdusse l'editto sul *commodatum*; né meno evidente è che il tenore di tale editto sia stato « *ab origine* »: « *quod quis commodasse dicetur* » [112].

7. — Si è tentato, infine, per suffragare l'« *opinio generalis* », di dimostrare, per segni inequivoci, che un'opera concreta e sensibile di riordinamento degli editti fu effettivamente compiuta da Giuliano [113].

A parere ormai quasi universale [114], non vi potrebbero essere dubbi circa questa modificazione giulianea del sistema edittale: la eliminazione di una presunta « appendice », contenente le *formulae* delle *actiones*, se-

[108] Cioé nel periodo intercorrente tra Labeone e Giuliano.

[109] Cfr. D. 49.14.11 (Iavol. 9 *epist.*): *Non possunt ulla bona ad fiscum pertinere, nisi quae creditoribus (dimissis) superfutura sunt: id enim bonorum cuiusque esse intellegitur, quod aeri alieno superest.*

[110] D. 13.6.1.1 (Ulp. 28 *ad ed.*).

[111] Cfr. WEISS (nt. 45) 262 s. V. anche *retro* nt. 101.

[112] Cfr. LENEL, *EP.*³ 252.

[113] V. ancora WEISS (nt. 45) 258 ss., 292 ss.

[114] V. tuttavia RICCOBONO, *Recensione a Girard* (nt. 117), in *BIDR.* 20 (1908) 106 ss.; LENEL, *EP.*³ § 18 nt. 4. V. anche FERRINI, *Intorno all'ordinamento dell'Editto pretorio prima di Salvio Giuliano*, ora in *Opere* 2 (1929) 163 ss. Cfr. anche, per una replica, GIRARD (nt. 117) 200 nt. 4.

guita dal trasferimento di dette *formulae* ciascuna a ridosso della *clausula* relativa. La tesi venne formulata, inizialmente [115], a titolo di mera congettura, proprio ed esclusivamente allo scopo di giustificare in qualche modo l'appellativo di « *ordinator edicti* » attribuito a Giuliano dalle note fonti postclassiche [116]. Ma di essa, piú tardi, taluno [117], largamente plaudito dalla dottrina [118], credette di aver fornito una prova parziale, peraltro di innegabile evidenza, attraverso l'analisi di un paragrafo dei libri *iuris notarum* di Probo, paragrafo costituito da abbreviazioni tratte da alcuni dei primi titoli dell'editto pretorio [119]. Le 24 abbreviazioni ivi contenute corrispondono approssimativamente, nell'ordine, al tenore delle clausole degli anzidetti titoli edittali [120]; e poiché mancano del tutto le abbreviazioni relative alle *formulae* corrispondenti a quelle clausole, ci si è sentiti autorizzati a congetturare che nel testo edittale utilizzato da Probo, contemporaneo di Nerone e dei Flavii [121], le *formulae* delle *actiones* erano ancora sistemate, tutte insieme, in una sola e separata appendice.

Ragionamento apparentemente, ma solo apparentemente impeccabile, quello ora riassunto [122]. Argomentazione, in ogni caso, inefficiente allo scopo di provare che sia stato Giuliano ad operare la presunta riforma sistematica.

Nulla esclude che la riforma sistematica in questione sia stata compiuta prima di Giuliano e Adriano, sebbene dopo Probo e il principato dei Flavii. Nulla esclude che Probo, avendo dedicato altra parte della

[115] Cfr. WLASSAK, *Ediket und Klageform* (1882) 22 ss., 27.

[116] Cfr., in ispecie, Vict. *de Caes.* 19.1, Iust. CI. 4.5.10.1, Iust. c. *Tanta* - Δέδωκεν 18.

[117] Cfr. GIRARD, *Un document sur l'Edit antérieur à Julien*, ora in *Mélanges* cit. 177 ss., specialm. 197 ss.

[118] V. i citati da GIRARD (nt. 117) 221 nt. 1. *Adde*: WEISS (nt. 45) 258 ss.; MONIER (nt. 3) 80, SCHULZ (nt. 3) 152.

[119] Prob. *Iuris notarum lib.* § 5 « *de edictis perpetuis* », n. 1-24, in BAVIERA, *FIRA.* II² 456.

[120] Secondo le induzioni del GIRARD, *cit.* (v. anche *cit.* 211 ss.): tit. I, § 1: n. 1-6; § 2: n. 8; § 3: n. 9-11; tit. X, § ?: n. 12-15, § 43: n. 16-19; tit. XII, § 51; n. 20-24.

[121] Cfr. SCHANZ-HOSIUS, *Geschichte der römischen Litteratur* 2⁴ (1935) 734 ss.

[122] Giustamente ebbe a rilevare, in contrario, il RICCOBONO (nt. 114) che Probo combinò le sue abbreviazioni con altri criteri e che, pertanto, l'ordine ed i raggruppamenti di esse non possono servire per la conoscenza piú precisa del sistema edittale pregiulianeo.

sua opera alle abbreviature relative alle *actiones* [123], abbia volutamente tralasciato, nel paragrafo in esame, di prendere in considerazione le *formulae* delle *actiones* edittali. Nulla esclude, infine, che il concentramento delle *formulae* in una appendice sia stato operato in sede scientifica da Sesto Pedio, di cui Probo utilizzò i *libri ad edictum* [124], mentre l'editto, dal suo canto, già aveva la sistematica, che si intravvede nei commentari del sec. II d. C. [125]. Solo una prevenzione, la solita prevenzione contro cui io combatto, può aver fatto, nel nostro caso, ritenere a tanti egregi romanisti di aver scoperto un fortissimo indizio confermativo della codificazione degli editti.

E non basta. È dimostrato che l'ordinamento cosí detto nuovo dell'editto pretorio, con le *formulae* in calce agli *edicta* corrispondenti, era già conosciuto ed utilizzato nei *libri digestorum* di Celso figlio [126], *relator* del *senatusconsultum Iuventianum* [127], il quale era dunque tuttora in vita nel 129 d. C. Vien ritenuto, come vedremo fra breve [128], che l'*enchiridion* di Pomponio, scritto posteriormente al 129, sia di data anteriore alla codificazione dell'editto. Posteriore alla morte di Celso figlio sono invece i *libri ad Sabinum* di Pomponio [129], scritti tuttavia entro il 138 d. C., i quali, d'altronde, mostrando conoscenza dell'*edictum* « *de coniungen-*

[123] Ciò può dedursi dall'esistenza, nell'opera, di un § 4, « *de legis actionibus* »: cfr. BAVIERA (nt. 119) 454.

[124] Sul punto, non del tutto incontroverso, cfr. WEISS (nt. 45) 259 nt. 3. Comunque, se può discutersi circa l'attribuzione di Pedio all'età preadrianea (in tal senso v., da ultimo, GUARINO, *Storia* [nt. 7] n. 363), non si suole dubitare che Probo abbia avuta conoscenza indiretta, e non diretta, dell'editto.

[125] Si rifletta, invero, che fu tendenza scientifica assai antica della giurisprudenza romana l'enucleare dal testo delle disposizioni le formule dei mezzi processuali corrispondenti, trattandone in appendice: il che si vede, principalmente, nel commento alle *XII tabulae* di Sesto Elio (cfr. Pomp. D. 1.2.2.38). Sul punto v. anche WEISS (nt. 45) 258 s. e nt. 1: il Weiss, tuttavia, dal rilievo di questa tendenza giurisprudenziale romana si sente autorizzato a trarre la conseguenza che l'Editto, nel sec. I a.C., era veramente munito di un'appendice con le *actiones*.

[126] Cfr. particolarm. LENEL, *EP*.[3] 18 nt. 3.

[127] Cfr. Ulp. D. 5.3.20.6. Non è mancato chi ha tentato di negare che Celso figlio sia stato *relator* di questo *senatusconsultum*: cfr. GIRARD, *La chronologie des ouvrages des jurisconsultes romains*, ora in *Mél. de dr. rom.* 1 (1912) 333; DE FRANCISCI (nt. 64) 446 nt. 3. V. tuttavia, in senso contrario, GUARINO, *Iulianus* (nt. 7) 103 e gli autori ivi citati.

[128] V. *infra* n. 9 e nt. 148.

[129] Per la dimostrazione relativa, v. da ultimo GUARINO, *Iulianus* (nt. 7) 102 e gli autori ivi citati.

dis », non possono non essere ritenuti, da coloro che credono nella codificazione, successivi alla codificazione stessa [130]. L'incontro di questi dati porta la dottrina dominante a dover ritenere che la codificazione edittale sia avvenuta alquanto dopo il 129 e alquanto prima del 138 e che dopo tale evento Celso abbia avuto il tempo di scrivere i *digesta* e morire.

Tutto ciò è inverosimile, a dir poco. Di modo che, se non si vuole ammettere che la codificazione dell'editto è una pura leggenda postclassica, quanto meno si ha da rinunciare a credere che l'abolizione dell'appendice « *de actionibus* » sia stata operata da Salvio Giuliano.

8. — Con il che è esaurita la disamina degli indizi, che i sostenitori dell'« *opinio generalis* » hanno cercato di addurre a conferma della codificazione giuliano-adrianea. Poveri, poverissimi argomenti, che, in realtà, ad altro scopo non servono, che a quello di far sorgere, in menti spassionate, i primi dubbi sulla verità delle notizie fornite da un certo gruppo di fonti postclassiche.

Occorre, ora, vedere se non vi siano, per caso, elementi indiziari tali, da togliere alle citate testimonianze postclassiche ogni parvenza di verosimiglianza e di serietà. E, per mio conto, prenderò le mosse da alcune considerazioni di carattere generale. Considerazioni che, se non vanno sopravvalutate, esigono, d'altronde, di non essere sottovalutate o misconosciute.

Non mi indugerò a sottolineare quanto poco la codificazione, e sopra tutto quella degli editti dei magistrati urbani, risulti consentanea al carattere del principato, in generale, e alla stessa figura politica di Adriano, in particolare [131]. Non posso, invece, esimermi dal mettere in evidenza un altro rilievo: che la notizia di una codificazione giuliano-adrianea dell'editto mal si concilia, inoltre, con tutto quanto sappiamo circa la evoluzione storica del *ius honorarium*.

Tra le istituzioni venute in essere nel seno della *respublica* democratica, il *ius honorarium*, per il suo singolare sistema di sviluppo, essenzialmente basato sui poteri discrezionali dei magistrati giusdicenti [132],

[130] V. *retro* n. 4.

[131] Su questi profili mi sono soffermato altrove, nel tentativo di ricercare, in linea di ipotesi, quale possa essere stato il nucleo di verità classica, che ha dato spunto alla leggenda postclassica sulla codificazione. V. GUARINO (nt. 11) n. 3.

[132] Il *ius honorarium* acquistò consistenza, come è ben noto, nella fase di crisi della *respublica* democratica, cioé in un periodo di marasma politico, nel quale avvenne che la difficoltà di riunire e far funzionare seriamente le assemblee

fu forse l'istituzione maggiormente invisa ai *principes*, a cominciare da Augusto. Ma i *principes*, come è ben noto, si guardarono bene dal destar scandalo tra i « *laudatores temporis acti* », abolendo, ad esempio, il *ius edicendi*, o comuque opponendo divieti formali alla libera attività dei magistrati [133]. Essi preferirono, al solito, ricorrere ai sistemi indiretti: sia, in un primo tempo, ravvivando l'attività legislativa dei *comitia*, fomentando l'attività normativa del *senatus*, disciplinando i *responsa prudentium* e favorendo, con l'introduzione del *ius publice respondendi*, l'influenza dei giureconsulti a loro fedeli [134]; sia, in un secondo tempo, attraendo a se stessi ogni concreta attività di produzione, interpretazione e applicazione autoritativa del diritto [135].

Sta di fatto che questa accorta e insidiosa politica di esautoramento della *iurisdictio* ordinaria, instaurata dai *principes*, diede molto rapidamente i suoi frutti. Nel corso del I sec. d. C. il *ius honorarium*, come tutti riconoscono [136], perse del tutto, o quasi, ogni capacità produttiva ed evolutiva e gli *edicta magistratuum* divennero conseguentemente *tralaticia* [137], praticamente immodificati nel corso degli anni, salvo che su punti di minima importanza sostanziale [138]. Ciò posto, pare a me inverosimile che un qualunque *princeps* del sec. II d. C., e tanto meno Adriano [139], abbia potuto avvertire la necessità o la opportunità di « codificare » gli *edicta* magistratuali, facendo solennemente vietare dal *senatus* ai magistrati giusdicenti una attività, che ormai in pratica nessuno piú di essi si permetteva di svolgere, o che, comunque, se taluno spora-

legislative si rifrangesse nella pratica impossibilità di soddisfare le esigenze del progresso giuridico col mezzo delle *leges publicae*. V., in proposito: GUARINO, *Storia* (nt. 7) n. 245 e 246.

[133] Solo nei riguardi dei *praesides* delle *provinciae senatoriae* i *principes* curarono che fossero poste sensibili limitazioni costituzionali attraverso l'istituzione dell'*imperium proconsulare maius et infinitum*: cfr. GUARINO, *Storia* (nt. 7) n. 308 e 309.

[134] Fenomeni notissimi: cfr. GUARINO, *Storia* (nt. 7) n. 327-333.

[135] Il che avvenne nel sec. II d.C., attraverso la moltiplicazione delle *constitutiones principum* e il potenziamento della *cognitio extra ordinem* (eventualmente esercitata in sede di *appellatio* contro le sentenze della *cognitio ordinaria*): cfr. GUARINO, *Storia* (nt. 7) n. 337, 341, 342.

[136] Cfr. per tutti KRÜGER (nt. 5) 92 s.

[137] Sul punto, in particolare, v. WEISS (nt. 45) 250 ss.

[138] V. *retro* n. 7.

[139] Il quale, si aggiunga, concentrò i suoi interessi non tanto sulla *respublica*, quanto sull'*imperium Romanum*. V., in proposito, GUARINO (nt. 11) n. 3.

dicamente svolgeva, svolgeva tuttavia in perfetta aderenza alle direttive o alla fiducia imperiali [140]. Sarebbe stato sfondare una porta già spalancata e destare, tra gli ultimi nostalgici della democrazia repubblicana, recriminazioni, sia pur fioche, che non v'era davvero motivo di sollevare.

Quel che meno convince, nella tradizione sulla codificazione degli editti, è, insomma, la notizia giustinianea circa il formale divieto ai magistrati giusdicenti di innovare per l'avvenire il testo edittale [141], salvo che non si riduca il tutto ad un divieto per i magistrati provinciali di alterare il testo dell'*edictum provinciale*, corrispondente, nelle sue parti essenziali, a quello ormai tralaticio e immutato dell'*edictum praetoris urbani* [142]. Se quest'ultimo e limitato divieto non è impossibile attribuirlo alle preoccupazioni di Adriano di assicurare la salda ed unitaria tenuta del sistema imperiale romano, molto difficile, per non dire impossibile, è attribuire alla sua iniziativa il divieto generale, di ben diversa e piú rivoluzionaria portata, del quale ci riferisce Giustiniano.

Il divieto ha tutta l'aria, a mio avviso, di essere stato ricostruito « *a posteriori* », deducendo dal fatto vero della quasi completa cristallizzazione degli editti l'esistenza immaginaria di un principio giuridico, che l'avesse esplicitamente disposta.

9. — La codificazione dell'editto, ove fosse realmente avvenuta, non avrebbe certo mancato di destare, come ho detto poc'anzi [143], una grande risonanza nel mondo romano contemporaneo, ed in particolare nell'ambiente dei giureconsulti. Ebbene circostanza davvero impressionante è che, viceversa, mancano del tutto le testimonianze del periodo classico sull'avvenimento codificativo.

Non si dica che questo silenzio delle fonti classiche, a noi direttamente o indirettamente pervenute, va attribuito al caso. Può anche darsi, naturalmente, che dal caso dipenda, ma si convenga che ciò è assai poco probabile. Tanto meno probabile, quando si pensi al numero particolarmente copioso dei testi giurisprudenziali del sec. II d. C., di

[140] Se mai, potrebbe dirsi che Adriano aveva interesse a che il testo tralaticio degli editti magistratuali fosse, una buona volta, sfrondato delle clausole antiquate e riordinato sistematicamente: senonché, vedremo tra breve (nt. 10) che la palingenesi dell'editto non mostra tracce di un apprezzabile riordinamento sostanziale o formale.

[141] Cfr. c. *Tanta* - Δέδωκεν 18.

[142] Tale è l'ipotesi da me offerta nello scritto cit. *retro* nt. 11.

[143] V. *retro* n. 8.

cui disponiamo. Tanto e ancor meno probabile, quando si rifletta che, tra questi testi, sono prevalenti i frammenti dei *libri digestorum* e dei *commentarii ad edictum* [144]. Tanto e ancor meno e meno ancora probabile, quando si ricordi, infine, che i compilatori dei *Digesta* giustinianei, non solamente non avevano motivo alcuno per stralciare dalle opere escerpite le menzioni della codificazione dell'editto, se queste menzioni vi fossero state, ma avevano, anzi, tutto l'interesse a porre in risalto l'attività codificatrice di Giuliano [145].

D'altronde l'argomento del silenzio classico sulla codificazione dell'editto, assume, se non erro, uno spicco particolarissimo nei riguardi di un passo di Pomponio ed una importanza addirittura decisiva nei riscontri di un testo di Gaio.

Della pretesa codificazione giuliano-adrianea dell'editto non fa cenno alcuno quel notissimo frammento del *liber singularis enchiridii* di Sesto Pomponio, riportato nei *Digesta* di Giustiniano [146], in cui pur si traccia un quadro relativamente ampio delle magistrature, delle fonti del diritto e della giurisprudenza romana, sino a Giuliano incluso. La dottrina dominante non poteva non meravigliarsi di tal fatto e, escluso che l'omissione possa essere dipesa da una interpolazione privativa [147], ha tentato di trarsi dall'imbarazzo, asserendo che l'*enchiridion* di Pomponio fu scritto prima della codificazione dell'editto [148]. Ma non è chi non veda il carattere sforzato di questa soluzione, la quale, per di piú, essendo l'*enchiridion* di Pomponio posteriore, come già si è detto, al 129 d. C. [149], è in contrasto con la tesi di molti autori, secondo i quali la codificazione ebbe luogo, invece, prima del 129 [150].

[144] Cfr., per piú precise notizie, ALBERTARIO, *Introduzione storica allo studio del diritto romano giustinianeo* 1 (1935) 11 s.

[145] Lo dimostra a colpo d'occhio la lettura di Iust. CI. 4.5.10.1 e, sopra tutto, della c. *Tanta* - Δέδωκεν 18. Da notare che il PRINGSHEIM (nt. 4) 5 sostiene che Giustiniano non amava mettere in rilievo l'importanza dell'iniziativa di Adriano nella codificazione dell'editto: l'argomento non vale, peraltro, per Giuliano.

[146] Cfr. Pomp. D. 1.2.2.

[147] Ciò per i motivi addotti nel testo e in nt. 145.

[148] Cfr. per tutti KRÜGER (nt. 5) 191 nt. 3, di cui è interessante riportare la tenuissima motivazione: « wahrscheinlich liegt das Werk auch vor der julianischen Ediktsredaktion, deren Nichterwähnung hier (namentlich im § 12) doch viel auffälliger wäre als in den die Rechtsquellen ganz kurz berührenden Institutionen des Gajus ». Per quanto riguarda il punto della genuinità del *liber singularis enchiridii* e quello dei suoi rapporti con l'*enchiridion* in due libri, cfr. GUARINO, *Il « ius publice respondendi »*, in *RIDA.* 2 (1949) 402 s.

[149] Cfr. KRÜGER (nt. 5) 191 nt. 3. V. anche *retro* n. 7.

Comunque, se in qualche modo il silenzio di Pomponio può pur essere faticosamente spiegato, io domando in che modo vorrà spiegarsi dai sostenitori dell'« *opinio generalis* » il fatto, peraltro sinora minimamente posto in rilievo, che della pretesa codificazione giuliano-adrianea tace del tutto anche il manuale istituzionale di Gaio, scritto dopo la morte di Adriano, in quel suo *prooemium*, che è specificamente dedicato ai *iura populi Romani* [151]. Ivi Gaio novera tra le fonti del diritto gli *edicta* « *eorum, qui ius edicendi habent* » [152] e si diffonde poi nel chiarire quali siano questi *edicta*, senza menomamente alludere alla codificazione, ma anzi mostrando di considerare il *ius edicendi* come potestà tuttora viva e piena, unica e sola radice degli *edicta magistratuum* [153].

Chi non voglia chiudere ogni spiraglio al buon senso dovrà convenire, se non erro, che il silenzio di Gaio è indizio sicuro della mai avvenuta codificazione giuliano-adrianea dell'editto. Ed invero appellarsi alla breviloquenza dell'opera istituzionale sarebbe assurdo, sia perché la codificazione edittale non avrebbe potuto essere sottaciuta e sia perché il *prooemium* gaiano mostra di non essere stato scritto con preoccupazioni di brevità [154]. Né si vorrà, almeno spero, tirare in ballo anche nel nostro caso il solito e comodo appiglio del modello cassiano, che Gaio, provinciale di poca cultura, avrebbe pedissequamente ricalcato, senza troppo badare al mutato diritto dei tempi suoi [155]. Quanto meno con il *prooemium* delle Istituzioni Cassio, o qualunque altro predecessore di Gaio, non c'entra, perché quei paragrafi mostrano chiaramente di essere

[150] Cfr. il quadro delle opinioni in GIRARD (nt. 5) 217 nt. 6.

[151] 1.1-7. Cfr. KRÜGER (nt. 5) nel passaggio riportato *retro* nt. 148.

[152] Cfr. Gai 1.2.

[153] Gai 1.6: (*Edicta sunt praecepta eorum, qui ius edicendi habent*). *Ius autem edicendi habent magistratus populi Romani; sed amplissimum ius est in edictis duorum praetorum, urbani et peregrini, quorum in provinciis iurisdictionem praesides earum habent; item in edictis aedilium curulium, quorum iurisdictionem in provinciis populi Romani quaestores habent, nam in provincias Caesaris omnino quaestores non mittuntur, et ob id hoc edictum in his provinciis non proponitur.* Su questo passo cfr., da ultimo, DE MARTINO, *La giurisdizione in diritto romano* (1937) 157 s., il quale, a mio avviso, erroneamente sostiene che Gaio riconosce una estensione del *ius edicendi* pretorio anche ai *praesides* delle *provinciae Caesaris*, che non erano tuttavia magistrati. Chiara e decisiva sembra la premessa di tutto il discorso: « *ius autem edicendi habent magistratus populi Romani* ».

[154] In particolare ciò è visibile proprio nei paragrafi 6 e 7.

[155] Cfr., in proposito: ARANGIO-RUIZ (nt. 1) 288 s. Ma v. GUARINO, *Storia* (nt. 7) n. 368.

stati scritti in considerazione del diritto vigente nell'età degli Antonini. Basterebbe guardare, per convincersene, alla dichiarazione secondo cui della equiparazione delle *constitutiones principum* alle *leges* « *unquam dubitatum est* »[156], nonché alla citazione di un rescritto di Adriano in tema di *ius publice respondendi*[157].

10. — Non mancano ulteriori indizi a conferma della mia tesi, e quindi a maggior sconfessione di quanto si legge, sulla codificazione edittale, nelle piú volte citate fonti postclassiche.

Abbiamo visto, a suo tempo, che le fonti postclassiche in questione invitano a ricercare nella palingenesi dell'editto qualche elemento, sia pur embrionale, di ordine logico, senza del quale non si capirebbe perché Giuliano sarebbe stato celebrato come « *ordinator edicti* »[158]. Ma elementi del genere non ve ne sono[159]. Come è stato già incisivamente osservato[160], l'ordine dell'editto è piuttosto un « disordine », sia dal punto di vista sistematico e sia anche da quello logico-giuridico, non fosse altro perché vi si trovano regimi e mezzi di difesa concorrenti, evidentemente sovrapposti l'uno all'altro col tempo[161]. Persino il linguaggio edittale è, notoriamente, tanto vario, da far ritenere che nessuno si sia dato molta pena di unificarlo o, quanto meno, di aggiornarlo con la sintassi e col lessico del sec. II d. C.[162].

Questo stato di cose, se è comprensibile per un testo divenuto tralaticio, è inammissibile per un testo che fosse stato comunque riveduto e riordinato. Ed è appunto esso, che spiega l'esitazione della dottrina romanistica a conferire il loro esatto valore alle locuzioni « *ordinare* » e « *componere edictum* »[163].

[156] Cfr. Gai 1.5, le cui dichiarazioni esplicite e recise certamente non riflettono le concezioni correnti nella prima metà del sec. I d.C.: cfr., in proposito, GUARINO, *Storia* (nt. 7) n. 335-336.

[157] Cfr. Gai 1.7: ... *si vero dissentiunt, iudici licet quam velit sententiam sequi: idque rescripto divi Hadriani significatur.* Per la esegesi del passo e per la dimostrazione della sua genuinità, v. GUARINO (nt. 148) 409 s.

[158] V. *retro* n. 3 e nt. 41-48.

[159] Mi riferisco, come è ovvio, alla ricostruzione del LENEL, *EP.*[3] (1927).

[160] Cfr. MOMMSEN, in *Jur. Schr.* 1.164.

[161] Cfr., per qualche esempio: SCHULZ (nt. 1) 151 e nt. 6.

[162] Cfr., per qualche esempio: SCHULZ (nt. 1) 258 s., di cui sembra evidente l'imbarazzo di conciliare con tali risultanze l'*opinio generalis* sulla codificazione giulianea dell'editto.

[163] V. *retro* n. 3 e nt. 45.

Abbiamo anche visto, a suo tempo [164], che, se rispondessero al vero le dichiarazioni di Giustiniano circa la codificazione giuliano-adrianea [165], dovrebbe risultare, dal materiale di fonti a nostra disposizione, che la giurisprudenza postadrianea considerò l'editto come un testo fisso, immutabile ed autorevolissimo, da seguir passo passo, senza possibilità di variazioni sistematiche, nei *commentarii* allo stesso. Deduzione, la quale dovrebbe sembrare tanto piú ovvia a quei seguaci dell'« *opinio generalis* », i quali hanno creduto di poter argomentare variazioni al sistema edittale pre-adrianeo dal riscontro di variazioni sistematiche tra i commenti ritenuti anteriori e quelli ritenuti posteriori alla presunta codificazione [166]. Orbene, vi è, a tacer d'altro, una circostanza di grande rilievo, che, contraddicendo in pieno queste conclusioni, smentisce, a mio avviso, ancora una volta, la leggenda sulla codificazione giuliano-adrianea.

Come è a tutti ben noto [167], tra la parte edittale dei *digesta* di Giuliano [168] e il commento *ad edictum* di Ulpiano, da un lato, e, dall'altro lato, i *libri ad edictum provinciale* di Gaio e quelli di Paolo *ad edictum* esistono alcune notevoli divergenze di ordine sistematico. Giuliano [169] ed Ulpiano [170] trattano, nell'ordine, della *hereditatis petitio*, della *rei vindicatio* e dell'*actio Publiciana*, delle azioni civili a tutela delle servitú, delle azioni civili di risarcimento, delle azioni civili divisorie, delle garanzie personali dell'obbligazione, poi delle azioni *ex interrogatione in iure* e di altre formule speciali caratterizzate dall'uso di *praescriptiones*, infine delle azioni pretorie di risarcimento. Paolo [171] presenta, invece, le stesse materie in un ordine del tutto diverso e stranamente illogico, in quanto che vengono prima le azioni *ex interrogatione in iure* e le altri similari, segue l'*actio Publiciana*, seguono ancora le azioni pretorie di risarcimento, e soltanto dopo vengono commentate le azioni civili, di cui Giuliano ed Ulpiano parlano, come si è visto, piú correttamente, in principio. Quanto a Gaio [172], il suo ordine è lo stesso di Paolo, con la sola variante che l'*actio Publiciana* è considerata insieme con il suo modello civilistico, la *rei vindicatio*.

164 V. *retro* n. 3 e nt. 49-56.
165 Cfr. c. *Tanta* - Δέδωκεν 18.
166 V. *retro* n. 7.
167 Cfr., da ultimo, GUARINO, *Iulianus* (nt. 7) 63 ss.
168 *Libri* 1-58 dell'opera: cfr. LENEL, *Iul.* 4-739.
169 *Libri* 6-9 *digestorum.*
170 *Libri* 15-23 *ad edictum.*
171 *Libri* 17-25 *ad edictum.*
172 *Libri* 5-7 *ad ed. provinciale.*

La dottrina romanistica, ancorata alla leggenda sulla codificazione edittale, si è da lunga pezza domandata, di fronte a queste varianti, quale sia stato l'ordine adottato da Giuliano nel codificare l'editto ed ha concluso a favore del sistema seguito da Paolo, e in gran parte da Gaio, argomentando che tale illogicissima sistematica espositiva può spiegarsi soltanto con l'ossequio del commentatore al testo commentato, la cui illogicissima sistemazione può spiegarsi, a sua volta, soltanto con motivi di carattere storico [173]. La conclusione è indubbiamente suggestiva ma non perciò essa risulta soddisfacente, anche a prescindere dall'ovvia domanda, come mai Giuliano, riordinando l'editto, non avrebbe provveduto a riformare secondo logica il sistema [174]. Si può capire che Giuliano, in un'opera di *digesta*, non abbia tenuto conto preciso del sistema edittale codificato, ma ne abbia talvolta prescisso [175]; non si può affatto capire, viceversa, perché mai si sia arbitrato di discostarsi dal presunto sistema del testo codificato Ulpiano, nello scrivere un'opera di commento pedissequo *ad edictum* [176]. Il che vale, nei limiti della variante che lo concerne, anche per il commentario *ad edictum provinciale* di Gaio, sempre che si ritenga che l'*edictum provinciale* corrispondeva strettamente a quello del *praetor urbanus* [177].

Le soluzioni suggerite dallo stato di cose ora descritto sono due. L'una, la piú radicale, è che il testo dell'*edictum provinciale* avuto sott'occhio da Gaio fosse dissimile da quello dell'*edictum urbanum* [178], e che il testo dell'*edictum praetoris urbani* commentato da Paolo fosse, nella sistematica esteriore, sensibilmente diverso, in alcuni punti, da quello posteriormente commentato da Ulpiano: la riforma sistematica

[173] Cfr. LENEL, *EP.*³ 12 s.: « Eine Ordnung ... wie die Paulinische ... ist nimmermehr im Kopf dieses Juristen entstanden; sie ist uns nur unter die Voraussetzung verständlich, dass sie durch die Vorlage gegeben war ».

[174] La domanda accennata nel testo è ben diversa e ben diversamente fondata che l'obbiezione, facilmente contrastata dal LENEL (nt. 173) 13, di quanti hanno trovato strano che Giuliano, dopo aver scelto un certo ordine sistematico per l'editto, se ne sia discostato nei *digesta*. A mio avviso, è assurdo che Giuliano, se avesse realmente « riordinato » l'editto, avrebbe mantenuto la illogica disposizione delle materie, che appare nei commentari di Paolo e di Gaio.

[175] Per casi di questo genere, cfr. GUARINO, *Iulianus* (nt. 7) 65 s.

[176] Sul carattere « pedissequo » del commentario edittale di Ulpiano, cfr. per tutti KRÜGER (nt. 5) 240 ss.

[177] V. *retro* nt. 5.

[178] Soluzione, del resto, non esclusa da LENEL, *EP.*³ 9 s.

implicitamente suggerita da Giuliano nei suoi *digesta* [179] sarebbe stata, insomma, attuata da qualche pretore imprecisabile nel periodo di tempo intercorrente tra la pubblicazione del commentario di Paolo e quella del commentario di Ulpiano [180]. L'altra soluzione, la piú prudente, è che la discordanza sistematica tra i commentari edittali post-adrianei sia giustificata dal fatto che il testo edittale non fu mai un testo solennemente codificato, ma un groviglioso testo tralaticio, che forse i commentatori non avevano nemmeno direttamente sott'occhio [181] e che, comunque, questi si sentivano ampiamente autorizzati, se del caso, a non rispettare nell'ordine sistematico delle sue clausole.

Anche a volersi attenere all'opinione piú cauta, è evidente che la leggenda relativa alla codificazione giuliano-adrianea dell'editto viene a ricevere un altro fiero colpo alla base. La dimostrazione indiziaria della sua falsità può ben ritenersi, a mio avviso, coi suesposti rilievi conclusa [182].

11. — Io non mi illudo né spero che la tesi, che ho qui esposto e difeso, con la maggior possibile stringatezza, sia per ricevere facili e pronti consensi da chi sin oggi ha fermamente creduto in una tradizione tanto salda ed incontrastata, quale è quella della codificazione dell'editto romano [183]. Mi illudo e spero che gli argomenti da me raccolti inducano

[179] Redatti, a mio avviso, tra il 143 e il 147, ma, comunque, non oltre il principato di Antonino Pio: v. GUARINO, *Iulianus* (nt. 7) 75 ss.

[180] Sull'anteriorità dei *libri ad edictum* di Paolo rispetto a quelli di Ulpiano, v. per tutti KRÜGER, *Gesch.* 242.

[181] Alludo, in particolare, ai *libri ad edictum* di Ulpiano, la cui stretta, talvolta letterale, dipendenza dai *digesta* di Giuliano (ed eventualmente anche dal presumibile commentario *ad edictum* di quest'ultimo: v. GUARINO, *Iulianus* [nt. 7] 69 ss.) è cosa notissima, oltre che comprovata dalla circostanza, di cui si parla ampiamente nel testo. Cfr., in proposito, DE FRANCISCI, in *BIDR.* 22 (1910) 160 nt. 2 e, da ultimo, GUARINO, *Iulianus* cit. 113 s.

[182] Insisto, a scanso di equivoci, sul carattere indiziario della dimostrazione da me offerta: v. anche *retro* nt. 28. D'altro canto, la romanistica moderna basa la maggior parte dei suoi risultati sulla critica indiziaria dei testi classici. A maggior ragione merita, dunque, considerazione una ricerca che tenda, come la presente, a smentire la classicità di un dato ricavabile esclusivamente da passi di età postclassica.

[183] Avverto, una volta per sempre, che tutte le volte che ho parlato, « *sic et simpliciter* », di « editto » ho inteso prescindere dalla problematica della diversità dei testi edittali (v. *retro* nt. 5) concentrando l'attenzione sul dato generico della produzione edittale romana.

almeno la dottrina a ritenere che l'onere della prova è rovesciato. E spingano pertanto altri studiosi alla ricerca di altri elementi, se ve ne sono, a sostegno del troppo fragile castello di dati costituito dai testi postclassici dianzi indicati [184].

Forse, peraltro, vi sarà anche chi, messo sull'avviso delle argomentazioni di questo studio, tenterà di rafforzarle attraverso un riesame spregiudicato della palingenesi dell'editto nelle sue singole clausole. E sarà, a mio parere, un lavoro fruttuoso, perché non mancheranno di venire alla luce gli indizi di alcuni ritocchi, sia pur minimi e di carattere prevalentemente formale [185], che il testo edittale, e segnatamente quello del *praetor urbanus*, ebbe a subire, ad opera dei magistrati edicenti, successivamente al principato di Adriano [186].

Se non mi inganno, la critica romanistica si trova, relativamente

[184] V. *retro* n. 2 e 3.

[185] Ritocchi, certamente, minimi e di carattere prevalentemente formale per i motivi esposti *retro* n. 8: principalmente, a causa del fatto che gli *edicta magistratuum* erano divenuti già da tempo tralatici proprio perché, di fronte alle costituzioni imperiali, esprimevano un *ius vetus*.

[186] Vi è, ad esempio, una significativa circostanza, riguardante l'*interdictum* « *uti possidetis* », della quale non pare che i sostenitori dell'« *opinio generalis* » si siano debitamente preoccupati. Gaio, Festo e Ulpiano riferiscono il testo di tale *interdictum* ciascuno in modo diverso. La dottrina è unanime nel ritenere che il testo riportato da Fest. sv. « *possessio* » (Lindsay 260) sia poco sicuro (v., in proposito, LENEL, *EP.*³ 470 e WEISS [nt. 45] 266, secondo cui Festo avrebbe addirittura riprodotto un dettato piú antico), ma sta di fatto che vi è, comunque, divergenza tra le formulazioni attestate dai due giuristi, Gaio e Ulpiano, ambedue posteriori al principato di Adriano. Gai 4.160 riporta il testo senza la specificazione dell'attinenza al *fundus* o alle *aedes* e senza l'inciso relativo all'*exceptio vitiosae possessionis* (« *uti nunc possidetis, quo minus ita possideatis, vim fieri veto* »), Ulp. D. 43.17.1.1. (69 *ad ed.*) trascrive, viceversa, una formula completa (« *uti eas aedes, quibus de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, quominus ita possideatis, vim fieri veto* »). Io escluderei senz'altro che Gaio abbia copiato la sua formula dal solito ipoteticissimo modello preadrianeo (in tal senso, v. anche WEISS [nt. 45] 266 nt. 5: ivi citazioni) o che l'ancor piú solito e comodo amanuense distrattone abbia lasciato nella penna l'inciso (v. invece WEISS, *cit.* 66). Nemmeno andrei all'idea della breviloquenza istituzionale di Gaio (idea che potrebbe trovar forza nella considerazione che Gai 4.160 non tratta *ex professo* degli interdetti possessori, ma li richiama come esempi di *interdicta duplicia*): se cosí fosse, Gaio avrebbe abbreviato, nello stesso paragrafo, la formula dell'*interdictum* « *utrubi* », quanto meno eliminando l'inciso « *de quo agitur* ». Non è da escludere, ciò dato, che il testo dell'*interdictum* « *uti possidetis* » abbia subíto variazioni (anche se di portata non sostanziale) nelle diverse redazioni postadrianee dell'*edictum praetoris urbani*.

alla valutazione dell'opera esercitata dalla giurisprudenza postadrianea, di fronte ad un grande dilemma. Mentre, da un lato, si riconosce che questa giurisprudenza ebbe a svolgere un'opera notevole di sistemazione, se non piú di creazione, dei principî giuridici romani [187]; d'altro lato, non si comprende come questa opera si sia potuta effettivamente svolgere, se davvero l'editto si imponeva, come testo codificato, al rispetto dei giureconsulti [188]. La negazione della pretesa codificazione edittale costituisce, a mio avviso, la chiave risolutiva del complesso problema. Sul presupposto di essa si potrà finalmente e pienamente comprendere come mai si siano potuti determinare, sullo scorcio dell'età classica, svolgimenti e progressi dei principî onorari, che il buon senso rifugge dall'attribuire, come per il passato, alla decadenza postclassica.

Postilla prima: Opinioni codificate?

In un suo egregio « corso » di storia del diritto romano [1] il Frezza, dopo aver riferito la « *communis opinio* » circa la « codificazione » giuliano-adrianea dell'editto (pretorio), cosí osserva in nota [2]: « L'oscura maniera di esprimersi di Giustiniano nelle costituzioni proemiali *de confirmatione Digestorum* (*Tanta* e Δέδωκεν § 18), donde abbiamo i maggiori particolari sulla codificazione adrianea dell'editto, non consente che una interpretazione necessariamente congetturale dei particolari della riforma. Ma l'oscurità dei particolari non toglie la piena certezza storica del fatto: contro il fragile tentativo di negazione della storicità della codificazione, dovuto al Guarino [3], vedi ora le testimonianze nu-

[187] Preziose osservazioni in proposito si leggono, da ultimo, in Arangio-Ruiz, *Il mandato in diritto romano* (1949) 41 s.

[188] Posto, ad esempio, che l'*actio pigneraticia in ius* (*bonae fidei*) sia stata ignota ai giuristi romani sin verso la metà del sec. II d.C. (in tal senso, lucidamente, Segrè, *Sull'età dei giudizi di buona fede, di commodato e di pegno*, in *Studi Fadda* [1906] 6.331 ss.), escluso, d'altro canto, che essa sia stata inventata solo in età postclassica (v. peraltro *contra*, da ultimo Arangio-Ruiz [nt. 187] 34 nt. 1): potrebbe finalmente comprendersi come mai essa sia entrata a far parte dell'*edictum praetoris* in età postadrianea.

* In *Labeo* 1 (1955) 201 s.

[1] Frezza, *Corso di storia del diritto romano* (s.d., 1954) 351 s.

[2] *Cit.* 252 nt. 22.

[3] *L'esaurimento del « ius honorarium » e la pretesa codificazione dell'editto,*

mismatiche raccolte ed esaminate da H. Vogt [4] ». Dopo di che il Frezza accoglie la datazione del 137 proposta dal d'Orgeval [5], di cui cita ed elogia le critiche a me rivolte.

Già da tempo ho replicato con argomenti concreti alle critiche rivoltemi dal d'Orgeval [6]. In attesa di ulteriori considerazioni critiche, non posso che rinviare a quelle repliche. Resta da dedicare qualche parola, invece, alle testimonianze numismatiche che sarebbero contrarie, secondo il Frezza, al mio fragile tentativo di negazione della storicità della codificazione.

Orbene, basta leggere l'articolo del Vogt, scritto senza conoscere la mia tesi (buona o cattiva che sia) circa la codificazione dell'editto, per accorgersi che questo autore non porta, né vuol portare alcun argomento a favore della codificazione. Il Vogt altro non fa che porre in rilievo « das Echo der Justizpolitik Hadrians in Münzpragung », ricercando quest'eco, piú particolarmente, nelle monete che portano la scritta « *iustitia* ». Dopo aver fatto un elenco di tredici monete, egli cerca, sulle orme dello Strack [7], di determinare la data di ciascuna coniazione tra il 117 e il 138 d. C., ed accerta che di esse alcune sono anteriori, altre posteriori al 130. Posto che la « *communis opinio* » vuole che la codificazione dell'editto sia avvenuta non prima del 130, il Vogt conclude il suo studio, segnalando che le monete del principato adrianeo non ostano, anzi confermano [8], questa datazione.

Ecco tutto. Dopo di che mi sia lecito chiedermi se questa opinione corrente circa la codificazione dell'editto non sia, per caso, una opinione codificata [9].

in *Studi Albertario* 1 (1953) 623 ss.; *La leggenda della codificazione dell'editto e la sua genesi*, in *Atti Congr. Verona* 2 (1953) 167 ss.

[4] Vogt, *Hadrians Justizpolitik im Spiegel der römischen Reichmünzen*, in *Festschr. Schulz* (1951) 2.193 ss.

[5] *La carrière de Salvius Iulianus et la codification de l'Edit*, in *RHD.* 4.26 (1948) 301 ss.; *L'empereur Hadrien* (1950) 47 s.

[6] L'ho fatto, precisamente, nell'articolo pubblicato in *St. Albertario*, n. 4, dato che la mia tesi era già stata precedentemente annunciata nel mio saggio *Salvius Iulianus* (1946) e altrove.

[7] Cfr. STRACK, *Untersuchungen zur römischen Reichprägung des zweiten Jahrhunderts* (1931-37).

[8] Solo dopo il 130 il tema della *iustitia* fu riferito, nelle monete, anche al *senatus*: cfr. VOGT, *cit.* 197 s.

[9] Scetticismo verso la mia tesi mostrano anche il KASER, in *Iura* 5 (1954) 231 s. e il BERGER, in *Studi Albertario* 1.603 ss. Il primo si limita a qualche minimo cenno, nel quadro di una ben piú vasta recensione agli *Studi Albertario*,

POSTILLA SECONDA: « IUSTITIA PRINCIPIS ».

Barbara Lichocka è l'autrice di un interessante saggio sull'impressione della *Iustitia* nella monetazione romana (L. B., *« Justitia » sur les monnaies imperiales romaines*, vol. 15 dei « Travaux Centre arch. medit. Ac. Pol. Sciences » [1974, Ed. Scient. de Pologne, Warszawa] p. 124, con illustraz.). Il lavoro ha la sua importanza per lo storico del diritto sopra tutto per una constatazione negativa cui induce: la mancanza di un nesso specifico tra la figurazione della *Iustitia* sulle monete e l'opera « legislativa » svolta dal relativo imperatore.

Premesso che la Giustizia appare per la prima volta (forse come trasfigurazione di Livia) in un dupondio di Tiberio e ricompare nelle monete di altri tredici principi sino a Costantino (Vespasiano, Tito, Nerva, Traiano, Adriano, Antonino Pio, Marco Aurelio, Pescennio Nigro, Settimio Severo, Caracalla, Giulia Paola, Alessandro Severo, Carausio, Costantino; si noti Giulia Paola in luogo di Eliogabalo), l'a. ne puntualizza e ne classifica persuasivamente i diversi atteggiamenti figurativi, ma altro non ritiene di poter dire, quanto al messaggio propagandistico, se non che *Iustitia* è (unitamente alla *pietas*, alla *clementia* ed alla *virtus*) uno dei quattro pregi del *vir bonus* e quindi, a maggior ragione, dell'*optimus princeps*. È chiaro che, di pari passo con la decadenza della legislazione e della giurisprudenza repubblicane, sia emersa la *constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi* del principe attraverso le sue costituzioni e in particolare attraverso la *cognitio extra ordinem* facente capo a lui.

Il che (eccoci al punto) equivale a devalutare, come giustamente afferma l'a. a p. 114 nt. 47, il collegamento che H. Vogt (*Hadrians Justizpolitik im Spiegel der römischen Rechtsmünzen*, in *Fs. Schulz* [1951] 2.193 ss.) troppo audacemente stabilí tra la Giustizia della monetazione adrianea e la « codificazione » dell'*edictum perpetuum*, intesa la prima come conferma della seconda.

il secondo esprime diffusamente le sue critiche, ma con riferimento a quanto avevo scritto in *Salvius Iulianus* (cit. *retro* nt. 6) Se non erro, tutti gli argomenti del Berger risultano già combattutti nel mio articolo in *Studi Albertario* 1.623 ss.: articolo che, peraltro, fu licenziato alle stampe nella ignoranza dello scritto del Berger. Da ultimo, contro la mia tesi, anche VOLTERRA, *Intorno all'editto degli edili curuli*, in *Studi Borsi* (1955) estr. 19.

* In *Labeo* 22 (1976) 421 s.

POSTILLA TERZA: UNA PORZIONE DI PANNA.

In certi suoi limpidi e scorrevoli appunti dalle lezioni di Esegesi delle fonti del diritto romano Franca De Marini Avonzo (*Critica testuale e studio storico del diritto* [Torino, Giappichelli, 1970] p. 134) tratta di scorcio anche del noto problema della « codificazione » giuliano-adrianea dell'editto perpetuo (p. 28 s.). Purtroppo l'a. ama, almeno in sede di lezione, le compagnie numerose, che sono del resto sempre le piú sicure: quindi nemmeno un cenno è dedicato alla tesi da me sostenuta, contro la « *communis opinio* », per dimostrare che la « codificazione » dell'editto (e in particolare la partecipazione di Giuliano alla stessa) è una leggenda formatasi in età postclassica (cfr., da ultimo, la mia *Storia del diritto romano*[4] [1969] 460 ss.).

Ma non è certo per segnalare questa piccola e scusabilissima omissione che scrivo questa nota. È per rallegrarmi di fronte alla nascita di un'ennesima spiegazione del fatto innegabile che la conclamata « codificazione » non ha nemmeno lontanamente i connotati che dovremmo in essa attenderci. « Per quanto il riordinamento da lui [Adriano] voluto sia ricordato come una sorta di codificazione, e cioè con un carattere di originalità, due circostanze fanno pensare piuttosto . . . ad una edizione riveduta del testo preesistente ». E le circostanze sono: l'assenza di indizi sia pur solo di un riordinamento sistematico (oltre che di una redazione unitaria) del testo edittale; il fatto che proprio Giuliano, nei suoi *digesta* (cfr. D. 37.5.6), critica una certa disciplina contenuta nell'editto. Dunque, pura e semplice edizione critica o emendata dal vecchio documento.

Sarà. Non vedo peraltro perché le fonti postclassiche siano meritevoli di credito, visto che parlano erratamente di *ordinatio edicti* o di *compositio edicti perpetui.*

(Se mi è permessa una parentesi scherzosa, dirò che l'insistenza, chiamiamola cosí, con cui la comune dottrina continua ad insegnare, ad onta di ogni indizio contrario, che una « codificazione » dell'editto pretorio vi fu, mi chiama alla mente l'aneddoto di quel signore che entrò in una pasticceria e ordinò un gelato con panna. « La panna è terminata », disse il cameriere. « Allora mi porti un caffè con panna », replicò l'avventore. « Ma le dico che la panna è terminata », insistette il cameriere. « Giusto », concluse il cliente, « Mi porti solo una porzione di panna »).

* In *Labeo* 16 (1970) 423.

LA LEGGENDA SULLA CODIFICAZIONE DELL'EDITTO E LA SUA GENESI

1. — In altra sede[1] mi sono sforzato di sottoporre ad una esauriente analisi critica, sinora mai effettuata da nessuno, la notissima tradizione, universalmente accolta[2], secondo cui, sotto il principato di Adriano e per iniziativa di questo *princeps*: *a*) il giurista Salvio Giuliano avrebbe proceduto ad una « codificazione » dell'Editto dei magistrati giusdicenti, ed in particolare di quello del *praetor urbanus*[3]; *b*) un apposito *senatusconsultum* avrebbe provveduto a dichiarare immodificabile dai successivi magistrati il testo giulianeo dell'Editto[4].

Dopo aver rilevato che i testi, i quali parlano o fanno cenno della « codificazione », sono tutti di età postclassica, cioè di molto posteriori al preteso avvenimento codificativo, io sono passato, in quella sede, a dimostrare che: *a*) del tutto illusori sono gli altri indizi, che, a con-

* In *ACIV.* 2 (1953) 167 ss.

[1] Cfr. GUARINO, *L'esaurimento del « ius honorarium » e la pretesa codificazione dell'editto*, in *St. Albertario* 1 (1953) 623 ss.

[2] Cfr. per tutti, da ultimo, SCHULZ, *History of Rom. legal Science* (1946) 127, 148 ss.; MONIER, *Manuel élém. de dr. rom.* 1[6] (1947) 78 ss.; ARANGIO-RUIZ, *Storia del dir. rom.*[6] (1949) 154, 285.

[3] Ho posto tra virgolette il termine « codificazione », perché, in realtà, tutti ammettono che Giuliano fu ben lungi dall'attuare una codificazione nel senso moderno della parola, ma procedette ad un riordinamento e ad un rimaneggiamento piuttosto sommari del testo edittale: v. per tutti SCHULZ, *cit.* 148 ss.

[4] Che il *senatusconsultum* in questione abbia effettivamente vietato ai magistrati giusdicenti di alterare il testo giulianeo dell'editto, contesta il MONIER, *cit.* 80, il quale richiama, a tal proposito, il fatto che la cost. Δέδωκεν § 18 non dice, come il passo parallelo della cost. *Tanta*, che in avvenire solo la « *nova auctoritas* » imperiale avrebbe potuto provvedere alle innovazioni del *ius honorarium*, ma dice, piú genericamente, che tali innovazioni si sarebbero potute compiere da coloro, che si trovassero ἐν ἀρχαῖς. Contro questa teoria, v. diffusamente GUARINO, *cit.* (nt. 1) n. 3. Qui mi limito ad osservare che la lettura dell'intero § 18 della c. Δέδωκεν fa intendere, fuor d'ogni dubbio, che anche ivi si allude soltanto al potere imperiale.

ferma della codificazione dell'Editto, sogliono ricavarsi dalle fonti dell'epoca classica; *b*) esistono, viceversa, elementi di notevole importanza, i quali inducono ad escludere che la codificazione dell'Editto abbia mai avuto luogo.

La tradizione relativa ad una codificazione giuliano-adrianea dello Editto ha avuto, dunque, a mio avviso, origine e diffusione esclusivamente nel mondo postclassico, dal sec. IV a Giustiniano ed oltre. Ed ecco che qui sorge, in via subordinata, un problema. Perché e come venne in essere e si propagò, in periodo postclassico, tale leggenda [5]?

Alla soluzione di questo quesito sono, appunto, dedicate le presenti note.

2. — Quanto ai motivi per cui possa essersi determinata e propagata, nel mondo postclassico, la leggenda sulla codificazione giuliano-adrianea dell'Editto, ragione vuole che si escluda senz'altro, almeno sino a prova contraria, l'ipotesi di una deliberata invenzione di questa notizia da parte di chi per primo la ha messa in circolazione o di chi successivamente l'ha integrata con nuove precisazioni. È da pensare, piuttosto, ad equivoci, piú o meno grossolani, in cui autori postclassici siano incorsi nella valutazione di figure e di fatti dell'età di Adriano: equivoci intuitivamente assai facili in autori non giuristi, come ad esempio Eutropio, ma non difficili nemmeno in Giustiniano, che ampiamente riferisce della codificazione, dato che questi scriveva in un'epoca in cui la leggenda sulla codificazione stessa circolava ormai da piú di due secoli [6].

[5] Il CHIAZZESE, *Introduzione allo studio del dir. rom.* 1³ (1948) 200 nt. 1, occupandosi della mia tesi sulla mai avvenuta codificazione dell'Editto, ed occupandosene, piú precisamente, quando essa era stata solo formulata (v. GUARINO, *Storia del dir. rom.* [Lezioni, 1945] 154 ss.) e non ancora dimostrata, l'ha qualificata come una « ipotesi », che diverrebbe « meno ardita » solo a patto di dimostrare convincentemente perché e come si sarebbe formata la leggenda postclassica. Ora io, avendo cercato di provare (nello studio cit. *retro*, nt. 1) che la « codificazione » non ebbe luogo in età classica, tengo a sottolineare che la fortuna della mia tesi non dipende dalla dimostrazione contenuta nel presente articolo, perché è pregiudizialmente certo, almeno secondo me, che le fonti postclassiche sulla « codificazione » esprimono una leggenda, e non la realtà.

[6] Per quanto riguarda Giustiniano, la cosa sembra piuttosto improbabile al CHIAZZESE, *cit.* 200 nt. 1, il quale osserva che, « nell'età giustinianea, per effetto dell'indirizzo classicistico delle scuole d'Oriente, erano note numerosissime opere e testimonianze dell'epoca classica, che andarono poi perdute ». Senonché, a prescindere da quanto si rileverà specificamente *infra* nt. 7, va rilevato che abbiamo pa-

Ora, se di equivoci deve essersi trattato, è interessante ricercare quali possano essere stati gli elementi storicamente veri, che han dato esca alle errate ed arrischiate illazioni postclassiche.

a) Un primo elemento di verità, sottostante alla tradizione sulla codificazione dell'Editto, consiste nel fatto che, nel corso del sec. II d.C., a cominciare da Adriano, effettivamente si esaurí il *ius honorarium* romano ed effettivamente l'Editto si avviò, per conseguenza, verso una sorta di cristallizzazione formale e sostanziale [7].

La svolta autoritativa indubbiamente impressa da Adriano alla politica del principato [8], il conseguente prevalere delle *orationes* e delle *constitutiones principum* sulle tradizionali fonti giuridiche repubblicane, già da tempo, del resto, languenti, non poté non determinare, tra l'altro, la paralisi praticamente totale del *ius edicendi* dei magistrati esercenti la *iurisdictio* [9]. Posto che ogni nuovo sviluppo del diritto era determinato, direttamente o indirettamente, dalla volontà del *princeps*, è chiaro che il *ius honorarium*, pur rimanendo pienamente valido, perdette la sua vitalità produttiva ed espansiva, allineandosi con il *ius civile* ed il *ius publicum* [10] nel quadro di quel che legittimamente può definirsi, per suggestione delle stesse fonti classiche [11], il *ius vetus Romanorum*, subordinato alle modifiche del *ius novum* imperiale [12]. L'Editto, dunque, divenne effettivamente « *perpetuum* » nel senso di completo, definitivo e tralaticio.

recchie prove, ormai, della facilità con cui Giustiniano si induceva ad attribuire ai tempi classici notizie e attestazioni di pura marca postclassica: cfr. in proposito, da ultimo, SCHULZ, *Nachklassische Quästionen in den just. Reformgesetzen*, in *ZSS*. 50 (1930) 212 ss.

[7] La cosa è notissima ed universalmente accetta: cfr., per tutti, gli autori cit. *retro* nt. 2.

[8] Cfr. in proposito, da ultimo, DE FRANCISCI, *Arcana imperii* 1.1 (1948) 334 ss., 339 ss.

[9] Parlo di paralisi « praticamente » totale. In teoria il *ius edicendi* rimase intatto, come dimostra Gai 1.6: ...*ius autem edicendi habent magistratus populi Romani rell.*

[10] Di *ius publicum* qui parlo nel senso originario, di *ius* promanante dalle *leges publicae* e dai provvedimenti di governo ad esse assimilati: cfr., da ultimo, DE FRANCISCI, *Idee vecchie e nuove intorno alla formazione del diritto romano*, in *Scritti beatificaz. Ferrini* 1 (1947) 211 ss.

[11] Cfr., ad esempio, Marcian. D. 48.10.7; Ulp. D. 50.16.10; Ulp. D. 50.16.178.2-3.

[12] In ordine al concetto di *ius novum* o *extraordinarium* ed alle discussioni relative, v., da ultimo, DE FRANCISCI, *Idee vecchie e nuove* cit. (nt. 10) 222.

Questo processo storico acquistò il massimo dell'evidenza con Adriano, ma non si compí nel corso del governo di questo solo *princeps*, ché anzi poté dirsi definito, come altrove ho cercato di dimostrare [13], soltanto nell'età dei Severi, allorquando, del resto, veramente si prese a parlare, talvolta e da qualche giurista, di « *Edictum perpetuum* »[14]. Tuttavia, queste precisazioni, se valgono ad escludere criticamente che una codificazione dell'Editto sia stata necessaria e sia realmente avvenuta, mettono in luce la possibilità che autori postclassici, poco usi alla critica storica, siano stati indotti senza troppe difficoltà a concentrare in un atto concreto di Adriano lo sviluppo storico, di cui questi fu, in certo senso, l'esponente.

b) Ad Adriano, autore « giuridico » della codificazione, la leggenda affianca Giuliano, che di essa sarebbe stato l'autore materiale. Ed anche sotto questo profilo è innegabile che nuclei di verità sottostiano alle inammissibili illazioni degli autori postclassici.

Diversi sono gli elementi veri, che possono aver facilitato l'attribuzione a Giuliano dell'opera di riordinamento del testo edittale. Biograficamente Giuliano si inquadra bene nel principato di Adriano, durante il quale percorse gran parte del suo *cursus honorum* [15], giunse ad esser membro del *consilium principis* [16], fu capo della Scuola sabiniana e moderatore della secolare divisione tra Sabiniani e Proculiani [17], scrisse forse un commento all'Editto [18] e preparò, comunque, l'*opus maximum* dei *digesta* [19]. Come giurista, Giuliano fu, inoltre, dai posteri giustamente reputato il sommo dei suoi tempi e, con Papiniano, il massimo di tutta la giurisprudenza classica; i suoi *digesta* vennero considerati come il *monumentum* « *aere perennius* » del diritto classico di Roma e larghissimamente sfruttati dai giuristi posteriori [20]; le sue opinioni furono ritenute decisive e incontestabili, tanto che si giunse al punto, in età postclassica, da attribuire nominativamente alla sua alta autorità alcuni principî dell'antico diritto [21]. Di lui si ricorda perfino, come fatto

[13] Nello scritto cit. *retro* nt. 1.

[14] Per la dimostrazione, cfr. PRINGSHEIM, *Zur Bezeichnung des hadrianischen Edikts als « Edictum perpetuum »*, in *Symb. Lenel* (1931) 1 ss.

[15] Cfr. in proposito GUARINO, *Salvius Iulianus* (1946) 14 ss.

[16] Cfr. *Vita Hadr.* 18.1.

[17] Cfr. Pomp. D. 1.2.2.53.

[18] V. in proposito GUARINO, *cit.* (nt. 15) 69 ss.

[19] Pubblicati tra il 142 e il 147 d.C.: v. GUARINO, *cit.* (nt. 15) 75 ss.

[20] V. in proposito GUARINO, *cit.* (nt. 15) 110 ss.

[21] Cfr. ad esempio VOLTERRA, *Sul divorzio della liberta*, in *Studi Riccobono* 3

straordinario pei tempi, l'introduzione di una « *nova clausula* » nell'Editto [22] e, comunque, alla parte « edittale » dei suoi *digesta* fecero certamente capo, non solo per il contenuto, ma per il sistema stesso della trattazione, Gaio, Paolo ed Ulpiano nei loro rinomati *libri ad edictum* [23].

Anche in mancanza della leggenda postclassica Giuliano sarebbe passato alla storia, fra l'altro, come « *ordinator edicti* », sebbene nel significato innocente, che è quello genuino, di « commentatore e rielaboratore sistematico dei principî contenuti nell'Editto » [24].

c) Ma forse l'analisi del principato di Adriano può suggerire un terzo nucleo di verità della leggenda postclassica ed un'altra causale, meno generica, dell'equivoco o degli equivoci da cui essa è scaturita.

Se ben si guarda, Adriano innovò la politica « augustea » del principato non tanto nei riguardi della *respublica,* quanto nei riguardi dell'*imperium Romanum* [25]. Pago della tranquillità e della condiscendenza degli organismi repubblicani, egli, seguendo in ciò le linee classiche della politica di Augusto, non si preoccupò, come invece Settimio Severo e piú ancora Diocleziano, di sminuirne formalmente i poteri, salvo che per la parte relativa alle *provinciae.* Il suo costante interessamento, dimostrato all'evidenza dai suoi stessi incessanti viaggi [26], fu la formazione, sotto i poteri diretti del *princeps,* di un *imperium Romanum* unitario, e quindi lo sminuimento di ogni residua autonomia delle *provinciae senatoriae.*

Se, dunque, è *a priori* altamente improbabile (a prescindere dalla dimostrazione contraria, che ho tentato di darne) che Adriano abbia preteso di « codificare » l'Editto dei *praetores* e degli *aediles curules,* non è invece inverosimile, ed è anzi piú che possibile, che Adriano, ai fini dell'unità amministrativa dell'*imperium,* abbia, tra l'altro, ottenuto dal *senatus* un *consultum,* mediante il quale si vietò o sconsigliò ai *praesides*

(1932) 211. V. anche, da ultimo, WOLFF, *Concerning the Transmission of Julians Digesta,* in *Seminar* 7 (1949) 69 ss.

[22] Cfr. Marcell. D. 37.8.3 (a proposito dell'*edictum de coniungendis cum emancipato liberis eius*). Sul problema della genuinità del riferimento, v. da ultimo COSENTINI, *Breve nota sull'origine dell'« edictum de coniungendis cum emancipato liberis eius »,* in *Studi Solazzi* (1949) 219 ss.; nonché GUARINO, *cit.* (nt. 1) n. 5.

[23] Cfr. GUARINO, *Salvius Iul.* cit. 112 ss.

[24] V. *infra* n. 4.

[25] V. in proposito GUARINO, *Storia del diritto romano* (1948) n. 270, 278, 293.

[26] V. in proposito GIRARD, *La date de l'édit de Julien,* ora in *Mél. de dr. rom.* 1 (1912) 229 ss., il quale precisa che Adriano rimase a Roma, tra il 117 ed il 138 d.C., soltanto tre volte: nel periodo 118-121, nel periodo 125-128, nel periodo 134-138.

delle *provinciae senatoriae* di apportare modifiche, in considerazione delle esigenze specifiche delle rispettive *provinciae*, al testo tralaticio degli Editti urbani. Ogni normazione a venire sarebbe stata, dunque, nelle *provinciae senatoriae*, come già in quelle imperiali [27], da rimettere esclusivamente al *princeps*, titolare dell'*imperium proconsulare maius et infinitum*.

Ed a conferma di questa mia limitata ipotesi, noterò che, effettivamente, dopo l'età di Adriano si sente per la prima volta parlare di un *Edictum provinciale* [28], unico per tutte le *provinciae*, cui Gaio dedicò il suo noto commento, strettamente simile ai commentari all'Editto urbano [29]. Cosí come soltanto in quest'epoca si ode parlare di un *Edictum monitorium*, commentato da Callistrato: espressione, quest'ultima, la quale, secondo una elegante e convincente teoria recentissima [30], sta per « *Edictum commonitorium* », vale a dire « Editto soggetto a prescrizioni o limitazioni imperiali ».

3. — Ora veniamo a stabilire, se possibile, il modo in cui la leggenda sulla codificazione giuliano-adrianea può essersi formata e diffusa nel mondo postclassico: il che significa anche accertare se effettivamente abbiano operato i motivi generici dianzi posti in luce, e se e quali motivi specifici abbiano influito di volta in volta sugli autori da considerare.

I testi postclassici relativi alla « codificazione » sono in numero di 15, ma in realtà si riducono a tre gruppi unitari, tra loro, per di piú, come vedremo, piú o meno strettamente collegati [31]. Un primo gruppo è costituito da un brano di Aurelio Vittore e da un brano di Eutropio, evidentemente derivati da uno stesso archetipo, oggi scomparso, nonché da passi di Peanio, S. Girolamo, Paolo Diacono e Landolfo Sagace, che sono altrettante parafrasi, con qualche variazione, di Eutropio [32]. Un secondo gruppo è formato da due costituzioni del Teodosiano, ambo di data posteriore a quella del *breviarum* di Eutropio, nonché da una novel-

[27] Nelle quali il *princeps* esercitava il suo *imperium* diretto ed esclusivo.

[28] V. in proposito SCHULZ, *History* cit. 127 e citazioni ivi.

[29] Cfr. SCHULZ, *Hitsory* cit. 191.

[30] Cfr. SCHULZ, *History* cit. 193 s.

[31] Già il GIRARD, *La date* cit. 214 nt. 1, ha costituito il primo e il terzo dei gruppi qui considerati (non tenendo conto, invece, dei testi che ho raccolto nel secondo gruppo). Egli ha, pertanto, asserito che tutta la documentazione testuale sulla codificazione si ridurrebbe a due testimonianze indipendenti, senza porsi il quesito relativo ad una eventuale correlazione tra esse.

[32] V. *infra* n. 4 e 5.

la di Valentiniano III, il collega di Teodosio II [33]. Un terzo gruppo, infine, accoglie una costituzione giustinianea del 530, i testi paralleli della cost. *Tanta*-Δέδωκεν del 533, nonché passi dei Basilici e dell'*Epitome legum* del 920, certamente informati alle notizie giustinianee [34] [35].

E passo senz'altro all'esame successivo degli anzidetti tre gruppi, nella loro interna struttura, negli elementi che li compongono e nei loro reciproci rapporti.

4. — *A*) I testi fondamentali del primo gruppo sono:

Vict. *de Caesar.* 19.1: *At Didius Iulianus . . . ex praefectura vigilum ad insignia dominatus processit. genus ei nobile iurisque urbani praestans scientia: quippe qui primus edictum, quod varie inconditeque a pretoribus promebatur, in ordinem composuit.*

Eutr. *brev.* 8.17: *Post eum Salvius Iulianus rempublicam invasit, vir nobilis et iure peritissimus, nepos Salvi Iuliani, qui sub divo Hadriano perpetuum composuit edictum.*

È dottrina corrente [36] che l'opera *de Caesaribus* di Aurelio Vittore ed il *breviarium* di Eutropio abbiano utilizzato, per questa parte, un archetipo comune, oggi perduto, costituito da una storia degli imperatori sino a Diocleziano: un archetipo, dunque, redatto, al piú presto, sugli inizi del sec. IV d.C. Se ne desume, di solito, che la notizia sulla « codificazione » era già contenuta nell'archetipo [37]. E, pertanto, il solo problema, che potrebbe lecitamente porsi, sarebbe se quest'ultimo abbia creato quella notizia, o se invece l'abbia mutuata da testi precedenti.

A me pare che, pur ammettendo che il modello di Vittore e di Eutropio realmente parlasse della codificazione dell'Editto [38], sia da

[33] V. *infra* n. 6. Questo gruppo non è stato finora, per quel che mi risulta, individuato da alcuno.

[34] V. *infra* n. 7 e nt. 61.

[35] Altra testimonianza, assai dubbia, della codificazione è un oscuro passaggio dell'AMBROSIASTER, *Quaestiones veteris et novi Testamenti* (in MIGNE, *Patrol. lat.* 27, 2348): *ante Iuliani edictum mulieres viros suos dimittere nequibant.* Sul punto cfr. GIRARD, *cit.* 214 nt. 1. Ove si ammettesse il riferimento alla codificazione, il testo andrebbe raccostato a quelli del primo gruppo. Su altri testi, che da alcuni si adducono, non è nemmeno necessario soffermarsi: v. GIRARD, *cit.* 214 nt. 1.

[36] In questo senso, per primo ERMANN, in *Philologus*, suppl. IV (1884) 337 ss., 350, 354. Cfr. SCHANZ, *Geschichte der römischen Literatur* 4.1² (1914) 72 ss., 74; ROSENBERG, *Einleitung und Quellenkunde zur römischen Geschichte* (1921) 228 ss.

[37] Esplicitamente, in tal senso, GIRARD, *cit.* 214 nt. 1.

[38] Il che, in tesi generale, non è sicuro, visto che si è generalmente d'accordo

escludere che esso abbia riferito una tradizione di lunga data e di sicura base. Lo dimostra il fatto che Sparziano [39], fonte non del tutto inattendibile [40], allorché egualmente si occupa, e ancor piú diffusamente, dell'imperatore Didio Giuliano, fa riferimento, del pari, alla sua discendenza da Salvio Giuliano, anzi precisa che Didio ne fu il pronipote in linea materna e si preoccupa di ricostruire tutto il *pedigree* intermedio tra i due, ma assolutamente non fa cenno della « codificazione » di Salvio [41]. Per chi s'intenda dell'avidità di notizie, di episodi, di particolari, che caratterizza gli storiografi della tarda romanità, fra cui non ultimo Sparziano, questo silenzio è tanto sintomatico, da apparire decisivo a favore della mia tesi. Né meno importante è la circostanza che ancora Sparziano, nella *vita Hadriani*, tace del tutto della codificazione [42].

Ma, in realtà, io sono convinto che l'archetipo comune di Vittore e di Eutropio non parlasse nemmeno esso della « codificazione », perché, se è certo che Eutropio vi si riferisce, è tutt'altro che sicuro che vi alluda Vittore. Di modo che resta a concludere, a mio avviso, che il primo anello della catena di equivoci sulla codificazione giuliano-adrianea dell'Editto è costituito da Eutropio. E valga il vero.

Davvero singolari sono gli errori diversi, in cui Vittore ed Eutropio sono incorsi nello sfruttamento del loro modello. Vittore salta a pié pari la notizia che Didio Giuliano era discendente di Salvio Giuliano, sicché viene ad attribuire a Didio i meriti del giureconsulto suo ascendente. Eutropio tien conto, esattamente, della notizia, ma, nello sforzo di riassumere e sintetizzare, commette il grossolano svarione di denominare Didio con lo stesso *nomen* del suo proavo, *Salvius*. È fuor di dubbio che l'uno e l'altro storiografo, se cosí li si vuol chiamare, hanno lavorato,

nel ritenere che tanto Vittore quanto, sopra tutto, Eutropio sfruttarono le loro fonti con molto arbitrio: cfr., per tutti ROSENBERG, *cit.* 228.

[39] *Vita Did. Iul.* 1.1-2.

[40] In verità, vi è disputa accesissima in dottrina circa l'attendibilità o meno delle notizie della *Historia Augusta* e delle singole *Vitae* che la compongono: cfr., in argomento, SCHANZ, *cit.* 51 ss., 60 s.; ROSENBERG, *cit.* 231 ss., 237 ss. Tuttavia, vi è riconoscimento generale sul punto che le *Vitae* attribuite a Sparziano (sia o no questi veramente esistito) sono state compilate su fonti di una certa esattezza e con l'impiego di una certa diligenza.

[41] *Vita Did. Iul.* 1.1-2 (HONN.): *Didio Iuliano, qui post Pertinacem imperium adeptus est, proavus fuit Salvius Iulianus, bis consul, praefectus urbi et iurisconsultus, quod magis eum nobilem fecit* ... Su questo passo, cfr. GUARINO, *Salvius Iul.* cit. 3 ss.

[42] Cfr. *Vita Hadr.* 18.1, ove è soltanto detto che Giuliano fece parte del *consilium Hadriani*, e *passim*.

qui come altrove, con estrema faciloneria [43]. Tuttavia, a ben riflettere, mentre l'errore di Eutropio è una svista tipica degli epitomatori, che parafrasano e sintetizzano *ad sensum* il testo che hanno davanti agli occhi, l'errore di Aurelio Vittore ha piuttosto i caratteri di quei salti di frase (eventualmente favoriti da omoioteleuti), che son tanto frequenti in chi ricopii *ad litteram*, ma distrattamente, un passaggio.

È probabile, dunque, che l'archetipo di Vittore e di Eutropio non omettesse la notizia che Didio era discendente di Salvio Giuliano, ma si esprimesse, d'altra parte, in una formulazione assai vicina a quella che si legge in Vittore. Per il che, potremmo pensare che esso suonasse, press'a poco, cosí:

« *At Didius Iulianus... ex praefectura vigilum ad insignia dominatus processit, genus ei nobile iurisque urbani praestans scientia: nepos Salvi Iuliani, qui primus edictum, quo varie inconditeque a praetoribus promebatur, in ordinem composuit* » [44].

Orbene, io ritengo che la frase « *qui primus - composuit* », adoprata da Vittore e forse dal suo archetipo [45], non autorizzi affatto la comune affermazione che Aurelio Vittore sia uno di quelli che testimoniano per esplicito della codificazione giulianea dell'Editto. Il fatto di sapere per certo che Aurelio Vittore ha attinto alla stessa sorgente di Eutropio ha determinato in dottrina la gratuita opinione che la frase « *qui primus - composuit* » equivalga l'eutropiano « *qui ... perpetuum composuit edictum* ». Quella frase, invece, non contiene alcun riferimento esplicito alla codificazione dell'Editto per due ragioni: anzi tutto, perché il « *primus* (*edictum - composuit*) » farebbe pensare, se alla codificazione si riferisse, che questa fu seguita da almeno un'altra successiva, di cui nessuno ha notizia; in secondo luogo, perché il senso e la forma di tutta la frase richiama imperiosamente all'orecchio un passo di Pomponio relativo ad Ofilio, cioè ad un giurista che non codificò editti di sorta, non fosse altro perché si astenne del tutto dalla vita politica [46].

[43] Cfr., in generale, ROSENBERG, *cit.* 228 ss.

[44] Oppure: « *At Didius Iulianus ... ex praefectura vigilum ad insignia dominatus processit, genus ei nobile iurisque urbani praestans scientia: quippe* (*pro-?*)*avus ei fuit Salvius Iulianus, qui primus edictum, quod varie inconditeque a praetoribus promebatur, in ordinem composuit* ».

[45] Frase già adoperata dall'archetipo, se, ripeto, si conviene che Vittore ha piuttosto, malamente, « copiato », che non riassunto.

[46] Cfr. Pomp. D. 1.2.2.44: *... ex his auditoribus plurimum auctoritatis habuit Alfenus Varus et Aulus Ofilius, ex quibus Varus et consul fuit, Ofilius in equestri ordine perseveravit.* In età repubblicana « *perseverare in equestri ordine* » equivaleva

D. 1.2.2.44 (Pomp. *sing. enchir.*): *... de iurisdictione idem edictum praetoris primus diligenter composuit, nam ante eum Servius duos libros ad Brutum perquam brevissimos ad edictum subscriptos reliquit.*

In conclusione, il modello di Vittore e di Eutropio non parlava, secondo me, della codificazione giulianea dell'Editto, ma si limitava a mettere in rilievo l'egregia opera di sistemazione dei principî del *ius honorarium* compiuta dall'antenato di Didio Giuliano, cioè da Salvio Giuliano. Nella frase relativa, che Aurelio Vittore ha probabilmente copiato alla lettera, Eutropio, che non andava mai tanto per il sottile, ha intravvisto la notizia di una certa qual « codificazione », che Giuliano avrebbe operato, evidentemente ai tempi di Adriano, di quell'Editto, che ormai ai suoi tempi si presentava come un testo definitivo e immutabile, ed era appunto per ciò denominato « *perpetuum* »[47]. Di qui l'affermazione che Salvio Giuliano « *sub divo Hadriano perpetuum composuit edictum* »: la piú antica delle cosí dette testimonianze sulla « codificazione », che a noi risulti.

5. — Ove la mia tesi circa la leggerezza di Eutropio nel travisare una notizia innocente potesse parere azzardata, basterebbe a darmi sostegno a tacer d'altro la non minore leggerezza e fantasiosità che mostrano, nei luoghi corrispondenti, tre dei quattro parafrasti del *breviarum* eutropiano. Nel che si vede una riprova dell'insegnamento, del resto incontrastato, secondo cui le affermazioni dei cosí detti storiografi della tarda romanità vanno prese e accettate col massimo di possibile cautela.

Solo Paolo Diacono riproduce fedelmente, nella sua *historia Romana*, l'affermazione di Eutropio[48]. S. Girolamo, nel suo *Chronicon*, si preoccupa di precisarne la data, situando la codificazione nell'anno 131 d.C.[49], cioè, per disavventura, in un anno, in cui è certo che Adriano, il promotore della pretesa codificazione, non era a Roma per sollecitare

astenersi dalle cariche pubbliche. Ad ogni modo, Pomponio attesta implicitamente che Ofilio non fu pretore.

[47] V. *retro* n. 2 (sub *a*). Sulla faciloneria peculiare di Eutropio, cfr. MOSER, *The Relative Importance of Historical Facts in « Breviaria »*, in *Transact. a. Proceed. Philol. Am. Ass.* (1931) p. XXXVIII.

[48] Cfr. l'ediz. DROYSEN di Eutropio, in *Monum. Germaniae, Auctores antiquissimi* 2 (1879) 316.

[49] HYERON., *Chronicon* (ed. DROYSEN, *cit.* 146): *Salvius Iulianus perpetuum composuit edictum.*

il *senatusconsultum* sanzionatorio del testo giulianeo [50]. Anche se, seguendo il solitario parere di qualcuno, si volesse ritenere che S. Girolamo ha attinto la sua precisazione cronologica ad una fonte indipendente da Eutropio [51], l'assenza di Adriano da Roma nel periodo dal 128 al 134 starebbe sempre a smentire la veridicità della notizia.

Al dettato di Eutropio Peanio, nella sua traduzione greca, fa una addizione, dalla quale risulta che l'Editto perpetuo si sarebbe chiamato anche « Editto adrianeo »[52]. E finalmente Landolfo Sagace, riportato nella *Historia miscella* [53], trascrive malaccortamente Eutropio e di Salvio Giuliano afferma che « *sub divo Antonino perpetuum composuit edictum* », lasciando, chi sia disposto a prestargli fede, nella incertezza tra il principato di Antonino Pio e quello di Marco Aurelio Antonino [54].

I testi ora citati mostrano anche, con palmare evidenza, l'alta importanza ch'ebbe il *breviarum* di Eutropio nel mondo postclassico. Alta importanza, perché non si trattò dell'opera di un isolato, ma si trattò, come è noto, di un sommario storico, che Eutropio, *magister memoriae* della Corte imperiale, redasse, prima del 378, per incarico dell'imperatore Valente [55]. E questo rilievo aiuta a chiarire come mai dall'equivoco, in cui Eutropio si è visto che incorse, sia potuta scaturire la diffusa leggenda sulla codificazione.

6. — *B*) I rilievi testé fatti in ordine all'importanza del *breviarum* di Eutropio nel mondo postclassico agevolano, se non erro, la giusta valutazione dei testi del secondo gruppo, tra cui meritano particolare attenzione:

CTh. 11.36.26.4 (Grat. Valent. Theod. ad Hypathium, Triveris a. 379): *Quisquis . . . ne ii, quos scribtos patuerit heredes edicti per divum Hadrianum conditi beneficium consequantur, ausus fuerit rell.*

CTh. 4.4.7 (Theod. Asclepiodoto, Constantinopoli a. 424): . . . *ita ut,*

[50] V. *retro* nt. 26.

[51] In tal senso, FERRINI, *RIL.* (1891) 563 s. (= *Scritti* 1) e gli altri citati dal GIRARD, *cit.* 224 nt. 1 (225 s.); ma v. quivi la esauriente replica del Girard.

[52] Cfr. ed. DROYSEN, *cit.* 147: . . . ὁ μέχρι νῦν Ἀδριάνιον καλεῖται κατὰ τὴν τῶν Ἰταλῶν φωνὴν ἥδικτον περπέτουον.

[53] Cfr. *Historia miscella*, ed. EYSSENHARD (1869) 10.20, 320.

[54] Sul punto cfr. GIRARD, *cit.* 214 nt. 1 (216 s.), con un tentativo di spiegazione dell'equivoco di Landolfo.

[55] Cfr. SCHANZ, *Gesch.* cit. 78; AMATUCCI, *La letteratura di Roma imperiale* (1947) 210.

sive bonorum possessionem secundum tabulas aut secundum nuncupationem ceterasque similes postularit, aut certe ex edicto divi Hadriani se mitti ad possessionem ex more petierit, statim inter ipsa huius iuris auspicia propositum suae intentionis explanet.

Si tratta, come ognuno vede, di costituzioni posteriori al 378 ed accolte nel *Codex Theodosianus*, in cui la menzione dell'*edictum divi Hadriani* può facilmente spiegarsi, se si tiene presente che il *breviarum* di Eutropio, commissionato da Valente [56], doveva essere di uso corrente nella Cancelleria imperiale, dopo il 378 [57] [58].

Un accenno alla codificazione dell'Editto si trova anche in Nov. Valent. 21.1.31 (a. 446), ove forse ha carattere interpolatizio [59]: la dipendenza di quell'accenno dalla notizia accreditata da Eutropio non sembra, comunque, possa facilmente negarsi.

7. — C) Ed eccoci infine, al terzo gruppo di fonti: quello delle fonti giustinianee e dei testi dalle stesse derivati [60]. Trattasi, essenzialmente, di:

CI. 4.5.10.1 (Iust., a. 530): *Papinianus . . . huiusmodi sententiae*

[56] Cfr. EUTROP. *brev.* dedica.

[57] Tenendo presente che Eutropio fu *magister memoriae* di Valente (364-378), gioverà ricordare che l'ufficio di cancelleria *a memoria* fu istituito, nel sec. III d.C., con l'attribuzione di coordinare il lavoro degli *scrinia ab epistulis* e *a libellis*, cioè degli uffici incaricati di redigere o di preparare le *constitutiones* imperiali. Cfr., in proposito, DE FRANCISCI, *Storia del diritto romano* 3.1² (1943) 120 ss.

[58] Le parole « *ex edicto divi Hadriani* » di CTh. 4.4.7.9 mancano nel corrispondente passo di CI. 6.36.8; in CI. 7.65.6, corrispondente a CTh. 11.36.26.4, le parole « *edicti-consequantur* » sono state sostituite da « *in possessionem mittantur* ». Sorge, pertanto, la necessità di spiegare questa omissione. Secondo il PRINGSHEIM, *Zur Bezeichnung* cit. 5, Giustiniano avrebbe di proposito evitato l'attribuzione ad Adriano dell'Editto perpetuo per non conferirgli troppa gloria, mentre di lui avrebbe parlato, a denti stretti, in *const. Tanta*-Δέδωκεν 18, esclusivamente come progettatore della codificazione. Ma la tesi sembra un po' sforzata, per il che io riterrei che la menzione dell'*edictum divi Hadriani* sia stata cancellata dai giustinianei esclusivamente in omaggio alle direttive generali di brevità impartite da Giustiniano.

[59] In tal senso, cfr. PRINGSHEIM, *cit.* 5 nt. 1.

[60] Tali testi derivati, che ometto di riferire per brevità sono: B. *praef.* (H. 1. XXI); B. *sch.* a D. 11.2.30 (H. 1.700); *Epit. leg.* in ZACHARIAE, *Ius Graeco-Rom.*, 2 (1856) 280. Quest'ultimo passo fa cenno, fra l'altro, di un misterioso Servio Cornelio, coadiutore di Giuliano nella codificazione: ma v. GIRARD, *cit.* 214 nt. 1 (215 s.).

sublimissimum testem adducit Salvium Iulianum summae auctoritatis hominem et praetorii edicti ordinatorem.

Tanta 18 (a. 533): *... et ipse Iulianus, legum et edicti perpetui suptilissimus conditor in suis libris hoc rettulit, ut, si quid imperfectum inveniatur, ab imperiali sanctione hoc repleatur. et non ipse solus, sed et divus Hadrianus in compositione edicti et senatusconsulto, quod eam secutus est, hoc apertissime definivit, ut, si quid in edicto positum non invenitur, hoc ad eius regulas eiusque coniecturas possit nova instruere auctoritas.*

Δέδωκεν 18: ... καὶ ὁ πάντων τῶν ἐν νομοθέταις εὐδοκιμηκότων σοφώτατος Ἰουλιανὸς αὐτὸ τοῦτο φαίνεται λέγων καὶ τὴν ἐκ τῆς βασιλείας ἐπὶ ταῖς ἀναφυομέναις ζητήσεσιν ἐπικαλούμενος ἀναπλήρωσιν, καὶ πρὸς γε Ἀδριανὸς ὁ τῆς εὐσεβοῦς λήξεως, ὅτε τὰ παρὰ τῶν πραιτόρων κατ' ἔτος ἕκαστον νομοθετούμενα ἐν βραχεῖ συνῆγε βιβλίῳ, τὸν κράτιστον Ἰουλιανὸν πρὸς τοῦτο παραλαβὼν κατὰ τὸν λόγον, ὃν ἐν κοινῷ διεξῆλθεν ἐπὶ τῆς πρεσβυτέρας Ῥώμης, αὐτὸ δὴ τοῦτό φησιν, ὡς εἴ τι παρὰ τὸ διατεταγμένον ἀνακύψειεν, προσῆκόν ἐστιν τοὺς ἐν ἀρχαῖς τοῦτο πειρᾶσθαι διαιρεῖν καὶ θεραπεύειν κατὰ τὴν ἐκ τῶν ἤδη διατεταγμένων ἀκολουθίαν.

È fuor di dubbio che Giustiniano è influenzato dalla tradizione eutropiana sulla codificazione giuliano-adrianea dell'Editto [61]; tuttavia giova anche ammettere che egli correda e completa tale leggenda di notizie nuove, relative alla definitività del testo edittale, di cui bisogna appurare l'origine. Egli parla per esplicito di una *oratio* del divo Adriano ed è difficile ritenere che possa averne eventualmente non soltanto travisato il contenuto, ma addirittura falsamente immaginato l'esistenza.

Io dò atto, pertanto, che una *oratio Hadriani* deve esservi effettivamente stata e che Giustiniano deve averne appreso in qualche modo, attraverso mezzi che ci sfuggono, l'esistenza. Ma era veramente tale *oratio* relativa al testo codificato dell'Editto? Questo io nego che fosse e nego, inoltre, che Giustiniano abbia effettivamente letto in qualche sua fonte di derivazione classica. A mio parere, piú precisamente, Giustiniano, avendo avuto confusa notizia della esistenza di un *senatusconsultum*, che statuiva la immutabilità dell'*edictum provinciale* [62], ha messo in rapporto tale notizia con quella sulla codificazione giulianea dell'Editto, alterandone notevolmente il valore.

[61] Lo mostra particolarmente CI. 4.5.10.1, con la sua qualifica di Giuliano come « *summae auctoritatis homo et praetorii edicti ordinator* ».

[62] V. *retro* n. 2 *sub c*).

A conferma della mia tesi, si osservi, in primo luogo, la sorprendente diversità di formulazione dei due passaggi, quello latino e quello greco, della costituzione *Tanta*-Δέδωκεν. Non mi sfugge che le due redazioni di questa costituzione bilingue sono assai spesso discordanti, non essendo l'una stata formulata come pura e semplice traduzione dell'altra [63]. Tuttavia, a me pare che, tra queste discordanze, ve ne sia una, che dimostra *ictu oculi* come, in realtà, Giustiniano non disponesse di sicure e circostanziate notizie in merito all'*oratio* di Adriano: mentre nella *Tanta* si parla di dichiarazioni fatte da Adriano « *in senatusconsulto* », e quindi si allude ad una *oratio in senatu* cui fece seguito un conforme *consultum*, nella Δέδωκεν si parla di dichiarazioni che Adriano fece mediante una *oratio ad populum* e non si allude ad alcun *senatusconsultum* [64].

Quanto al contenuto delle dichiarazioni attribuite ad Adriano, si osservi, in secondo luogo, che cosí la *Tanta* come la Δέδωκεν affermano che il principio « *si quid in edicto positum non invenitur rell.* » fu formulato da Giuliano ed accolto da Adriano. Ora, una formulazione del genere si legge effettivamente in un passo dei *digesta* giulianei [65], ma Adriano non poté averla presente per l'ottima ragione che questa opera fu composta dopo la sua morte [66]. E, d'altro canto, se un *senatusconsultum* avesse effettivamente proclamato quel principio sotto Adriano, è chiaro che Giuliano, ripetendolo nei *digesta*, ne avrebbe sicuramente citato la fonte: il che egli, come gli stessi *Digesta* di Giustiniano dimostrano, non ha fatto [67].

In conclusione, mi sembra dimostrato che Giustiniano, ebbe, sí, vaga notizia di una classica *oratio Hadriani* relativa ad un *Edictum* (l'*Edictum provinciale*), ma non si rese conto del suo preciso riferimento e, lavorando parecchio di fantasia, la riferí arbitrariamente al preteso Editto giulianeo, arbitrariamente assegnandole il contenuto di un passo dei *digesta* di Giuliano.

[63] Sull'argomento, cfr. EBRARD, *Das zeitliche Rangverhältnis der Konstitutionen De confirmatione Digestorum « Tanta » und « Δέδωκεν »*, in *ZSS.* 40 (1919) 113 ss., 121 s.

[64] L'EBRARD, *cit.* 122, già dubitava che l'*oratio ad populum*, di cui nel testo greco, fosse un parto della fantasia bizantina.

[65] D. 1.3.11 (Iul. 90 *dig.*): *...de his, quae primo constituuntur, aut interpretatione aut constitutione optimi principis certius statuendum est.*

[66] Cfr. GUARINO, *Salvius Iul.* cit. 75 ss.

[67] V. *retro* nt. 66. È chiaro che i compilatori dei *Digesta* non avrebbero avuto, in tal caso, nessun interesse a cancellare in D. 1.3.11 la menzione dell'*oratio Hadriani*.

L'EDITTO EDILIZIO E IL DIRITTO ONORARIO

1. — La dottrina romanistica, anche recentissima [1], non ha mai dubitato che l'*edictum aedilium curulium* fosse, nel concetto dei giuristi classici, una fonte del *ius honorarium*. Ne dubita invece, anzi lo contesta il Volterra [2], in un saggio, da cui non sono stato affatto persuaso.

La « *ratio dubitandi* », è bene porlo in rilievo, è scaturita dall'esame di alcuni paragrafi del libro siro-romano di diritto, che trattano della redibizione in ordine alla vendita di schiavi [3]. Come è noto, il Nallino aveva, già da tempo, sostenuto che l'originale greco, di cui si sarebbero serviti i redattori dell'operetta, non avrebbe trattato di istituti del *ius honorarium* [4]. Di fronte alla smentita portata dai citati paragrafi sulla redibizione, il Talamanca aveva saggiamente segnalato l'avventatezza, almeno parziale, di questa ipotesi [5]. Ma il Volterra non ritiene attaccabile, nemmeno in parte, la teoria del Nallino e preferisce affermare che « dalle opere dei giuristi classici non risulterebbe che l'editto degli edili curuli facesse parte del *ius honorarium* » [6].

* In *Labeo* 1 (1955) 295 ss.

[1] Cfr. da ultimo: IMPALLOMENI, *L'editto degli edili curuli* 1 (1955) 109, che deliberatamente si astiene (p. 1 nt. 1) dal prendere in esame gli argomenti del Volterra.

[2] *Intorno all'editto degli edili curuli*, in *Scritti Borsi* (1955) estr.

[3] *Lib. S. Rom.* (ms-L) 39, 113, 113 a, 113 b.

[4] *Sul libro siro-romano e sul presunto diritto siriaco*, in *Studi Bonfante* (1929) 1.203 ss.

[5] *L'arra nella compravendita in diritto greco e in diritto romano* (1953) 39 nt. 2. Cfr. anche: PEZZANA, *D. 21.1.45. Contributi alla dottrina romana dell'actio redhibitoria*, in *RISG.* 5 (1951) 284.

[6] Cfr. anche: VOLTERRA, *Un'ipotesi intorno all'originale greco del Libro siro-romano di diritto*, in *Mem. Acc. Lincei* 8.8 (1953) 33 ss. Da rilevare che, in contrario avviso, il TALAMANCA (nt. 5) ha già osservato che, in realtà, il Volterra è riuscito soltanto a dimostrare « che, pur appartenendo al diritto onorario, le norme dell'editto degli edili potevano essere lo stesso ricomprese nell'originale del Siro-Romano, perché di esse si trattava nelle opere dedicate, principalmente, allo *ius civile* ». V. *infra* nt. 26.

2. — Un primo gruppo di testi, che val la pena di considerare, è costituito da fonti giustinianee e postgiustinianee: I. 1.2.7, c. *Omnem* 4, c. *Tanta* 5, Theoph. *Parl.* 1.2.8.

Giustamente il Volterra[7] assume che queste fonti fanno prova per l'età giustinianea e per la precedente età postclassica[8], ma vorrei rilevare che I. 1.2.7 fornisce, a rigor di metodo, un qualche indizio anche per l'età classica.

I. 1.2.7: *Praetorum quoque edicta non modicam iuris optinent auctoritatem. haec etiam ius honorarium solemus appellare, quod qui honores gerunt, id est magistratus, auctoritatem huic iuri dederunt. proponebant et aediles curules edictum de quibusdam casibus, quod edictum iuris honorarii portio est.*

La derivazione classica del passo è evidente e riconosciuta[9]. Da esso risulta che gli antichi, e ormai immutabili, testi edittali del *praetor urbanus*, del *praetor peregrinus*, degli *aediles curules* contribuiscono a costituire, ancora ai tempi di Giustiniano, il *ius honorarium*, di cui sono altrettante « *portiones* »[10]. Creata da Giustiniano o dai postclassici questa categoria del *ius honorarium*? Non direi. A parte il fatto che essa è confermata, come vedremo, da fonti classiche e genuine, vi è da considerare che le materie dell'editto edilizio furono addirittura fuse, sostanzialmente, in età postclassica, con quelle del *ius civile*[11].

I postclassici e Giustiniano non avrebbero fatto dell'*edictum aedi-*

[7] *Cit.* (nt. 2) 4 ss.

[8] Strano però che il Volterra, dopo aver sostenuto questa tesi a p. 4 ss., dichiari, a p. 19, di non aderire ai miei dubbi circa la tradizione relativa alla « codificazione » giulianea dell'editto, stante « l'estrema difficoltà di superare le testimonianze esplicite dei testi ». Le « testimonianze esplicite dei testi » sulla codificazione, oltre che fra loro concatenate e interdipendenti, sono, infatti, (vedile riportate in VOLTERRA, *cit.* 17 s.) tutte di marca postclassica e giustinianea. Per la mia tesi, cfr. in particolare: GUARINO, *L'esaurimento del « ius honorarium » e la pretesa codificazione dell'editto*, in *Studi Albertario* (1953) 1.627 ss.; *La leggenda sulla codificazione dell'editto e la sua genesi*, in *ACIV.* (1953) 2.167 ss.

[9] Alla derivazione dalle Istituzioni di Ulpiano pensa il FERRINI, *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano*, in *Opere* 2 (1929) 333 s.

[10] Inesatta l'interpretazione del VOLTERRA (nt. 2) 4 s., secondo cui Giustiniano direbbe che il *ius honorarium* è costituito dall'editto pretorio, sicché l'editto edilizio sarebbe quindi parte, secondo Giustiniano, dell'editto pretorio. « Con l'espressione *edictum iuris honorarii* si vuole evidentemente indicare l'editto del pretore »: ma l'espressione « *edictum iuris honorarii* » io nel testo non riesco a scorgerla.

[11] Cfr. in proposito: IMPALLOMENI (nt. 1) 265 ss.

lium curulium una « *iuris honorarii portio* », se già non lo fosse stato in periodo classico [12].

3. — Ma veniamo ai testi classici. Tralasciando quelli non sicuramente utilizzabili [13], rimangono: D. 1.1.7.1, D. 1.1.8, D. 1.2.2.10 e 12 e Gai 1.6.

D. 1.1.7.1 (Pap. 2 *defin.*): *Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi, vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam. quod et honorarium dicitur* [*ad honorem*] ⟨*ab honore*⟩ *praetorum sic nominatum.*

D. 1.1.8 (Marcian. 1 *inst.*): *Nam et ipsum ius honorarium viva vox est iuris civilis.*

Secondo il Volterra [14], « nella definizione di *ius praetorium* od *honorarium* di Papiniano non si fa parola dell'editto degli edili ». Ma Papiniano non definisce il *ius honorarium*: egli definisce il *ius praetorium* e dice che questo *ius* è anche detto *honorarium* « *ab honore praetorum* ». I pretori non avevano un *honor* particolare, ma erano rivestiti di *honor* in quanto magistrati: ogni *ius* promanante da magistrati è, dunque, implicitamente, *ius honorarium*; e magistrati, titolari di *iurisdictio*, sono anche gli edili curuli.

D. 1.2.2 (Pomp. *sing. enchir.*): 10. *Eodem tempore et magistratus iura reddebant et ut scirent cives, quod ius de quaque re quisque dicturus esset, seque praemunirent, edicta proponebant. quae edicta* [*praetorum*]

[12] Il Volterra, partendo dall'errato presupposto (v. *retro* nt. 10) che I. 1.2.7 (e così pure Theoph. *Parl.* 1.2.8) testimonii « l'aggiunta dell'editto degli edili curuli all'editto del pretore urbano già in epoca classica » (così, testualmente, a p. 9 dell'art. cit. *retro* nt. 2), si sforza di combattere questa opinione anche attraverso il confronto tra l'Indice della Fiorentina (in cui i *libri ad edictum aedilium curulium* di Gaio, Paolo e Ulpiano figurano come appendice delle rispettive trattazioni *ad edictum praetoris*) e i frammenti dei *Digesta* (che risultano, invece, estratti da opere autonome): cfr. p. 7 ss. Ma è una battaglia, a mio avviso, inutile, perché non scalfisce l'affermazione di fondo della « *communis opinio* », secondo cui l'autonomo e indipendente *edictum aedilium curulium*, concorreva con gli altri due editti (parimenti autonomi e indipendenti) a costituire il *ius honorarium*.

[13] Mi riferisco a D. 1.1.11 e a D. 44.7.52.6, su cui VOLTERRA (nt. 1) 10 s.; a D. 46.3.95.3, su cui VOLTERRA (nt. 1) 12; e infine ai passi indicati dallo stesso VOLTERRA in nt. 11: ma con l'avvertenza che i passi di questo elenco parlano di *ius honorarium* con riferimento all'editto pretorio, ma non presentano il *ius honorarium* « come avente la sua fonte nell'attività del pretore ».

[14] *Cit.* (nt. 2) 10.

ius honorarium constituerunt. [*honorarium dicitur quod ab honore praetoris venerat*] . . . 12. *Ita in civitate nostra . . . est magistratuum edictum, unde ius honorarium nascitur . . .*

Dice il Volterra [15]: « anche qui sembra che nel concetto di Pomponio il *ius honorarium* si identifichi col *ius praetorium* ». Ma aggiunge subito che, data la generica dichiarazione del § 12, non può escludersi che anche le norme dell'editto edilizio fossero comprese nel *ius honorarium*. Ora io, non tanto in forza del sospettabilissimo § 12 [16], quanto in forza della intima logica del § 10, sono dell'avviso che in quest'ultimo paragrafo « *praetorum* » e « *honorarium - venerat* » sono interpolati: chi ha parlato di « *magistratus* » che « *iura reddebant* », e di « *edicta* » proposti dagli stessi *magistratus*, non può continuare dicendo « *quae edicta praetorum ius honorarium constituerunt* », con quel che segue. La riduzione del *ius honorarium* agli *edicta praetorum* è frutto di una seconda mano [17].

Gai 1.2: *Constant autem iura populi Romani ex . . . edictis eorum, qui ius edicendi habent . . .* 6. *Ius autem edicendi habent magistratus populi Romani; sed amplissimum ius est in edictis duorum praetorum, urbani et peregrini . . .; item in edictis aedilium curulium . . .*

Il testo non deve essere sottovalutato [18]. Vero è che Gaio non parla di *ius honorarium*, ma è vero anche che egli: *a*) equipara in una sola categoria il *ius* promanante dagli editti pretorî a quello promanante dall'editto edilizio; *b*) segnala, nell'ambito di tale categoria, la maggiore importanza dell'attività giurisdizionale pretoria.

Siccome la questione che qui si dibatte non è di parole, ma di concetti e di categorie, ne risulta che: *a*) i classici includevano nel quadro del diritto romano anche quello edilizio; *b*) si spiega perché diritto onorario per antonomasia fosse da essi considerato quello pretorio.

4. — Altri argomenti del Volterra [19] sono i seguenti:

(*a*) Nel D. 21.1 *de aedilicio edicto* e nel CI. 4.58 *de aediliciis*

[15] *Cit.* (nt. 2) 10. V. anche *infra* n. 5.

[16] Sul *liber singularis enchiridii* di Pomponio ho espresso il mio pensiero in GUARINO, *Il « ius publice respondendi »*, in *RIDA.* 2 (1949) 402 ss.

[17] È stata, forse, un'altra mano che ha scritto, inesattamente, « *ab honore praetoris* », laddove avrebbe dovuto dire « *praetorum* ». Solo in età postclassica, svanita la differenza tra *praetor urbanus* e *praetor peregrinus*, si poteva essere indotti a questa inesattezza.

[18] Cfr. VOLTERRA (nt. 1) 9 s.

[19] *Cit.* (nt. 1) 12 ss.

actionibus « non vi è il benché minimo accenno al *ius honorarium* e nulla che possa far pensare che tale materia fosse raccolta insieme all'*edictum perpetuum* e formare un'appendice di esso ». Ma già si è detto che l'accenno esplicito al *ius honorarium* non è indispensabile e che la « *communis opinio* » non ha mai fatto leva su una presunta fusione, o comunque sulla materiale connessione, degli editti pretorî e di quello edilizio.

(*b*) In D. 21.1 si incontrano, oltre ai frammenti *ad edictum aedilium curulium*, passi estratti dalle opere piú varie (*ad Sabinum, ex Minicio, epistularum, quaestionum, posteriorum Labeonis, responsorum, disputationum, regularum, differentiarum, actionum*), ma solo tre frammenti *ad edictum* [20]: « La constatazione che i giuristi classici commentavano l'editto degli edili curuli a parte, in opere dedicate specialmente ad esso e non nei commenti *ad edictum praetoris urbani*, costituisce una prova contro la notizia di Teofilo e dell'Indice della Fiorentina circa l'aggiunta dell'editto edilicio all'altro editto come una appendice di questo » [21]. Innegabile [22]. Ma ciò, ripetiamo, non prova che il diritto promanante dagli edili curuli non fosse *ius honorarium*.

5. — Ecco, pertanto, le facili conclusioni, sul piano esegetico e sul piano storico-giuridico, del mio ragionamento.

(*a*) Sul piano esegetico, da respingere mi sembra la ricostruzione di D. 1.2.2.10 e 12 proposta dal Volterra [23], secondo cui sarebbe da espungere nel § 12 l'inciso « *unde ius honorarium nascitur* ». L'espunzione non eliminerebbe l'illogicità del discorso, da me posta in luce dianzi [24].

(*b*) Sul piano storico-giuridico è da ribadire che fonti del *ius honorarium* erano classicamente tanto l'*edictum praetoris urbani*, quanto gli *edicta* degli altri magistrati giusdicenti, ivi compresi gli *aediles curules*: solo in età postclassica si determinò la tendenza a limitare il concetto di *ius honorarium* a quello di *ius praetorium*. Quanto al fatto che le materie dell'*edictum aedilium curulium* risultano tanto ampiamen-

[20] Ulp. D. 21.1.59 (74 *ad ed.*); Ulp. D. 21.1.61 (80 *ad ed.*); Paul. D. 21.1.60 (69 *ad ed.*).

[21] Cfr. anche lo scritto cit. *retro* nt. 6.

[22] Cosí pure è innegabile l'arbitrarietà della palingenesi del Lenel, giustamente segnalata dal VOLTERRA (nt. 2) 13 s.

[23] *Cit.* (nt. 2) 16.

[24] *Retro* n. 3.

te commentate nelle opere civilistiche, non vedo perché mai debba stupire. Le clausole di tale editto riguardavano principalmente l'*emptio-venditio*, cioè un istituto del *ius civile novum*, ed erano prese in considerazione relativamente a quell'istituto [25].

Bisogna distinguere tra « concetto » di *ius honorarium* e « istituti » concretamente introdotti da esso. Non tutti gli istituti concettualmente rientranti nel *ius honorarium* furono concretamente presi in considerazione, nel periodo romano classico, separatamente dal *ius civile*. Quando fra tali istituti civilistici non vi fosse una vera contrapposizione (del genere di quella tra *Publiciana* e *reivindicatio*, o tra *bonorum possessio* ed *hereditas*), quando tali istituti apparissero integrativi di lacune del sistema civilistico (come fu appunto il caso dei contratti consensuali prima, degli istituti edilizi poi), i giuristi romani non ebbero molte difficoltà, prima o poi, ad accoglierli nelle trattazioni civilistiche.

Il vero e grave punto di resistenza fu rappresentato, persino (sia pur residualmente) in età postclassica, dal *ius praetorium* per quella sua caratteristica di contrapporre ai regolamenti civilistici di determinate situazioni altri e diversi regolamenti. Regolamenti diversi ma, almeno teoricamente, non abrogativi [26].

POSTILLA: ANCORA SULL'EDITTO EDILIZIO.

1. Contro l'ipotesi del Volterra [1], secondo cui le norme dell'editto edilizio non sarebbero state classificate dai giuristi classici come norme di *ius honorarium* [2], ho cercato di dimostrare [3], aderendo in sostanza all'« *opinio communis* », che « fonti del *ius honorarium* erano classicamente tanto l'*edictum praetoris urbani*, quanto gli *edicta* degli altri ma-

[25] Del resto, nessuno si è mai stupito del fatto che l'*emptio-venditio* e altri istituti introdotti dal *praetor peregrinus*, quindi di *ius honorarium*, siano passati, in età classica, ad essere trattati nel quadro del *ius civile*.

[26] Quanto alla teoria del Nallino in ordine al libro siro-romano (v. *retro* nt. 4), essa va corretta e limitata cosí: l'originale greco dell'operetta non trattò di istituti del *ius praetorium*.

* In *Labeo* 2 (1956) 352 ss.

[1] *Intorno all'editto degli edili curuli*, in *Scritti Borsi* (1955) 1 ss.

[2] Sembra aderire al Volterra il PEZZANA, in *Iura* 7 (1956) 249 ss., ma con sensibili deviazioni, di cui *infra*.

[3] *L'editto edilizio e il diritto onorario*, in *Labeo* 1 (1955) 295 ss.

gistrati giusdicenti, ivi compresi gli *aediles curules*: solo in età postclassica si determinò la tendenza a limitare il concetto di *ius honorarium* e quello di *ius praetorium* ». Al che cortesemente replicando, il Volterra[4] esprime oggi il dubbio che io abbia dato solo « un rapidissimo sguardo » al suo lavoro, senza essermi affatto « su di esso soffermato ».

L'autorevolezza e la cortesia del contraddittore mi impongono di dimostrare che, malgrado le fallaci apparenze, io non ho davvero mancato di assegnare il debito conto, nella concisione di dettato che mi sforzo solitamente di ottenere, a tutti gli argomenti, peraltro di diverso valore, che il Volterra torna oggi ad elencare e a brevemente illustrare.

2. Gli argomenti, a mio avviso, di minore o di nessuna importanza sono i seguenti:

(*a*) « Nelle costituzioni giustinianee troviamo l'affermazione che le materie di cui si occupava l'editto degli edili curuli . . . erano collocate nell'ultima parte dell'editto pretorio e che i compilatori le avevano invece poste *in anteriorem locum*, vicino alla trattazione della compravendita »[5].

Giustissimo. Ma questo non vale a dimostrare che la classificazione dell'editto edilizio tra le fonti del *ius honorarium* sia stata operata dai postclassici e non, di già, dai classici. Anzi, si potrebbe se mai dire (con argomentazione, peraltro, fastidiosamente causidica) che il fatto di aver spostato *in anteriorem locum* le materie di cui si occupava l'editto degli edili, costituisce una riprova della « tendenza » dei compilatori a non ricomprendere l'editto edilizio nel quadro del *ius honorarium*.

Ecco il motivo per cui nel mio primo articolo (espressamente limitato ai testi che, a mio giudizio, « val la pena di considerare »[6]) le costituzioni giustinianee non sono state esplicitamente nominate.

(b) « L'Indice della Fiorentina non menziona i *libri ad edictum aedilium curulium* di Gaio, di Ulpiano e di Paolo, ma elenca invece 32 libri *ad edictum provinciale* del primo, 83 *ad edictum praetoris urbani* di Ulpiano e 80 libri *ad edictum praetoris urbani* di Paolo . . . Risulta quindi evidente che l'Indice della Fiorentina ha aggiunto ai 30 libri *ad edictum provinciale* di Gaio i due libri *ad edictum aedilium curulium* del medesimo giurista, ed ugualmente ha aggiunto i due libri *ad edictum aedilium curulium* . . . di Ulpiano e di Paolo rispettivamente agli 81

[4] *Ancora sull'editto degli edili curuli*, in *Iura* 7 (1956) 141 ss. (citato in seguito col solo nome dell'autore).

[5] VOLTERRA 142.

[6] GUARINO (nt. 3) 296.

libri del commento di Ulpiano *ad edictum praetoris urbani* ed ai 78 libri del medesimo commento di Paolo in guisa da raggiungere per queste opere le cifre di 83 e di 80 libri . . .[7]. Il confronto fra le notizie fornite dall'Indice e quelle che risultano dai frammenti del Digesto costituisce anch'esso un indizio che solo assai tardi sarebbero stati aggiunti i commenti all'editto degli edili ai commenti all'editto del pretore »[8].

Gli elementi, che il Volterra non del tutto esattamente riferisce[9], sono ben conosciuti, ma non servono ad avvalorare l'ipotesi di una estraneità, in epoca classica, del diritto edilizio rispetto al *ius honorarium*. Infatti, come già ho brevemente osservato nel mio primo articolo[10], la « *communis opinio* » non si è mai sognata di sostenere che i *libri ad edictum aedilium curulium* dei giuristi classici costituissero una appendice o una parte dei *libri ad edictum praetoris* (e tanto meno dei *libri ad edictum provinciale*)[11], né ha mai preteso fondare su ciò la sua affermazione che il diritto edilizio era classicamente inquadrato nel diritto onorario. Essa ha, puramente e semplicemente, sempre sostenuto che l'*edictum aedilium curulium*, fuor d'ogni dubbio autonomo e indipendente, concorreva con gli altri due editti (parimenti autonomi e indipendenti) a costituire il *ius honorarium*.

Ad ogni modo, l'*Index Florentinus* non costituisce, con le sue indicazioni, un producente indizio a favore dell'ipotesi del Volterra, perché proprio i *Digesta* mostrano, attraverso le *inscriptiones* dei frammen-

[7] Per verità, il Volterra qui aggiunge: « Queste indicazioni dell'Indice, che contrastano con quelle dei frammenti del Digesto, appaiono ancora piú singolari rispetto al commento *ad edictum provinciale* di Gaio. Non risulta in alcun modo che a quest'ultima opera potesse essere originariamente unito il commento *ad edictum aedilium curulium* . . .: non si comprenderebbe quindi perché mai Gaio avrebbe derogato a questo sistema solo per i libri *ad edictum aedilium curulium*: ciò tanto piú in quanto non è nemmeno sicuro che l'*edictum aedilium curulium* fosse esteso alle province ». Non sono sicuro di aver ben capito questo ragionamento. Comunque, posto in chiaro che gli *aediles curules* non avevano giurisdizione in provincia (cfr. Gai 1.6), è ovvio, a mio avviso, che Gaio non potesse trattare dell'*edictum aedilium curulium* in appendice all'*edictum provinciale* e che la unificazione fu fatta dall'*Index Florentinus*. Orbene, ammesso che Gaio non potesse trattare dell'*edictum* edilizio congiuntamente a quello provinciale, che impedimento gli sarebbe derivato dallo scrivere un'opera a parte sull'*edictum aedilium curulium*?

[8] VOLTERRA 142 s.

[9] L'*Index Florentinus* non menziona gli 83 *libri* di Ulpiano e gli 80 di Paolo come *libri ad edictum praetoris*, ma, semplicemente, come *libri ad edictum*.

[10] P. 297 nt. 12.

[11] V. *retro* nt. 7.

ti, che i *libri ad edictum praetoris* o *ad edictum provinciale* erano, in età giustinianea, tuttora nettamente distinti dai *libri ad edictum aedilium curulium* [12].

(*c*) « Il titolo del Digesto 21.1 (*de aedilicio edicto et redhibitione et quanti minoris*) non contiene che tre soli frammenti di commenti *ad edictum*. Gli altri 62 frammenti . . . appartengono . . . in buona parte a commenti *ad edictum aedilium curulium* e ad opere della massa papinianea » [13].

Senonché, come ho già detto nella precedente occasione [14], la « *communis opinio* » non ha mai fatto leva su una presunta fusione, o comunque sulla materiale connessione, degli editti pretorî e di quello edilizio. Che in un titolo dedicato a materie di diritto edilizio manchino frammenti di opere *ad edictum praetoris* e se ne trovino, invece, di opere *ad edictum aedilium curulium*, è nell'ordine logico e naturale delle cose.

(*d*) L'editto edilizio, aggiunge ancora il Volterra [15], fu sempre commentato dai giuristi in opere separate dai commenti agli altri editti, oppure addirittura in opere di *ius civile*.

Ancora una volta sono costretto a replicare: e con ciò? Ciascun editto era commentato, logicamente, da giuristi preclassici e classici, in opere ad esso specificamente destinate: l'*edictum praetoris urbani* in *libri ad edictum praetoris*, l'*edictum provinciale* in *libri ad edictum provinciale*, l'*edictum aedilium curulium* in *libri ad edictum aedilium curulium* [16]. Né deve stupire che delle materie dell'editto edilizio si occupassero tanto intensamente anche opere di carattere civilistico: in primo luogo, perché le clausole di tale editto riguardavano principalmente l'*emptio venditio*, istituto del *ius civile novum*; in secondo luogo, perché le opere civilistiche si occupavano vastamente, sopra tutto in età classica inoltrata, anche di disposizioni dell'editto pretorio [17].

3. Restano da riesaminare i dati testuali relativi alla nostra questione.

[12] Si noti che, se le indicazioni dell'*Index Florentinus* dovessero effettivamente significare che in età giustinianea i *libri ad edictum aedilium curulium* erano fusi con quelli *ad edictum praetoris* o *ad edictum provinciale*, dovremmo attenderci di vederli citati, nelle *inscriptiones* dei *Digesta*, come libri *ad edictum praetoris* o *ad edictum provinciale* (es.: Paul. 79 e 80 *ad edictum praetoris*, ecc.).

[13] VOLTERRA 143.

[14] 298. V. ora anche PEZZANA (nt. 2) 254 ss.

[15] VOLTERRA 143.

[16] GUARINO (nt. 3) 298.

[17] Ampiamente, sul tema, PEZZANA (nt. 2) 254 ss.

(*a*) In D. 1.1.7.1 Papiniano (2 *defin.*), dopo aver definito il *ius praetorium*, aggiunge: « *quod et honorarium dicitur* [*ad honorem*] ⟨*ab honore*⟩ *praetorum sic nominatum* »[18].

Secondo il Volterra[19] l'attestazione non avrebbe importanza perché qui si definisce il *ius praetorium* e non il *ius honorarium*: niente dice che il *ius honorarium* comprendesse anche il diritto edilizio.

Ma perché si parlava dai classici, oltre che di *ius praetorium*, anche di *ius honorarium*? Forse i pretori erano i soli giusdicenti forniti di *honor*? No, perché c'erano anche i *praesides provinciarum* e gli *aediles curules*. È lecito, quindi, indurre che anche per costoro si parlasse di *ius honorarium*[20].

(*b*) D. 1.2.2.10 (Pomp. *sing. ench.*): *Eodem tempore et magistratus iura reddebant et . . . edicta proponebant. quae edicta* [*praetorum*] *ius honorarium constituerunt*: [*honorarium dicitur, quod ab honore praetoris venerat*][21].

Le interpolazioni da me segnalate[22] non convincono il Volterra[23]: *a*) perché i « compilatori », avendo riunito in uno « le materie dei tre editti », non avevano alcun interesse a restringere il *ius honorarium* « al solo editto del pretore »[24]; *b*) perché « non vi è dubbio » che Pomponio, con le parole da me uncinate, « alluda ai pretori urbani (l'accenno ai soli *cives* esclude che potesse parlare del *praetor peregrinus*) », ragion per cui la frase « appare perfettamente logica e conseguenziale ».

Replico. Io non ho parlato di emblemi giustinianei, cioè di « interpolazioni dei compilatori », e tutto il dettato della mia breve esegesi, con l'allusione anche ad « un'altra mano »[25], rende evidente che mi ri-

[18] Al passo va collegato D. 1.1.8 (Marcian. 1 *inst.*) che pure parla di *ius honorarium*, senza peraltro definirlo.

[19] VOLTERRA 147.

[20] Il Volterra non nega che anche per l'*edictum* dei *praesides provinciarum* si parlasse di *ius honorarium*, se è vero che esso editto era appunto l'*edictum provinciale*.

[21] Tralascio, per brevità, di tornare sul § 12: cfr. GUARINO (*retro* nt. 3) 297 s.

[22] 297 ss.

[23] 147 s.

[24] Se ho ben capito, i « tre editti », di cui parla il Volterra, sono l'editto del pretore (urbano?), quello provinciale (dei *praesides provinciarum*?) e quello edilizio.

[25] Ecco il motivo per cui, essendomi io limitato a parlare di una « tendenza » postclassica a ridurre il *ius honorarium* al *ius praetorium*, non sembra giusto chiedermi la spiegazione « del perché proprio i giustinianei » avrebbero operato la riduzione. Di « giustinianei » non ho parlato, né, comunque, è esatto che essi giu-

ferivo ad alterazioni scolastiche pregiustinianee, subíte dall'operetta di Pomponio nel corso della sua riduzione a *liber singularis* [26]. Non è vero, ad ogni modo, che i compilatori giustinianei abbiano riunito in uno le materie degli editti magistratuali [27]. Pomponio, avendo istituito un discorso relativo ai *magistratus* che « *iura reddebant* », non poteva, nella proposizione relativa, illogicamente restringerlo ai *praetores*. Posto che fosse vero che sia escluso il riferimento di Pomponio anche al *praetor peregrinus* [28], a maggior ragione dovrebbe ritenersi insiticio « *praetorum* », perché il *praetor urbanus* era uno solo [29].

Caduta, per tante ragioni, la riferibilità della qualifica di *ius honorarium* al solo *ius praetorium* (o al solo *ius praetoris urbici*), cade la possibilità di ritenere genuina la frase successiva (« *honorarium dicitur rell.* »).

(*c*) Gai 1.6 afferma che « *constant iura populi Romani . . . ex edictis eorum, qui ius edicendi habent* » ed equipara, sotto questo punto di vista, l'editto degli edili curuli a quelli del pretore urbano e del pretore peregrino, passando poi a spiegare a chi spetti nelle province la giurisdizione corrispondente. Vero è che qui di *ius honorarium* non si parla esplicitamente, ma confermo in tutte lettere che il testo gaiano dimostra come i giuristi classici ponessero su un unico piano, includessero in un'unica categoria le norme derivanti dagli editti pretorî e quelle promananti dall'editto edilizio.

Indubbiamente Gaio non menziona il *ius honorarium*, ma la questione, mi duole ripeterlo, non è di parole, ma è e deve essere di concetti e di categorie.

(*d*) I. 1.2.7 dice dell'*edictum aedilium curulium* che « *ius honorarii portio est* » e fornisce, a mio avviso [30], con questa dichiarazione

stinianei inclinassero ad unire in un tutto unico i commenti ai diversi editti: v. *retro* nt. 12.

[26] Cfr. GUARINO, in *RIDA.* 2 (1949) 402 ss.

[27] *Retro* nt. 12.

[28] Ma l'argomento del Volterra a questo proposito convince, per verità, poco. Pomponio dice che gli *edicta* erano proposti dai magistrati « *ut scirent cives, quod ius de quaque re quisque dicturus esset* »: col che egli non limita il discorso ai *cives*, ma indica solo la funzione preminente e normale degli *edicta*, di rendere avvertiti i *cives*.

[29] Ma se Pomponio si fosse riferito al solo *praetor urbanus*, avrebbe egli detto che gli editti erano proposti per avvertire i cittadini del programma giurisdizionale di « ciascuno » (« *quisque* ») magistrato?

[30] GUARINO (nt. 3) 296.

un « qualche » indizio anche per l'età classica. Ma il Volterra [31] mi oppone: *a*) che la integrale e testuale derivazione classica, dalle Istituzioni di Ulpiano, non è sicura; *b*) che « *portio* » non risulta mai usato dai giuristi classici « per esprimere il concetto che una data materia rientra in una determinata classificazione del diritto »; *c*) che Theoph. *Parl.* 1.2.8 interpreta la frase nel senso che l'editto edilizio faceva parte dell'editto pretorio e che questa spiegazione « sembra fondata su una innovazione (incorporazione dei commenti dei tre editti) compiuta dai compilatori giustinianei, sconosciuta ai giuristi classici ».

Nulla da eccepire al primo argomento, naturalmente. Esagerato, peraltro, mi sembra assegnare alla seconda constatazione il valore indiziario che si suole attribuire a un ἅπαξ λεγόμενον. Indubbiamente errata è, comunque, la tesi della innovazione dei commissari giustinianei. Smentita, come ho ripetutamente detto, dalle *inscriptiones* dei *Digesta*.

4. Concludendo, la comune affermazione, secondo cui i giuristi classici avevano una concezione unitaria del *ius* promanante dai magistrati giusdicenti e denominavano (tutti o alcuni) tale *ius* come « *ius honorarium* », si basa su prove e indizi testuali, che il Volterra non è riuscito, a mio modestissimo avviso, a scalzare. Gli argomenti addotti dal Volterra per dimostrare che la concezione e la terminologia di « *ius honorarium* » sono di marca postclassica e giustinianea si basano su esegesi poco convincenti e su un preconcetto inaccoglibile: il preconcetto che unitarietà del *ius honorarium* dovrebbe aver implicato unificazione degli editti magistratuali o, almeno, dei relativi commenti.

Il fatto che ad uno studioso della vaglia del Volterra non sia riuscito, in un replicato attacco, a scalzare gli argomenti della comune dottrina induce, quanto meno me, ad accogliere e a ribadire gli insegnamenti di essa.

[31] VOLTERRA 144 ss.

GAIO E L'« EDICTUM PROVINCIALE »

1. — Recenti studi hanno riportato in onore i problemi dell'*edictum provinciale*, ch'erano praticamente fermi all'ormai lontano articolo del Buckland [1]. Alludo particolarmente ai contributi del Reinmuth [2], dello Chalon [3], del Pugliese [4], del Katzoff [5] e, last but not least, del Martini [6].

L'impressione che si trae è questa: che alcuni tra i principali problemi sollevati dall'*edictum provinciale* possono ritenersi avviati o pervenuti ad apprezzabili soluzioni. Altri problemi, invece, sia per deficienza o ambiguità delle fonti o sia per eccesso di sottigliezza di taluni indagatori, rimangono tuttora allo stato fluido.

Tra i problemi ormai risolti, almeno nelle loro linee essenziali, possiamo segnare quello degli *edicta provincialia* dell'età preclassica [7]. Dopo le fini considerazioni dedicate dal Pugliese [8] ad una famosa epistola di Cicerone ad Attico [9], decisivi mi sembrano gli argomenti con i quali il Martini [10], mettendo a contribuzione anche alcuni passaggi dell'*actio secunda in Verrem* [11], dimostra la probabilissima esistenza, nel periodo della *respublica* nazionale romana, di tanti *edicta* provinciali per

* In *Iura* 20 (1969) 154 ss.

[1] BUCKLAND, *L'« edictum provinciale »*, in *RHD.* 13 (1934) 81 ss.

[2] REINMUTH, *The Prefect of Egypt from Augustus to Diocletian* (1935) specialmente 45 ss.

[3] CHALON, *L'édit de Tiberius Julius Alexander* (1946) spec. 69 ss.

[4] PUGLIESE, *Riflessioni sull'editto di Cicerone in Cilicia*, in *Synt. Arangio-Ruiz* (1964) 972 ss.

[5] KATZOFF, *The provincial Edict in Egypt*, in *T.* 37 (1969) 415 ss.

[6] MARTINI, *Ricerche in tema di editto provinciale* (1969).

[7] Sulle terminologie di inquadramento qui usate rinvio, una volta per tutte, a GUARINO, *Storia del diritto romano*[4] (1969).

[8] PUGLIESE (nt. 4) 972 ss.

[9] Cic. *ad. Att.* 6.1.15.

[10] MARTINI (nt. 6) 11 ss.

[11] Specialmente: Cic. *Verr.* 2.1.43.112, 45.117, 46.118; 2.2.15.33, 13.34, 15.37; 2.3 *passim*.

quante erano le *provinciae*. Sarebbe ben difficile contestare, dopo questa trattazione approfondita, la tesi secondo cui, quanto meno nell'ultimo secolo avanti Cristo, gli editti annuali dei governatori delle province avevano certo una sezione assai vasta che riproduceva gli editti cittadini (del *praetor urbanus* e del *praetor peregrinus*) o ad essi addirittura rinviava, ma avevano anche delle sezioni specifiche, costituenti il cd. *genus provinciale* [12] di ogni singolo editto, in cui erano regolate materie locali (poche, sempre piú poche con l'andar del tempo) che peraltro non erano soltanto di carattere strettamente amministrativo, come aveva invece ipotizzato il Buckland [13].

Queste conclusioni non solo ci permettono di trarre verosimili illazioni complementari circa la storia dell'*edictum provinciale*, anzi degli *edicta provincialia*, nell'età preclassica [14], ma ci forniscono un punto di partenza sufficientemente fermo ai fini dello studio del nostro istituto nel corso dell'età del principato. Il male è che i punti di partenza per una ricostruzione storica, purtroppo, non bastano. Occorrono ulteriori e sicuri punti di appoggio. E siccome questi punti di appoggio, come dicevo dianzi, non sono molti e non sono tutti ben saldi, ecco che si profilano, in ordine alla storia dell'*edictum provinciale* nei primi due o tre secoli dopo Cristo, i veri e propri misteri, e con i misteri le ipotesi.

2. — Ipotesi, sopra tutto ipotesi. Ma non si può rinunciare ad avanzarle. Si possono solo moltiplicare gli sforzi per procedere con la massima cautela.

L'enigma fondamentale da affrontare è questo. Nell'età del principato, è verosimile che si siano andate ulteriormente riducendo o si siano addirittura progressivamente eliminate le residue differenze di contenuto tra *edicta provincialia* e *edicta* cittadini, quindi tra gli stessi *edicta* delle varie *provinciae* messi a confronto tra loro. È verosimile, in particolare, che gli *edicta* delle *provinciae Caesaris*, rifacendosi tutti ad una unica e imperiosa direttiva centrale, non abbiano avuto nemmeno in astratto

[12] La locuzione è suggerita (solo suggerita) da Cic. *ad Att.* 6.1.15: ...*Breve autem edictum est propter hanc meam* διαίρεσιν *quod duobus generibus edicendum putavi. quorum unum est provinciale, in quo est de rationibus civitatum, de aere alieno, de usura, de syngraphis, in eodem omnia de publicanis rell.*

[13] Cit. *retro* nt. 1.

[14] Per esempio, dato che è verosimile che i questori provinciali pubblicassero speciali editti già in età preclassica (arg. *ex* Gai 1.6), può ritenersi che clausole di *genus provinciale* figurassero anche in questi editti.

la possibilità di essere formulati con un minimo di autonomia [15]. È verosimile infine che, al punto di passaggio costituito dall'intervento di Adriano [16], abbiano perso tutti la ragion pratica, se non quella *de iure*, di essere anno per anno emanati, cioè formalmente decisi, sul piano di un'autonomia quanto meno teorica, dalla iniziativa dei *praesides* entranti in carica.

Ciò posto, si domanda: gli *edicta provincialia* rimasero, quanto meno nelle province senatorie (e in esse quanto meno sino ad Adriano), istituti costituzionali formalmente vigenti e distinti? Oppure è da ritenere che si sia giunti ben presto ad un unico *edictum provinciale* identico per tutte le province, o che si sia addirittura pervenuti all'estinzione dell'*edictum provinciale*, surrogato anche nelle province dall'*edictum praetoris* (ormai forse non piú differenziato in *edictum praetoris urbani* e in *edictum praetoris peregrini*)?

Qui bisogna intendersi. Anche a voler prescindere dalla cospicua prova indiretta che dell'esistenza di un *edictum provinciale* nel sec. II d. C. offre il commento gaiano *ad edictum provinciale* [17], sta in fatto che in età classica le *provinciae* esistevano ed erano (*sub specie iuris*) formalmente autonome, ciascuna sotto il suo *praeses*, sí che ciascuna di essa l'*edictum* suo proprio (sia pure pressoché identico a quello delle altre *provinciae*, sia pure pressoché identico a quello urbano) doveva, sino a prova contraria, necessariamente averlo [18].

Dov'è la prova contraria? La prova contraria (o anche soltanto l'indizio contrario) non può ridursi alla dimostrazione della inesistenza delle clausole di *genus provinciale* e della insostenibilità di ogni differenza tra editto urbano ed editti provinciali (o editto provinciale) [19].

[15] Per tutti: GUARINO (nt. 7) 403 ss. V. *infra* n. 5.

[16] Anche se si rifiuta, o meglio si ridimensiona, la famosa notizia circa la « codificazione » adrianea dell'editto (v. *infra* n. 5), è certo che Adriano ha impersonato un passaggio per piú versi decisivo dall'egemonia mascherata di tipo augusteo alla concezione esplicita della supremazia del *princeps*. Per tutti: GUARINO (nt. 7) 342 ss., 430 ss.

[17] V. *infra* n. 7.

[18] Alla ragione formale può e deve aggiungersi una considerazione di sostanza. Come è ben noto, le *provinciae* romane avevano, nell'età del principato, non solo caratteristiche diverse dipendenti dalla diversa estrazione storica, ma anche condizioni di assoggettamento non identiche. Per un quadro generale: GUARINO (nt. 7) 417 ss.

[19] La dimostrazione è stata animosamente tentata dal MARTINI (nt. 6) 71 ss., il quale peraltro, con molta probità scientifica, si è limitato piuttosto a sollevare

Evidentemente non basta. Evidentemente ci vorrebbe una prova positiva della diretta applicazione in provincia (in ogni provincia) degli editti cittadini. E quando anche questa prova positiva vi fosse, occorrerebbe metterla a confronto quanto meno con Gai 1.6, che per l'età degli Antonini, o giú di lí, chiarissimamente implica la *propositio* nelle *provinciae* senatorie e imperiali di un « pendant » degli editti pretorî (urbano e peregrino), nonché la *propositio* nelle *provinciae senatoriae* anche di un « pendant » dell'editto edilizio [20].

La ricostruzione storica (quante volte l'ho detto e, temo, sarò co-

dei dubbi che non ad elencare delle prove o degli indizi tutti e sempre concludenti. A prescindere da quanto si osserverà nel seguito di questo articolo, sia lecito segnalare la debolezza degli argomenti che il MARTINI 95 ss., muove contro i rilievi, per verità non meno deboli, che il LENEL, *EP.*[3] 3 ss., ha addotto per sostenere che vi fosse qualche diversità sistematica tra editto pretorio e editto provinciale. In realtà il Lenel si basa sulle differenze di sistematica, innegabili, che esistono tra il commentario *ad edictum provinciale* di Gaio e quello di Ulpiano (nonché la parte edittale dei *digesta* di Giuliano) relativo all'*edictum praetoris*: partendo dal presupposto che Gaio non avrebbe avuto l'ardire e la capacità di discostarsi dall'ordine del testo edittale commentato, egli avanza la supposizione che l'*edictum provinciale* fosse ordinato diversamente da quello cittadino. Il Martini, aderendo ad una mia argomentazione (GUARINO, *L'esaurimento del « ius honorarium » e la pretesa codificazione dell'editto*, in *St. Albertario* 1 [1953] 653 s.), obietta che la tesi è smentita dal fatto che anche il commento di Paolo *ad edictum praetoris* si discostava (in parte analogamente a quello di Gaio) dalla sistematica seguita da Giuliano e, sulle tracce di questi, da Ulpiano. Ma vediamo le conclusioni cui giunge. Non volendo nemmeno porre in discussione l'opinione da me avanzata (sulla base non solo di questo, ma anche di altri numerosi e importanti indizi), secondo cui una codificazione adrianea dell'editto non ebbe mai luogo, egli dice che « si potrebbe quanto meno concludere scetticamente » sulla tesi del Lenel e aggiunge che, accettando la stessa, « si rischierebbe di capovolgere le cose, perché si verrebbe a desumere l'esistenza per niente certa di un autonomo editto provinciale da un dato suscettibile di essere spiegato anche in altro modo ». Già, ma qual è l'altro modo? L'unica è proprio supporre che la « codificazione » dell'editto non vi sia stata. E non è giusto attribuire questa mia conclusione al fatto che io vi sarei « interessato » (cfr. 101 nt. 83). Io detesto i paroloni retorici e non replicherò invocando la mia onestà scientifica, i miei intemerati costumi e altrettali chincaglierie. Mi si lasci dire però che della mancata codificazione dell'editto a me non importa, per verità, assolutamente nulla: mi importa solo che la mia dimostrazione (la quale, come ho spesso sottolineato, ha carattere puramente indiziario: v. ad es. p. 656 nt. 182 del mio articolo) sia presa sul serio e sia seriamente controbattuta se, come è possibile, è errata.

[20] *Infra* n. 3.

stretto a ripeterlo in avvenire) deve essere operata « allo stato degli atti ». E lo stato degli atti invita, oggi come oggi, a ritenere, almeno a mio avviso, quanto segue: *a*) che l'editto del *praetor urbanus* e quello del *praetor peregrinus*, pur coincidendo integralmente il secondo con buona parte del primo, continuarono ad essere formalmente distinti per tutto il corso dell'età classica; *b*) che gli *edicta provincialia* furono proposti, sempre in età classica, sia nelle province senatorie che in quelle imperiali (con esclusione per queste ultime solo del « pendant » dell'editto edilizio) e, pur se in strettissimi limiti, contennero clausole specifiche divergenti da quelle degli *edicta urbana* e furono tra loro, almeno sino ad Adriano, e pur se di poco o pochissimo, non necessariamente conformi; *c*) che i *libri* di Gaio *ad edictum provinciale*, checché si sia supposto finora di diverso, costituirono il commento all'editto tralaticio di una provincia senatoria (o delle province senatorie), editto che, per una certa sua parte, faceva puro e semplice riferimento o rinvio a quello del *praetor urbanus*.

3. — La base principale delle due prime affermazioni dianzi fatte è data da:

Gai 1.6: *... Ius autem edicendi habent magistratus populi Romani; sed amplissimum ius est in edictis duorum praetorum, urbani et peregrini, quorum in provinciis iurisdictionem praesides earum habent; item in edictis aedilium curulium, quorum iurisdictionem in provinciis populi Romani quaestores habent; nam in provincias Caesaris omnino quaestores non mittuntur, et ob id hoc edictum in his provinciis non proponitur.*

Se le parole e i contesti sintattici hanno un significato, questo passo non solo dimostra che al tempo di Gaio (e delle sue *institutiones*) l'*edictum praetoris urbani* e l'*edictum praetoris peregrini* erano ancora formalmente distinti, ma dimostra altresí che, sempre in quell'epoca, gli editti provinciali venivano tuttora emessi (fatta sempre eccezione in ordine alla materia dell'editto edilizio) sia nelle *provinciae populi Romani* che nelle *provinciae Caesaris*. Induce a ritenerlo, come è stato giustamente osservato[21], proprio la frase finale, con la quale si esclude che nelle *provinciae Caesaris* fosse emanato il corrispondente dell'editto edilizio. Se *ob id hoc edictum in his provinciis non proponitur*, segno è che nelle altre province (nelle province senatorie) un editto analogo a quello edilizio *proponitur*.

[21] WEISS, *Studien zu den römischen Rechtsquellen* (1914) 106 s.

Il passo di Gaio, pur se di controversa ricostruzione [22], era sempre sfuggito, fino a poco tempo fa, alla critica interpolazionistica, anche alla piú spietata, sin che è incappato in talune « osservazioni » del Martini [23]: osservazioni che non ho ben capito se tendono a dimostrare « *sic et simpliciter* » la manipolazione postclassica [24], o se tendono invece a confortare un certo orientamento critico contemporaneo [25] secondo cui Gaio rientrerebbe nel novero dei giuristi « non classici », o comunque non di prima scelta, della cd. età classica [26]. Il Martini, dunque, pur

[22] Nel manoscritto veronese di Gaio manca, come è noto, il periodo iniziale solitamente inserito dagli editori sulle tracce del HUSCHKE: *Edicta sunt praecepta eorum, qui ius edicendi habent.* L'inserzione è resa necessaria dall'*autem* del periodo seguente (un *autem* che il Mommsen, non volendo accettare l'integrazione, è stato costretto a cancellare: sul punto DAVID e NELSON, *Gai inst. Kommentar* 1 [1954] 15) ed è resa ancor piú verosimile dal fatto che tutti gli altri paragrafi di Gai 1.3.-7 si aprono con l'indicazione della specifica fonte, tra quelle indicate in Gai 1.2, di cui l'autore intende parlare (*lex est, plebiscitum est, senatusconsultum est, constitutio principis est, responsa prudentium sunt*). Piuttosto vi è da chiedersi se la frase genuina di Gaio suonasse proprio nella forma in cui si suole ricostruirla (una forma che corrisponde al *responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum est iura condere*, del paragrafo seguente) o nella formulazione adottata nei paragrafi precedenti per la *lex*, il *plebiscitum*, il *senatusconsultum*, la *constitutio principis* (*... et quod ... iubet atque constituit*, oppure *constituit*). Isolata e gratuita la proposta del BIZOUKIDES: *Edictum est, quod ab eis proponitur, qui ius edicendi habent.*

[23] MARTINI (nt. 6) 138 ss.

[24] La quale sarebbe resa peraltro incredibile dal fatto che ben difficilmente un lettore postclassico, operando nel quadro del basso impero, avrebbe tenuto dietro alla differenziazione tra province imperiali e province senatorie, preoccupandosi di chiosare *nam in provincias Caesaris omnino quaestores non mittuntur rell.* Basti guardare, per la conferma, a I. 1.2.7.

[25] La tesi è stata sostenuta ampiamente dal Kaser, sulla base di spunti precedenti: KASER, *Gaius und die Klassiker*, in ZSS. 70 (1953) 127 ss. La prima e piú ferma replica (di alcune asprezze formali della quale sinceramente mi dolgo) è venuta da me (GUARINO, *Il classicismo dei giuristi classici*, in *Scr. Jovene* [1954] 227 ss.), ma lo scritto che solitamente si cita a critica della teoria del Kaser (cfr. KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*² [1967] 411) è quello del VAN OVEN, *Gaius der Hochklassiker*, in *T.* 23 (1955) 240 ss. Comunque l'importante è che il Kaser abbia apportato « ritocchi e modifiche, e uno spostamento degli accenti » alle sue prime conclusioni (quelle di un Gaio « non classico »), sostenendo che Gaio, uomo eminentemente di scuola, fu giurista minore dell'età classica: KASER, *La classicità di Gaio*, in *Gaio nel suo tempo* (1966) 42 ss.

[26] Se non erro, il Martini non fa leva nemmeno per implicito sul provincia-

ammettendo che dal punto di vista logico le deduzioni basate sulla chiusa di Gai 1.6 sono impeccabili, osserva queste tre cose: che Gaio stranamente distingue, malgrado l'avvenuta « fusione dei due editti » e l'avvenuta « codificazione adrianea », l'*edictum praetoris urbani* e l'*edictum praetoris peregrini*, e ancor piú stranamente lascia intendere che in provincia venissero proposti distintamente i paralleli dell'uno e dell'altro editto; che « dovrebbe apparire per lo meno strano che si parli di *hoc edictum* dopo aver detto *in edictis aedilium curulium* »; che dubbi sulla verità dell'affermazione contenuta nella frase *et ob id rell.* scaturiscono anche dal fatto che l'editto degli edili curuli viene richiamato proprio da alcuni documenti provenienti da province imperiali.

Se è tutto qui (e credo che ben difficilmente si potrebbe dire di piú in senso critico), possiamo essere sufficientemente tranquilli circa l'attendibilità della testimonianza di Gaio.

Se questi ancora distingue tra *edictum praetoris urbani* e *edictum praetoris peregrini*, non è perché la distinzione risalga, come qualcuno ha supposto [27], ad un antico modello (quanto meno dei primi sette paragrafi delle *Institutiones* si può e si deve dire, infatti, che essi esprimono abbastanza fedelmente il diritto del sec. II d. C.) [28], ma è evidentemente perché la loro unificazione e la codificazione dell'editto non hanno avuto luogo. Tenuto presente che in Gai 1.7 Adriano, il preteso codificatore dei due editti (in due testi separati o in un testo unico), è dato per morto (*divus Hadrianus*), si dica pure quanta fede sia da prestare alla leggenda della codificazione [29].

Andiamo avanti. Se gli editti cittadini (quello del pretore urbano e quello del pretore peregrino) sono due, non per ciò Gaio fa intendere che siano due, in ciascuna provincia, gli editti provinciali. Dato che il *praeses provinciae* è uno soltanto, il suo *edictum* non potrà essere che unico (o, se si preferisce, unificato) [30].

lismo di Gaio, perché anzi sembra ritenere che il giurista fosse romano o comunque operante a Roma.

[27] KNIEP, *Der Rechtsgelehrte Gaius und die Ediktskommentare* (1910) 124.

[28] Certo essi non esprimono il diritto degli inizi del principato. Lo conferma la citazione del rescritto del *princeps* Adriano in Gai 1.7.

[29] Su tale leggenda, oltre al mio scritto cit. *retro* nt. 19, cfr. GUARINO, *La leggenda sulla codificazione dell'editto e la sua genesi*, in *ACIV.* 2 (1951) 167 ss. Da ultimo: GUARINO (nt. 7) 460 ss.

[30] Gaio non dice che gli editti dei due pretori erano riprodotti (in due editti) dal *praeses provinciae*, ma dice che la *iurisdictio* dei due pretori (cioè quella

Andiamo avanti ancora. Quando Gaio, dopo aver parlato (molto correttamente) degli *edicta* dei due *aediles curules* [31], dice che *hoc edictum* non viene proposto nelle province imperiali, egli si esprime in modo irreprensibile perché si riferisce al tipo, al *genus* di editto cui corrispondono gli editti edilizi [32].

Infine, se dal passo finalmente risultasse che un « pendant » dell'editto edilizio era pubblicato anche nelle province imperiali, Gaio, posto che il testo sia stato scritto proprio da lui, sarebbe effettivamente incorso in una inesattezza, ma il Martini avrebbe dimostrato esattamente il contrario di ciò che sembra voler dimostrare: avrebbe dimostrato cioè che gli *edicta provincialia*, ben distinti da quelli cittadini, erano ai tempi di Gaio ancora una realtà [33]. Ma Gaio, in verità, non dice cosa inesatta. I documenti cui il Martini si riporta, dato che si riferiscano a province imperiali [34], non parlano dell'editto edilizio. Relativi come sono a compere di schiavi, essi segnalano che si tratta di individui *sani ex edicto*, con riferimento a un editto che può essere (e presumibilmente è) quello del governatore della provincia [35].

4. — L'esegesi di Gai 1.6 ha però bisogno di qualche considerazione complementare.

In primo luogo sia chiaro che l'aver dimostrato che in età giustinianea ancora esisteva differenza, sul piano formale, tra *edictum praetoris urbani* e *edictum praetoris peregrini* non implica e non vuole implicare

inter cives e quella *inter cives et peregrinos* e *inter peregrinos*) era esercitata dall'unico *praeses provinciae*.

[31] Due editti formalmente distinti, anche se assolutamente identici tra loro. Il punto non è sfiorato da IMPALLOMENI, *L'editto degli edili curuli* (1955), che peraltro si riferisce dichiaratamente all'editto « codificato » o comunque all'editto sostanzialmente definitivo postgiulianeo (cfr. p. 1 nt. 1).

[32] *Libri « ad edictum » aedilium curulium* sono quelli che risultano scritti dai giuristi classici.

[33] Il ragionamento del Martini varrebbe inoltre a confortare la tesi che Gai 1.6 non è stato manipolato da un lettore postclassico.

[34] Il primo è dell'anno 166 d.C. ed è stato redatto a Seleucia Pieria in Siria (cfr. *FIRA.* 3² n. 132), ma il secondo proviene dalla Panfilia ed è stato redatto nel 151 d.C. (cfr. *FIRA.* 3² n. 133), dunque in un periodo in cui questa *provincia* (dal 135 d. C.) era stata forse restituita al senato: cfr. lo stesso MARTINI (nt. 6) 139 nt. 23. Giuste osservazioni del MARTINI 140 nt. 24, anche a proposito dei trittici di Transilvania.

[35] In questo senso, giustamente: IMPALLOMENI (nt. 31) 136. V. *infra* nt. 47.

che tra i due testi vi fossero, in ordine agli argomenti trattati da entrambi, differenze anche minime di sostanza.

È buona ipotesi che sin dall'ultimo secolo del periodo preclassico l'editto del pretore urbano abbia completamente assorbito quello del pretore peregrino al fine di applicarne gli istituti (tutti gli istituti) anche alle controversie tra *cives Romani*[36]. Questo però non significa che la giurisdizione del *praetor peregrinus* (per le controversie tra *peregrini* e tra *cives* e *peregrini*) sia stata mai abolita, quindi non vuol dire che sia sparito *de iure* l'*edictum peregrinum*[37]. Significa solo che l'editto peregrino, ormai incapace di ulteriori sviluppi, corrispondeva alla lettera ad un certo numero di clausole dell'editto urbano (le clausole applicabili tanto ai *cives* quanto ai *peregrini*), oppure significa (meno verosimilmente) che esso si riduceva ad un'unica frase di rinvio al testo del pretore urbano. Dunque il periodo classico ha continuato a conoscere, formalmente ben distinti tra loro, due editti giurisdizionali pretorii (quello urbano e quello peregrino), cui vanno aggiunti, ben distinti dagli editti pretorii sul piano sostanziale[38] e ben distinti tra loro sul piano meramente formale, i due editti giurisdizionali degli *aediles curules*.

Veniamo ora agli editti giurisdizionali delle *provinciae*.

Gai 1.6 ci fa intendere chiaramente che, imperante Antonino Pio, ve ne furono tanto nelle *provinciae populi Romani* quanto nelle *provinciae Caesaris*, ma non mi sembra che ci dica anche che i governatori delle *provinciae* avessero tutti il *ius edicendi*. *Habere iurisdictionem* (la locuzione usata da Gaio) tanto può significare che della stessa si è titolari, quanto può significare che di essa si è esercenti a titolo delegato, e in questo ultimo caso è evidente che il *ius edicendi* non spetta al delegato, ma al delegante[39]. Come i *legati proconsulis* delle *provinciae*

[36] SERRAO, *La « iurisdictio » del pretore peregrino* (1954) 114 ss., 169 ss.

[37] Il problema evidentemente si pone, e forse (per note ragioni) solo in parte, a partire dalla *constitutio Antoniniana*. Sul punto: GUARINO (nt. 7) 373 ss.

[38] Anche dopo Adriano: basta guardare alla palingenesi dei commentari edittali di Paolo e di Ulpiano.

[39] Gai 1.6 va letto in connessione col paragrafo precedente. In 1.5, parlando della *constitutio principis*, il giurista ha posto in rilievo che uno dei modi di esplicazione di essa è l'*edictum*, senza limitare il discorso agli *edicta repentina*. Gai 1.6 è quindi indubbiamente dedicato agli *edicta* di quanti altri, oltre il *princeps*, abbia il *ius edicendi* e sottolinea che l'*amplissimum ius* è negli *edicta* dei *magistratus* titolari della potestà di *iurisdictio* (*praetores* e *aediles curules*). A questo punto il giurista, volendo parlare degli editti provinciali (ed è sicuro che vi si riferisce tanto per le province senatorie quanto per quelle imperiali:

senatorie mancavano di *ius edicendi*[40], cosí, a maggior ragione, dovevano mancare di *ius edicendi*, almeno in linea di principio, i *legati Augusti pro praetore*, visto che il loro potere derivava dall'*imperium proconsulare maius et infinitum* (o da uno specifico *imperium proconsulare*) dell'imperatore.

Nella controversia che esiste in proposito[41] non ho motivo, pertanto, di modificare un'opinione già altra volta espressa[42], salvo che per concedere che, in pratica, anche i funzionari delegati dal *princeps* emisero talvolta eccezionalmente *edicta repentina*[43], preparando con ciò l'epoca in cui *edicta* autonomi sarebbero stati regolarmente proclamati *vice sacra*, dai *praefecti praetorio*[44].

5. — Se, in ordine agli editti giurisdizionali delle *provinciae*, le cose (almeno ai tempi delle *Institutiones* gaiane) stavano cosí, si può facilmente supporre quale processo storico si sia realizzato.

Ogni *provincia* (sia senatoria che imperiale) aveva e doveva avere i suoi propri editti giurisdizionali (dei governatori e, là dove ve ne erano, anche dei *quaestores*), ma con una certa e sensibile differenza, sopra tutto agli inizi del principato, tra *provinciae populi Romani* e *provinciae Caesaris*[45]. Gli editti giurisdizionali delle *provinciae populi Romani* dovevano per larga parte (cosí come già era avvenuto per l'editto cilicio di Cicerone) corrispondere agli editti cittadini, o addirittura (piú probabilmente) rinviare agli stessi, ma per istituti attinenti esclusivamente alle *provinciae* in generale o ad ogni singola *provincia* in particolare non

retro n. 3), si guarda bene dal dire che il *ius edicendi* spetta a tutti i *praesides provinciarum*, ma dice piú cautamente che la *iurisdictio* in *provincia* è esercitata dai *praesides*, facendo intendere che, oltre ai *praesides* titolari di un *ius edicendi* (i *proconsules*, i *propraetores*, i *quaestores*), vi sono *praesides* che la *iurisdictio* non l'esercitano in proprio (cioè, piú precisamente, i *legati senatus* e i *legati Caesaris*).

[40] Cfr. Q. Muc.-Pomp. 1.16.13: *Legati proconsulis nihil proprium habent, nisi a proconsule mandata eis fuerit iurisdictio.* Sul punto, con bibliografia: De Dominicis M. A., sv. « *Legati* », in *NNDI*. 9 (1963) 594 ss.

[41] De Dominicis (nt. 40) 595 ss.; Martini (nt. 6) 134 nt. 12-14.

[42] Guarino (nt. 19) 651 nt. 153.

[43] Martini (nt. 6) 135 s., con riferimento all'editto di L. Antistio Rustico dei tempi di Domiziano.

[44] Guarino (nt. 7) 562 ss., 579 ss.

[45] Discorso a parte va fatto per l'Egitto, la cui posizione aveva carattere del tutto singolare. Sul punto, da ultimo, Katzoff (nt. 5) 415 ss., sulla cui argomentazione non mi pronuncio in questa sede. V. anche Martini (nt. 6) 144 ss., di cui peraltro non credo siano da accogliere le argomentazioni analogiche.

potevano non avere clausole di cd. *genus provinciale*. E siccome ogni governatore di provincia senatoria aveva un *ius edicendi* proprio e autonomo [46], era possibile che l'editto di ciascuna provincia addirittura si discostasse (cosí come era avvenuto per l'editto di Verre in Sicilia) dalle prescrizioni degli editti cittadini, ed era altresí possibile che le clausole di *genus provinciale* differissero tra loro piú o meno sensibilmente dall'una all'altra *provincia*. Per le *provinciae Caesaris* la situazione era in astratto la stessa, salvo che il *ius edicendi* spettava al *princeps* e quindi questi tendeva, in concreto, a rendere tra loro uniformi anche nelle clausole di *genus provinciale* i vari editti giurisdizionali [47].

La tendenza alla identità sostanziale degli editti era, in conclusione, di gran lunga piú concreta negli editti delle province imperiali che non in quelli delle province senatorie. Ove si consideri con occhio spassionato questo piú che probabile stato delle cose agli inizi del sec. II a. C., ci si potrà convincere di quel che può essere successo sotto Adriano e per sua iniziativa. Gli editti giurisdizionali cittadini (pretorî e edilizi) erano ormai cristallizzati e pressoché inerti a causa della decadenza dei *magistratus* cui facevano capo, ma erano e dovevano essere ancora tra loro formalmente distinti a causa della diversa competenza giurisdizionale di quei magistrati [48]. Gli editti giurisdizionali provinciali (cioè quelli ormai di gran lunga piú importanti data la vastità dell'impero e la diffusione in esso delle comunità munite di *ius Italicum*) [49] erano a loro volta in gran parte corrispondenti agli editti cittadini (cui forse addirittura rinviavano) e in piccola parte (sopra tutto in ordine alle materie di cd. *genus provinciale*) o erano conformi tra loro, o erano difformi tra loro, o erano (eventualmente, e sopra tutto per gli editti delle *provinciae senatoriae*) difformi dai regolamenti contenuti negli editti cittadini. L'ovvio proposito dei *principes* fu pertanto di ridurre il piú possibile ad unità sostanziale tra loro ed a sostanziale conformità con gli editti che essi direttamente controllavano (quelli delle *provinciae Caesaris*) gli *edicta* delle *provinciae populi Romani*.

L'unica cosa credibile della leggenda sulla codificazione dell'editto appare quindi quel senatoconsulto, di cui ci parla Giustiniano, mediante cui Adriano ottenne che i *praesides provinciarum* (ovviamente quelli del-

[46] Ma v. *retro* nt. 41.

[47] Nonché, ovviamente, ad includere nel suo editto le clausole corrispondenti all'editto degli edili curuli. V. *retro* nt. 35.

[48] V. *retro* n. 4.

[49] GUARINO (nt. 7) 471 s.

le *provinciae senatoriae*) fossero invitati a non modificare il loro *edictum provinciale* nella parte, a cosí dire, stabile: cioè nella parte corrispondente agli editti cittadini ed in quella di *genus provinciale* comune a tutte le province [50].

6. — Assodata la esistenza degli *edicta* provinciali nell'epoca pre-adrianea, assodato il progressivo convogliamento di tali editti in un unico testo conforme, assodato che in particolare Adriano contribuí ad assicurare la riduzione a conformità degli editti delle province senatorie, non vi sarebbe necessità per confermare che un editto provinciale in età classica vi fu, di dimostrare che esso ebbe clausole sue proprie e caratteristiche, non contenute negli editti cittadini.

Un certo quale bisogno di dare una risposta a questa domanda vale solo per coloro che credono ad una « codificazione » adrianea dell'editto. Solo per essi, infatti, ha importanza chiedersi se l'editto provinciale corrispose integralmente a quelli cittadini (nel qual caso prende corpo l'ipotesi, indubbiamente piú verosimile di tutte, di una codificazione unica degli editti giurisdizionali) [51], oppure non vi corrispose integralmente (nel qual caso prende corpo l'inverosimile ipotesi di una codificazione separata degli editti cittadini e di quelli provinciali, se non addirittura l'ipotesi ancora piú inverosimile di una mancata codificazione degli editti provinciali) [52].

Comunque, visto che la codificazione dell'editto (senza che si specifichi quale) è una fisima cui la dottrina è tanto caramente affezionata, non sarà male porre in luce che la tesi piú verosimile tra quelle compatibili con la leggenda della codificazione, la tesi cioè dell'assenza di ogni diversità tra gli editti cittadini e l'editto provinciale commentato da Gaio (quindi l'editto postadrianeo), è una tesi che francamente non convince.

Secondo il piú recente e sagace difensore di questa ultima ipotesi [53], nell'epoca del principato le disposizioni qualificate di *genus provinciale* da Cicerone per l'editto cilicio non vennero generalizzate e applicate a tutte le province, e quindi bisognerebbe dedurne che ad avere applicazione generale per tutte le province fu solo quella parte degli editti

[50] *Amplius* sul punto: GUARINO (nt. 29) 174, 181 ss., con riferimento a Iust. c. *Tanta* - Δέδωκεν 18.

[51] KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Litteratur des röm. Rechts*[2] (1912) 95.

[52] Sulla questione: GUARINO (nt. 19) 626 nt. 5.

[53] MARTINI (nt. 6) 49 ss.

provinciali repubblicani « in cui erano formalmente o materialmente recepiti gli editti urbani e cioè, dopo la metà del secondo sec. d. C., l'editto urbano codificato » [54]. Per economia di discorso voglio dare senz'altro per scontata la relativa (e suggestiva) dimostrazione [55]. Ma non posso fare a meno di osservare che la conseguenza che da essa si trae è arbitraria. Del resto, è lo stesso Martini che in realtà se ne rende perfettamente conto: tanto vero che egli passa subito dopo a cercare di dimostrare che tra gli editti cittadini e l'editto provinciale non vi furono, dopo Adriano (cioè, stando alla teoria dominante, dopo la « codificazione »), quelle differenze che in dottrina sono state ipotizzate [56].

Su questo terreno davvero non mi sento di seguire il mio contraddittore perché le differenze ravvisate in dottrina, anche se non tutte e se non con pari evidenza, indubbiamente vi sono.

Prescindiamo pure dalle diversità di carattere sistematico supposte dal Lenel [57]. Prescindiamo pure, sebbene sia ingiusto il farlo, da quasi tutte le differenze che il Kniep ricollega all'uso di *proconsul* nel commentario di Gaio [58]. Vi sono però alcune clausole di carattere esclusivamente provinciale, impensabili negli editti cittadini, di cui il grado di probabilità è talora rilevante e talaltra addirittura altissimo. È assai difficile, ad esempio, che nell'editto provinciale mancassero del tutto le clausole relative in generale ai *conventus* e al modo di porre in essere i *vadimonia* relativi [59]. Del pari assai difficile mi pare che l'*edictum provinciale* non riportasse la formula della *vindicatio* degli *agri stipendiarii vel tributarii* [60], né quella relativa alla difesa dei vincoli fondiari creati

[54] MARTINI (nt. 6) 51.

[55] MARTINI (nt. 6) 54 ss.

[56] MARTINI (nt. 6) 71 ss.

[57] *Retro* nt. 19.

[58] KNIEP (nt. 27) 154 ss. Su lui, troppo radicale: MARTINI (nt. 6) 91 ss.

[59] LENEL, *EP.*³ 5. Il Lenel ovviamente non intende affermare che l'*edictum provinciale* (tanto piú che, secondo lui, si trattò, a partire da Adriano, di un testo « codificato » e unico per tutte le province) indicasse anche i luoghi e le date dei *conventus*. Queste specificazioni non potevano provenire da altro che da provvedimenti specifici dei governatori. Non mi sembra calzante, quindi, la replica del MARTINI (nt. 6) 73 ss., che cita due documenti egiziani (cfr. *FIRA.* 3² n. 166 e 167) dai quali risulta appunto che il luogo e la data dei *conventus* era precisato, per lo meno in Egitto, al di fuori della previsione contenuta in un editto generale.

[60] LENEL, *EP.*³ 4 e 189. In materia anche: GRELLE, « *Stipendium vel tributum* » (1963). Le obbiezioni del MARTINI (nt. 6) 76 ss., si risolvono nel rilievo che gli elementi indiziari addotti dal Lenel sono labili. Che il testo base su cui si fonda il LENEL (Ulp. D. 50.16.27) sia tratto dal commentario di Ulpiano

pactionibus et stipulationibus [61]. E infine assai deboli mi sembrano le argomentazioni del Martini [62] contro la regola in materia di *operis novi nunciatio* riportata da un testo di Gai. 4 *ed. prov.* [63]: regola contrastante con le attestazioni di Giavoleno e di Paolo in ordine agli editti cittadini [64]. Ma si potrebbe continuare.

Sicché, concludendo su questo punto, tutto fa credere, allo stato delle nostre ricerche, che in età postadrianea vi fosse qualche differenza sostanziale tra editti cittadini ed editti provinciali. Tutto fa credere che appunto perciò Gaio abbia dedicato due commenti separati all'*edictum praetoris* e all'*edictum provinciale* [65]. Tutto invita a pensare che solo Paolo e Ulpiano abbiano successivamente unificato, beninteso non nel

ad edictum non implica che la clausola commentata appartenesse all'editto pretorio: *infra* n. 7.

[61] LENEL, *EP.*³ 4. Giustamente il MARTINI (nt. 6) 78 ss., rileva che la cosa non è pacifica.

[62] MARTINI (nt. 6) 85 ss., contro il rilievo dato all'inizio dal LENEL, *EP.*³ 5 nt. 2.

[63] D. 4.7.3.3 (Gai. 4 *ed. prov.*): *Opus quoque novum si tibi nuntiaverim tuque eum locum alienaveris et emptor opus fecerit, dicitur te hoc iudicio* (i.e.: *iudicio in factum adversus eum qui alienationem iudicii mutandi causa fecerit*) *teneri, quasi neque tecum ex operis novi nunciatione agere possim, quia nihil feceris, neque cum eo cui id alienaveris, quia ei nuntiatum non sit.* Sui problemi dell'*alienatio iudicii mutandi causa*, da ultimo: DE MARINI AVONZO, *I limiti alla disponibilità della «res litigiosa» in dir. rom.* (1967) 136 ss. (bibl. a p. 137 nt. 54).

[64] Per il testo di Paul. D. 39.1.8.7 è plausibile il sospetto di inserzione di *vel aedes alienaveris* avanzato dal MARTINI (nt. 6) 87, ma il testo di Giavoleno è insospettabile. Cfr. Iavol. 7 *epist.* D. 39.1.23: ... *respondit:* ... *emptor, id est dominus praediorum tenetur, quia nuntiatio operis non personae fit et is demum obligatus est, quia eum locum possidet, in quem opus novum nuntiatum est.* Indubbiamente in questo passo Giavoleno risolve un dubbio, il che spinge a pensare che l'editto pretorio non portasse in argomento una statuizione precisa. Ma allude ad un dubbio giurisprudenziale, risolvendolo in senso opposto a quello di Giavoleno, anche Gaio? Il MARTINI 88, pensa di sí, argomentando dal «*dicitur*» (che implica il riferimento ad un'affermazione di altri giuristi). Pur con tutte le cautele del caso, io sarei incline a pensare di no. Gaio infatti giustifica l'*actio in factum* con la responsabilità dell'alienante, che ha reso *durior* l'esito del giudizio per l'avversario e si riferisce presumibilmente ai *verba edicti* là dove dice (D. 4.7.1 pr.): *tanti nobis in factum teneatur, quanti nostra intersit alium adversarium nos non habuisse.* Comunque il tema andrebbe studiato «*ex novo*», prendendo in maggiore considerazione gli argomenti del KNIEP (nt. 27) 154 ss.

[65] LENEL, *Pal.* Gaius n. 8-51 e 53-388.

testo ma nel commento, tutti gli editti giurisdizionali nei loro estesi commentari *ad edictum*.

7. — Perché una cosa mi pare assolutamente certa, e cioè che Gaio, scrivendo 30 (o 32) libri *ad edictum provinciale*, abbia inteso apprestare, ed abbia effettivamente apprestato, un commento ad un testo edittale che, sebbene in gran parte coincidente con quello degli editti cittadini, non era il testo dell'*edictum urbicum* [66].

L'argomento, notoriamente discusso [67], è stato ripreso ultimamente dal Martini [68], le cui conclusioni peraltro non convincono.

Secondo il Martini, essendo escluso (o pressoché da escludere) che l'*edictum provinciale* fosse, specie dopo la « codificazione » adrianea, cosa diversa dall'editto urbano [69], è da negare che Gaio abbia potuto dedicare i suoi *libri* all'*edictum provinciale*. Non monta che il titolo dell'opera sia *ad edictum provinciale*, non monta che proprio Gaio abbia dedicato altri e ben distinti libri all'*edictum urbicum*: quel che conta, secondo il Martini, è che non vi sarebbero elementi « i quali consentano di dimostrare che nelle province si applicasse durante l'impero un editto diverso da quello urbano » [70].

È indubbiamente merito del Martini l'aver messo da parte l'ipotesi estrosa dell'Honoré, secondo cui il commento *ad edictum provinciale* sarebbe stato scritto da Gaio durante una sosta a Troas nell'Asia proconsolare [71]. Ma, se mi è concesso di dirlo, siamo sempre nei paraggi dell'improbabile Troas. Il commentario sarebbe stato scritto, infatti, in una prima stesura piú ampia a Roma e sarebbe stato riedito, in una stesura abbreviata (salvi gli stralci che andarono poi sotto il titolo di *libri ad edictum praetoris* o *urbicum*), in una provincia proconsolare. Ciò spiegherebbe sia i molti riferimenti all'editto pretorio, sia certi passaggi concepiti sicuramente in provincia, sia infine il fatto che Gaio,

[66] Come è noto, l'*inscriptio* dei frammenti derivanti dal commentario all'editto del pretore urbano sono di tre tipi: *ad edictum praetoris*, *ad edictum praetoris urbani*, *ad edictum urbicum*. V. nt. 65.

[67] SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana* (tr. it. 1968) 340 ss.

[68] MARTINI (nt. 6) 103 ss.

[69] *Retro* n. 6 e nt. 53.

[70] MARTINI (nt. 6) 104.

[71] HONORÉ, *Gaius. A Biography* (1962) 79 s., 88 s. Per la critica: MARTINI (nt. 6) 105 ss.

quel distratto, abbia tralasciato di sostituire costantemente la menzione del proconsole a quella originaria del pretore [72].

Senza indugiare in una critica minuziosa di codesta teoria, io osserverò, dal canto mio, quanto segue.

Può darsi che il commento *ad edictum provinciale* sia stato scritto da Gaio, tutto o in parte, in provincia, come alcuni indizi raccolti dal Martini possono indurre a ritenere [73], ma ciò non può valere a spiegare perché l'*edictum* commentato da Gaio sia stato chiamato *provinciale*. Se mai, il nostro autore avrebbe intitolato la sua opera, alla guisa delle « Lettres provinciales » di Pascal, *libri provinciales ad edictum*: il che non ha fatto. È evidente dunque che, almeno agli occhi di Gaio, vi era un testo edittale caratteristico, distinto da quello dei magistrati giusdicenti urbani, che, per essere applicato in modo uniforme in piú province (non in una soltanto, perché Gaio avrebbe specificato di quale editto provinciale si trattasse), meritava la qualifica, se già non l'aveva a titolo ufficiale, di provinciale.

Un passo avanti permette di fare la constatazione che nell'opera, quando si parla del governatore della provincia, si usa sempre il termine di *proconsul*, salvo una volta sola in cui si parla genericamente di *praeses* [74]. Questa constatazione ci pone di fronte all'alternativa che Gaio commentasse l'editto di una *provincia populi Romani*, oppure che egli si riferisse al testo ormai conformizzato (dopo il *senatus consultum* ottenuto da Adriano) [75] delle province senatorie. Chi ricordi che l'editto delle province imperiali era già da lungo tempo ridotto a testo unico e chi tenga altresí presente che il *ius edicendi* dell'imperatore relativamente alle province di sua spettanza era ben diversamente vitale da quello dei *magistratus populi Romani* potrà essere indotto ad accogliere, sia pure con ogni cautela, l'ipotesi che per *edictum provinciale* in senso proprio Gaio intendesse l'editto delle *provinciae senatus* [76].

[72] MARTINI (nt. 6) 109 ss.

[73] MARTINI (nt. 6) 122 ss.

[74] D. 27.10.5 (Gai. 9 *ed. prov.*): ... *curator constituitur distrahendorum bonorum gratia, vel a praetore vel in provinciis a praeside.*

[75] *Retro* n. 5.

[76] È noto che l'*Index Florentinus* segnala 32 *libri ad edictum provinciale* e tralascia di indicare i 2 *libri ad edictum aedilium curulium*, mentre nei *Digesta* le *inscriptiones* dei *libri ad edictum provinciale* si fermano al libro 30 e vi sono invece *inscriptiones* dei libri 1 e 2 *ad edictum aedilium curulium*. L'ipotesi migliore è che i due commentari (rispettivamente di 30 e di 2 *libri*) siano stati pubblicati separatamente e che il commento all'editto edilizio sia stato considerato dagli editori successivi un completamento di quello agli editti cittadini: il

A questo punto gioverà ricordare che nelle *provinciae* vi erano (dove piú e dove meno) comunità munite di *ius Italicum* alle quali si applicavano i dettami degli editti cittadini. Se anche, come è probabile, l'*edictum provinciale* si limitava a rinviare agli editti cittadini, è evidente che un commentatore dello stesso aveva interesse, per fare cosa veramente utile, ad illustrare anche le clausole o le principali clausole degli editti cittadini. Ecco spiegato quindi, nel modo piú verosimile (o se si vuole, meno inverosimile), perché Gaio, talora, avendo sotto gli occhi gli editti cittadini (e in particolare l'*edictum praetoris urbani*), abbia fatto anche riferimenti al *praetor* anziché al *proconsul* [77]. I libri di Gaio *ad edictum urbicum*, se non sono una raccolta di separate *interpretationes* dell'editto pretorio [78], sono, ed è piú probabile, una rielaborazione in estratto del commentario *ad edictum provinciale* [79]: commentario che, non dimentichiamolo, trattava non solo (e forse piú in sintesi) le materie degli editti cittadini, ma anche le materie del cd. *genus provinciale*.

8. — Resta un solo punto da chiarire: come mai dopo Gaio nessun altro autore pensò a commentare l'*edictum provinciale*.

La risposta, secondo me, è molto semplice. Data la opportunità (avvertita anche da Gaio) di non restringere il commento alle clausole di *genus provinciale*, ma di estenderlo a quelle degli editti urbani, la via che successivamente fu preferita dagli autori consistette nel commentare direttamente l'*edictum praetoris*, avendo per altro cura di inserire nei luoghi opportuni il commento alle clausole specificamente contenute nell'editto provinciale. Onde la denominazione « tout court » dei commentari di età piú avanzata come *libri ad edictum* [80].

L'unificazione degli editti, nel quadro dell'unificazione dell'*imperium* (o meglio, dell'assorbimento della *respublica* nell'*imperium Romanum*), fu insomma opera della giurisprudenza di età antoniniana e severiana.

che corrobora la mia tesi circa la caratteristica del commentario gaiano, il quale faceva larghi riferimenti agli editti dei magistrati urbani.

[77] Inaccettabile l'ipotesi dell'interpolazione o della corruzione testuale prospettata dallo SCHULZ (nt. 67) 342 nt. 4 e 5.

[78] Cfr. Gai 1.188: *diligentius hunc tractatum executi sumus et in edicti interpretatione et in libris quos ex Q. Mucio fecimus*. Sul testo: SCHULZ (nt. 67) 341 nt. 2.

[79] Non è dimostrabile che i commenti *ad edictum urbicum* siano anteriori ai libri *ad edictum provinciale*: MARTINI (nt. 6) 118 ss.

[80] Si ricordi che i commentari di Pomponio, di Paolo e di Ulpiano correvano sotto il titolo di *libri ad edictum*.

LA FORMAZIONE DELL'EDITTO PERPETUO

I. La funzione giurisdizionale dalla repubblica al principato.

1. — Vista « *sub specie iuris* », la storia del principato, da Augusto ai Severi e a Diocleziano, è la storia del progressivo isterilimento dei mezzi di regolazione giuridica che avevano operato nell'epoca della *libera respublica* ed è, in parallelo, la storia della progressiva fioritura di nuovi modi di disciplina della realtà sociale facenti capo ai *principes* ed alla loro burocrazia [1]. Il diritto (non solo nel suo momento normativo, ma anche nei momenti complementari e integrativi dell'interpretazione giurisprudenziale e dell'applicazione giurisdizionale) lo fecero sempre meno, col passar del tempo, i comizi, i giureconsulti, i magistrati, i giudici, mentre lo fecero sempre piú, indirettamente prima, direttamente ed esplicitamente poi, gli imperatori [2].

Lo sbocco di questo processo storico fu l'emersione del principio « *quod principi placuit legis habet vigorem* » [3], ma non fu anche (è ap-

* In *ANRW*. 2.13 (1980) 62 ss.

[1] Sulla costituzione del principato, F. De Martino, *Storia della costituzione romana*[2] 4.1 (1974), con bibliografia. Adde: F. Guizzi, *Il principato tra « res publica » e potere assoluto* (1974), con fine analisi delle aderenze sociali e politiche del complesso istituto; F. Fabbrini, *L'impero di Augusto come ordinamento sovrannazionale* (1974), non sempre persuasivo nella categoricità della ricostruzione. Per il mio pensiero in proposito, Guarino, *Storia del diritto romano*[6] (1981) n. 155 ss., un manuale cui mi permetterò di rinviare spesso per ragioni di brevità. Da ultimo anche: Guarino, *Gli aspetti giuridici del principato*, in *ANRW*. 2.13 (1980) 3 ss.

[2] Per tutti, Guarino (nt. 1) n. 192 ss.

[3] La massima, famosa, si legge in Ulp. 1 *inst*. D. 1.4.1 pr.: *Quod principi placuit legis habet vigorem: utpote cum lege regia, quae de imperio eius lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat.* Cfr. anche I. 1.2.6. Tralascio ogni discussione sulla genuità del testo, con particolare riferimento al punto della *lex regia*: cfr., in proposito, U. von Lübtow, *Das römische Volk. Sein Staat und sein Recht* (1955) 466 ss. La sostanza è indubbiamente ulpianea: da ultimo, Kaser, *Das römische Privatrecht* 1[2] (1971); ma v. già Guarino, *L'or-*

pena il caso di ricordarlo) la radicale abolizione del *ius vetus* repubblicano e la totale sostituzione dello stesso con il *ius novum* dei príncipi [4]. Il rinnovamento integrale, sia pure sul piano delle forme giuridiche, avrebbe implicato un inopportuno dispendio di energie e sarebbe stato, sopra tutto, contrario alla ideologia ed alla propaganda dei *principes*, i quali tendevano notoriamente a raffigurarsi come continuatori della *respublica*, piú in generale della « romanità », e come valorizzatori del patrimonio culturale di Roma [5].

I secoli del principato videro pertanto sussistere, ed essere anzi studiosamente esaltato, il tronco antico delle istituzioni giuridiche repubblicane: salvo che quel tronco perse via via ogni capacità di fiorire in nuove espansioni, mentre l'avviluppavano, in parte soffocandolo, comunque sempre piegandolo al loro orientamento complessivo, le molteplici e fiorentissime liane delle costituzioni imperiali [6]. E non vi è dubbio che, tra i molti e non sempre coordinati passaggi di cui fu

dinamento giuridico romano[3] (1959) 180. Nella quarta edizione dell'opera ultima citata (1980) replico alle considerazioni sul tema di BLEICKEN, *Prinzipat und Dominat. Gedanken zur Periodisierung der römischen Kaiserzeit*, Frankfurter Hist. Vorträge 6 (1978) 23 ss. e n. 27.

[4] Il concetto di *ius novum* (in contrapposizione a *ius vetus*) è notoriamente discusso (con la conseguenza di sensibili variazioni tra gli autori che lo accettano), sino al punto da essere contestato da alcuni: v. in proposito S. RICCOBONO jr., *Studi sull'evoluzione del diritto romano nell'età imperiale*. I. *Il problema del « ius novum » (« extraordinarium ») nella dottrina romanistica del secolo XIX e XX*, in *Circolo giuridico* 20 (1949) 169 ss., con esauriente ragguaglio della letteratura. Qui si parla di *ius novum* in senso « adrianeo » (v. *infra* nt. 7), prescindendo dai prodromi che se ne registrano (anche ad opera del senato e delle magistrature) nella fase augustea, per indicare i nuovi istituti (o le innovazioni di vecchi istituti) provenienti, per via diretta o per via indiretta, dalla volontà normativa del *princeps* e realizzantisi, in caso di conflitto, mediante intervento, eventualmente in sede di *appellatio*, della *cognitio extra ordinem* imperiale: cfr. GUARINO (nt. 1) n. 207.

[5] Il tema della *respublica restituta*, come è noto, è di Augusto: cfr. *R.g.* 1.1 e, in argomento, DE MARTINO (nt. 1) 248 ss. Se è vero che, lungo i tre secoli del principato e sopra tutto a partire dai Severi, i valori connessi alla *libera respublica* andarono deteriorandosi sino a sparire del tutto, resta tuttavia significativo che Diocleziano, cui va attribuita la fondazione « esplicita » dell'impero assoluto, seguí intensamente, per la difesa del sistema contro le tendenze centrifughe e autonomistiche delle civiltà provinciali, una politica di severo richiamo dei sudditi all'osservanza del diritto romano tradizionale: sul punto, per tutti, GUARINO (nt. 1) n. 235.

[6] Per tutti, GUARINO (nt. 1) n. 192 ss.

fatta questa teoria estremamente complessa, uno dei piú importanti e vistosi è segnato dal principato di Adriano [7]. Nel quadro di una visione politica che non privilegiava piú la *respublica Romanorum* di fronte al-

[7] La decisa svolta impressa da Adriano al principato romano non sembra ancora sufficientemente approfondita in dottrina: il che dipende, ritengo, dal fatto che ancora si guarda troppo alle forme e troppo poco ai contenuti dell'azione di governo di quell'imperatore. Nei contenuti, la sua fu azione di governo tanto sottilmente riformatrice dell'assetto augusteo del principato, da autorizzare lo storico, almeno a mio avviso, e ovviamente con tutta la « souplesse » che deve essere implicita in ogni periodizzazione, a ravvisare con lui l'inizio di una « fase adrianea » del principato: cfr. GUARINO (nt. 1) n. 160, 194. Il punto su cui bisogna intendersi è quello dei modi seguiti da Adriano per riformare « senza averne l'aria ». A prescindere da quanto dirò oltre nel testo in ordine alla funzione giurisdizionale, segnalerò in questa nota due esempi significativi. Il primo attiene alla famosa (e discussa) *oratio in senatu de Italicensibus* (Gell. *n.A.* 16.3.1-9), nella quale il principe fa le meraviglie per la richiesta dei suoi concittadini di Italica, e cosí pure di altri municipi di antica origine (tra cui quello degli Uticensi), di ottenere la conversione in *colonia civium Romanorum* e segnala quanto sia preferibile, rinunciando alla acquisizione della *civitas Romana*, il *suis moribus legibusque uti* che è proprio dell'autonomia municipale: v. in proposito l'acuta trattazione di F. GRELLE, *L'autonomia cittadina fra Traiano e Adriano* (1972), che giustamente sottolinea il carattere sostanzialmente innovatore dell'impostazione adrianea (non compreso invece dal FABBRINI, *cit.* [nt. 1] 404 ss., cui pare che questo orientamento politico-costituzionale rimonti ad Augusto). Il secondo esempio attiene al *ius publice respondendi* nelle testimonianze di Gaio e di Pomponio. Gaio (1.7) attribuisce ad Adriano l'interpretazione secondo cui le *sententiae* dei giuristi muniti di *ius respondendi* hanno valore vincolante per il giudice solo se sono conformi tutte quante tra loro (*Quorum omnium, si in unum sententiae concurrunt, id quod ita sentiunt, legis vicem optinet; si vero dissentiunt, iudici licet quam velit sententiam sequi: idque rescripto divi Hadriani significatur*): interpretazione riduttiva, anche se ragionevole (e probabilmente conforme ad un indirizzo che si era andato profilando in precedenza), rispetto all'estensione originaria del beneficio. Pomponio (*sing. enchir.* D. 1.2.2.49), in un passaggio per vero di assai incerta interpretazione (sul punto, da ultimo, M. BRETONE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani* [1971] 145 ss.), dice che Adriano, essendo stato richiesto da alcuni eminenti *viri praetorii* di concedere loro il *beneficium*, rispose che questo beneficio non lo si chiede, ma è il *princeps* che suole elargirlo di sua iniziativa a chi lo merita, sicché egli era ben lieto che vi fosse chi, avendo fiducia nelle sue capacità di giureconsulto, si andasse preparando al *populo respondere* (cfr. anche GUARINO, *Il « ius publice respondendi »*, in *RIDA.* 2 [1949] 410 ss.): risposta (forse un po' ironica) a carattere chiaramente elusivo, nel senso che dimostra come Adriano, pur non rifiutando in astratto l'istituto, fosse in concreto restío alle concessioni del *ius publice respondendi*, quindi alla remissione del *iura condere* ai giuristi del suo tempo.

l'*imperium Romanum*, e che reclamava perciò una direzione assorbente, anche se non scoperta, di tutto il sistema da parte dell'imperatore, la legislazione comiziale repubblicana si estinse, l'attività normativa e giurisdizionale *extra ordinem* del senato si affievolí e fu prossima a sparire, la funzione giurisprudenziale si trasferí in buona sostanza al *princeps* ed al suo *consilium*, il peso delle decisioni si concentrò nelle costituzioni imperiali: dalle *orationes in senatu* agli *edicta*, dai *mandata* alle *epistulae*, dai *rescripta* ai *decreta*[8].

2. — A questo processo di trasformazione non si sottrasse la funzione giurisdizionale, che merita in questa sede un'attenzione particolare[9].

Nel corso dell'età repubblicana la *iuris dictio*, e quindi l'applicazione autoritaria dei principî del *ius* ai casi concreti, si era affermata principalmente, se non proprio esclusivamente, come attribuzione di quattro magistrature: il *praetor urbanus*, cui spettava di *ius dicere* in Roma nei conflitti tra *cives Romani*; il *praetor peregrinus*, cui spettava di *ius dicere* in Roma nei conflitti tra *peregrini* o tra *cives Romani* e *peregrini*; i due *aediles curules*, che si erano riservato il còmpito di risolvere certi conflitti insorgenti piú di frequente nei mercati cittadini romani; i magistrati e promagistrati preposti all'amministrazione delle *provinciae*, cui spettava di esercitare in provincia attività decisorie corrispondenti a quelle dei pretori e degli edili curuli in Roma[10]. Errerebbe tuttavia chi

[8] Schema riassutivo in GUARINO (nt. 1) n. 209. Interessante è il quadro, aggiornato all'età di Antonino Pio, che dei *iura populi Romani* (o meglio, degli elementi dai quali essi sono portati ad esistenza e, nel contempo, a conoscenza degli interessati) offre Gai 1.2-7. Le fonti primarie sono le *leges* ed i *plebiscita* (1.3): di fronte ad esse le altre fonti si pongono in funzione surrogatoria (*legis vicem optinent*). Ma si badi: mentre del *legis vicem optinere* dei *senatusconsulta* Gaio 1.4) sottolinea (esattamente) il fatto che se ne è dubitato (*quamvis fuerit quaesitum*), della *constitutio principis* (limitata a *quod imperator decreto vel edicto vel epistula constituit*: v. *infra* cap. V n. 4) si dice, con qualche forzatura: *nec umquam dubitatum est, quin id legis vicem optineat, cum ipse imperator per legem* (v. *retro* nt. 3) *imperium accipiat*. Sulla mancanza, in questi e in altri cataloghi giurisprudenziali classici, della consuetudine, v., da ultimo, GUARINO, *La consuetudine e Polonio*, in *Labeo* 21 (1975) 68 ss., con altra bibliografia (*adde*, in senso divergente, W. FLUME, *Gewohnheitsrecht und römisches Recht*, in *Rhein.-Westfäl. Ak. Wiss., Geisteswiss. Vorträge* G 201 [1975]).

[9] Sulla *iurisdictio* magistratuale, letteratura in L. BOVE, s.h.v., in *NNDI*. 9 (1963) 346 ss. e in G.I. LUZZATTO, sv. *Giurisdizione (d. rom.)*, in *ED*. 19 (1970) 190 ss.

[10] Su queste magistrature v. GUARINO (nt. 1) n. 107, 108, 110, 114.

credesse (e non pochi son quelli che semplicisticamente lo credono) che la funzione giurisdizionale confidata (si ripete: non in linea esclusiva)[11] ai magistrati predetti si estendesse nell'oggetto a tutto quanto l'ordinamento giuridico romano e, per converso, si limitasse ad una mera attività di identificazione (di « accertamento ») di norme preesistenti ed alla puntuale applicazione delle stesse alle singole e concrete fattispecie.

L'oggetto limitato della *iurisdictio* o, almeno, della *iurisdictio* per antonomasia, era il *ius civile* in senso tradizionale con tutte le sue varie accessioni, ma non piú di tanto. Dunque, anzi tutto il patrimonio di principî relativi ai rapporti « privati » tra i *cives* (piú precisamente, tra i *patres familiarum* cittadini) derivanti dall'antichissimo *ius Quiritium*, dalle *XII tabulae* e da altre poche « leggi » dei tempi di formazione della *respublica*, dall'*interpretatio* largamente integrativa esercitata dall'antica giurisprudenza pontificale e dalla prima giurisprudenza laica repubblicana[12]; secondariamente, il complesso di principî, essenzialmente improntati alle esigenze della *bona fides*, che si erano venuti formando tra il terzo e il secondo secolo a. C. nella prassi dei rapporti commerciali tra i Romani e gli stranieri del bacino mediterraneo e che avessero trovato conferma e precisazione nella disponibilità del *praetor peregrinus* a tenerne conto[13]; in terzo luogo, le non molte *leges publicae* (principalmente, *plebiscita*) votate nelle assemblee cittadine a completamento ed a cauta correzione, ove l'interesse generale della *respublica* lo reclamasse, sia dei principî del *ius civile vetus* che dei principî del *ius civile novum*[14]. Quanto al tipo di attività esercitata dai magistrati giusdicenti in ordine a queste limitate materie, essa, sopra tutto trattandosi di magistrati *cum imperio*[15], varcava assai spesso i limiti logici della rigorosa

[11] Per un quadro particolarmente limpido, v. G. PUGLIESE, *Il processo civile romano* 1 (1962) 115 ss.

[12] Per un quadro di questo *ius civile vetus*, v. GUARINO (nt. 1) n. 127-131. In particolare, per la dimostrazione che le Dodici tavole e le altre poche leggi anteriori al compromesso licinio-sestio non furono *leges publicae*, ma provvedimenti unilaterali dei patrizi: GUARINO, *Le origini quiritarie* (1974) 228 ss., 233 ss.

[13] Per un quadro di questo *ius civile novum* (piú tardi denominato *ius gentium*), v. GUARINO (nt. 1) n. 139-141.

[14] Per un quadro di questo *ius publicum* (nel senso di *ius* regolato con *leges publicae populi Romani*), v. GUARINO (nt. 1) n. 132 e 138. La scarsezza degli interventi legislativi in materia di *ius* (dato ben noto agli studiosi di diritto romano) è stata confermata, da ultimo, da J. BLEICKEN, « *Lex publica* ». *Gesetz und Recht in der römischen Republik* (1975).

[15] Erano magistrati *sine imperio* gli *aediles curules* ed i *quaestores*.

interpretazione (sia pure estensiva) dei principî e soverchiava non meno spesso gli stessi confini della cosí detta integrazione analogica [16].

A prescindere dal carattere assai risalente di certi interventi « *magis imperii quam iurisdictionis* » del *praetor urbanus*, ch'era dopo tutto un titolare di sovranità [17], la strada era stata aperta nel terzo secolo dal *praetor peregrinus*, che il *ius* da *dicere* in realtà doveva crearselo (col consenso delle parti) lui stesso e che appunto per questo adottò una procedura ben diversa dalle rigide *legis actiones* (valevoli d'altronde solo nei conflitti tra cittadini romani), autorizzando le parti a litigare davanti a lui *per concepta verba*, cioè per libera discussione del caso da risolvere e per libera scelta, sotto sua approvazione, della « regola di giudizio », eventualmente del tutto nuova, da adottare per la soluzione del caso stesso [18]. La procedura peregrina, tanto piú aperta di quella divenuta « odiosa » delle *legis actiones* [19], si era rapidamente diffusa anche nelle liti tra *cives* davanti al *praetor urbanus*, era stata formalmente autorizzata da una *lex Aebutia* intorno al 130 a. C. ed aveva finito per surrogare quasi totalmente la procedura piú antica a seguito della *lex Iulia iudiciorum* (*privatorum*) fatta votare nel 17 a. C. proprio da Augusto [20].

[16] Sul carattere assai esteso, ma non sconfinato, dell'*interpretatio* dei giuristi romani v., per tutti, M. KASER, *Zur Methode der römischen Rechtsfindung, Nachr. Ak. Wiss. Göttingen, Phil.-hist. Kl.* (1962); M. FUHRMANN, *Interpretatio. Notizen zur Wortgeschichte*, in *Sympotica Wieacker* (1968) 80 ss.

[17] Sui cosí detti mezzi *magis imperii quam iurisdictionis* (cfr. Ulp. D. 2.1.4, Paul. D. 50.1.26) v., per tutti, F. DE MARTINO, *La giurisdizione in diritto romano* (1937) 204 ss. Esempi piú sicuri e piú antichi gli *interdicta* e le *in integrum restitutiones*, su cui v. M. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht* (1966) 317 ss., 330 ss.

[18] F. SERRAO, *La « iurisdictio » del pretore peregrino* (1954); GUARINO (nt. 1) n. 139.

[19] Cfr. Gai 4.30: *Sed istae omnes legis actiones paulatim in odium venerunt: namque ex nimia subtilitate veterum, qui tunc iura condiderunt, eo res perducta est, ut vel qui minimum errasset litem perderet. itaque per legem Aebutiam et duas Iulias sublatae sunt istae legis actiones effectumque est ut per concepta verba, id est per formulas, litigaremus.* Su questo testo, in difesa della sua genuinità, da ultimo: C. GIOFFREDI, *Su Gai 4.30*, in *SDHI.* 44 (1978) 429 ss.

[20] *Amplius* KASER (nt. 17) 107 ss. con bibliografia. Alle *legis actiones* si fece ricorso, anche dopo la legislazione giudiziaria di Augusto (17 a.C.), in sede esecutiva (con riferimento, piú precisamente, alla *legis actio per manus iniectionem*), per l'*actio damni infecti* e per i numerosi e importanti giudizi rimessi alla decisione dei *centumviri*: cfr. Gai 4.31.

Questa vittoria del litigare *per concepta verba* non aveva soltanto reso di gran lunga piú snelli e duttili i processi privati, ma aveva permesso ai magistrati giusdicenti (e sopra tutto se ne valse il *praetor urbanus*) di riformare largamente l'antiquato *ius civile*, pur senza affatto far mostra di volerlo davvero riformare. Del che la società romana aveva, sia ben chiaro, nella quasi totale carenza di interventi della legislazione, un effettivo e pressante bisogno [21].

Quando le parti si manifestassero consenzienti, non era difficile varare, caso per caso, regole di giudizio anche radicalmente derogatorie rispetto al *ius civile*. Si trattava soltanto di eccezioni specifiche e concrete, che non ponevano in crisi la sussistenza delle regole civilistiche, e l'arbitrio del magistrato, salvi assai problematici episodi di *intercessio*, faceva premio su suoi doveri di custode del vecchio diritto, tanto piú che la coscienza sociale approvava, anzi reclamava la deroga. Dopo di che, instauratosi il « precedente », era ancora piú equo che, in fattispecie identiche o analoghe, il magistrato giusdicente inducesse le parti ad accettare un *iudicium* identico o analogo a quello adottato per la prima volta [22].

3. — Augusto, lo abbiamo visto or ora, non ripudiò affatto questo modo alquanto spregiudicato di far giustizia dei magistrati repubblicani. Si limitò a disciplinarne le forme attraverso la *lex Iulia* e aggiungeremo che, conforme al suo lucido programma politico, si preoccupò sottilmente di orientarlo verso finalità non contrastanti con quelle del *princeps*.

Sarebbe un fuor d'opera mettere in luce le maniere genialmente persuasive cui egli ed i suoi successori sino a Traiano fecero ricorso in quest'epoca di contenimento [23]. Certo è che nel primo secolo dell'era

[21] Fu, questo, uno dei risvolti piú importanti della crisi della *libera respublica* nei sec. II-I a.C. Duole che la storiografia generale non lo tenga, di solito, nel debito conto, limitandosi ad inserire nelle trattazioni relative alla crisi notizie neutre, e spesso fortemente imprecise, circa l'attività dei pretori e dei magistrati giusdicenti in genere.

[22] Sull'*aequitas* che presiedeva a questo modo di operare v. GUARINO, sv. *Equità (d. rom.)*, in *NNDI.* 6 (1957) 619 ss. Da ultimo, P. PINNA PARPAGLIA, « *Aequitas in libera republica* » (1973); G. BROGGINI, *Riflessioni sull'equità*, in *Jus* 22 (1975) 5 ss.

[23] A prescindere dall'influenza esercitata nell'esplicazione dell'*imperium proconsulare maius et infinitum* (che gravava non solo sui governatori delle *provinciae Caesaris*, ma anche su quelli delle *provinciae senatus*) ed a prescindere dalla *commendatio magistratuum* che i *principes* si riservavano, molto peso ebbe, ovvia-

volgare (ma sopra tutto nel primo cinquantennio) i magistrati giusdicenti continuarono abbastanza attivamente, in apparente autonomia, a creare altri « precedenti » di soluzioni innovative rispetto a quelle del *ius civile*, ampliando ulteriormente la sfera del *ius honorarium*, cosí detto *ab honore magistratuum* [24].

Ma anche e principalmente per il *ius honorarium* il declino, tra il primo e il secondo secolo d. C., inevitabilmente sopravvenne.

A parte che la *cognitio* ordinaria subí sempre piú intensamente la concorrenza della *cognitio extra ordinem* (la quale trovava applicazione o come alternativa del processo regolare o, in ogni caso, come seconda istanza rispetto allo stesso) [25], il potere reale dei magistrati repubblicani si ridusse notoriamente a una lustra. Sarebbe stato, per conseguenza, assurdo che i magistrati giusdicenti insistessero a lungo, nel nuovo ambiente sociale e politico che si era andato creando, in iniziative di ammodernamento del diritto non piú giustificate da una loro autorevolezza reale e da un'effettiva necessità di ricorrere ad essi, anziché al senato o al principe, per le opportune riforme dei principî civilistici [26]. Anche in questo settore la politica di svalutazione della *respublica* intensamente seguita da Adriano dovette essere, sino a prova contraria, decisiva [27].

II. I MODI DELLA GIURISDIZIONE ORDINARIA E IL SISTEMA EDITTALE.

4. — I modi in cui i magistrati giusdicenti « repubblicani » esercitarono, sin che potettero farlo, la loro azione di integrazione e riforma del *ius civile* furono, a meglio guardare, due.

mente, il *ius publice respondendi* concesso a giuristi di fiducia dell'imperatore. Se già in età repubblicana i magistrati giusdicenti facevano capo per consiglio ai giuristi piú illustri del tempo (v. *infra* nt. 30), in questa età è evidente che essi fecero capo sopra tutto ai giureconsulti favoriti con il *ius respondendi*.

[24] La terminologia « *ius honorarium* » (o anche « *ius praetorium* ») è attestata solo per il periodo del principato. Non è un caso. Solo in questo periodo le regole di giudizio e, piú in generale, i principî scaturiti dalla prassi giurisdizionale del pretore, *viva vox iuris civilis*, assunsero chiaramente, nella considerazione della giurisprudenza, consistenza di *ius*: v. GUARINO (nt. 3) 160 ss.

[25] GUARINO (nt. 1) n. 208 e 209. Ampio quadro della *cognitio extra ordinem* in materia privatistica in KASER (nt. 17) 339 ss.

[26] Per una esemplificazione v. GUARINO (nt. 1) n. 202-204, 213.

[27] V. *retro* nt. 7. La politica di Adriano fu sostanzialmente seguita dai suoi successori, a cominciare da Antonino Pio. Ne danno prova le numerose costituzioni citate dai giuristi dell'epoca o di cui abbiamo altrimenti notizia.

Il sistema piú elementare era quello che chiameremo « decretale », cioè della decisione caso per caso, sotto la spinta di una valutazione realistica di *aequitas*, di adottare una regola di giudizio parzialmente o totalmente nuova rispetto ai principî civilistici vigenti: sistema particolarmente opportuno là dove la fattispecie da risolvere addirittura non fosse prevista dal *ius civile*, né fosse ad esso riconducibile col procedimento dell'integrazione analogica [28]. Era il metodo piú semplice, certo, ma il meno raccomandabile per la tranquillità politica del magistrato, il quale, per quanto validi potessero essere stati i suoi motivi di fondo, si esponeva alla facile accusa di aver tradito la sua funzione. Deve ritenersi pertanto che, al piú, i magistrati vi ricorressero per interventi innovativi *magis imperii quam iurisdictionis* e per la *denegatio actionis*, la quale ultima si risolveva, in fondo, solo in un rinvio della causa ad un momento successivo o, piú spesso, in una rimessione tacita alla responsabilità del magistrato che sarebbe sopravvenuto l'anno seguente [29].

Molto piú cauto e affidante, sia per il magistrato che per la comunità, era il sistema che chiameremo « edittale ». Di fronte al caso nuovo da risolvere, il magistrato, sempre che non vi fossero peculiari ragioni di urgenza, faceva capo per consiglio ai giureconsulti del suo « entourage », di cui difficilmente ometteva di circondarsi [30], e stabiliva in astratto, mediante un pubblico *edictum*, il criterio nuovo, e conforme all'*aequitas*, in base al quale si riprometteva di impostare la soluzione non solo del caso a lui sottoposto, ma di ogni caso dello stesso tipo che potesse essergli prospettato durante l'anno di carica. Si è parlato per tale ipotesi di *edictum repentinum*, ma non è a credere che il magistrato si risolvesse ad emanarlo « *stans pede in uno* ». I rinvii della causa

[28] V., in proposito, A. METRO, *La « lex Cornelia de iurisdictione » alla luce di Dio Cass. 36.40.1-2*, in *Iura* 20 (1969) 508 s., il quale esattamente osserva che di *decretum* in tanto si parla esplicitamente nelle fonti, in quanto lo si voglia contrapporre ad *edictum*. La giurisdizione « decretale » va, pertanto, ben al di là delle ipotesi espresse di *decretum* ed è da ravvisare in tutte le decisioni prese dal magistrato non in applicazione di un principio pregresso (ed in ispecie di un *edictum*), ma in assenza di principî precostituiti o in deroga agli stessi.

[29] Sulla *denegatio actionis* v. A. METRO, *La « denegatio actionis »* (1972), specialm. 140 ss., che peraltro attribuisce, a mio avviso, eccessiva importanza all'intervento della *lex Cornelia de edictis* (su cui *infra* nt. 36).

[30] Per tutti, F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana* (tr. it. 1968) 102 ss., il quale si spinge a dichiarare: « è fuori dubbio, sebbene sembri non esservi prova diretta, che i veri autori degli editti pretorio, edilizio e provinciale furono i giureconsulti ».

vi erano anche per questo [31] e il giusdicente aveva perciò tutto il tempo di prendere, « *ex informata conscientia* », le sue decisioni di principio [32].

Con tutto ciò, è assai improbabile che gli *edicta repentina* abbondassero. Di regola il « sistema edittale » si concretava in editti proclamati dal magistrato all'inizio dell'anno di carica: editti da valere per tutto l'anno ed appunto perciò, in riferimento al fatto di essere destinati a coprire tutto il periodo magistratuale, denominati talvolta, forse, *perpetua edicta* [33].

5. — La prassi degli editti annuali era, oltre tutto, la piú ragionevole, perché si inquadrava nell'uso dei magistrati di annunciare all'inizio del periodo di carica il « programma » di massima cui la loro amministrazione sarebbe stata informata, e si rapportava altresí all'ovvia esigenza che questa « piattaforma » fosse ancor prima preannunciata e discussa convenientemente già in sede di propaganda elettorale [34].

[31] Sul rinvio della causa, e in particolare sul *vadimonium*, v. KASER (cit. *retro* nt. 17) 167 ss.

[32] La terminologia *edictum repentinum*, usuale in dottrina, non è romana (ma v. Cic. *Verr.* 2.3.14.36): essa è stata coniata per contrapposizione alla terminologia *edictum perpetuum* (su cui *infra* nt. 33). Il concetto non è inteso in modo conforme dalla dottrina. Molti lo limitano al fatto che l'*edictum repentinum* non era *perpetuum*, ma era emesso nel corso dell'anno ed in relazione ad un problema giurisdizionale imprevisto sollevato da un caso singolo: il che implica che l'*edictum repentinum* possa essere confuso col *decretum* (v., ad esempio, M. LAURIA, *Iurisdictio*, in *St. Bonfante* [1930] 2.512 s.). L'*edictum*, sia pur *repentinum*, si differenziava invece dal *decretum* perché non era indirizzato alle parti in causa, ma al pubblico, sicché poneva, sia pure in occasione di un caso specifico, un principio di carattere generale: v. METRO (nt. 28) 507 ss.

[33] Il mio « forse » si riferisce alla denominazione degli editti annuali come *perpetua* in età preclassica: denominazione che, per quanto risulta dalle fonti (peraltro scarsissime) di cui disponiamo, non era usata, o comunque doveva essere assai poco diffusa. La distinzione tra *edicta perpetua* ed *edicta repentina*, insomma, sempre in età preclassica, era piuttosto fondata sulla sostanza, che non sulla terminologia. V. però *infra* nt. 36. Sul significato di *perpetuus*, sopra tutto nelle fonti giuridiche, v. F. HERNANDEZ TEJERO, *Perpetuus*, in *AHDE.* 19 (1948-49) 593 ss.

[34] Quadro assai ampio di editti magistratuali (anche non *de iurisdictione*, per dirla con Pomp. D. 1.2.2.44) in E. DE RUGGIERO, sv. *Edictum*, in *DE.* 2.3 (1910) 2085 ss. Per i magistrati non giusdicenti e per le materie estranee alla *iurisdictio*, si trattava prevalentemente di *edicta repentina* (es.: di convocazione dei comizi) per il fatto che i programmi politici (nei limiti in cui potevano essere ritenuti in qualche modo vincolanti) trovavano piú acconcia espressione nelle *contiones* elettorali, mentre talune altre materie (si pensi alle *quaestiones perpetuae*), essendo tassativa-

In astratto, i magistrati romani, una volta entrati in carica, potevano fare il bello e il cattivo tempo, ma proprio acché questo astratto non si riversasse, alla resa concreta, in spiacevoli conseguenze quanto meno di lotte politiche e di *intercessiones*, i Romani esigevano dai candidati che annunciassero preventivamente i modi in cui intendessero fare uso dei loro poteri discrezionali [35]. Non si trattava di programmi giuridicamente vincolanti, né si trattava di programmi che non potessero essere integrati o modificati da *edicta repentina* o da decisioni decretali. Ma che per i magistrati giusdicenti l'uso dominante fosse quello degli *edicta perpetua* è indirettamente confermato dal fatto che solo agli *edicta perpetua* (o comunque annuali) sembra essersi riferita la *lex Cornelia* del 67 a. C. nell'esigere (a titolo sia pure eminentemente esortativo) *ut praetores ex edictis suis perpetuis ius dicerent* [36].

mente regolate da *legs publicae*, si sottraevano alla possibilità di una predisposizione programmata edittale da parte del magistrato.

[35] Esempio tipico, e notissimo, è l'editto preparato da Cicerone per l'esercizio del governatorato in Cilicia: *infra* nt. 60-61. D'altra parte, l'uso degli *edicta* non escludeva del tutto la possibilità di comportamenti arbitrari dei magistrati di fronte a situazioni concrete, quindi non escludeva la possibilità delle *intercessiones* (sopra tutto di colleghi o di *tribuni plebis*) volte a bloccare gli arbitrî. Un caso famoso è quello della pretura urbana di Verre nel 74 a.C., su cui Cic. *Verr.* 2.4.25.56, ps. Ascon. *Verr.* 2.1.19 (Stangl 250), ma sopra tutto Cic. *Verr.* 2.1.46.119: ... (*Verres*) *tum vero in magistratu contra illud ipsum edictum suum sine ulla religione decernebat. itaque L. Piso multos codices implevit earum rerum in quibus ita intercessit, quod iste aliter atque ut edixerat decrevisset*... Le *intercessiones* del pretore L. Calpurnio Pisone Frugi contro il collega non sembrano motivate, stando a questo passo, dal fatto che Verre *aliud edixit, aliud decrevit*, ma piuttosto dal fatto che egli pose in atto le sue decisioni, derogatorie delle promesse edittali, *sine ulla religione*: v., da ultimo, METRO (nt. 28) 501 s. e 502 nt. 12.

[36] Della *lex Cornelia de edictis praetorum* parlano solo due autori « letterarii » di età posteriore: Asconio e Dione Cassio. Asconio (*in Cornel.* 1, Stangl 48) dice che una tra le *leges* proposte dal *tribunus plebis* C. Cornelio (una *lex* che era dunque, piú precisamente, un *plebiscitum*) ebbe per scopo *ut praetores ex edictis suis perpetuis ius dicerent*. La proposta passò, *etsi nemo repugnare ausus est, multis tamen invitis*; ed è comprensibile, perché essa spuntò le unghie ai pretori che usavano *dicere ius* secondo le esigenze delle proprie ambizioni politiche anziché in base a criteri prefissati in astratto (*quae res cunctam gratiam ambitiosis praetoribus, qui varie ius dicere assueverant, sustulit*). Dione Cassio (36.40.1-2), premesso che i pretori (οἱ στρατηγοί) esercitavano la *iurisdictio* sulla traccia dei principî fissati nei loro editti, scrive che, siccome andò a finire che essi quei principî non li formulavano una volta per tutte (ἐσάπαξ), né vi si attenevano pur dopo averli predisposti, anzi spesso variavano i principî edittali e frequente-

È assai probabile che prima della citata *lex Cornelia* i magistrati giusdicenti, e in particolare i pretori urbano e peregrino, siano stati piuttosto disordinati e tumultuosi nell'emanazione degli editti annuali, ma è da presumere che dopo di allora, ed anche indubbiamente per effetto dell'esortazione proveniente dal plebiscito rogato dal tribuno C. Cornelio [37], gli editti annuali si siano rapidamente avviati ad una sorta

mente informavano le loro decisioni a considerazioni di favoritismo o di persecuzione, C. Cornelio propose che i pretori preannunziassero le direttive della loro amministrazione giudiziaria sin dall'inizio della carica e poi non si discostassero dalle stesse per nessuna ragione: ἐσηγήσατο κατ' ἀρχάς τε εὐθὺς αὐτοὺς τὰ δίκαια οἷς χρήσονται προλέγειν, καὶ μηδὲν ἀπ' αὐτῶν παρατρέπειν. Fermo restando il dubbio che la *lex Cornelia* non parlasse di *edicta perpetua* (la terminologia andrebbe perciò ascritta al sec. I d.C., ove compare anche nella legge sul *collegium aquae* di CIL. 6.2.10298 r. 22: cfr. BRUNS - GRADENWITZ, *Fontes* 1.394 ss.), è tuttavia sicuro che essa faceva riferimento proprio agli *edicta* emanati dai pretori all'inizio dell'anno e in relazione a tutta la durata della carica, non agli *edicta repentina*: quindi essa esortava i pretori (non gli altri magistrati giusdicenti) sia, per implicito, a non trascurare la formulazione a inizio d'anno di tutto quanto il loro programma giurisdizionale, sia, per esplicito, ad attenersi a quei programmi nelle decisioni concrete prese durante l'anno (v. anche *infra* nt. 38). Vietò la *lex Cornelia*, per conseguenza, gli *edicta repentina*? Il METRO (nt. 28) cerca di sostenerlo, specialm. 507 ss., facendo leva sulle parole di Dione Cassio, ma con argomentazione, a mio avviso, sforzata ed estremamente discutibile (fra l'altro, egli è costretto ad affermare, poco credibilmente, che gli *edicta repentina* posteriori al 67 a.C. di cui abbiamo notizia non erano strettamente, tecnicamente « giurisdizionali », pur se erano pretorii). La conclusione del Metro è che la legge Cornelia non si preoccupò delle decisioni decretali del pretore (anche se innovative o derogatorie), ma solo degli editti repentini. A me sembra chiaro, invece, che la *lex Cornelia* volle combattere proprio la prassi sconveniente dei *decreta* contrari agli *edicta*, mentre non vietò affatto ai pretori di integrare o anche di modificare gli editti di entrata in carica (i cosí detti *edicta perpetua*) con successivi *edicta repentina* di pari valore generale: v. GUARINO (nt. 1) n. 143. Ancor meno credibile di quella del Metro è la tesi del SERRAO (nt. 18), specialm. 154, secondo cui *ex lege Cornelia* ai pretori fu inibito sia di ricorrere a soluzioni decretali, sia di emanare *edicta repentina*: v., in senso contrario al Serrao (ma anche, per quanto riguarda le soluzioni decretali, in senso contrario a se stesso), METRO 517 ss. Tralascio qui ogni discussione sull'editto « *quod quisque iuris* » (cfr. Ulp. D. 2.2.1.1), su cui v. METRO 519 ss.

[37] Il senso politico del plebiscito Cornelio, pur stando al poco che dicono in proposito Asconio e Dione Cassio, è abbastanza evidente. Non si trattò di regolamentare « *ex novo* » e in termini tassativi la materia dell'amministrazione giudiziaria dei pretori (per il che sarebbe stata di gran lunga piú appropriata, forse addirittura costituzionalmente necessaria, una *lex centuriata*), ma si trattò di invitare i pretori, in un momento in cui la crisi della *libera respublica* era giunta al

di « stabilizzazione »: ad una stabilizzazione nel senso che assai difficilmente i magistrati subentranti rinnegavano, come pure era formalmente nei loro poteri, gli editti dei magistrati uscenti e che piuttosto essi si limitavano ad integrarli con nuovi editti (eventualmente anche con editti derogatori) di cui la coscienza sociale, e quale interprete accreditata della stessa la giurisprudenza, avesse insistentemente manifestato il bisogno [38]. E che l'editto annuo proprio in quel torno di tempo abbia preso una decisa inclinazione a diventare *edictum tralaticium* trova conferma nel fatto che Servio Sulpicio Rufo prima, poi (piú distesamente e organicamente) Aulo Ofilio dedicarono, a quanto pare, commenti all'editto pretorio [39], mentre Cicerone del pari allude, sia nell'accusa *in Verrem* che nelle lettere ad Attico intorno al suo editto di governatore in Cilicia, ad un nucleo stabile tanto dell'editto urbano che degli editti provinciali [40].

suo culmine, a comportarsi, nell'interesse dei cittadini (di cui i *tribuni* si professavano i tutori), con maggiore responsabilità, coerenza e correttezza, facendo balenare ai loro occhi la possibilità dell'*intercessio* tribunizia. Ciò posto, non deve stupire se la legge Cornelia non fu sempre puntualmente applicata, né deve dirsi, come alcuni fanno (cfr. P. KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Litteratur des römischen Rechts*[2] [1912] 34 nt. 7), che forse la *lex Cornelia* andò successivamente in desuetudine.

[38] Sempre nella linea di interpretazione politica disegnata *retro* nt. 37, la *lex Cornelia* può essere, in certo modo, anche additata come quella che dette il primo spunto alla formazione dell'*edictum perpetuum* nel senso di editto tralatizio da un pretore all'altro. La società in trasformazione aveva bisogno di nuovi regolamenti, ma di nuovi regolamenti che avessero approssimativamente le stesse caratteristiche di stabilità nel tempo dei principî del *ius civile* e delle leggi del *ius publicum*. Dato che, per i motivi già dianzi indicati, solo i magistrati giusdicenti erano in grado di soddisfare in qualche misura questo bisogno di diritto, ecco che i *tribuni plebis*, magistrati di competenza rigorosamente cittadina, si rivolgono ai massimi giusdicenti di competenza cittadina, i *praetores*, per esortarli a far buon governo dei loro poteri discrezionali nel creare nuovi, ma adeguati e stabili, regolamenti giuridici.

[39] A Servio si attribuiscono 2 *libri ad Brutum* sull'*edictum praetoris*: cfr. KRÜGER (nt. 37) 68 e nt. 34, con citazioni ivi. Di Ofilio parla Pomp. D. 1.2.2.44, in un testo che esamineremo *infra* sub nt. 52. Che nel 52 a.C. l'*edictum praetoris* fosse già qualcosa di molto consistente risulta da Cic. *de leg.* 1.5.17: *non ergo a praetoris edicto, ut plerique nunc, neque a XII tabulis, ut superiores, sed penitus ex intima philosophia hauriendam iuris disciplinam putas.*

[40] Sull'editto cilicio v. *infra* nel testo e nt. 59 ss. In ordine all'editto pretorio cfr. specialm. Cic. *Verr.* 2.1.42.109 (*Qui plurimum tribuunt edicto praetoris edictum legem annuam dicunt esse rell.*), 2.1.43.112 (*tu ipse ex Siciliensi edicto hoc sustulisti; voluisti ex improviso, si quae res nata esset, ex urbano edicto*

È chiaro, in altri termini, o almeno sembra, che nell'ultimo cinquantennio a. C. un « testo-base » degli editti magistratuali si era ormai costituito secondo un processo, a cosí dire, alluvionale, e tuttora aperto, beninteso, a nuovi incrementi.

6. — Come fossero ordinati entro il « testo-base » gli editti giurisdizionali al tramonto della *libera respublica* non lo sappiamo nemmeno alla lontana perché troppo poco, per non dir nulla, ci è rimasto dei commenti che ad esso furono dedicati dai giuristi e troppo vaghi sono i riferimenti ad essi che si leggono, si è detto, in Cicerone. La dottrina è, comunque, unanime nel ritenere che il « testo-base » fosse iscritto in ogni anno sull'*album* ligneo dei magistrati [41] e che, sempre a cura dei magistrati, il « testo-base » ordinasse gli *edicta* e le *formulae* delle *actiones* secondo una sistematica molto rudimentale piú o meno corrispondente, *in nuce*, alla sistematica che possiamo desumere dai commenti edittali (di gran lunga posteriori) di Ulpiano e di Paolo, di cui molto ci è stato, per nostra fortuna, tramandato dai *Digesta* giustinianei [42]. E siccome, secondo una leggenda quasi totalitariamente accettata [43], si ritiene che sotto Adriano si sia proceduto ad una codificazione definitiva e immutabile dell'editto (*edictum* al singolare, da intendersi come « testo-base »), ecco che perciò si parla, sempre in dottrina, di un « editto adrianeo » e, in contrapposto, di un piú o meno diverso e variabile « editto preadrianeo », del cui piú preciso schema, e delle cui variazioni nel tempo, peraltro parecchio si discute [44].

Facile congettura, ma, a meglio riflettere, alquanto avventata, perché parte dal presupposto che veramente si sia pubblicato sugli albi magistratuali, ogni anno, un testo completo di tutto il programma sulla base del quale si sarebbe mosso ciascun magistrato giusdicente [45]. Ora, prescindendo per il momento dalla pretesa codificazione adrianea, non

decernere rell.), 2.1.45.117 (*...item ut illo edicto de quo ante dixi in Sicilia de hereditatum possessionibus dandis edixit idem quod omnes Romae praeter istum*).

[41] *Amplius* KRÜGER (nt. 37) 43 e nt. 50-53.

[42] V. *infra* cap. VI.

[43] V. *infra* nt. 108-109.

[44] Cfr. E. WEISS, *Vorjulianische Ediktsredaktionen*, in *ZSS*. 50 (1930) 249 ss., e citazioni ivi.

[45] In questo senso è ancora GUARINO (nt. 1) n. 143. Senza voler entrare in calcoli troppo minuziosi, si guardi all'editto (cosí detto « adrianeo ») ricostruito (solo in parte) dal LENEL (v. *infra* nt. 110) e si cerchi di immaginare la estensione in metri (o ettometri?) quadrati che avrebbe dovuto avere l'albo per accoglierlo.

mi pare che vi siano seri indizi in questo senso, anzi mi pare che vi sia qualche serio indizio in senso discorde. Non mi farò troppo forte del rilievo pratico che, se l'*album* avesse veramente riportato tutti gli editti e le formule inerenti alla giurisdizione del magistrato (si pensi solo alle *innumerabiles eius modi aliae formulae* che *in albo proponuntur*, di Gai 4.46), esso sarebbe dovuto essere sempre piú smisurato di anno in anno[46]. Ma nemmeno tacerò due osservazioni: primo, che il delitto di *album corruptum* non consisteva affatto, come pur generalmente si ritiene, nell'alterazione dolosa del presunto albo complessivo, ma era limitato alla dolosa corruzione di ciò che il magistrato avesse concretamente proposto in albo, in relazione al proprio anno di carica, per la presa di conoscenza da parte dei destinatari[47]; secondo, che l'*editio*

[46] Gai 4.46 è relativo alle *actiones in factum*. Non vi è dubbio che, parlando di *innumerabiles formulae* proposte nell'albo, il giurista si lasci trasportare dall'enfasi, ma non può esservi nemmeno dubbio, io credo, che la locuzione *in albo proponere* (*proponi*) abbia, nel linguaggio gaiano, un valore puramente di stile. Le « innumerevoli » formule *in albo praepositae* sono in realtà, per Gaio, tutte le formule che via via sono pervenute a conoscenza dei soggetti giuridici attraverso una *propositio in albo*, anche se ormai figurano, fuori dall'albo, solo nelle raccolte giurisprudenziali.

[47] Cfr. D. 2.1.7 pr. (Ulp. 3 *ed.*): *Si quis id, quod iurisdictionis perpetuae causa, non quod prout res incidit, in albo vel in charta vel in alia materia propositum erit, dolo malo corruperit: datur in eum quingentorum aureorum iudicium, quod populare est*. L'intervento giustinianeo è sicuramente ravvisabile nella sostituzione di *aureorum* a *milium sestertiorum*, ma altre alterazioni sostanziali (giustiniance o pregiustinianee) non mi sembra che vi siano: v. invece F. CASAVOLA, *Studi sulle azioni popolari romane. Le « actiones populares »* (1958) 149 ss. e nt. 2, con letteratura precedente, nonché, da ultimo, METRO (nt. 28) 515 ss. Bisogna tener presente che il testo non riproduce l'editto *de albo corrupto*, di cui ignoriamo l'epoca di prima introduzione, ma ne è una parafrasi ed una interpretazione scritta da Ulpiano a cavallo tra il II e il III sec. d.C., quando ormai l'editto era *perpetuum* nel senso di stabilizzato e praticamente immutabile (v. *infra* cap. III e nt. 93): possono ben essere e sono di Ulpiano, pertanto, sia la precisazione restrittiva (che il delitto va riferito a ciò che si sia pubblicato *iurisdictionis perpetuae causa* e non a ciò che sia stato pubblicato per finalità diverse: *prout res incidit*), sia, per converso, la estensione della fattispecie dalla corruzione dolosa dell'*album* a quella della *charta* e di ogni altro materiale scrittorio da cui l'editto risultasse (né convince, quanto al primo punto, la tesi del METRO 516 s., secondo cui il delitto era limitato, per effetto dell'antica *lex Cornelia*, alla corruzione dell'editto annuale, con esclusione della *corruptio* degli *edicta repentina*: oltre tutto, se fosse vero che la *lex Cornelia* vietò gli editti repentini, non si capirebbe perché Ulpiano ne abbia fatto parola). Tanto precisato in ordine ad Ulpiano ed al suo tempo, è possibile ipotizzare, nei limiti del ragionevole, il contenuto dell'editto

actionis iniziale (o addirittura pregiudiziale) cui era tenuto nei confronti della controparte chi si proponesse di convenirla in giudizio, non si attuava solo portando l'avversario davanti all'albo per indicargli la via giudiziaria preferita, ma si attuava, piú in generale, albo a parte, nella comunicazione all'avversario del mezzo giudiziario (eventualmente del tutto nuovo) prescelto [48].

Se si tiene presente che anche dei formulari delle *legis actiones*

de albo corrupto cosí come esso si mostrava agli occhi dei tre giuristi (Ulpiano, Gaio, Paolo) dei cui commenti è rimasta traccia nei *Digesta* (D. 2.1.7, 8, 9; 47.23.4, cfr. Paul. 1.13*a*.3)? Io penso, con la « *communis opinio* », che si possa accogliere la ricostruzione corrente (LENEL, *EP*.[3] § 7): *Si quis id, quod iuris dicundi causa in albo propositum erit, dolo malo corruperit, (in eum quingentorum milium sestertiorum iudicium populare dabo)*. Questa ricostruzione non ci aiuta a stabilire l'epoca di introduzione dell'*edictum* (che fisseremo nel sec. I a.C. a titolo meramente congetturale, anche basandoci sulla citazione di Labeone in D. 2.3.1.1), ma ci permette di intuire la *ratio* della disposizione edittale: la quale non fu emessa a tutela della *maiestas praetoris* (in tal caso il delitto sarebbe dovuto sussistere anche nell'ipotesi di *corruptio* fatta *ante propositionem* e *dum proponitur*: v. invece D. 2.1.7.2, su cui CASAVOLA 150), ma fu formulata a tutela dell'interesse che il « *quivis de populo* » aveva a prendere notizia esatta di ogni nuovo editto giurisdizionale che lo potesse riguardare. Come ho rilevato altrove (*SDHI*. 8 [1942] 336), le disposizioni edittali, diversamente da quelle legislative, non potevano essere conosciute dai cittadini se non dal momento della loro pubblicazione sull'albo, ma questo non significa che dovessero restare affisse in eterno.

[48] Tralascio ogni discussione sul punto dell'*editio actionis* e mi limito a rinviare all'autore che si è piú recentemente occupato dell'istituto: M. LEMOSSE, « *Editio actionis* » *et procédure formulaire*, in *Labeo* 21 (1975) 45 ss. (ivi bibliografia essenziale; ma v. anche GUARINO, « *Solutio societatis* », in *Labeo* 14 [1968] 161 ss., dalle cui conclusioni non ritengo di dovermi discostare). Il testo da considerare è D. 2.13.1 pr. e 1 (Ulp. 4 *ed*.): *Qua quisque actione agere volet, eam edere debet* ... (?). *Edere est etiam copiam descrivendi facere* ... *eum quoque edere Labeo ait, qui producat adversarium suum ad album et demonstret* (*iudicium*), *quod dictaturus est* ... Dunque: chi ha intenzione di promuovere un giudizio contro un altro, deve fare l'*editio actionis*, alla quale si procede in vari modi, e cioè: *a*) in un modo che dall'edizione giustinianea del frammento di Ulpiano piú non risulta (ma l'*etiam* successivo dimostra che Ulpiano deve averne parlato: probabilmente si trattava della consegna del testo scritto dell'azione prescelta); *b*) oppure nel permettere all'avversario di prendere appunti sulla base di una comunicazione verbale; *c*) oppure, secondo Labeone, nel portare l'avversario davanti all'albo e nell'indicargli il *iudicium* che si intendesse *dictare* in sede di *litis contestatio*. Come si vede, il *producere adversarium ad album* non è né il solo, né il primo e piú ovvio tra i modi di *editio actionis*: al contrario, ha tutta l'aria di essere una modalità poco usata, che è stata escogitata, a titolo di complemento logico della gamma di possibilità, da Labeone.

non era mai esistito un testo ufficiale, ma erano state ritenute sufficienti autorevoli raccolte giurisprudenziali [49], non deve stupire la conclusione che, senza escludere la possibilità di qualche magistrato che veramente abbia riversato tutto l'editto nell'albo [50], la prassi dominante fosse nel senso di pubblicare nell'*album* solo gli editti di nuova confezione, o innovatori rispetto ad editti piú antichi, mentre per il resto ci si affidava largamente alla tradizione privata, ed in ispecie a quella giurisprudenziale. In questa prospettiva acquista un valore indiziario notevole la notizia di Pomponio in ordine ad Aulo Ofilio (il quale, se rimase *eques* tutta la vita, evidentemente non fu mai pretore) [51], secondo cui questo giurista, contemporaneo di Cesare e Cicerone, *de iurisdictione . . . edictum praetoris diligenter composuit* [52].

7. — Prima di continuare lungo questa strada, identifichiamo sommariamente gli editti giurisdizionali dell'ultima età repubblicana.

In primo luogo si offrono alla nostra attenzione i due editti del pretore urbano e del pretore peregrino. Questi editti erano certamente distinti tra loro, in considerazione del fatto che distinte erano le *provinciae* dei due magistrati [53]; tuttavia essi erano anche in parte tra loro coincidenti nel contenuto, visto che il *praetor urbanus* aveva adottato *inter cives* molti istituti della *iurisdictio peregrina* e visto che, dal suo canto, il *praetor peregrinus* poteva essere richiesto di esercitare giustizia, almeno in certi casi, anche *inter cives* [54]. Nessuno è in grado di escludere che i due testi edittali si sviluppassero ciascuno per suo conto, con clausole solo talvolta identiche in ambedue, ma è piú ragionevole congetturare che l'uno editto rinviasse all'altro là dove le clausole introdotte dall'altro sembrassero accoglibili senza modifiche nel primo [55].

[49] A cominciare dal famoso *ius Flavianum*: GUARINO (nt. 1) n. 66 e 127.

[50] È il caso dell'editto di Cicerone per la provincia Cilicia, su cui v. *infra* nt. 60-61.

[51] Cfr. Pomp. D. 1.2.2.44 e W. KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*² (1967) 29 s. Da ultimo: F. D'IPPOLITO, *I giuristi e la città* (1978) 93 ss., spec. 102 ss.

[52] Cfr. Pomp. D. 1.2.2.44 e GUARINO (nt. 1) n. 154. Sul testo di Pomponio v. KRÜGER (nt. 37) 68 nt. 41.

[53] Sulla *sortitio provinciarum* relativamente ai pretori v. GUARINO (nt. 1) n. 107.

[54] V. *retro* n. 2.

[55] In tal senso SERRAO (nt. 18) 18 ss. e *passim*, sia pure per il periodo successivo alla *lex Aebutia*.

Quindi i due testi erano probabilmente coordinati tra loro, anche senza pervenire con ciò ad una vera e propria connessione sistematica [56].

Unico doveva essere invece, con tutta verosimiglianza, l'editto degli edili curuli, che aveva riferimento alla stessa materia e che nasceva necessariamente da un accordo tra i due magistrati attraverso il giuoco delle *intercessiones* che ciascuno poteva opporre al collega [57].

Infine, quanto agli editti provinciali, è piú evidente che per ogni altro caso che essi dovessero essere distinti tra loro a seconda delle province, e Gaio ci fa inoltre sapere che per ogni provincia senatoria (le sole che vi fossero in età repubblicana) gli editti erano piú propriamente due, quello del governatore (corrispondente grosso modo agli editti pretori) e quello dei suoi questori (corrispondente grosso modo all'editto edilizio) [58]; tuttavia è pensabile che in pratica gli editti (governatoriali e questorî) delle singole province non fossero radicalmente indipendenti, e quindi diversi, tra loro. Stando al già citato Cicerone (che amava atteggiarsi in ogni cosa ad originale, ma che tutti sanno essere stato nel fondo, e in ogni cosa, un conformista), è lecito ritenere che non il suo soltanto, ma ciascun editto governatorio [59] fosse distinto in due parti: una prima parte di *genus provinciale*, relativa alla peculiare amministrazione della specifica provincia e quindi informata alle disposizioni della *lex provinciae*, alle direttive del senato ed anche, in subordine, al programma personale del governatore [60]; una seconda parte di sostanziale riproduzione, o addirittura di rinvio agli editti cittadini, per tutto ciò che attenesse a conflitti *inter cives*, *inter cives et peregrinos*, *inter peregrinos* [61].

[56] Cosí, certamente, sul finire dell'età repubblicana: v. SERRAO (nt. 18) 139 ss.

[57] Cfr. G. IMPALLOMENI, *L'editto degli edili curuli* (1955). Naturalmente ciascun edile era libero, in teoria, di emanare singoli editti senza tener conto del parere del collega.

[58] Cfr. Gai 1.6, su cui *infra* n. 9.

[59] Il nostro discorso vale, evidentemente, anche per gli editti dei questori provinciali.

[60] *Amplius* sul tema: G. PUGLIESE, *Riflessioni sull'editto di Cicerone in Cilicia*, in *Synt. Arangio-Ruiz* (1964) 972 ss.; R. MARTINI, *Ricerche in tema di editto provinciale* (1969) 33 ss.; GUARINO, *Gaio e l'« edictum provinciale »*, in *Iura* 20 (1969) 154 ss.

[61] Cic. *ad Att.* 6.1.15: ... *Breve autem edictum est propter hanc meam* διαίρεσιν *quod duobus generibus edicendum putavi, quorum unum est provinciale, in quo est de rationibus civitatum, de aere alieno, de usura, de syngraphis, in eodem omnia de publicanis; alterum quod sine edicto satis commode transigi*

Non solo, dunque, gli editti provinciali erano anche essi largamente tralatici, ma per gran parte essi, causa l'aderenza loro al modello degli editti urbani [62], erano praticamente identici. Né può seriamente credersi che lo stesso *genus provinciale* variasse in modo radicale da una provincia all'altra, se si tiene presente l'influenza pressante esercitata dal senato sui governatori e la politica di stretta coordinazione tra le amministrazioni provinciali che il senato curò sempre di mettere in opera [63].

III. La progressiva formazione dell'« edictum perpetuum ».

8. — Dato che nella sua prima fase (la fase « augustea ») il principato rispettò formalmente (e in certo senso anche sostanzialmente) il potere giurisdizionale dei magistrati repubblicani [64], è ovvio che in quella stessa fase, quanto meno sino a tutto il principato dei Flavi, la situazione degli *edicta* giurisdizionali si sia conservata sostanzialmente identica a quella ch'essa era sul tramonto della *libera respublica* [65], sia pure con una sempre piú marcata tendenza degli editti stessi a sclerotizzarsi, cioè a rimaner tali e quali e ad accrescersi in sempre minor misura di clausole nuove.

Il quadro della fase augustea non sarebbe peraltro completo, se si tacesse del profilarsi in essa di un nuovo tipo (o, se si vuole, di un

non potest, de hereditatum possessionibus, de bonis possidendis, vendendis, magistratis faciendis, quae ex edicto et postulari et fieri solent; tertium de reliquo iure dicundo ἄγραφον *reliqui. dixi me de eo genera mea decreta ad edicta urbana accomodaturum*. Dunque: una prima parte è di *genus provinciale*; una seconda parte, di *genus* non *provinciale*, si riduce a poche clausole espresse; mentre tutto il resto non è scritto perché il governatore ha annunciato (*dixi*, da intendere nel senso di *edixi*) che acconcerà le sue decisioni di specie (*decreta*) ai due editti cittadini (quello del pretore urbano e quello del pretore peregrino).

[62] Non a caso Gai 1.6 dice che *amplissimum ius* (*edicendi*) *est in edictis duorum praetorum*, con allusione alla vastità della sfera di interessi, alla ricchezza del patrimonio di previsioni e di mezzi giuridici di quei due editti. D'altra parte, sarebbe stato sommamente iniquo che il *ius honorarium* variasse dall'una all'altra provincia e nel confronto tra le province e l'*urbs*: è la tematica delle Verrine di Cicerone.

[63] Per tutti, Guarino (nt. 1) n. 102.

[64] V. *retro* nt. 7.

[65] V. *retro* n. 5.

sottotipo) di *edictum* provinciale: l'editto dei *legati Augusti pro praetore*, e di ogni altra sorta di rappresentanti del *princeps*, nelle *provinciae Caesaris*, a cominciare dall'Egitto[66]. In queste province, affidate alle dirette cure del *princeps* e da questi a sua volta confidate a persone di sua stretta fiducia, gli editti questorî non vennero piú emanati[67], ma vennero pur sempre emanati gli editti governatoriali, i quali molto probabilmente recepirono in se stessi anche le materie regolate in Roma dall'editto edilizio, oppure allo stesso fecero rinvio[68]. La tendenza alla conformità, almeno tra questi editti, si accrebbe di molto anche riguardo alle materie di *genus provinciale*, perché è chiaro (e provato) che la direzione unitaria del *princeps* sulle province a lui attribuite si faceva assai fortemente sentire e perché, d'altro canto, i *legati Augusti pro praetore* erano sforniti di un *ius edicendi* loro proprio[69].

Forse nelle *provinciae Caesaris* avvenne qualcosa di piú: il ritmo annuale della pubblicazione o della conferma pubblica degli editti provinciali non fu piú rigidamente rispettato, dal momento che l'*imperium* provinciale del *princeps* era di durata ultra-annale[70]. E forse anche qualcosa del genere, pur se su scala piú limitata e con maggior lentezza, dovette cominciare a verificarsi, sempre nella fase augustea del principato, anche per le province senatorie, i cui governatori erano allora nominati annualmente dal *senatus*, ma venivano spesso confermati

[66] Per tutti, GUARINO (nt. 1) n. 181 e 190.

[67] Gai 1.6, dopo aver parlato correttamente degli *edicta* degli edili curuli, dice che *hoc edictum* non viene proposto nelle province imperiali. Ciò è perché Gaio passa a riferirsi al « tipo » di editto cui corrispondono gli editti edilizi.

[68] Il MARTINI (nt. 60) 138 ss., contesta l'esattezza di Gai 1.6 (e ne sostiene pertanto l'alterazione postclassica) per il fatto che l'editto degli edili curuli sarebbe richiamato proprio da alcuni documenti provenienti da province imperiali. V. tuttavia GUARINO (nt. 60) 161 s.

[69] Lo si deduce dal fatto che di proprio *ius edicendi* mancavano i *legati proconsulis* nelle province senatorie: cfr. Q. Muc.-Pomp. D. 1.16.13 e, sul punto, M. A. DE DOMINICIS, sv. *Legati*, in *NNDI.* 9 (1963) 594 ss., con bibliografia. Si noti, a tal proposito, che Gai 1.6 parla genericamente di un *habere iurisdictionem* dei *praesides provinciarum*, implicando che, oltre ai *praesides* titolari di un *ius edicendi* (i *proconsules*), vi fossero *praesides* che la *iurisdictio* non l'esercitavano in proprio (i *legati senatus* e i *legati Caesaris*): GUARINO (nt. 60) 162 s. e nt. 39. Naturalmente la regola era passibile di eccezioni, nel senso che poteva anche darsi che un *legatus Augusti pro praetore* emanasse talvolta, sotto la spinta di una evidente necessità, qualche *edictum repentinum*: cfr., ad esempio, l'editto di L. Antistio Rustico, dei tempi di Domiziano, citato da MARTINI (nt. 60) 135 s.

[70] Cfr. GUARINO (nt. 1) n. 181.

in carica per un anno o due [71]. Se si tiene presente un'altra tendenza sempre piú accentuata, quella ad elargire la cittadinanza romana, o almeno il *ius Latii* o il *ius Italicum*, ai provinciali (singoli e comunità) di maggior peso, ci si renderà facilmente conto del corrispondente avvio degli editti provinciali a divenire essenzialmente una copia conforme degli editti urbani [72].

9. — Si potrebbe essere tentati, sull'onda di queste induzioni (e prescindendo per ora da altri dati di cui ci occuperemo piú in là) [73], di ritenere che, col passaggio dalla fase « augustea » alla fase « adrianea » del principato, Roma abbia avuto un unico e solo *edictum provinciale*, uguale per tutte le sue province sia imperiali che senatorie: di piú, che ormai l'editto provinciale coincidesse pressoché « *in toto* » con lo stabilizzato editto dei due pretori e con la sua appendice edilizia [74]. Ma sarebbe un grave errore.

Durante il principato di Adriano, ma assai piú probabilmente sotto Antonino Pio (138-161 d. C.) [75], il giurista Gaio scrisse infatti due separate serie di libri: una a commento di alcuni titoli dell'editto urbano [76] ed una a commento dell'editto provinciale di una provincia senatoria o, se si vuole, di tutte le province proconsolari [77]. Il dato è sicuro, e vanamente si è tentato di infirmarlo [78]. Comunque, sempre con

[71] Cfr. GUARINO (nt. 1) n. 180.

[72] Cfr. GUARINO (nt. 1) n. 167-168.

[73] V. *infra* n. 17 ss.

[74] In questo senso si dichiara MARTINI (nt. 60) 71 ss. Ma v. *contra* GUARINO (nt. 60) 156 ss.

[75] Cfr. H. FITTING, *Alter und Folge der Schriften römischer Juristen von Hadrian bis Alexander*² (1908, rist. 1965) 53 s., 55. Per i *libri ad edictum provinciale* la datazione del principato di Antonino Pio può ritenersi sicura. Per i *libri ad edictum urbicum* l'unico indizio a disposizione si trova in D. 30.73.1, ove si parla di un *rescriptum imperatoris nostri* (Adriano, Antonino Pio, Marco Aurelio?), ma il Fitting e la « *communis opinio* » propendono per Antonino Pio: *amplius*, da ultimo, MARTINI (nt. 60) 118 ss., e GUARINO (nt. 60) 168 ss.

[76] LENEL, *Pal.* Gaius n. 8-52. I frammenti appaiono nei *Digesta* sotto tre *inscriptiones* diverse: *ad edictum praetoris*, *ad edictum praetoris urbani*, *ad edictum urbicum*.

[77] LENEL, *Pal.* Gaius n. 53-388. In proposito, da ultimo, GUARINO (nt. 60) 168 ss., con bibliografia.

[78] Destituita di ogni fondamento la tesi di A. M. HONORÉ, *Gaius, A biography* (1962) 79 s., 88 ss.; v. *contra* MARTINI (nt. 60) 105 ss., ma v. anche GUARINO cit. *retro* nt. 77.

riferimento al periodo di Antonino Pio [79], lo stesso Gaio ci dà di tutto ciò una conferma non piú indiretta, ma diretta ed esplicita, in un passo assolutamente inattaccabile delle sue *institutiones* [80]: *Ius autem edicendi habent magistratus populi Romani, sed amplissimum ius est in edictis duorum praetorum, urbani et peregrini, quorum in provinciis iuris dictionem praesides earum habent; item in edictis aedilium curulium, quorum iuris dictionem in provinciis populi Romani quaestores habent; nam in provincias Caesaris omnino quaestores non mittuntur, et ob id hoc edictum in his provinciis non proponitur* [81].

Gaio, come si vede, pur avendo ben presente l'importanza della potestà normativa dei *principes* ai suoi tempi [82], dà per ancora vigente (sia pur sul piano formale) il *ius edicendi* dei *magistratus populi Romani* [83] e segnala la esistenza di due separati editti pretorî (quello del *praetor urbanus* e quello del *praetor peregrinus*) e di un distinto *edictum aedilium curulium*, tutti relativi all'esercizio della giurisdizione attribuita a ciascuno di questi uffici. Meno chiaramente, ma inequivocabilmente egli parla anche di un editto giurisdizionale delle varie province, sia senatorie che imperiali, specificando che solo nelle province senatorie si incontra un *edictum quaestorum* corrispondente all'*edictum aedilium curulium* [84].

Tutto, sotto Antonino Pio, almeno formalmente, come agli inizi del principato. Anche se è facile, quasi necessario, supporre che ormai, dopo la piega impressa al principato dall'abile ma deciso Adriano [85], il *ius edicendi* non fosse piú praticamente esercitato.

[79] Per la data delle *Institutiones* di Gaio (certamente non anteriori ad Antonino Pio e molto probabilmente edite per intero sotto questo imperatore) v. GUARINO, *Per la data delle Istituzioni di Gaio*, in *AUCT.* 1 (1946-47) 331.

[80] Gai 1.6. L'*autem* del primo periodo ha indotto gli editori, sulle tracce del Huschke, ad aprire congetturalmente il paragrafo 6 con questa dichiarazione: *Edicta sunt praecepta eorum, qui ius edicendi habent.* V. in proposito GUARINO (nt. 60) 159 nt. 22.

[81] Cfr. I. 1.2.7: *Praetorum quoque edicta non modicam iuris optinent auctoritatem. haec etiam ius honorarium solemus appellare, quod qui honores gerunt, id est magistratus, auctoritatem huic iuri dederunt. proponebant et aediles curules edictum de quibusdam casibus, quod edictum iuris honorarii portio est.*

[82] Cfr. Gai 1.5, riportato *infra* nt. 198.

[83] Diversamente I. 1.2.7, riportato *retro* nt. 81.

[84] L'*edictum quaestorum* è scomparso in I. 1.2.7 perché in età giustinianea non esiste piú nemmeno l'editto provinciale.

[85] V. *retro* n. 3.

10. — Solo procedendo ancora piú avanti lungo il secondo e il terzo secolo d. C. i mutamenti che ci saremmo aspettati sin dal principato di Adriano accennano, per quel che è dato constatare, a realizzarsi. Il che, del resto, non deve troppo stupire, ove si rifletta alla lentezza con cui, salvo fatti eversivi improvvisi, il mutamento delle strutture giuridiche suole far seguito a quello delle strutture sociali e politiche.

Papiniano, giurista rinomatissimo dell'età dei Severi [86], indica l'editto (con tutta probabilità l'editto pretorio) con la terminologia di *edictum perpetuum* [87]: una terminologia ambigua, che tanto può alludere all'editto annuo, quanto all'editto non solo tralaticio, ma ormai immutabile [88]. Significativo è che, piú o meno nello stesso torno di tempo [89], la terminologia e il riferimento riappaiano in tre costituzioni di Settimio Severo e Antonino Caracalla [90], dei quali Papiniano era stato l'influentissimo consigliere giuridico [91]. Dopo di che *edictum perpetuum* (o altra espressione equivalente), con sempre piú chiara allusione alla normale

[86] Su Papiniano v., da ultimo, V. GIUFFRÈ, *Papiniano: fra tradizione e innovazione*, in *ANRW*. 2.15 (1976) 632 ss.

[87] D. 31.77.29 (Pap. 8 *resp.*): *Cum existimaret ad solam consobrinam suam bona perventura, codicillis ... pluribus fideicommissa reliquerat. iure successionis ad duos eiusdem gradus possessione devoluta, rationibus aequitatis et perpetui edicti exemplo pro parte dimidiam mulierem relevandam respondi. rell.*

[88] Sul testo di Papiniano e su tutti i frammenti che parlano di *edictum perpetuum* v. F. PRINGSHEIM, *Zur Bezeichnung des Hadrianischen Edikts als « edictum perpetuum »* (1931), ora in: ID., *Gesammelte Abhandlungen* (1961) 1, 102 ss. (nella specie 114 s.). Secondo il Pringsheim, l'editto « adrianeo » fu denominato *perpetuum* dalla cancelleria imperiale, non dalla giurisprudenza classica, a partire dall'età dei Severi. Dubbi su questa tesi sono stati manifestati da P. DE FRANCISCI, *Per la storia dell'editto perpetuo nel periodo postclassico*, in *RIDA*. 4 (1950) 319 ss. e nt. 4. Per quanto concerne il frammento papinianeo, l'espunzione di *rationibus-exemplo* non può essere accolta: gli argomenti critici del Pringsheim sono tanto vaghi da rasentare l'inconsistenza.

[89] Quanto meno i primi 12 *libri « responsorum »* di Papiniano furono pubblicati sotto Settimio Severo e Antonino Caracalla: FITTING (nt. 75) 76 ss. Secondo il GIUFFRÈ (nt. 86) 659, l'opera apparve dopo il 198, molto probabilmente durante la *praefectura praetorio* (quindi a partire dal 203 o 205) esercitata da Papiniano.

[90] Cfr. CI. 4.26.2 (Sev. et Antonin. Annio, a. 196) (*perpetui edicti interpretatione declaratum est*); CI. 2.1.3 (Sev. et Antonin. Valenti, a. 202) (*prout edicti perpetui monet auctoritas*); CI. 6.46.2.1 (Sev. et Antonin. Gallicano, a. 205) (*cum absurdum sit ideo perpetui edicti neglegi formam*).

[91] Cfr. GIUFFRÈ (nt. 86) 643 ss.

inalterabilità del testo edittale, appare ancora in una costituzione del solo Caracalla [92] e, sul versante della giurisprudenza, figura usata da Ulpiano [93], da Paolo [94], da Modestino [95], da Callistrato [96], tutti giuristi, a dir cosí, di cultura papinianea [97], e si avvierà ad essere di casa nel linguaggio della giurisprudenza [98] e della legislazione imperiale posteriore sino a Diocleziano [99]. Giustiniano, che la riprende, in certo senso la privilegierà [100].

[92] Cfr. CI. 2.12.5 (Antonin. Pancratiae, a. 212) (*iam edicto perpetuo expressum est*).

[93] Oltre D. 2.1.7 pr. (riportato *retro* n. 47), cfr. D. 47.11.5 (Ulp. 5 *de off. procons.*) (*praeter corrupti servi actionem, quae ex edicto perpetuo competit*).

[94] Cfr. D. 49.5.7.1 (Paul. *sing. de appell.*) (*si ex perpetuo edicto aliquid decernatur*).

[95] Cfr. D. 44.7.52.6 (Mod. 2 *reg.*) (*ex his, quae edicto perpetuo vel magistratu fieri praecipiuntur vel fieri prohibentur*).

[96] Cfr. D. 49.14.1.1. (Call. 1 *de iure fisci*) (*contra sententiam eius edictum perpetuum scriptum est*); D. 50.13.5.2 (Call. 1 *de cogn.*) (*quae* [sc. *causa*] *edicto perpetuo infamiae causa enumeratur*).

[97] Cfr. anche Vat. 317 (di Paolo o Ulpiano) (*ex edicto perpetuo*). Ho volutamente tralasciato di mettere in discussione le critiche formulate dal Pringsheim e da altri autori a questo testo e ai frammenti citati nelle precedenti note 93-96. Senza voler affatto escludere che talune tra quelle critiche siano fondate, è sin troppo evidente che i testi in gran parte sono genuini. Per quanto attiene specificamente a Vat. 317, il PRINGSHEIM (nt. 88) 122 s., pone, senza volerlo, allo scoperto l'arbitrarietà dei presupposti della sua critica: egli infatti ipotizza, in alternativa con l'interpolazione di *ex edicto rell.*, che il giurista abbia, sí, parlato di *edictum perpetuum*, ma per il fatto che trascriveva il testo di qualche costituzione severiana (quasi che il linguaggio della cancelleria fosse necessariamente diverso da quello dei giureconsulti).

[98] Cfr. PS. 4.7.6 e D. 1.5.2 (Herm. 1 *iuris epit.*).

[99] Cfr. CI. 2.2.2 (Gordian., a. 239), CI. 2.11.15 (Gordian., a. 239), CI. 2.13.13 (Gordian., a. 239), CI. 2.19.3 (Gordian., a. 238), CI. 2.19.4 (Gordian., a. 239), CI. 6.10.1 (Gordian., a. 244), CI. 2.11.18 (Valerian. et Gall., a. 260), nonché le seguenti cost. di Diocleziano: CI. 2.4.13, CI. 2.25.1, CI. 2.32.1, CI. 2.54.1, CI. 5.71.11.1, CI. 7.50.2 (*restitutio in integrum*), CI. 4.26.12 (*de peculio*), CI. 8.30.3 (*actio pigneraticia*), CI. 5.21.2 (*actio rerum amotarum*), CI. 6.2.18 (*de incendio ruina naufragio*), CI. 6.9.6 (*bonorum possessio*), CI. 6.20.9, CI. 6.20.11 (*collatio*), CI. 8.46.9 (*de agnoscendis liberis*), CI. 9.25 (*de iniuriis quae servis fiunt*), CI. 8.6.1 7.75.6 (*de actionibus, quae ex ante gesto adversus fraudatorem competunt*), CI. 8. 46.9 (*de agnoscendis liberis*), CI. 9.25 (*de iniuris quae servis fiunt*). CI. 8.6.1 (*uti possidetis*). Dopo Diocleziano l'espressione *edictum perpetuum* si incontra solo in Giustiniano: essa pertanto non compare nel *Codex Theodosianus*. V. *infra* nt. 105.

[100] Cfr. c. *Deo auctore* 5 = CI. 1.17.1.5 (*tam secundum nostri codicis quam edicti perpetui imitationem*), c. *Omnem* 1 (*non secundum edicti perpetui ordina-*

In questo processo il riferimento all'*edictum provinciale*, sia come riferimento esplicito che come riferimento implicito, svanisce. Ma è facile capire il perché. Il processo di romanizzazione dei provinciali si è accelerato e intensificato, trovando il suo coronamento formale nella *constitutio Antoniniana* del 212 d. C. [101]. L'*edictum provinciale* coincide con l'*edictum* urbano e l'editto urbano non ha piú ragione di distinguersi in editto del *praetor urbanus* e in editto del *praetor peregrinus*. Tutto ormai si riduce ad un testo unico, che è l'*edictum praetoris* o *edictum* « tout court » [102], con la sua tradizionale appendice dell'editto edilizio [103].

11. — Insomma, per concludere sul sin qui detto, non vi è dubbio che tra il secondo e il terzo secolo d. C. si sia verificata, nel quadro di tutto lo sviluppo sociale e politico di Roma e dell'impero romano nell'età del principato, una progressiva « *reductio ad unum* » dei vari editti giurisdizionali, né vi è dubbio che l'« *unum* » sia stato rappresentato dall'editto del pretore urbano con il suo annesso dell'editto degli edili curuli. Tuttavia, questo processo ha tutta l'aria di aver preso una piega decisa non prima dei *divi Fratres*, ascesi al potere nel 161 d. C., anzi in sintonia con l'ulteriore sterzata assolutistica impressa al principato da Settimio Severo [104], e poi, di sicuro, è stata influenzata in modo decisivo dalla politica di romanizzazione dei provinciali intensivamente attuata appunto dai Severi.

Molto probabilmente, già da ben prima dei Severi l'estenuazione del *ius edicendi* magistratuale implicata dalla concorrenza imperiale deve aver comportato il fermo pressoché totale di ogni sviluppo ulteriore dell'editto. Questo arresto di crescita ha fatto parlare a Papiniano, e piú in generale ai giuristi dell'età dei Severi, di un *edictum* divenuto ormai *perpetuum*, cioè stabile [105]. Non vi sono però elementi persuasivi

tionem), c. *Tanta* 18 = CI. 1.17.2.18 (*Iulianus legum et edicti perpetui suptilissimus conditor*), c. *Tanta* 21 = CI. 1.17.2.21 (*in antiquis edicti perpetui commentatoribus*). Si noti che la c. Δέδωκεν non parla di editto « perpetuo ».

[101] Cfr. I. 1.2.7, ove dell'*edictum provinciale* (e degli *edicta quaestorum*) non si fa piú parola.

[102] Cfr. i numerosi passi citati dal PRINGSHEIM (nt. 88) 103 ss.

[103] Per *edictum aedilicium* cfr. c. *Tanta* 5.

[104] V. GUARINO (nt. 1) n. 162.

[105] La scomparsa, dopo Diocleziano e sino a Giustiniano (al solo Giustiniano delle costituzioni *Deo auctore*, *Omnem* e *Tanta*), della specificazione « *perpetuum* » dipese, a mio avviso, dalla ovvietà del carattere perpetuo dell'editto.

per ritenere che l'*edictum perpetuum* si concretasse in un testo formale preciso nelle parole e nel tessuto sistematico (in altri termini, in un testo legislativo *ne varietur*). Agli indizi contrari già accennati a suo tempo [106] altri, come vedremo, se ne aggiungono, i quali inducono a pensare precisamente l'opposto [107].

IV. Le notizie di una « codificazione » giuliano-adrianea e la loro critica.

12. — Queste prime conclusioni si scontrano, tuttavia, con uno scroscio di testimonianze testuali, che hanno indotto da tempo immemorabile gli studiosi di Roma e del diritto romano a concentrarsi intorno ad una « *communis opinio* » diventata addirittura, come suole succedere, un luogo comune. L'« editto » sarebbe stato « codificato » dal giurista Salvio Giuliano per incarico del principe Elio Adriano, il quale avrebbe fatto proclamare l'immutabilità del testo giulianeo, o *edictum perpetuum*, mediante un senatoconsulto sollecitato da una sua propria *oratio in senatu* [108].

La « *communis opinio* » varia, e non poco, sui particolari [109], ma è ferma e incrollabile sull'avvenimento giuliano-adrianeo, e l'avallo piú autorevole e famoso le è venuto dal geniale « Versuch » di una « Wiederherrstellung » che dell'editto « adrianeo » ha fatto Otto Lenel [110]: un

[106] V. *retro* n. 6.

[107] V. *infra* n. 17 ss.

[108] Si veda, per tutti, Schulz (nt. 30) 227 s., 261 ss. Da ultimo: E. Bund, *Salvius Julianus, Leben und Werk*, in *ANRW*. 2.15 (1976) 421 ss.

[109] Le variazioni sono tali e tante (e spesso, oltre tutto, cosí fantasiose) che non mette conto di indicarle partitamente. Esse riguardano sopra tutto la data della codificazione, l'oggetto della stessa (quale editto?), il carattere della codificazione. V., in proposito, G. Melillo, sv. *Edictum perpetuum*, in *NNDI*. 6 (1960) 376 ss.

[110] O. Lenel, *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*³ (1927, rist. 1956). La prima edizione di questa opera apparve nel 1883 (prima ancora che il Lenel pubblicasse la sua *Palingenesia iuris civilis*, 1889). Seguí una traduzione francese, riveduta, in due volumi (1901 e 1903). La seconda edizione fu del 1907. Si notino tre cose: primo, che l'opera leneliana fu occasionata da un premio messo in palio dalla Kgl. bayerische Akademie der Wissenschaften con il preciso tema « die Formeln des *edictum perpetuum (Hadriani)* in ihrem Wortlaut und ihrem Zusammenhange nach Möglichkeit wiederherzustellen » (cfr. la prefazione alla prima edizione); secondo, che la ricostruzione fu all'inizio basata esclusivamente sui *digesta* di Giuliano e sui commentari postadrianei di Gaio, Paolo e Ulpiano (v., in proposito, P. F. Girard, *L'édit perpétuel de Julien*, in *NRHD*. 28 [1904] 117 ss., oggi in *Mél. de dr. romain* 1 [1912] 249 ss.); terzo, che il precedente illustre con cui

« tentativo di ricostruzione » che, nel convincimento dei romanisti, è diventato addirittura una indiscutibile « ricostruzione » del testo « codificato ». Unica voce contraria, da oltre trenta anni, la mia [111], col séguito di qualche esitante adesione [112]. Ma i miei argomenti sono stati finora sommersi da un coro di ripulse (non direi di controargomenti), che tutte essenzialmente si richiamano ad una superficiale « controdimostrazione » scritta dal Berger [113], prima ancora che della mia tesi, all'epoca solo preannunciata [114], avessi avuto il modo di fornire il mio

il Lenel ebbe a misurarsi fu quello del A. F. RUDORFF, *De iurisdictione edictum* (1869), anch'esso ancorato alla convinzione di una codificazione giuliano-adrianea dell'editto (v. in particolare *EP.*[3] 19 ss.). Di qui, malgrado le profonde modifiche parziali che l'opera ha subito dall'una all'altra edizione, la « costante » costituita dalla ricerca del presunto testo definitivo adrianeo, rigidamente diviso in parti, titoli e paragrafi, di un *edictum* pretorio e di un *edictum* edilizio di redazione affermata sostanzialmente conforme già da tempi anteriori a quelli di Adriano, probabilmente dai tempi di Aulo Ofilio (cfr. p. 18 nt. 3).

[111] V., in proposito, GUARINO, *Storia del diritto romano. Lezioni universitarie* (Catania 1945) 153 ss.; ID., *Profilo storico delle fonti del diritto romano*[2] (1946) 50 s.; ID., *Salvius Iulianus, Profilo biobibliografico* (1946) 26 ss.; ID., *Storia del diritto romano* (1948) n. 338 (e cosí nelle successive edizioni di questo manuale). La tesi venne compiutamente sviluppata in una relazione al Congresso internazionale di diritto romano e di storia del diritto di Verona nel 1948: v. *infra* nt. 115.

[112] Sembra aderire in modo chiaro il solo C. COSENTINI, *Breve nota sull'origine dell' « edictum de coniungendis cum emancipato liberis eius »*, in *St. Solazzi* (1949) 219 ss. Altre adesioni, su cui non vale fermarsi, sono molto piú incerte e sfumate.

[113] V. A. BERGER, *Due note su Salvio Giuliano (A proposito di un recente libro)*, in *St. Albertario* 1 (1953) 603 ss. Il libro cui il Berger si riferisce è il mio *Salvius Iulianus* (cit. *retro* nt. 111). La seconda nota, cioè quella relativa al problema della codificazione (p. 611 ss.), si apre con l'esplicita dichiarazione di non conoscere il testo della mia comunicazione di Verona del 1948 e di ragionare pertanto sul materiale indicato *retro* nt. 111. Per curiosa combinazione, all'articolo del Berger fa seguito, nel volume citato degli *Studi in memoria di E. Albertario*, proprio il primo dei due articoli in cui scissi la mia relazione veronese: GUARINO, *L'esaurimento del « ius honorarium » e la pretesa codificazione dell'editto*, in *St. Albertario* 1.623 ss.

[114] Ma già accolta da alcuni con espressioni di scetticismo che sono poi diventate ricorrenti, nonostante gli argomenti che ho cercato di addurre, a sostegno della mia tesi, e in replica a critiche premature (escluse quelle del Berger, che ho conosciute solo nel 1953, ma che ho riscontrato di aver tutte previste) negli scritti citati *retro* nt. 113 e *infra* nt. 115. Senza indugiarmi in citazioni, rinvio alle citazioni indicate in quegli scritti e al « punto » che ho tentato di fissare in GUARINO, *Opinioni codificate?*, in *Labeo* 1 (1955) 201 s. In questa ultima nota ho risposto, in particolare, a P. FREZZA, *Corso di storia del diritto romano*[1] (Roma 1954) 352 nt. 22, il quale erratamente adduce a prova della codificazione un articolo del Vogt,

pieno e completo « Versuch » (nulla piú di tanto, sia pure) di una approfondita dimostrazione [115].

Ora (non perché alle mie idee io sia comprensibilmente affezionato, ma perché il discorso sinora svolto, se esatto, non si concilia con le testimonianze sulla « codificazione » giuliano-adrianea) è necessario, prima di andare avanti, che io qui riprenda, almeno nei suoi termini essenziali [116], l'importante discussione [117].

13. — Le « testimonianze » relative alla codificazione giuliano-adrianea non sono, si badi, né coeve né immediatamente successive alla stessa (cioè, diciamo, all'età di Adriano: 117-138 d. C.), ma hanno data, le piú risalenti, intorno alla metà del quarto secolo. Quanto al loro numero, è vero che esse si aggirano sulla quindicina, ma è di palmare evidenza, a guardarle da presso, che i filoni informativi sono tre soltanto, salvo a vedersi quali possano esserne le matrici piú o meno distinte tra loro [118].

Il primo filone, che è anche quello di data piú antica, si concreta in un passo del *De Caesaribus* di Aurelio Vittore [119] ed in un passo

del resto molto possibilista, che, nell'ignoranza dei miei dubbi in proposito, parte invece, nell'interpretazione di certe monete di Adriano, proprio dal postulato che la codificazione vi sia stata: J. VOGT, *Hadrians Justizpolitik im Spiegel der römischen Reichsmünzen*, in *Festschr. Schulz* (1951) 2.193 ss., spec. 197 s. Noto con disappunto che il Frezza, nella terza edizione del suo Corso (1974) 452 nt. 35, ancora non ha preso in esame i miei rilievi. Disappunto ancora maggiore crea in me BUND (nt. 108) 422, allorché giustifica le sue rapide e scontate critiche alle mie tesi col fatto, assolutamente inesatto, che esse « von verschiedenen Autoren hinreichend (!) erörtert und widerlegt worden sind ».

[115] In connessione con l'articolo cit. *retro* nt. 113, la mia tesi è stata sviluppata in: GUARINO, *La leggenda sulla codificazione dell'editto e la sua genesi*, in *ACIV.* 2 (1951, ma 1953) 167 ss. I due articoli sono stati ripubblicati in appendice a GUARINO, *L'ordinamento giuridico romano*³ (1959) 396 ss., 425 ss.

[116] Avverto quindi, una volta per tutte, che quanto scrivo nei cap. IV e V di questo articolo non sostituisce gli scritti cit. *retro* nt. 113 e 115, ma va letto con riferimento anche ad essi.

[117] Con particolare riguardo a qualche espressione del BERGER (nt. 113) e del Bund (nt. 108) e con qualche ulteriore sviluppo delle mie considerazioni di un tempo.

[118] Ben prima di me, l'osservazione era stata acutamente fatta, pur non dubitando della storicità della codificazione, da P. F. GIRARD, *La date de l'édit de Julien*, in *NRHD.* 34 (1910) 5 ss., ora in *Mél. de droit romain* 1 (1912) 214 ss., v. 214 nt. 1, il quale peraltro non teneva conto delle tre costituzioni integranti il secondo « filone » informativo e parlava perciò di due soli gruppi di fonti sulla codificazione.

[119] Vict. *de Caesar.* 19.1 (ed. Pichlmayr): *At Didius Iulianus, fretus praetoria-*

del *Breviarium* di Eutropio [120], due autori che si rifanno, per questa parte delle loro storie, ad un archetipo comune costituito da una storia degli imperatori (oggi perduta) fino a Diocleziano [121]. Dalla dichiarazione di Eutropio, secondo cui Salvio Giuliano *sub divo Hadriano perpetuum composuit edictum*, discendono, senza ombra di dubbio, le successive parafrasi, non esenti da variazioni e da precisazioni visibilmente fantasiose, di Peanio [122], di San Gerolamo [123], di Paolo Diacono [124] e di Landolfo Sagace [125].

nis, quos in societatem promissis magnificentioribus perpulerat, ex praefectura vigilum ad insignia dominatus processit, genus ei pernobile iurisque urbani praestans scientia: quippe qui primus edictum, quod varie inconditeque a praetoribus promebatur, in ordinem composuit. L'operetta, unanimemente attribuita al 360, pone in luce una certa tendenza dell'autore ad uno stile individuale ed a riflessioni personali sui fatti e sui personaggi: cfr. M. SCHANZ - C. HOSIUS, *Geschichte der römischen Literatur bis zum Gesetzgebungswerk des Kaisers Justinian* 4.1² (1914) 72 ss.; W. DEN BOER, *Some minor Roman Historians* (1973) 19 ss.

[120] Eutrop. *brev.* 8.17: *Post eum Salvius Iulianus rempublicam invasit, vir nobilis et iure peritissimus, nepos Salvi Iuliani, qui sub divo Hadriano perpetuum composuit edictum.* Su Eutropio, sulla sua brevità di eloquio e sulla sua influenza: SCHANZ - HOSIUS (nt. 119) 77 ss. V. *infra* nt. 138.

[121] L'ipotesi oggi larghissimamente accolta, fu avanzata (e argomentata) da A. ENMANN, *Eine verlorene Geschichte der römischen Kaiser und das Buch « De Viris Illustribus Urbis Romae ». Quellenstudien*, in *Philologus*, Suppl. IV (1884) 337 ss., specialm. 350 e 354; cfr. SCHANZ - HOSIUS (nt. 119) 74. Secondo l'Enmann, la dipendenza di Aurelio Vittore ed Eutropio dalla sua « Kaisergeschichte » è sicura per il periodo da Alessandro Severo a Carino, probabile per il periodo da Nerva ai Severi e per il primo secolo. V., da ultimo, J. SCHLUMBERGER, *Die Epitome de Caesaribus, Untersuchungen zur heidnischen Geschichtsschreibung des 4. Jahrhunderts n. Chr.*, in *Vestigia* 18 (1974).

[122] La traduzione di Peanio (ed. DROYSEN, *Monum. Germ. Auct. antiquiss.* 2 [1879] 147) suona: ...Ἰουλιανοῦ γὰρ ἔκγονος ἦν, ὃς τὸ διηνεκὲς διάταγμα τοῖς Ἀδριανοῦ χρόνοις συνέταξεν, ὃ μέχρι νῦν καλεῖται κατὰ τὴν τῶν Ἰταλῶν φωνὴν ἤδικτον περπέτουον. Il Mommsen ha congetturato che dopo νῦν vi fosse un Ἀδριάνιον, quindi un'equiparazione tra *edictum Hadriani* e *edictum perpetuum*: congettura accolta nel mio scritto cit. *retro* nt. 115, p. 179, ma in verità arbitraria. Peanio si limita a dire che Giuliano mise insieme, ai tempi di Adriano, quello che fino ad allora era denominato *edictum perpetuum*.

[123] Hieron. *Chron.*, sotto l'anno 2147 da Abramo, 131 da Cristo (ed. Droysen 146): *Salvius Iulianus perpetuum composuit edictum.* Ma in quell'anno Adriano non si trovava a Roma, ed è difficile credere che egli, trattandosi di cosa tanto importante, non abbia pronunciato personalmente la pretesa *oratio* in senato. V. GUARINO (nt. 115) 179, con ragguaglio bibliografico, e ora anche BUND (nt. 108) 426.

[124] *Hist. Rom.* (ed. Droysen 316): riproduzione fedele.

[125] Cfr. *Hist. miscella* (ed. Eyssenhardt) 10.20, 320: *sub divo Antonino* (!) *per-*

Il secondo filone può essere ravvisato in due costituzioni del Teodosiano, rispettivamente del 379 [126] e del 424 [127], nonché in una novella di Valentiniano III del 446 [128], in cui si legge di un *edictum Hadriani* o *per divum Hadrianum conditum*.

Il terzo filone fa capo, infine, ad una costituzione di Giustiniano I del 530 [129], ma sopra tutto al § 18 del testo bilingue della costituzione *Tanta*-Δέδωκεν del 533 [130], da cui dipendono altre dichiarazioni confor-

petuum composuit edictum. V., in proposito, GIRARD (nt. 118) 214 nt. 1 (216 s.). Su un altro (oscuro) riferimento dell'Ambrosiaster (cfr. MIGNE 27.2348) e su altri testi che, piú o meno arbitrariamente, si adducono, v. ancora GIRARD, ivi, con preziose osservazioni.

[126] CTh. 11.36.26.4 (Gratian. Valent. Theod. ad Hypatium, Treviris a. 379): *Quisquis, ne voluntas diem functi testamento scribta reseratur vel ne ii quod scribtos patuerit heredes edicti per divum Hadrianum conditi beneficium consequantur, ausus fuerit provocare rell.* La costituzione è riprodotta in CI. 7.65.6 con la sostituzione di *in possessionem mittantur* a *edicti — consequentur*.

[127] CTh. 4.4.7.9 (Theod. Asclepiodoto, Constantinop. a. 424): *...ita ut, sive bonorum possessionem secundum tabulas aut secundum nuncupationem ceterasque similes postularit, aut certe ex edicto divi Hadriani se mitti ad possessionem ex more petierit, statim inter ipsa huius iuris auspicia propositum suae intentionis explanet*. La costituzione è riprodotta in CI. 6.36.8 senza le parole *ex edicto divi Hadriani*.

[128] NovTh. Valent. 21.1.5 (a. 446): *Cuius heres ex edicto divi Hadriani hereditaria corpora consequitur nec bonorum possessionis petendae sustinebit necessitatem, quam generaliter omnibus relaxamus*. Il passo (qui riprodotto dall'edizione di P. M. MEYER e Th. MOMMSEN, *Theodosiani libri XVI, II³, Leges novellae ad Theodosianum pertinentes* [1962]) viene indicato dagli editori come fuori posto o qui spostato dalla successiva Nov. 21.2.2.

[129] CI. 4.5.10.1 (Iustinian. Iuliano pp., a. 530): *...Papinianus... huiusmodi sententiae sublimissimum testem adducit Salvium Iulianum summae auctoritatis hominem et praetorii edicti ordinatorem.*

[130] *...cum et ipse Iulianus legum et edicti perpetui suptilissimus conditor in suis libris hoc rettulit, ut, si quid imperfectum inveniatur, ab imperiali sanctione hoc repleatur. et non ipse solus, sed et divus Hadrianus in compositione edicti et senatus consulto, quod eam secutum est, hoc apertissime definivit, ut, si quid in edicto positum non invenitur, hoc ad eius regulas eiusque coniecturas et imitationes possit nova instruere auctoritas.*

...καὶ πρός γε Ἀδριανὸς ὁ τῆς εὐσεβοῦς λήξεως, ὅτε τὰ παρὰ τῶν πραιτόρων κατ' ἔτος ἕκαστον νομοθετούμενα ἐν βραχεῖ τινὶ συνῆγε βιβλίῳ, τὸν κράτιστον Ἰουλιανὸν πρὸς τοῦτο παραλαβὼν κατὰ τὸν λόγον, ὃν ἐν κοινῷδιεξῆλθεν ἐπὶ τῆς πρεσβυτέρας Ῥώμης, αὐτὸ δὴ τοῦτό φησιν, ὡς εἴ τι παρὰ τὸ διατεταγμένον ἀνακύψειεν, προσῆκόν ἐστιν τοὺς ἐν ἀρχαῖς τοῦτο πειρᾶσθαι διαιρεῖν καὶ θεραπεύειν κατὰ τὴν ἐκ τῶν διατεταγμένων ἀκολουθίαν,

mi assai piú tarde [131]. Vi si legge di Giuliano, di Adriano, dell'*oratio in senatu* (o, piú genericamente, di una costituzione) di quest'ultimo e di una norma secondo cui ogni lacuna del testo edittale sarebbe dovuta essere colmata, in avvenire, esclusivamente da provvedimenti imperiali.

I testi che contano sono, pertanto, due del primo filone, tre del secondo, tre (contando separatamente le due versioni della costituzione bilingue) del terzo filone.

14. — Cominciamo dal primo filone di « testimonianze ».

A ben guardare, Aurelio Vittore ed Eutropio non concordano affatto tra loro, anzi il primo non sarebbe portato come testimonio della pretesa codificazione, se non si usasse leggerlo, per via della accennata parentela in linea collaterale con Eutropio, sulla base di ciò che vien detto esclusivamente da quest'ultimo.

Tanto Vittore quanto Eutropio si riferiscono, nei due passi delle loro storie, a Didio Giuliano, l'effimero imperatore del 193, di cui Sparziano, o chi per lui [132], dice che ebbe a *proavus* il giureconsulto Salvio Giuliano [133]. Ma leggiamo Vittore. Questi, confondendo grossolanamente Didio col suo ascendente [134], gli attribuisce meriti che furono evidentemente di Salvio: *genus ei pernobile iurisque urbani praestans scientia: quippe qui primus edictum, quod varie inconditeque a praetoribus promebatur, in ordinem composuit.* La « codificazione » qui non risulta affatto. Emerge solo quel che tutti sappiamo di Salvio Giuliano, e cioè che fu un grande giureconsulto, particolarmente versato nel diritto urbano, il quale (diciamo pure, a lodarlo meglio, « per primo ») riordinò

[131] B. *praef.* (H. 1. XXI); B. *sch. ad* D. 11.2.30 (H. 1.700). Cfr. anche l'*Epitome legum*, in: C. E. ZACHARIÄ, *Ius Graeco-Romanum*[2] (1856) 280. In quest'ultimo testo si parla di un Servio Cornelio, collaboratore di Giuliano: v., per la spiegazione dell'equivoco, GIRARD (nt. 118) 214 nt. 1 (215 s.).

[132] Questo non è il luogo per discutere i problemi dell'« *Historia Augusta* »: da ultimo, T. D. BARNES, *The Sources of the H.A.* (1978), con bibliografia. Sul passo attribuito a Sparziano v. però GUARINO, *La pista dell'* « *avunculus* », in *Index* 3 (1972) 421 ss., con altri riferimenti.

[133] H.A. *Vita Didii* 1.1-2.

[134] La confusione, anche se non giustificabile, è spiegabile ove si consideri l'albero genealogico di M. Didio Severo Giuliano, nel quale figurano almeno tre illustri membri della famiglia dei Salvii (il proavo materno, l'avo materno e l'*avunculus*) e nel quale gli storiografi pongono particolarmente l'accento su quello fra i tre che fu il famoso giurista.

nei suoi *digesta*, o forse già in un precedente commentario *ad edictum*, le sparse e disordinate clausole dell'editto pretorio.

Il *primus* di Vittore va preso « *cum grano salis* », ma evidenzia almeno questo: che Vittore alla « codificazione » definitiva e immutabile (la quale non ammetteva cioè la possibilità di un *secundus*) davvero non pensava [135]. Alla codificazione, o a qualcosa del genere, pensò, riassumendo l'autore da cui attingeva, Eutropio e soltanto Eutropio, il quale dell'avo (non proavo) [136] di Didio, da lui impropriamente denominato Salvio, non esitò a dire che aveva messo insieme (*composuit*) sotto il principato di Adriano quel testo ormai fermo e stabilizzato che ai suoi tempi si denominava usualmente, come sappiamo [137], *edictum perpetuum*.

Chi ha sbagliato (o meglio, chi ha sbagliato di piú), tra i due autori, nell'epitomare l'archetipo? E qual era perciò, presumibilmente, il tenore dell'archetipo?

Io direi, senza ombra di dubbio, che dell'abbaglio maggiore sia rimasto vittima Eutropio, autore piuttosto noto per la facilità con cui spesso somma due piú due pervenendo al risultato di cinque [138]. Aurelio

[135] Il BERGER (nt. 113) 614 s., non tiene conto di questo argomento, anzi segnala il passo di Aurelio Vittore come un'attestazione esplicita del fatto che Salvio Giuliano (sia pure grossolanamente confuso con Didio Giuliano) operò la codificazione: « io non saprei citare un'altra fonte che spieghi meglio il disordine che prima della riforma adrianea regnava nell'editto rinnovato e rifatto ogni anno da un altro pretore ». Dato e non concesso che la « riforma adrianea » abbia apportato nell'editto l' « ordine » (v. *infra* n. 18), dato e non concesso che l'editto preadrianeo differisse un gran che da quello dei tempi di Adriano e dei suoi successori (v. anche su questo punto *infra* n. 19), rinvio alle pagine del Berger per altri cospicui esempi (insoliti, per verità, in questo egregio autore) della leggerezza con cui il problema interpretativo di Aurelio Vittore è discusso.

[136] Tralascio ogni discussione sull'*avus* di Didio Giuliano secondo Eutropio. V. GUARINO (nt. 115) 177.

[137] V. *retro* n. 10. Ne dà conferma, per quel che vale, il passo di Peanio *retro* nt. 122.

[138] V. *retro* nt. 120. Il BERGER (nt. 113) 613 s., dedica ad Eutropio una ben diversa valutazione, affermando che « non può essere dubbio che la sua nota su Giuliano sia basata su una fonte scritta ovvero almeno sulla tradizione orale, su voci se si vuole ». Ma il punto, pacifico, che il nostro autore ha redatto il suo *breviarum* sempre a titolo di compendio di un testo-pilota di buona attendibilità (nella specie, si suppone, la « Kaisergeschichte » di Enmann) non contrasta col punto, abbastanza pacifico anch'esso, che egli abbia interpretato in modo superficiale o addirittura erroneo le notizie portate dalle sue fonti, sopra tutto se di sapore giuridico. Esempio notissimo è il travisamento dell'istituto della *dictatura* (e, nel contempo,

Vittore, che aveva una buona cultura giuridica e che nel linguaggio del passo in esame la conferma, non si sarebbe lasciata facilmente sfuggire la notizia della *compositio edicti perpetui* se l'avesse letta nel suo autore [139]; Eutropio, burocrate piú che giurista [140], e non ignaro per giunta della terminologia *edictum perpetuum* usata nella cancelleria imperiale, si è facilmente indotto a tradurre la notizia del riordinamento dell'editto urbano operato da Salvio Giuliano, nell'apprestamento dell'*edictum perpetuum* sotto il principato di Adriano [141].

Ond'è che, con tutte le cautele del caso, riterrei probabile che il supposto e supponibile archetipo comune di Aurelio Vittore e di Eutropio segnalasse correttamente che Didio Giuliano era nipote (o pronipote?) di Salvio, aggiungesse eventualmente che Didio era nato sotto Adriano [142], ma in ordine a Salvio Giuliano dicesse né piú né meno di quanto si legge nel passo di Aurelio Vittore [143] [144].

l'ignoranza del fatto clamoroso che Augusto non volle essere *dictator*: *R.g.d.A.* 5.1) che emergono da Eutrop. 1.12.2: *Neque quicquam similius potest dici quam dictatura antiqua huic imperii potestati quam nunc Tranquillitas Vestra habet, maxime cum Augustus quoque Octavius... et ante eum Gaius Caesar sub dictaturae nomine atque honore regnaverint.* Su quest'ultimo passo vasta trattazione, con bibliografia, in M. Capozza, *Roma tra monarchia e decemvirato nell'interpretazione di Eutropio* (1973) 65 ss.

[139] Si noti la mancanza della qualifica dell'*edictum* come *perpetuum*. Quanto al *primus*, sembra chiaro che esso, per Aurelio Vittore, è scritto essenzialmente in relazione ai celebrati commentarii edittali di Ulpiano e di Paolo.

[140] Sia pure secondo il solo codice Bambergensis E III.22, Eutropio fu *magister memoriae* di Valente (cfr. praef.: *Domino Valenti Maximo Perpetuo Augusto Eutropius v.c. magister memoriae*), carica di non elevata cifra giuridica (cfr. *Not. dign.*, Or., 19.6-7, ed. Seeck: *Magister memoriae adnotationes omnes dictat et emittit, et precibus respondet*). *Amplius*, sulla sua vita e sulla sua carriera, Capozza (nt. 138) 85 ss.

[141] V. ancora il passo di Peanio riportato *retro* nt. 122.

[142] Didio Giuliano nacque, infatti, nel 133 (o nel 137?).

[143] Nello scritto cit. *retro* nt. 115, 177 e nt. 44, ho formulato, in alternativa, queste due ipotesi: a) *At Didius Iulianus... ex praefectura vigilum ad insignia dominatus processit. genus ei nobile iurisque urbani praestans scientia: (nepos Salvi Iuliani), qui primus edictum, quod varie inconditeque a praetoribus promebatur, in ordinem composuit*; b) *At Didius — scientia: quippe ((pro-?)avus ei fuit Salvius Iulianus), qui primus — composuit.* Come si vede, il testo preso a base della mia ipotesi ricostruttiva è quello di Aurelio Vittore: non tanto per maggior fiducia verso costui, quanto perché Vittore, non essendo dominato dall'assillo di sunteggiare, può aver piú di Eutropio rispettato il tenore della sua fonte.

[144] Altra ipotesi, da valutarsi ovviamente con cautela anche maggiore, è che

15. — Assodato l'equivoco di Eutropio, si può comprendere quale sia la radice delle tre costituzioni imperiali in cui si legge di un *edictum Hadriani*.

Non si tratta di un secondo e indipendente filone di notizie, ma dello stesso filone inaugurato da Eutropio nella sua opera, indubbiamente anteriore al 379 d. C. [145]. La connessione dell'editto perpetuo con l'imperatore Adriano, agevolata o non agevolata da altre notizie che si avevano su iniziative prese da questo imperatore in ordine alla produzione edittale [146], si è insinuata, in una col diffusissimo *breviarium*, nella cancelleria imperiale ed ha potuto determinare la denominazione dell'editto come editto « adrianeo ». Una denominazione indubbiamente eccessiva, che Giustiniano, nel suo ben noto « classicismo » [147], si è giustamente curato di espungere dalle due costituzioni recepite nel suo secondo Codice [148].

16. — Giustiniano (eccoci giunti al terzo filone) ha attinto le sue notizie da fonti indipendenti da quelle fin qui esaminate? In parte certamente sí.

Premesso che egli identifica l'*edictum perpetuum* essenzialmente

nella stesura stessa di Aurelio Vittore figurassero le parole *quippe (pro-) avus ei fuit Salvius Iulianus*, omesse dai codici per errore di copista.

[145] La datazione piú attendibile del *breviarium* è quella del 364-369: cfr. CAPOZZA (nt. 138) 69 nt. 15. Il 379 è l'anno della costituzione riportata in CTh. 11.36.2: v. *retro* nt. 126.

[146] V. *infra* n. 16.

[147] V. GUARINO (nt. 1) n. 271.

[148] Secondo il PRINGSHEIM (nt. 88) 105, la menzione di Adriano sarebbe stata espunta da Giustiniano per sminuire l'importanza del predecessore nei propri confronti: tesi piuttosto sforzata, contro la quale v. GUARINO (nt. 115) 181 nt. 58 e DE FRANCISCI (nt. 88) 319 nt. 4. Poco convincono, peraltro, anche la mia prima spiegazione, che faceva leva sull'amore di brevità dei compilatori del CI., cosí come la spiegazione del De Francisci, la quale si basa sull'opportunità di non creare confusione tra l'editto magistratuale codificato per ordine di Adriano e gli editti emessi dallo stesso Adriano nella sua veste di *princeps*. La spiegazione piú attendibile è che, almeno dopo la pubblicazione della c. *Tanta* (16 dicembre 533), in Giustiniano doveva essersi chiarita l'idea che la *ordinatio edicti* era stata di Salvio Giuliano, mentre ad Adriano andavano attribuite solo l'iniziativa di far eseguire l'opera e l'*oratio* pubblicata successivamente alla sua proclamazione. Si tenga presente, a questo proposito, che le due costituzioni alle quali si riferisce il nostro discorso fanno parte del *Codex repetitae praelectionis* del 534. V. anche BERGER (nt. 113) 618 s.

con l'*edictum praetoris* [149], l'imperatore segnala Giuliano come *summae auctoritatis homo et praetorii edicti ordinator* [150] e come *legum et edicti perpetui suptilissimus conditor* [151], insiste sulla eccellenza della *perpetui edicti ordinatio* [152], parla di una *compositio edicti* (*praetorii*) presieduta dal divo Adriano con ricorso all'opera di Giuliano [153], ma vi aggiunge di nuovo la notizia della costituzione adrianea sulle lacune del testo edittale. Questo particolare, indubbiamente importante, è stato addotto a prova del fatto che l'imperatore (o meglio, il suo dottissimo collaboratore Triboniano) disponeva di notizie copiose, se non proprio sicure, sull'avvenimento [154]. Ma proprio l'analisi della doppia versione della costituzione bilingue induce al sospetto che le fonti di informazione di Giustiniano fossero molto, ma molto imprecise, e insomma rappresentassero solo una fiorita variante bizantina della leggenda che si era andata formando e diffondendo nel mondo postclassico.

Senza voler riprendere tutta la complessa questione dei rapporti tra le due redazioni (la latina e la greca) della costituzione bilingue [155], mi sembra che, almeno in ordine al paragrafo 18, sia difficile sostenere che il testo greco sia stato redatto a titolo di traduzione e parafrasi del testo latino: tutto porta a credere, al contrario, che il testo in lingua latina sia frutto di una stesura piú meditata e cauta di quel che era stato scritto nell'abbozzo in lingua greca. La struttura dell'argo-

[149] Ciò risulta dalla combinazione di CI. 4.5.10.1 (*praetorii edicti*) con c. *Tanta* 18 e 21 (*edictum perpetuum*).

[150] Cfr. CI. 4.5.10.1 (*retro* nt. 129).

[151] Cfr. c. *Tanta* 18 (*retro* nt. 130).

[152] Cfr. c. *Omnem* 1, c. *Tanta* 5, ma sopra tutto c. *Deo Auctore* 5.

[153] Cfr. c. *Tanta* 18 (*retro* nt. 130). Per vero, la partecipazione di Salvio Giuliano all'opera di *compositio edicti* risulta piú esplicitamente dal passo parallelo della c. Δέδωκεν: ... τὸν κράτιστον Ἰουλιανὸν πρὸς τοῦτο παραλαβών *rell.*

[154] Le notizie di cui disponeva Giustiniano (e per lui, questo è ovvio, Triboniano) sembrano invece sicurissime al BERGER (nt. 113) 616 ss., il quale pare non accorgersi delle grosse discrepanze tra la *Tanta* e la Δέδωκεν e parte dal presupposto alquanto svalutato che le notizie di Giustiniano e dei suoi collaboratori in ordine al diritto classico fossero estremamente precise. Il BUND (cit. *retro* nt. 108) 422, addirittura opina, se ho ben capito, che, essendo le due redazioni delle bilingue « indipendenti » tra loro (v. *infra* nt. 155), Giustiniano debba ritenersi doppiamente informato intorno alla codificazione dell'editto.

[155] V. F. EBRARD, *Das zeitliche Rangverhältnis der Konstitutionen De confirmatione Digestorum « Tanta » und « Δέδωκεν »*, in *ZSS.* 40 (1919) 113 ss. La tesi di questo autore (anche in relazione al nostro § 18) è che la Δέδωκεν sia stata l'abbozzo della *Tanta*: tesi che condivido pienamente.

mentazione è questa: prima Giustiniano pone il principio secondo cui ogni possibile imperfezione e lacuna dei *Digesta* dovrà essere colmata ricorrendo all'autorità imperiale [156]; poi egli conforta questo principio con il richiamo ad una affermazione analoga di Salvio Giuliano nella sua veste di grandissimo giurista [157]; infine, poiché l'autorità del giureconsulto non sarebbe sufficiente a questo fine, ecco che egli si rifà anche all'*oratio* emessa dal suo illustre predecessore Adriano in occasione della codificazione dell'editto perpetuo (che per Giustiniano, ricordiamolo, è l'editto pretorio unificato). Tuttavia è difficile, per non dire impossibile, credere che l'imperatore (e per lui il dottissimo Triboniano) avesse sott'occhio, non dico il testo autentico dell'*oratio*, ma almeno una referenza precisa della stessa [158].

A parte che una cosí importante costituzione non risulta riprodotta nel *Codex* né citata dai *Digesta* [159], si tenga conto dei seguenti elementi di raffronto tra la redazione greca e la redazione latina di questa terza parte del paragrafo. Mentre la redazione greca parla vagamente di οἱ ἐν ἀρχαῖς, la redazione latina si sforza di precisare (senza peraltro uscire completamente dal vago) che le lacune dell'editto vanno colmate

[156] *Sed ... non desperamus quaedam postea emergi negotia, quae adhuc legum laqueis non sunt innodata. si quid igitur tale contigerit, Augustum imploretur remedium rell.*

[157] *Et hoc non primum a nobis dictum est, sed ab antiqua descendit prosapia: cum et ipse Iulianus legum et edicti perpetui suptilissimus conditor* (ὁ πάντων τῶν ἐν νομοθέταις εὐδοκιμηκότων σοφώτατος Ἰουλιανός) *in suis libris hoc rettulit, ut, si quid imperfectum inveniatur, ab imperiali sanctione hoc repleatur.*

[158] A maggior ragione è da escludere che Giustiniano avesse sott'occhio il testo dell'*edictum perpetuum*, il βραχὺ βιβλίον di cui parla nella versione greca.

[159] Nei *Digesta Iustiniani* si incontrano solo due frammenti di Giuliano, provenienti da libri diversi dei suoi *digesta* ma tra loro collegati dai compilatori, che suonano a conferma, ma soltanto parziale e indiretta, del passo della c. *Tanta* trascritto *retro* nt. 157. Cfr. D. 1.3.10 (Iul. 58 *dig.*): *Neque leges neque senatus consulta ita scribi possunt, ut omnes casus qui quandoque inciderint comprehendantur, sed sufficit ea quae plerumque accidunt contineri.* D. 1.3.11 (Iul. 90 *dig.*): *Et ideo de his, quae primo constituuntur, aut interpretatione aut constitutione optimi principis certius statuendum est.* Premesso che la cucitura dei due passi mediante *et ideo* è chiaramente giustinianea, si può attendibilmente sostenere che nelle intenzioni di Giustiniano anche la *interpretatio* sia quella del *princeps* (che cioè per Giustiniano l'*optimi principis* sia complemento di specificazione tanto di *interpretatio* quanto di *constitutio*). Ma per Giuliano no: per Giuliano è certo che l'*interpretatio* era in primo luogo quella dei giuristi e, tutt'al piú, ma in linea complementare, anche quella autorevole, però non ancora vincolante (v. *infra* n. 20), dei *rescripta principum*.

dalla *nova auctoritas* (evidentemente, quella imperiale ed essa soltanto)[160]. Mentre la redazione greca identifica l'opera di Giuliano nella confezione di un incredibile βραχὺ βιβλίον, la redazione latina parla, piú genericamente ma molto piú prudentemente, di *compositio edicti*[161]. Mentre la redazione greca presenta fantasiosamente l'*oratio* di Adriano come un'*oratio ad populum*, la redazione latina parla piú credibilmente di *senatusconsultum*, cioè di *oratio principis in senatu habita*[162].

È evidente, in altri termini, che una qualche iniziativa Adriano, ai suoi tempi, deve averla veramente presa, in relazione a quello che poi si disse *edictum perpetuum*. Ma quale iniziativa? Questo, bisogna ammetterlo, è il mistero.

V. Elementi che smentiscono la pretesa « codificazione ».

17. — Non si dica che, pur ridotte a questi esili fili, le cosí dette « testimonianze » testuali dianzi analizzate ancora autorizzino, sia pure a titolo di buona congettura, sia pur sino a prova contraria, la tesi della « codificazione » giuliano-adrianea dell'editto.

Senza voler qui riprendere punto per punto i termini della mia

[160] Alcuni autori, basandosi sulla terminologia del testo greco (e ritenendo incredibile che gli imperatori o solo gli imperatori fossero autorizzati ad integrare od a modificare l'editto « codificato » da Giuliano), hanno sostenuto che integrazioni e modifiche potessero essere apportate anche dai magistrati giusdicenti, anche essi ἐν ἀρχαῖς: cosí Huschke, contestato peraltro da Krüger (nt. 37) 94 nt. 8, e cosí pure, piú di recente, R. Monier, *Manuel élémentaire de droit romain* 1[6] (1947) 80. Tuttavia, non soltanto la versione latina della costituzione invita a riferirsi all'autorità imperiale, ma la stessa stesura greca, presa nel suo complesso, predispone il lettore ad identificare οἱ ἐν ἀρχαῖς con i soli imperatori: v., in proposito, Guarino (nt. 113) 634. Resta, nella redazione latina e ancor piú in quella greca, una certa nebulosità di linguaggio, che fa facilmente intuire quanto approssimative e confuse dovessero essere le notizie di cui Giustiniano disponeva.

[161] Sull'assoluta incredibilità dell'esistenza del « libriccino » ai tempi di Giustiniano, v. *infra* nt. 222.

[162] Rilievo già fatto dall'Ebrard (nt. 155) 121 s. Ai tempi di Giustiniano le *orationes* (o *edicta*) *ad populum* potevano anche essere *ad senatum* (per esempio, la c. *Tanta* era indirizzata *ad senatum et omnes populos*), ma ai tempi di Adriano (ben doveva saperlo l'accorto Triboniano) esistevano solo le *orationes in senatu habitae*, da pronunciarsi nel senato e davanti ai senatori, i quali le convertivano con la loro acclamazione in *senatusconsulta*: v. Krüger (nt. 37) 91, 295, 301.

dimostrazione (o controdimostrazione che si voglia) di una volta[163], mi limito a sintetizzare i motivi principali dell'incredibilità di una codificazione adrianea, almeno negli aspetti che ad essa si conferiscono, sulle tracce di Giustiniano, dalla dottrina dominante.

18. — Il primo e fondamentale motivo lo abbiamo già visto. Esso sta non tanto nell'attestazione di Gaio circa la piena sussistenza del *ius edicendi* magistratuale in età di Antonino Pio, quanto nell'attestazione implicita (ma inequivocabile) dello stesso Gaio che in quell'età non esisteva un editto unificato, o anche soltanto un editto « pretorio » unificato, ma esistevano tanti distinti editti per quanti erano i magistrati con *ius edicendi*[164].

Come si concilia questa testimonianza con la *compositio edicti* (sia pur riferita ai soli editti dei pretori) della costituzione *Tanta* e col « libriccino edittale » della costituzione « Δέδωκεν »[165]? Non si tratta di un argomento « *e silentio* » come altri, ai quali comunque non dovrebbe essere troppo facilmente negato un loro peso[166]: si tratta di un elemento decisamente contrario a quanto dicono cosí imprecisamente le fonti assai piú tarde, e che merita, senza possibilità di esitazioni, sia per la fonte da cui proviene e sia per la data che le è propria, di prevalere su quelle.

Ma v'è dell'altro. Lasciando da parte la facile critica degli indizi, del tutto inconsistenti e in certi casi addirittura controproducenti, che si son voluti industriosamente raccogliere da vari autori a conferma del-

[163] V. lo scritto cit. *retro* nt. 113, al quale ancora una volta rimando per tutti i particolari che qui tralascio.

[164] Cfr. Gai 1.6, riportato *retro* n. 9.

[165] Non ho capito bene cosa voglia intendere il BERGER (nt. 113) 613, quando dice che il silenzio di Gaio sulla codificazione dipende dal fatto che Gaio non poteva non parlare, sia in 1.2 che in 1.6, degli *edicta magistratuum* (al plurale), essendo questi tuttora le fonti del *ius honorarium*. Sia pure: ma perché Gaio, che in 1.7 parla di un *rescriptum Hadriani* meramente interpretativo in ordine al *ius respondendi*, non ha qui segnalato la ben piú importante *compositio edicti* di Giuliano e l'*oratio in senatu* di Adriano?

[166] Per quanto osserva il BERGER (nt. 113) 612 s., a proposito del silenzio di Pomponio, D. 1.2.2.53, in ordine all'opera codificatrice svolta da Giuliano (« l'editto era insomma l'opera dei pretori, e non di Giuliano, che ne era soltanto il coordinatore »), mi limito ad osservare che, se il *liber singularis enchiridii* fu scritto dopo la codificazione, non si vede perché mai Pomponio non abbia ripetuto, ed a maggior ragione, quello che ha detto per Ofilio, che per primo *edictum praetoris diligenter composuit*. Né è il caso, per questo e per altri silenzi sulla codificazione, di sup-

l'avvenimento codificativo [167], fermiamoci per un momento sull'impianto sistematico e sul linguaggio di quell'editto « tardoclassico » che il Lenel ha cosí eccellentemente ricostruito, avendo però il torto di qualificarlo « adrianeo ».

L'« ordine » dell'editto è stato incisivamente qualificato dal Mommsen un « disordine » [168], ma la cosa, a ben riflettere, non deve far specie perché non è detto, anzi non sarebbe né probabile né consono al tradizionalismo romano [169] che Giuliano, o chiunque altro al suo posto, si sia necessariamente comportato come un codificatore moderno nel riordinare sistematicamente le materie [170]. Tuttavia, anche a voler ridurre l'opera di Giuliano ad una mera ricognizione dei dettati edittali e ad

porre interpolazioni privative di Giustiniano, perché Giustiniano aveva tutto l'interesse a mettere in evidenza le attestazioni relative alla codificazione. V., su tutto ciò, GUARINO (nt. 113) 649 ss., cui rinvia particolarmente il BUND (cit. *retro* nt. 108).

[167] V., su tutto, GUARINO (nt. 113) 634 ss., 639 ss., 642 ss., 644 ss.: tutto un bagaglio di argomenti, riprodotto dal BUND (nt. 108) 422 ss., che qui ometto di riconsiderare per brevità, confermando punto per punto le mie critiche di una volta, da nessuno finora contrastate.

[168] V. Th. MOMMSEN, *Ueber den Inhalt des rubrischen Gesetzes*, ora in *Jurist. Schriften* 1 (1905) 164, il quale nota, a proposito della sistematica della *lex Rubria*: « Diese Ordnung oder Unordnung ist die des julianischen Edikts ». Sul punto della *lex Rubria* v. ora F. J. BRUNA, « *Lex Rubria* » (1972) 303 ss.

[169] V. in proposito le pagine ancora vive di F. SCHULZ, *I principii del diritto romano* (1934, tr. it. 1964) 74 ss.

[170] Esagera tuttavia chi vede nell'editto giuliano-adrianeo una semplice « edizione riveduta » del testo edittale e non si pone il quesito del perché si sia parlato invece di « codificazione »: v. F. DE MARINI AVONZO, *Critica testuale e studio storico del diritto*[2] (1973) 46 ss., nonché, con riferimento alla prima edizione, GUARINO, *Labeo* 16 (1970) 403. Vi è da aggiungere che Giuliano non solo critica l'editto nei suoi *digesta* (il che potrebbe spiegarsi col fatto che, dopo aver proceduto alla *compositio edicti*, ha cambiato parere), ma addirittura afferma, in un passo della sua opera, di averlo trovato spesso imperfetto in un certo punto. Cfr. D. 37.5.6 (Iul. 23 *dig.*): *...saepe animadverti hanc partem edicti... habere nonnullas reprehensiones rell.* D. NÖRR, *Rechtskritik in der römischen Antike*, in *ABA.* 77 (1974) 111 ss., concede che il testo può essere portato a conferma della mia tesi, ma offre altre possibilità, tra cui queste: che Giuliano non abbia avuto da Adriano poteri di riforma della sostanza dei testi edittali, oppure che egli, pur avendo pubblicato l'editto in un certo modo, abbia poi esercitato una salutare autocritica (cosí come poi farà, ad altro proposito, Papiniano, D. 18.7.6.1: *Nobis aliquando placebat..., sed in contrarium me vocat Sabini sententia...*). Quest'ultima ipotesi, che il Nörr sembra preferire, è assai fine, ma non altrettanto persuasiva. Giuliano non dice, né fa capire, di aver mai approvato (o non disapprovato) precedentemente l'editto, ma afferma di averlo spesso disapprovato.

una fissazione degli stessi in un testo definitivo, in un testo « *ne varietur* », stupisce che l'editto « adrianeo » presenti molte patenti sovrapposizioni di clausole piú recenti a clausole piú antiquate e visibilmente superate [171] e stupisce ancor piú che il linguaggio edittale sia assai lontano da una apprezzabile unità stilistica [172].

Se Giuliano non ha fatto nemmeno questo minimo, a che cosa è servito il suo intervento? Solo ad imprimere il marchio « *ne varietur* » su un testo che doveva già essere ben noto ai Romani, sia per la sua pubblicità, sia per i larghi commenti ad esso dedicati da vari giuristi precedenti [173]? A questo fine sarebbe bastata l'*oratio* di Adriano. Ma che l'*oratio in senatu* del *princeps* Adriano (dato che potesse bloccare sul piano formale il *ius edicendi* dei pretori urbani e degli edili curuli) non abbia nemmeno conseguito lo scopo dell'edizione « *ne varietur* », è dimostrato *per tabulas* dal fatto che i commentatori successivi del preteso editto unitario e formalmente invariabile divergono tra loro nel presentarcene la sistematica.

19. — La cosa è notissima [174], ma non è stata mai valutata a dovere.

A parte diversità di minor momento [175], le materie che nella ricostruzione leneliana fanno parte del tit. XIV (« *De iudiciis* ») e del tit.

[171] Tra i molti esempi che potrebbero farsi, ricordo qui quello degli editti in materia di revoca degli atti fraudolenti, i quali erano due (cfr. Ulp. 66 *ed.* D. 42.8.1 pr. e Ulp. 73 *ed.* D. 42.8.10 pr.), ma non si riesce a capire (o per lo meno si discute moltissimo) quale diverso riferimento avessero e come si coordinassero fra loro. Sul tema (che ha fatto registrare forti variazioni, dall'una all'altra edizione, nella stessa ricostruzione del Lenel) v., da ultimo, X. D'ORS, *El interdicto fraudatorio* (1974), con ragguaglio di bibliografia.

[172] V., in proposito, l'attenta ricerca di M. KASER, *Zum Ediktstil*, in *Festschr. F. Schulz* (1951) 2.21 ss.

[173] Il KASER (nt. 172) 65 ss., dopo aver posto in luce la tenuità degli indizi che deporrebbero a favore di un qualche mutamento di sistematica dell'editto giulianeo rispetto agli editti anteriori (v. *retro* nt. 167), segnala come unico e solo presumibile apporto di Giuliano una certa quale semplificazione dei dettati e delle proposizioni, ma si affretta ad aggiungere che questo sforzo di semplificazione non va inteso come unificazione stilistica: v. in particolare p. 68 ss.

[174] V., per tutti, LENEL (nt. 110) 9 ss.; GUARINO (nt. 113) 653 ss.

[175] A prescindere dal fatto, facilmente spiegabile, che molte importanti leggi non risultano citate o comunque commentate, nella parte « edittale » dei *digesta* di Giuliano (libri 1-58) perché questi, in omaggio al criterio espositivo dei *libri digestorum* (v. *infra* nt. 199), ne ha trattato ampiamente nella seconda parte (libri 59-90), le diversità da segnalare sono le seguenti. Molti editti singoli, di volta in volta indicati dal Lenel nel corso della sua opera, non risultano avere nei commenti lo stesso

XV (« *De his quae cuiusque in bonis sunt* »)[176] si presentano secondo un certo ordine nella parte « edittale » dei *digesta* giulianei (in particolare, nei libri 6-9 degli stessi) e nei libri 15-24 del commentario di Ulpiano, notoriamente assai ligio al modello di Giuliano, mentre si presentano secondo un ordine assai diverso (e, si aggiunga, nemmeno in tutto conforme tra i due autori) nei libri 5-8 del commento di Gaio all'editto provinciale e nei libri 17-26 del commentario di Paolo[177]. Stando a Giuliano e ad Ulpiano, non già forse ad alcuni giuristi precedenti e loro contemporanei[178], le materie avevano questa sequenza, che è poi quasi la stessa che figura nei *Digesta* e nel *Codex* di Giustinia-

ordine: il che costringe il Lenel, di volta in volta, ad argomentazioni tanto giudiziose quanto ipotetiche. Nel commentario *ad edictum provinciale* di Gaio (diversamente dagli altri commentari) le *exceptiones* (l. 29-30) sono trattate dopo le *stipulationes praetoriae* (l. 27-28) e la materia *de religiosis et sumptibus funerum*, anziché prima di quella *de rebus creditis* (l. 9), viene trattata molto piú in là (l. 19), in unione all'*operis novi nunciatio* e al *damnum infectum*. Non è il caso di fermarsi sulle ingegnose spiegazioni di queste particolarità di Gaio date dal Lenel nella prima edizione dell'opera, perché il Lenel stesso le respinge nella terza edizione (p. 10): « So bin ich denn heute der Meinung, daß im ersten Fall wahrscheinlich, im zweiten Fall sicher die Besonderheit des Gaianischen Systems ihren Grund darin hatte, daß das Provinzialedikt selber hier von dem System der städtischen Edikte abwich ». (Dunque l'*edictum provinciale* commentato da Gaio non era, nemmeno per il Lenel, la stessa cosa del presunto editto adrianeo).

[176] Indico subito, ai fini della chiarezza, la sequenza ricostruita dal Lenel. Tit. XIV (« *de iudiciis* »: §§ 53-59): *de interrogationibus in iure faciendis; de iureiurando; si cum eo agatur, qui incertum promiserit; in bonae fidei iudiciis quando praescribatur* (?); *si incertum condicatur* (?); *de noxalibus actionibus; de vacatione, si iudex litem suam fecerit.* Tit. XV (« *de his quae cuiusque in bonis sunt* »: §§ 60-90): *de Publiciana in rem actione; de his qui deiecerint vel effuderint; ne quis in suggrunda protectove id positum habeat, cuius casus nocere possit; de servo corrupto; de aleatoribus; si hereditas petatur; si pars hereditatis petatur; quemadmodum a bonorum possessore vel contra eum agatur; de fideicommissaria hereditatis petitione et utilibus actionibus; de rei vindicatione; si ager vectigalis petatur; si praedium stipendiarium vel tributarium petatur; si usus fructus petatur vel ad alium pertinere negetur; si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur; de modo agri; si quadrupes pauperiem fecisse dicetur; de pastu pecoris; ad legem Aquiliam; in factum adversus nautas caupones stabularios; finium regundorum; familiae erciscundae; communi dividundo; de utili communi dividundo officio; de fideiussore et sponsore; si mensor falsum modum dixerit; ad exhibendum.*

[177] I riferimenti sono fatti, ovviamente, alla palingenesi leneliana delle opere considerate.

[178] La discussione, sollevata da fini osservazioni del Girard (nt. 110) 274 ss., ha riguardo a residui troppo minuscoli per poter avere apprezzabile consistenza: v. Lenel (nt. 110) 12 nt. 1.

no[179]: *hereditatis petitio, rei vindicatio* e *actio Publiciana*, azioni a tutela delle *servitutes praediorum* e dell'*usufructus*, azioni civili intese alla rivalsa dei danni patrimoniali, azioni divisorie, garanzie personali delle obbligazioni[180], *interrogatio in iure* ereditaria, giuramento, *interrogatio in iure* nelle azioni nossali, azioni pretorie di danno. Come si vede, gli istituti civilistici precedono gli istituti di introduzione pretoria intesi a integrarli[181]. Paolo invece dedica i libri 17-18 all'*interrogatio in iure*, al *iusiurandum* e agli altri mezzi pretori di cui Ulpiano si occupa nei libri 22-23, quindi passa a trattare dell'*actio Publiciana* e delle azioni pretorie di danno (libro 19), mentre solo dopo (nei libri 20-25) si occupa dell'*hereditatis petitio* e degli altri istituti civilistici[182]. Cosí pure Gaio, il quale peraltro si distacca da Paolo nel situare l'*actio Publiciana* dopo la *rei vindicatio*[183].

Anche a voler lasciare da parte le indicazioni scaturenti da Gaio (che commenta l'editto provinciale), in ordine all'editto urbano si pone da sempre il problema se le materie vi figurassero nella successione risultante da Giuliano e da Ulpiano, oppure in quella risultante da Paolo, e non vi è dubbio che il Lenel, schierandosi contro la dottrina precedente[184], lo ha risolto nella maniera che, almeno in astratto, è la piú persuasiva: l'ordine delle materie riflesso da Paolo è talmente illogico che non può credersi sia stato pensato in sede sistematica dal giurista, ma che solo può supporsi essere stato quello reale ed asistematico (qui come altrove) dell'editto adrianeo[185]. Il ragionamento non fa una grinza[186], ma parte dal presupposto arbitrario che un editto « adrianeo » vi sia realmente stato ed implica, ciò posto, tre gravi difficoltà: che Giuliano, riordinando l'editto, non abbia proceduto nemmeno a questa ragionevole sistemazione delle clausole; che lo stesso Giuliano abbia

[179] Cfr. D. 5-11, CI. 2-3. Ritengo inutili ulteriori precisazioni.

[180] Questa materia, nel sistema giustinianeo, è in zona molto distante (cfr. D. 46.1, CI. 8.40) perché Giustiniano si attiene al sistema dei *digesta*: v. infatti, di Giuliano, i libri 88-90.

[181] V., per Gaio, *infra* nt. 183. Anche nel commentario di Pomponio la *rei vindicatio* (l. 36-39) precedeva la *Publiciana* (l. 40).

[182] La coincidenza riprende con l'editto sul *mensor, qui falsum modum dixerit*: Ulp. 24, Paul. 25.

[183] Cfr., di Gaio, i libri 6 e 7 (solo quest'ultimo attiene all'*actio Publiciana*).

[184] Si tenga conto che le ricostruzioni anteriori a quella del Lenel si basavano essenzialmente sul commentario di Ulpiano.

[185] V. LENEL (cit. *retro* nt. 110) 12 s.

[186] Vi ho aderito anch'io, nello scritto cit. *retro* nt. 113.

sconfessato l'ordine delle materie, pur da lui accettato in sede di codificazione, allorché ha proceduto a pubblicare i *digesta* [187]; che Ulpiano, nel « commentare » un testo edittale a carattere ufficiale che doveva avere sotto gli occhi, abbia preferito seguire la sistemazione giulianea piuttosto che quella del testo « legislativo » [188].

Le considerazioni con cui il Lenel si libera da queste difficoltà non sono degne, mi sembra, di tanto illustre autore [189]. Ma tant'è: il « tabú » dell'editto giuliano-adrianeo ad altro non avrebbe potuto portare.

E invece il sintomo qui denunciato è di tale significatività, che la conclusione cui si deve pervenire non può essere che questa: non è affatto vero che l'editto pretorio sia stato codificato o comunque fissato in un testo univoco e immutabile, in una edizione « *ne varietur* ». La leggenda relativa si è formata in età postclassica intorno ad un nucleo di verità che, da un lato, è stato certamente costituito dall'alta rinomanza di Giuliano come giureconsulto e dal peculiare contributo che egli dedicò alla illustrazione ed al riordinamento logico-giuridico e sistematico-espositivo della materia edittale, mentre, dall'altro lato, può essere consistito in una qualche iniziativa di « politica legislativa » effettivamente presa da Adriano con il ricorso ad un'*oratio in senatu habita*, quindi con la chiamata a collaborazione del senato [190]. E siccome abbiam visto che non è facilmente pensabile che un *senatusconsultum* abbia potuto paralizzare il *ius edicendi* dei due pretori cittadini, la sola ipotesi che resta è che il senato, nell'esplicazione della sua tradizionale funzione direttiva delle province senatorie, abbia invitato i presidi di que-

[187] La data dei *digesta* di Giuliano è molto discussa (v. da ultimo BUND, nt. 108, 431 ss.); comunque è largamente accettato che l'opera fu scritta dopo la « codificazione » dell'editto. A mio parere, la pubblicazione avvenne tra il 143 e il 147: v. GUARINO, *Salv. Iul.* (nt. 111) 75 ss., con ragguaglio di bibliografia.

[188] Né si dica che Ulpiano, affascinato dalla trattazione di Giuliano, non avrebbe preso cura di controllare l'ordine edittale delle materie. Basti riflettere che, mentre Giuliano rinvia la trattazione delle garanzie personali ai suoi libri 88-90, Ulpiano (suo seguace sí ma ad occhi aperti) la colloca al posto giusto nei suoi libri 24-25.

[189] V. LENEL (nt. 110) 13: « Wie viele Bearbeiter unseres bürgerlichen Gesetzbuches weichen heute an einzelnen Stellen von dessen System ab, die sich doch hüten würden, wenn ihnen eine Neuredaktion des Gesetzbuches übertragen würde, an diesem System zu rütteln! ». La spiegazione varrebbe comunque per Giuliano, non per Ulpiano.

[190] Il ricorso alle *orationes in senatu* fu, per quel che ne sappiamo (sopra tutto dai resti della giurisprudenza classica), praticato con una certa intensità da Adriano: cfr. G. GUALANDI, *Legislazione imperiale e giurisprudenza* 1 (1963) sv. *Hadrianus* (24 ss.).

ste ultime a non discostare (« *quod substantiam* ») i loro editti, nella parte che non fosse di *genus provinciale*, dagli editti, già tra loro quasi in tutto conformi, dei pretori urbano e peregrino: editti ai quali già si adeguavano, dal loro canto, gli editti delle province imperiali, ivi pubblicati sulla base del *ius edicendi* dello stesso *princeps* [191].

Che il senato abbia addirittura statuito, sia pure in ordine ai soli editti delle province senatorie, che d'allora in poi la correzione e integrazione se ne dovesse rimettere alla volontà del *princeps*, mi pare assai meno plausibile. A prescindere da qualche indizio che suona contrario a questa illazione [192], sarebbe stato davvero troppo che il senato si fosse con ciò apertamente autolimitato a vantaggio del potere imperiale.

20. — A conforto delle mie conclusioni non voglio portare i molti (ma opinabili) indizi che depongono per piccole modifiche (e non di radice imperiale) del preteso testo immutabile dell'editto [193], ma non posso, per converso, tralasciare qualche ulteriore considerazione relativa alla politica giudiziaria di Adriano e dei suoi successori.

Non vi è dubbio e lo abbiamo segnalato a suo tempo, che Adriano abbia mirato a prendere nelle sue salde mani le redini del diritto in tutte le sue esplicazioni. Non vi è dubbio che proprio a questo fine egli abbia riordinato la cancelleria imperiale e distratti a sé, nel suo proprio *consilium principis*, svuotando di contenuto il *consilium* dei pretori e dei magistrati giusdicenti, i giuristi di maggior vaglia. Non vi è dubbio che essenzialmente a partire da lui abbiano acquistato efficacia determinante nell'orientamento della giurisdizione ordinaria non soltanto le *epistulae* ai magistrati ed ai giudici, ma anche, e non meno, i

[191] V. *retro* n. 10.

[192] V. *retro* cap. IV e nt. 159.

[193] Nell'articolo cit. *retro* nt. 113 scrivevo (p. 656 s.) che da un riesame spregiudicato della ricostruzione leneliana dell'editto non sarebbero mancati di venire alla luce « gli indizi di alcuni ritocchi, sia pur minimi e di carattere prevalentemente formale, che il testo edittale, e segnatamente quello del *praetor urbanus*, ebbe a subire, ad opera di magistrati edicenti, successivamente al principato di Adriano ». Per parte mia (alla nt. 186), portavo l'esempio della formula dell'*interdictum uti possidetis*, che appare diversa in Fest. sv. *possessio* (Lindsay 260), in Gai 4.160 e in Ulp. 69 *ed.* D. 43.17.1.1. Non mi risulta che il mio invito sia stato preso in considerazione: v. tuttavia CASAVOLA (nt. 47) 44 ss., il quale sostiene che l'*edictum de sepulchro violato* (cfr. Ulp. 25 *ed.* D. 47.12.3 pr.) sia giunto alla formulazione a noi nota dopo il 147 (o comunque dopo il completamento dei *digesta* di Giuliano) e prima della pubblicazione delle *quaestiones* di Papiniano.

rescripta di risposta ai quesiti dei privati. Queste non sono ipotesi piú o meno vaghe, ma sono « cose » che, pur nella relativa scarsezza dei resti a noi pervenuti, si toccano, a cosí dire, con mano [194].

Tanto premesso, passiamo a toccare (sempre a cosí dire) con mano le clausole dell'editto pretorio (o almeno quelle di cui i *Digesta* giustinianei ci hanno tramandato la formulazione letterale) nelle quali si faccia riferimento a fonti autoritative, a provvedimenti di governo (normativi e non normativi) che il magistrato giusdicente si impegna a rispettare [195]. Esse parlano di *leges, plebiscita, senatusconsulta, decreta principum, edicta principum,* ma dei *rescripta* e delle stesse *epistulae principum* tacciono del tutto [196]: tacciono cioè del tutto proprio di quel tipo di costituzioni imperiali cui gli imperatori, da Adriano in poi, prevalentemente ricorsero per pilotare, in ordine a casi nuovi o comunque verso nuove o diverse soluzioni, la giurisdizione dei magistrati repubblicani.

[194] V. su tutto, da ultimo, N. PALAZZOLO, *Potere imperiale ed organi giurisdizionali nel II secolo d.C. L'efficacia processuale dei rescritti imperiali da Adriano ai Severi* (1974) 19 ss.

[195] Cfr. Ulp. D. 2.14.7.7: *Ait praetor: « Pacta conventa, quae neque dolo malo, neque adversus leges plebis scita senatus consulta decreta edicta principum, neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, servabo »*; Ulp. D. 3.1.1.8: *Ait praetor: « Qui lege, plebis scito, senatus consulto, edicto, decreto principum nisi pro certis personis postulare prohibentur: hi pro alio, quam pro quo licebit, in iure apud me ne postulent »*; Ulp. D. 4.6.1.1: *Verba autem edicti talia sunt: « . . . item si qua alia mihi iusta causa esse videbitur, in integrum restituam, quod eius per leges plebis scita senatus consulta edicta decreta principum licebit »*; Ulp. D. 4.6.28.2: *« . . . per leges plebis scita senatus consulta edicta decreta principum licebit »*; Ulp. D. 43.8.2 pr.: *Praetor ait: « Ne quid in loco publico facias, inve eum locum immittas, qua ex re quid illi damni detur, praeterquam quod lege senatus consulto edicto decretove principum tibi concessum est. rell. ».*

[196] Il silenzio sarebbe puramente di apparenza, secondo E. VOLTERRA, *Il problema del testo delle costituzioni imperiali,* in AA. VV., *La critica del testo* (1971) 847 ss. Questo autore sostiene che *« edicta decreta »* sia un'endiadi che stava ad indicare già prima di Adriano tutta la produzione normativa degli imperatori, indipendentemente dalla forma in cui si riversasse, e porta a sostegno di questa tesi Gai 1.5 (su cui v. *infra* nt. 198). Io non dubito che i giuristi di età severiana proprio questo senso (il senso di *constitutio principis*) assegnassero all'espressione dei piú antichi tempi (e sono incline a ritenere genuino, sulla base di questa linea interpretativa, anche Pap. D. 1.1.7 pr., che parla di *decreta principum*: v. comunque VOLTERRA, 850 nt. 28), ma esito fortemente ad ammettere, anche in forza di Gai 1.5, che nel sec. I d.C. *edictum* e *decretum* non avessero, nell'elencazione del pretore, ciascuno il suo significato preciso (analogamente a *leges, plebiscita, senatusconsulta*). V. anche PALAZZOLO (nt. 194) 25 nt. 17.

Epistulae e *rescripta* non furono certo inventati da Adriano, né assunsero esclusivamente a partire da Adriano la loro funzione orientativa: questo è certo. Perché allora il preteso editto « adrianeo » non ne parla? È stata audacia immaginare che la « codificazione giulianea » dell'editto fu anteriore al riordinamento della cancelleria imperiale e alla « scoperta » dell'utilità di *epistulae* e *rescripta* (piuttosto che di *decreta* e *edicta*) ai fini della modifica dell'editto « perpetuo » e della direzione della giurisdizione ordinaria [197]?

D'altra parte, Gaio ci testimonia che ai tempi di Antonino Pio le *epistulae* avevano conseguito la capacità di *legis vicem optinere*, ma i *rescripta* no [198].

Chiaro è dunque, anzi direi chiarissimo, che, se Adriano e i suoi successori esercitarono anche (e prevalentemente) nelle forme delle *epistulae* e dei *rescripta* la loro azione di regolazione della giurisdizione ordinaria, e in particolare di quella dei pretori, ciò fu perché una « codificazione » dell'editto mai vi era stata.

VI. Il recupero del « ius honorarium » come recupero della letteratura « edittale ».

21. — Sgombrato il campo dalla pretesa « codificazione » giuliano-adrianea dell'*edictum perpetuum*, vediamo se ed entro quali limiti ci è possibile di fissare qualche ulteriore precisazione in ordine alla storia dell'editto « perpetuo » per quanto attiene ai suoi contenuti, ai suoi modi espressivi, alla sua sistematica, alla sua pubblicità.

Il materiale informativo su cui possiamo basarci è costituito essenzialmente dai resti della giurisprudenza romana « preclassica » e « classica » (sec. II a. C. - sec. III d. C.), e piú precisamente dalla palingenesi delle opere dei varî giuristi, con ovvia preferenza per i commentari edittali, per i *libri digestorum* nella loro parte edittale, per le raccolte di *responsa*, *quaestiones* ed altro materiale casistico [199]. Guardando

[197] Cosí, se non erro, Palazzolo (nt. 194) 24 ss.

[198] Cfr. Gai 1.5: *Constitutio principis est quod imperator decreto vel edicto vel epistula constituit.*

[199] Su questi tipi di opere v., per tutti, Guarino (nt. 1) n. 218 e 219. L'importanza, ai nostri fini, dei *libri ad edictum* è evidente di per se stessa, perché essi spesso riproducono i testi edittali alla lettera e in ogni caso, quando non li trascrivono, è presumibile, fino a prova contraria, che ne riflettano piú o meno

piú da presso ai *libri ad edictum* ed ai *libri digestorum*, dobbiamo dire che il catalogo degli autori, certi o supposti, ne è relativamente vasto, ma che, se andiamo al concreto del materiale disponibile, esso si riduce di molto. Tracce apprezzabili ci rimangono dei soli commenti edittali di Gaio [200], di Paolo [201], di Ulpiano [202], di Callistrato [203] e dei soli *digesta* di Giuliano [204], di Celso figlio [205], di Marcello [206], di Scevola [207].

La parte del leone, nella compilazione giustinianea, è di Ulpiano, subordinatamente di Paolo, subordinatamente ancora di Gaio, di Giuliano e, distanziati, degli altri. Anzi lo stesso Giuliano è poco sfruttato, almeno direttamente [208], e stupisce che si registrino pochissime menzio-

fedelmente e compiutamente i contenuti. Non meno importanti ai fini ricostruttivi la gran parte dei *libri digestorum* classici e delle opere affini, in cui la trattazione era però distinta in due sezioni: una prima (la cosí detta sezione « edittale »), che elaborava con metodo casistico lo scibile giuridico vigente (quindi anche e sopra tutto il *ius honorarium*) secondo un ordine corrispondente a quello dei commentari *ad edictum*; una seconda, che era dedicata al commento delle principali leggi, e in genere dei principali provvedimenti di governo intervenuti sopra tutto in età classica a regolare organicamente o piú incisivamente talune materie (le quali venivano pertanto ad essere avulse dalla parte edittale dei *digesta*). I *libri responsorum* e i *libri quaestionum* e affini risultano, infine, anche essi ordinati alla maniera dei commentari edittali e raccoglievano materiale casistico per utilità precipuamente dei litiganti davanti alle giurisdizioni ordinarie, quindi con ampio riguardo anche ai regolamenti posti dagli editti giurisdizionali. Si avverta, peraltro, che quando manchino in queste opere i riferimenti inequivoci (anche se impliciti) all'editto, l'enucleazione dei temi « edittali » è tutt'altro che facile, perché è tutt'altro che facile (sovente è addirittura impossibile) differenziarli attendibilmente da postulati aventi radice puramente « decretale » (eventualmente innestata su rescritti imperiali), o derivazione diretta dal *ius civile* tradizionale, o fondamento di mera interpretazione giurisprudenziale. Le apparenze possono ingannare non poco, sopra tutto quando i testi giurisprudenziali ci si presentano (come accade novantanove volte su cento) dopo essere passati per il filtro delle compilazioni postclassiche, le quali tendevano evidentemente ad appiattire tutto il materiale precedente, senza troppo curarsi delle specifiche caratteristiche e delle diverse derivazioni delle sue componenti, nel monumento unitario e tutto parimenti autorevole del *ius vetus*, anche detto dei *iura*.

[200] LENEL, *Pal.* Gaius n. 8-52 (*ed. praet. urb.*), 53-388 (*ed. prov.* e *aed. cur.*).

[201] LENEL, *Pal.* Paulus n. 83-849 (*ed. praet.* e *aed. cur.*), 27-41 (*brevium ad ed.*).

[202] LENEL, *Pal.* Ulpianus n. 170-1797 (*ed. praet.* e *aed. cur.*).

[203] LENEL, *Pal.* Callistratus n. 54-73 (*ad edictum monitorium*).

[204] LENEL, *Pal.* Iulianus n. 4-842.

[205] LENEL, *Pal.* P. Iuv. Celsus n. 1-274.

[206] LENEL, *Pal.* Marcellus n. 1-267.

[207] LENEL, *Pal.* Scaevola n. 1-131.

[208] Molti dei brani della palingenesi leneliana sono tratti da citazioni di altri giuristi.

ni del commentario edittale di Sesto Pomponio, che pur dovette essere di gran lunga il piú vasto di tutti [209]. Comunque sia, fermiamoci su questo dato concreto e prescindiamo, nei limiti del possibile, da illazioni sul resto.

Si nota « *ictu oculi* », e già l'ho segnalato ad altro proposito [210], che la corrispondenza dei contenuti tra queste opere (tutte del sec. II e III d. C.) è altissima, praticamente completa, ma non altrettanto perfetta è la corrispondenza delle sistematiche espositive, dell'ordine cioè in cui le materie sono presentate all'interno di esse. Il primo rilievo conferma e dimostra che nella fase adrianea e post-adrianea del principato gli editti giurisdizionali, ed in particolare quelli urbani, erano pervenuti a conformità o quasi. Il secondo rilievo, invece, fa intuire che un certo ordine tradizionale delle materie si era certamente formato già ben prima dei tempi di Adriano (e ne sono state acutamente ravvisate le tracce in Celso, in Pomponio, in Pedio, forse addirittura in Sabino) [211], ma che quest'ordine tradizionale, seguito in particolare da Gaio e da Paolo, non fu rispettato da Giuliano nei suoi *digesta* e, quel che piú conta, non fu ritenuto vincolante da Ulpiano nel suo commentario *ad edictum* [212].

22. — E allora, non solo vi è da dubitare seriamente della storicità della « codificazione » giuliano-adrianea dell'editto, ma si pone, come del resto ho già accennato dianzi [213], il problema se, a partire approssimativamente dall'età di Adriano, la conoscenza degli editti da parte del pubblico, salvo forse che per alcune e poche varianti e integrazioni che ad essi furono apportate da qualche pretore [214], sia piú dipesa dalla pubblicazione del testo nell'*album*. Ed è un problema che tutti i rilievi fatti dianzi portano a risolvere negativamente.

Qui non si vuole negare in modo assoluto e radicale che nei tempi piú antichi, sin verso i primi decenni dell'età classica, i magistrati ro-

[209] Cfr. LENEL, *Pal.* Pomponius n. 1-173 (*ad praet.* e *aed. cur.*): tutti brani ricostruiti da citazioni di altri giuristi.

[210] V. *retro* n. 19.

[211] V. *retro* nt. 178.

[212] V. *retro* nt. 180-183.

[213] V. *retro* n. 19, particolarm. nt. 47 e 48.

[214] Le fonti segnalano come eccezionale una innovazione apportata all'editto da Salvio Giuliano, la clausola *de coniungendis cum emancipato liberis eius*: v., in proposito, GUARINO (nt. 113) 639 ss., BUND (nt. 108) 424 s.

mani abbiano realmente pubblicato ogni anno un testo completo degli editti (propri e dei predecessori) da loro assunti a programma dell'attività da svolgere, né si vuole negare che essi abbiano pubblicato annualmente le *formulae* proposte ai cittadini per la deduzione in *iudicia* delle loro controversie. Si vuole solo affermare che è ben poco probabile che l'usanza sia continuata nel corso dell'avanzato sec. I d. C. e, tanto meno, nel corso dell'età adrianea e severiana. Secondo me, i nuovi editti (peraltro sempre meno numerosi) saranno anche stati trascritti sull'albo, in uno alle nuove formule (sempre meno numerose anche esse), ma depositaria e ordinatrice di tutto il materiale vecchio e nuovo divenne essenzialmente la giurisprudenza dei cosí detti *libri ad edictum*: la quale si orientò verso quel certo ordine, che abbiamo definito « alluvionale » e poco rispettoso di una sistemazione logica e coerente del tutto, non per incapacità di adottare un impianto espositivo migliore e piú razionale, ma per motivi essenzialmente pratici, cioè perché riordinamenti sistematici e troppo approfonditi degli argomenti avrebbero onorato la logica, ma avrebbero impedito o reso difficile l'utilizzazione delle opere edittali precedenti, contrariando tutto un modo tradizionale romano di fare giurisprudenza e di scriverne.

A chi obbiettasse che quest'ipotesi non spiega perché mai le opere giurisprudenziali di contenuto « onorario » abbiano acquisito una sistematica diversa da quella delle opere giurisprudenziali di contenuto « civilistico » [215] la replica non sarebbe difficile. Si consideri, anzi tutto, che penetranti ricerche recenti hanno posto in luce che in realtà le differenze di schema tra opere civilistiche ed opere edittali non sono, al profondo, cosí grandi, da impedire di riconoscere una matrice unitaria, probabilmente costituita dalle XII tavole nella esposizione fattane, aggiungerei io, da Sesto Elio [216]. Ma si consideri, sopra tutto, che i *libri iuris civilis* della giurisprudenza romana classica si rifanno tutti allo spunto originario rappresentato dai famosissimi *libri XVIII iuris civilis* di Q. Mucio Scevola [217] e che quest'opera, per piú versi innovativa sul piano metodologico [218], non ebbe e non curò di avere un impianto si-

[215] Si allude, in particolare, al sistema dei *libri iuris civilis* di Q. Mucio ed a quello, parzialmente derivato dal primo, di Masurio Sabino: v., in proposito, SCHULZ (nt. 30) 171 ss., 277 ss.

[216] V. M. LAURIA, « *Iura, leges* », in *ANA*. 81 (1970) 1 ss. Sul cosí detto *ius Aelianum* v. GUARINO (nt. 1) n. 66 e 152.

[217] Sullo schema: LENEL, *Pal*. 1.758.

[218] Forse un po' enfatico SCHULZ (nt. 30) 172: « Possiamo ben lamentarci del

stematico generale (sí che parve ad alcuni addirittura un esempio di disordine inquadrativo)[219].

L'opera civilistica di Q. Mucio si prospetta ai nostri occhi, per quel che ci è dato da osservare, come una raccolta di *problemata*, i quali vengono raggruppati in tanti nuclei separati e in sé chiusi in forza di considerazioni analogiche. Questi nuclei, tuttavia, si seguono l'un l'altro non secondo un vero e proprio piano espositivo generale, bensí piuttosto secondo criteri esteriori di maggiore o minor frequenza, quindi di maggiore o minore importanza pratica delle questioni cui si riferiscono[220]. Mentre le opere edittali si mantennero sempre in qualche modo fedeli alla suggestione delle XII tavole e dell'andamento dell'esposizione secondo criteri di ordine processuale, quelle civilistiche furono tutte direttamente o indirettamente aderenti allo schema anomalo muciano perché furono tutte direttamente o indirettamente scritte a commento dei *libri iuris civilis* di Mucio, rimanendo perciò, se ben si guarda, una manifestazione limitata e in certo modo a se stante di letteratura giuridica rispetto alla letteratura giuridica di gran lunga piú diffusa, ch'era tutta informata agli schemi edittali[221].

23. — A questo punto, le conclusioni di tutto il nostro discorso sono pressoché ovvie.

Abbiamo sostenuto che la « codificazione » giuliano-adrianea dell'*edictum perpetuum* è una falsa notizia. Qui bisogna aggiungere che il problema della ricostruzione dell'*edictum perpetuum*, e in particolare dell'editto pretorio ed edilizio, nell'assetto di età severiana, è un falso

fatto che ha conservato un'opera cosí assolutamente priva di valore come il *de legibus* di Cicerone, mentre ha lasciato che perisse il libro che ha posto le basi non solo della giurisprudenza romana, ma di quella opera ». Per interessanti (non tutte persuasive) considerazioni su Q. Mucio e la sua opera: A. SCHIAVONE, *Nascita della giurisprudenza* (1976) 69 ss.; O. BEHRENDS, *Die Wissenschaftslehre um Zivilrecht des Q. Mucius Scaevola pontifex*, in *Nachr. Ak. Wiss. Göttingen*, Phil.-Hist. Kl. 7 (1976) *passim*.

[219] Cfr. Cic. *Brut.* 41.152.

[220] V. invece SCHULZ (nt. 30) 174, che attribuisce ai libri di Mucio vera e propria validità sistematica e ne spiega essenzialmente sotto questo profilo la fortuna.

[221] I *libri iuris civilis* di Q. Mucio furono direttamente commentati da Lelio Felice (di cui parla Gellio), da Gaio e da Pomponio, ma influirono probabilmente sull'ordine espositivo dei *Reprehensa Scaevolae capita sive Notata Muci* di Servio Sulpicio, nonché sulla sistematica di altre opere.

problema. L'editto magistratuale, inteso come un tutto risultante dal conglomerato di editti e di formule della piú varia datazione, sopravviveva in quell'età esclusivamente nelle opere di taglio edittale, a cominciare dai *libri ad edictum*, della giurisprudenza romana. Esso era cioè integralmente calato nella loro quasi uniforme sistematica, nelle loro spesso conformi citazioni letterali, nei loro non sempre concordi e riconoscibili riferimenti in discorso indiretto, nei loro commenti non di rado, e per molteplici ragioni, parzialmente divergenti.

Lo storico del diritto romano non può, dunque, continuare ad illudersi di poter sia pure « tentare » la ricostruzione dell'editto perpetuo, e ciò nemmeno quando si trovi di fronte a citazioni « tra virgolette » di singoli testi edittali. L'operazione è illusoria, a mio avviso, perché illusorio è l'oggetto della ricerca: l'*edictum perpetuum* come testo che fosse ancora, in età severiana (e già molto prima), di organica struttura e di diretta conoscenza, in questa sua struttura complessiva, da parte dei cittadini romani [222].

Il vero, l'autentico problema di una storiografia romanistica evoluta è quello di individuare, sulla base delle palingenesi delle opere edittali, la storia del *ius honorarium* romano cosí come esso scaturí dall'attività dei magistrati giusdicenti, dal contributo dei provvedimenti di governo repubblicani, dalle suggestioni dell'autorità imperiale, dall'elaborazione della giurisprudenza. E siccome la fonte prima, e di gran lunga piú copiosa, di ogni nostra conoscenza del *ius honorarium* è costituita dalle opere edittali della giurisprudenza, segnatamente dai *libri ad edictum*, il problema si concreta e si delimita nello studio di quelle opere, dei diversi orientamenti dei loro autori, dei vari stadi di trasformazione del diritto onorario che esse lasciano presumere.

Anche se è parecchio azzardato definire il diritto romano come « diritto giurisprudenziale », ancora una volta si conferma che il recupero di esso è precipuamente condizionato dal recupero dell'attività giurisprudenziale romana [223].

[222] A maggior ragione deve escludersi, a mio avviso, che abbia un fondamento di vero la tesi del De Francisci (nt. 88), secondo il quale l'*edictum perpetuum* giuliano-adrianeo sarebbe perdurato intatto sino a Giustiniano.

[223] Questo non significa affatto che la storia del diritto romano debba limitarsi alla storia dei giuristi romani. Contro questa impostazione riduttiva, originata dalla lettura passiva di una pagina poco felice di M. Bloch, *Apologia della storia o mestiere dello storico* (1949, tr. it. 1960) 130 s., v. Guarino, *Le origini quiritarie* (1973) 11 e nt. 10.

« DE ALBO CORRUPTO »

1. — Un acuto scritto dedicato da N. Palazzolo all'*edictum de albo corrupto* [1] mi induce a riprendere brevemente la penna [2] per stilare alcune note aggiuntive sul tema [3].

Base di operazioni è il testo dedicato da Ulpiano a commento del nostro editto [4]:

D. 2.1.7 pr. (Ulp. 3 *ed.*): *Si quis id, quod iurisdictionis perpetuae causa, non quod prout res incidit, in albo vel in charta vel in alia materia propositum erit, dolo malo corruperit: datur in eum quingentorum* [*aureorum*] ⟨*milium sestertiorum*⟩ *iudicium, quod populare est.*

Il passo è stato certamente ritoccato da Giustiniano, sostituendo i cinquecento aurei ai cinquecentomila sesterzi [5]. Ma sono andati i compilatori piú in là? Contro un'opinione assai diffusa [6], io ho altrove sostenuto di no [7]. Il Palazzolo [8] propende oggi per la mia tesi, osservando, in appoggio ad essa, che « *iurisdictio perpetua* » è locuzione propria della cancelleria di Alessandro Severo, entro la quale Ulpiano svolse un ruolo notoriamente importante [9]. Egli però non intende la *iurisdictio per-*

* In *Index* 18 (1990) 275 ss.

[1] N. Palazzolo, *L'« edictum de albo corrupto » e il problema della pubblicità delle norme edittali in età postadrianea*, in *St. Sanfilippo* 7 (1987) 593 ss.

[2] V. A. Guarino, *La formazione dell'editto perpetuo*, in *ANRW*. II.13 (1980) 62 ss., spec. 73 s. nt. 47.

[3] Sul tema v. ora anche G. Mancuso, « *Praetoris edicta* ». *Riflessioni terminologiche e spunti per la ricostruzione dell'attività edittale del pretore in età repubblicana*, in *AUPA*. 37 (1983) 307 ss., spec. 370 ss.

[4] Letteratura piú antica in F. Casavola, *Studi sulle azioni popolari romane. Le « actiones populares »* (1958) 150 nt. 2, e in A. Metro, *La « lex Cornelia de iurisdictione » alla luce di Dio Cass. 36.40.1-2*, in *Iura* 20 (1969) 515 nt. 70.

[5] O. Lenel, *EP*.[3] (1927) 57 nt. 5.

[6] *Retro* nt. 1. *Adde* Mancuso (nt. 3) 378 s.

[7] Guarino (nt. 2) nt. 47.

[8] Palazzolo (nt. 1) 602 ss.

[9] Cfr. CI. 2.50(51).2 (Alexander Petronio centurioni, a. 222): *Si quid de bonis eorum, qui rei publicae causa absentes sunt, deminutum est actioneve qua com-*

petua come sinonimo di « *edictum perpetuum* », ma assume che l'espressione relativa si riferisca alla giurisdizione dei due pretori nel senso stesso che stette alla base dell'antico *plebiscitum Cornelium* del 67 a. C.: un plebiscito che, giusta quanto da lui sostenuto in altra sede [10], chiese ai pretori di non discostarsi, nell'amministrazione della giustizia, da quanto promesso nei loro *edicta* « *perpetua* », nel senso di editti relativi all'esercizio ordinario della funzione giurisdizionale [11].

Io posso anche essere d'accordo col Palazzolo nel ritenere che, se la legge Cornelia *de edictis praetorum* parlò davvero di *edicta perpetua* [12], non ne parlò in contrapposto ai cosí detti *edicta repentina*, emessi in corso d'anno [13], ma ne parlò in contrapposto (implicito) a quanto fosse pur disposto da *edicta*, ma non attenesse all'esercizio normale della giurisdizione [14]. Tuttavia non mi sembra che, nel testo in esame, Ulpiano abbia voluto richiamarsi a questa distinzione. Posto di fronte ai *verba edicti*, che molto probabilmente suonavano « *si quis id, quod iuris dicundi causa in albo propositum erit, dolo malo corruperit* » [15], egli non si è sentito di trascriverli pari pari, ma ha voluto chiarire che, ai suoi tempi, vale a dire agli albori del sec. III d. C. [16], il delitto si verificava in ordine alla *corruptio* di tutto quanto fosse stato pubblicato, anche

petente eis aliquis liberatus fuit, in integrum restitutio perpetua iurisdictione intra annum utilem permittitur.

[10] N. PALAZZOLO, *La « propositio in albo » degli « edicta perpetua » ed il « plebiscitum Cornelium » del 67 a. C.*, in *Sodalitas A. Guarino* (1984) 2427 ss., spec. 2435 ss.

[11] V. invece METRO (nt. 4) 510, secondo cui gli *edicta perpetua* furono contrapposti dalla *lex Cornelia* agli *edicta repentina*. Sul punto v. anche MANCUSO (nt. 3) 397 ss.

[12] Ma ne parlò davvero, o non parlò semplicemente di *edicta*? L'unica fonte che attribuisce alla *lex Cornelia* la dizione « *edicta perpetua* » è Ascon. *in Cornel.* 1.48 (119 Stangl): *Aliam deinde legem Cornelius ... tulit, ut praetores ex edictis suis perpetuis ius dicerent*. In particolare, di editti « perpetui » non parla Dio Cass. 36.40.1-2, pur esso relativo alla *lex Cornelia de edictis*. V. anche Gell. *n. A.* 10.15.31 (forse però relativo all'editto tralaticio). Sul punto: A. GUARINO, sv. « *Edictum perpetuum* », in *Digesto*[4], nt. 1.

[13] La locuzione « *edictum repentinum* » è ignota alle fonti romane.

[14] Tra gli esempi portati dal PALAZZOLO (604 s. nt. 40-42) trascelgo quello dell'elenco dei giudici che il pretore preposto ad una *quaestio* doveva affiggere nell'albo.

[15] LENEL (nt. 5) 57. Il seguito dell'editto doveva essere: « *in eum quingentorum milium sestertiorum iudicium populare dabo* ».

[16] H. FITTING, *Alter und Folge der Schriften römischer Juristen von Hadrian bis Alexander*[2] (1908, rist. 1965) 101 ss.

in modi diversi dall'affissione nell'albo, a scopo di giurisdizione da valere in perpetuo e non a titolo diverso [17].

La prima precisazione di Ulpiano è contenuta nella parole « *in albo vel in charta vel in alia materia* (*propositum erit*) » ed è facile da capire. A cavallo tra il secondo e il terzo secolo, l'*edictum* era conosciuto (ed era considerato *propositum*, pubblicato) non solo attraverso l'*album*, ma anche attraverso altri mezzi di comunicazione: il papiro (*charta*) e ancora la pergamena, la tavoletta di legno e tutto ciò che può farsi rientrare nell'*alia materia*. Quanto alla seconda precisazione (contenuta nelle parole « *id, quod iurisdictionis perpetuae causa, non quod prout res incidit, ... propositum erit* »), la comprensione si fa piú difficile: ma che altra significazione può avere « *iurisdictionis perpetuae causa propositum* », se non quella di « pubblicato nel testo ormai comunemente noto come *edictum perpetuum* »? [18]. È chiaro, a mio avviso, che Ulpiano è uscito in queste parole perché ha voluto escludere dalla fattispecie delittuosa della *corruptio* ciò che non fosse stato pubblicato come supporto della *iurisdictio perpetua*, della giurisdizione perpetua, stabilizzata dal pretore [19], ma fosse stato pubblicato al servizio di occasioni contingenti (*prout res incidit*) [20].

Perché mai le due precisazioni ora illustrate sono state fatte da Ulpiano e non dai compilatori giustinianei? La risposta è suggerita da una osservazione avanzata dal De Francisci proprio a sostegno della tesi dell'emblema. Ha ricordato infatti il De Francisci [21] che Giustiniano, nella versione greca della c. *Tanta* [22], afferma che l'editto « codificato » da Salvio Giuliano per ordine dell'imperatore Adriano fu tutto trascritto in una sorta di libriccino [23]: il che lo ha indotto a pensare che a quel piccolo codice si riferiscano, in D. 2.1.7 pr., le parole, a suo parere aggiunte dai compilatori, « *vel in charta vel in alia materia* ». Senonché vien facile replicare a questa argomentazione che, se i compilatori giu-

[17] PALAZZOLO (nt. 1) 603 s. intende invece la *iurisdictio perpetua* « nel senso originario di permanente, stabile, durevole, secondo criteri prefissati ».

[18] In questo senso B. 7.3.7 (Heimb. 1.263).

[19] In questo senso mi pare sia da intendere anche CI. 2.50(51).2 (*retro* nt. 9).

[20] Tutto sommato, a questa interpretazione si avvicina lo stesso PALAZZOLO (nt. 1) 605.

[21] P. DE FRANCISCI, *Per la storia dell'editto perpetuo nel periodo postclassico*, in *Mél. De Visscher* 3 (1950) 358.

[22] Δέδωκεν 18.

[23] (Ἀδριανός) ... τὰ παρὰ τῶν πραιτόρων κατ' ἔτος ἕκαστον νομοθετούμενα ἐν βραχεῖ τινὶ συνῆγε βιβλίῳ.

stinianei avessero voluto alludere al χαρτίον di cui parla la costituzione Δέδωκεν, essi non avrebbero lasciata intatta la menzione dell'*album* [24] ed avrebbero piuttosto interpolato la menzione del *codex*. Una volta tanto bisogna dunque concludere che quelle, che al primo aspetto possono sembrare delle alterazioni postclassiche o giustinianee, sono in realtà tutta farina del sacco di Ulpiano.

2. — Sorvolo sui problemi relativi alla prima introduzione dell'*edictum de albo corrupto* ed alle caratteristiche della fattispecie delittuosa di *corruptio* dell'*id, quod in albo propositum erit*: argomenti per i quali posso ben rinviare a ciò che ha scritto il Palazzolo [25]. I punti che qui mi interessa discutere sono altri, e cioè: se, nel secondo e terzo secolo dopo Cristo, il cosí detto « *edictum perpetuum* » o « *edictum* » per antonomasia [26] era integralmente riversato nell'*album* magistratuale; e se, dopo il principato di Adriano, cioè dopo l'epoca cui un certo numero di fonti postclassiche attribuiscono la « codificazione » dell'*edictum* [27], il magistrato giusdicente, e in particolare il pretore, davvero smise di aggiungere nuove clausole al testo dell'*edictum perpetuum*.

Per quanto attiene al primo punto, io ho ipotizzato, altra volta [28], che probabilmente, col procedere dei tempi, non sempre e non tutti gli *edicta* giurisdizionali erano in pratica riprodotti anno dopo anno nell'albo [29]: le formule (di *actiones* e di *interdicta*) e le promesse edittali già proposte ripetutamente dai predecessori, quindi ormai entrate nella conoscenza stabile della giurisprudenza e del pubblico, erano lasciate nella prassi (ripeto: nella prassi) da parte, mentre il limitato spazio del-

[24] In D. 2.1.9 (Paul. 3 *ed.*) i compilatori non si sono curati di interpolare il richiamo alla *charta* e all'*alia materia*, ed hanno lasciata intatta la menzione del solo *album*.

[25] PALAZZOLO (nt. 1) 608 s.

[26] La piú antica fonte tecnica, che sicuramente si riferisce all'*edictum perpetuum* come editto tralaticio, è Pap. 8 *resp.* D. 31.77.29. Siamo, dunque, nell'età dei Severi.

[27] Analisi delle fonti (tutte postclassiche) sulla « codificazione » dell'editto in A. GUARINO, *L'esaurimento del « ius honorarium » e la pretesa codificazione dell'editto*, in *St. Albertario* 1 (1953) 623 ss. (ora in GUARINO, *Le ragioni* [nt. 2] 265 ss.).

[28] GUARINO (nt. 2).

[29] Già Cicerone, *ad Att.* 6.1.15, parlando del suo editto cilicio, dice esplicitamente che per una parte di esso, cioè per la parte corrispondente all'editto dei due pretori cittadini, egli non riprodusse le varie clausole, ma si limitò ad una norma di rinvio all'editto cittadino.

l'*album* [30] era piuttosto utilizzato per i *nova edicta*, cioè per gli editti di nuovo conio emessi dal magistrato in carica. L'affermazione ha incontrato il favore del Mancuso [31], ma è stata rigidamente contestata dal Palazzolo [32], il quale ha obiettato che la mia tesi « finirebbe per sminuire enormemente il valore del nostro editto (cioè dell'editto *de albo corrupto*) e per creare una ingiustificata discriminazione fra la tutela dei vecchi editti e quella dei *nova edicta* » [33], ed ha citato, per buona misura, alcuni testi postadrianei (cioè posteriori alla asserita « codificazione »), che esplicitamente parlano di *propositio in albo* dell'*edictum perpetuum* [34].

Ebbene sia chiaro: io non sostengo, e non ho mai sostenuto, che gli editti dei magistrati giusdicenti non fossero tutti, *in abstracto*, da pubblicarsi e ripubblicarsi annualmente nell'albo. Io ho ragionato e ragiono in concreto, cioè sul piano pratico. È noto che il ceto dei giuristi fu sin dagli inizi vicino ai magistrati giusdicenti, e in particolare ai pretori, per consigliarli ed aiutarli nella confezione dei loro programmi di giustizia annuali [35]; è noto che sin dal sec. I a. C. vi fu un giurista, Aulo Ofilio, che procedette ad una « presa d'atto », con relativo commento, dell'intero editto del pretore urbano [36]; è noto che altre prese d'atto del testo dell'editto urbano e degli altri editti giurisdizionali furono effettuate da giuristi successivi [37], a culminare con i monumentali *digesta* di Salvio Giuliano [38]; è noto che, in linea di massima, i magistrati giusdicenti si astennero dall'eliminare o dal ritoccare gli editti precedenti, li-

[30] Sul punto: GUARINO (nt. 2) 73 nt. 45.

[31] MANCUSO (nt. 3) 388 e nt. 31.

[32] PALAZZOLO (nt. 1) 607 nt. 56, la cui replica mi sembra alquanto fiacca. È vero che gli editti del sec. I a. C. contennero probabilmente meno clausole degli editti del secolo successivo e che gli editti del sec. I d. C. furono probabilmente, a loro volta, meno estesi degli editti del sec. II, ma anche gli editti del secondo secolo dovevano essere, almeno in teoria, pubblicati nell'*album*.

[33] Il Palazzolo aggiunge che, « almeno nell'ottica repubblicana », la *corruptio* concerneva l'intero testo edittale, limitando la sua critica, almeno a p. 607, all'editto del sec. I a. C.

[34] PALAZZOLO (nt. 1) 613 ss.

[35] F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana* (tr. ital. 1968) 102 ss.

[36] Cfr. D. 1.2.2.44 (Pomp. *sing. ench.*): *... de iurisdictione idem edictum praetoris primus diligenter composuit*. Non in tutto persuasivo MANCUSO (nt. 3) 329 ss.

[37] A. GUARINO, *Storia del diritto romano*[7] (1987) 426.

[38] Non a torto Giustiniano, c. *Tanta* 18, dice, con riferimento ai suoi *digesta*, che Giuliano fu « *legum et edicti perpetui suptilissimus conditor* ».

mitandosi ad aggiungere ai vecchi eventuali nuovi editti, da valere in luogo di quelli [39]. Tutto questo è noto; ma allora perché non supporre che, man mano che il testo degli editti si andò stabilizzando, riversandosi e ordinandosi nelle opere di commento della giurisprudenza, si sia ritenuto inutile riproporre annualmente negli albi la parte « stabilizzata », tralaticia, degli editti stessi, cioè una parte che era, ad un tempo, ben conosciuta da tutti e non piú praticamente « corruttibile » da nessuno?

Vi è di piú. Col procedere del tempo, man mano che l'editto per antonomasia divenne quello pretorio e che si radicò nei giuristi romani la concezione di un *edictum perpetuum* stabilizzato [40], si evolse e si allargò anche il concetto di *corruptio* del testo edittale. Dalla *corruptio* di ciò che fosse pubblicato nell'*album* la fattispecie delittuosa si estese, come abbiamo visto [41], anche alla *corruptio* di ciò che venisse reso di pubblica ragione su *charta* o su altro materiale scrittorio. Che si vuole di piú per convincersi che, almeno nel passaggio dal secondo al terzo secolo dopo Cristo, ormai l'*edictum perpetuum* non era solo e tutto *propositum in albo* [42]?

Restano, da prendere in considerazione, le fonti di età postadrianea che parlano di una *propositio* dell'*edictum in albo*. Ma è il caso, a mio avviso, di esaminarle in sede di discussione del secondo tra i punti che mi sono ripromesso di affrontare [43].

3. — Non spenderò parole a difesa della mia tesi, alla quale continuo ad essere fermissimamente affezionato, secondo cui la codificazione giuliano-adrianea dell'editto è solo una favola, sviluppatasi in epoca postclassica intorno a un possibile nucleo di verità ben piú modesto [44]. Qui mi importa di indicare un altro indizio a dimostrazione del fatto che l'*edictum perpetuum* non si immobilizzò all'epoca di Adriano, ma continuò anche in seguito, sino all'età dei Severi, ad accrescersi, sia pur parcamente, di nuove clausole.

[39] P. KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Litteratur des römischen Rechts*[2] (1912) 92 ss.

[40] Cioè almeno da Papiniano in poi: *retro* nt. 26.

[41] *Retro* nt. 1.

[42] Altro argomento a favore della mia tesi io ho tratto da quanto scrive Ulpiano, D. 2.13.1.1, a proposito della *editio actionis*: GUARINO (nt. 2) 74 nt. 48. Non mi sembra che l'argomento sia sufficientemente confutato da PALAZZOLO (nt. 1) 610 nt. 64.

[43] *Infra* n. 3.

[44] Su di essa, da ultimo: GUARINO (nt. 12).

L'indizio non è dato dal linguaggio di Gaio, il quale parla di formule che *in albo proponuntur*[45] o di azioni che *in edicto proponuntur*[46]. Checché dica in proposito il Palazzolo[47], a me sembra ancor oggi che il « *proponuntur* » di Gaio non alluda ad una inserzione fatta nell'editto contemporaneamente a Gaio stesso, ma abbia un valore puramente di stile, indichi cioè formule e azioni che ai tempi di Gaio si leggevano già nell'editto[48]. L'indizio a favore della mia tesi è piuttosto dato da questo paragrafo del commento di Ulpiano all'*edictum de albo corrupto*:

D. 2.1.7.2 (Ulp. 3 *ed.*): *Quod si dum proponitur vel ante propositionem quis corruperit, edicti quidem verba cessabunt; Pomponius autem ait sententiam edicti porrigendam esse ad haec*[49].

Se Ulpiano, divergendo in ciò da Pomponio, afferma che la *corruptio* non è perseguibile, ove venga effettuata prima che la *propositio edicti* sia stata portata a compimento, ciò è perché « ai tempi di Pomponio (e poi di Ulpiano) c'era ancora qualcosa che veniva pubblicato nell'albo[50] ai fini della giurisdizione pretoria ».

Le parole che ho trascritte e fatte mie sono parole del Palazzolo[51]. Con il quale la mia concordia sarebbe addirittura idilliaca, se egli non fosse, purtroppo, pervicacemente legato, sia pure in ottima compagnia, alla leggenda della « codificazione » dell'editto perpetuo. Convinto com'è che l'editto fu codificato da Salvio Giuliano e che, pertanto, dopo l'avvenuta codificazione i pretori non poterono accrescerlo di nuove clausole, egli formula l'ipotesi che dopo la codificazione l'albo magistratuale (col complemento della *charta* e dell'*alia materia*) sia stato utilizzato per la pubblicazione di « tutte le modifiche (o le aggiunte) imperiali al testo dell'editto »[52]. In altri termini, l'albo magistratuale e i suoi complementi sarebbero stati, dopo Adriano e particolarmente in età severiana, il mezzo di pubblicazione di tutto quanto fosse attinente alla attività di giurisdizione ordinaria[53].

[45] Cfr. Gai 4.46.

[46] Cfr. Gai 2.253.

[47] PALAZZOLO (nt. 1) 613 ss., il quale cita anche Gai 4.31, Gai 4.48 e CI. 8.1.1 a dimostrazione del fatto che, nei sec. II e III, l'editto era ancora tutto quanto leggibile nell'albo.

[48] GUARINO (nt. 2) 73 nt. 46. V. però, in senso contrario, PALAZZOLO (nt. 1) 614 nt. 85 e PALAZZOLO (nt. 10) 2447 nt. 77.

[49] V. anche Ulp. D. 2.1.7.5.

[50] Io aggiungerei « e altrove » (cioè *vel in charta vel in alia materia*).

[51] PALAZZOLO (nt. 1) 616 s.

[52] PALAZZOLO (nt. 1) 617.

[53] PALAZZOLO (nt. 1) 618 s.

Temo però che non ci siamo. A parte che, per quanto ci risulta, le costituzioni imperiali avevano vita e pubblicità loro proprie [54] ed erano messe in sintonia con le « norme » edittali solo in sede di elaborazione giurisprudenziale, io faccio osservare che le modifiche imperiali ai regolamenti edittali avrebbero avuto bisogno, per essere iscritte sull'albo o sui suoi complementi, della iniziativa del pretore: il che le avrebbe convertite automaticamente in editti pretorii, in clausole dell'*edictum perpetuum* [55]. Lo stesso Giustiniano, che pure afferma in tutte le lettere che una *compositio edicti* adrianea ebbe luogo, non giunge al punto di sostenere apertamente che Adriano indusse il senato a stabilire che il testo dell'*edictum* da lui fatto codificare fosse da accrescersi o da modificarsi, in seguito, con le aggiunte e i ritocchi introdotti dai príncipi: egli dice soltanto, in modo molto sfumato, che la *nova auctoritas* fu invitata a colmare le eventuali lacune del testo edittale « *ad eius regulas eiusque coniecturas et imitationes* » [56].

[54] L'*edictum perpetuum* di età adrianea e postadrianea considerava estranei a se stesso le leggi, i senatoconsulti e le costituzioni imperiali, cui faceva richiamo. Cfr., ad esempio, Ulp. D. 3.1.1.8, Ulp. D. 4.6.1.1, Ulp. D. 4.6.28.2, Ulp. D. 43.8.2 pr. V., sul punto, N. PALAZZOLO, *Potere imperiale ed organi giurisdizionali nel II secolo d. C.* (1974) 24 ss. (con considerazioni, peraltro, non accettabili in ordine alle *epistulae*).

[55] Non nego che modifiche suggerite al pretore dagli imperatori possano esservi state. Tutt'altro. Affermo solo che queste modifiche furono introdotte nell'editto (e quindi proposte nell'albo o nei suoi complementi) dallo stesso pretore. Per le costituzioni imperiali in quanto tali esistevano modi e sedi di *propositio* ben distinti.

[56] Sebbene la traduzione greca induca fortemente nella tentazione di ritenere che Giustiniano abbia voluto alludere soltanto alle magistrature degli anni successivi alla codificazione, tutto il tenore di *const. Tanta* 18 fa intendere che la *nova auctoritas* era il potere imperiale. V., sul punto, PALAZZOLO (nt. 54) 27 s. e nt. 23.

[57] La « *communis opinio* » sulla codificazione dell'editto è stata difesa, da ultimo, da A. TORRENT, *La « ordinatio edicti » en la politica jurídica de Adriano*, in *BIDR.* 86-87 (1984) 37 ss., spec. 54 ss. Noto con piacere che il Torrent, attenuando di molto le sue precedenti prese di posizione contro la mia tesi, mi dà sovente ragione e si risolve, in definitiva, per la dottrina dominante essenzialmente perché la « *ordinatio* » dell'editto (cosa ben diversa da una vera e propria codificazione) si ambienta bene nel quadro della politica legislativa di Adriano. Meglio però si ambienterebbe, a mio avviso, nella politica di Adriano l'astensione dal ricorso drastico ad un clamoroso « fermo » dell'editto e l'adozione di un *modus operandi* piú « soft », analogo a quello cui Adriano fece ricorso per il *ius publice respondendi* (che egli, si ricordi, non abolí formalmente, pur evitando di concederlo sul piano pratico). Chi sa che, nell'avvenire, il Torrent non si avvicini ancora di piú al mio pensiero? Io lo spero. Lo spero, sopra tutto, se egli (e qualche altro difensore della strana leggenda sulla codificazione) vorrà dare uno sguardo a quanto ho scritto da ultimo (in risposta

Per il che io chiudo qui le mie poche osservazioni sull'editto *de albo corrupto*. Aggiungendo, come mi è ormai solito, il mio « *ceterum censeo* » che l'editto giurisdizionale non fu mai codificato [57].

a S. SERANGELI, « *Abstenti* », « *beneficium competentiae* » e « *codificazione* » *dell'editto* [Ancona 1989] *passim*) per dimostrare che, a séguito di una autorevole costituzione di Severo e Caracalla dell'anno 196 (cfr. CI. 4.26.2), il testo dell'editto riportato da Ulp. 29 *ad ed.* in D. 14.5.2 pr. venne (probabilmente) integrato con la menzione degli *abstenti* da un pretore di età successiva al 196 e non anteriore al 212 d. C.: v. A. GUARINO, *L'editto in casa Cupiello*, in *Labeo* 36 (1990) 50 ss.

L'EDITTO IN CASA CUPIELLO

1. — I colleghi giusromanisti vorranno perdonarmi (non sarà la prima volta) se, invece di prendere le mosse per questa nota, come sarebbe assai piú distinto, dal *Tractatus logico - philosophicus* di Ludwig Wittgenstein [1], trarrò bonariamente lo spunto da una notissima commedia napoletana del grande autore-attore Eduardo De Filippo, intitolata *Natale in casa Cupiello* [2]. Ma quando ci vuole, ci vuole. E spiego subito perché.

Come non tutti ricordano o sanno, il protagonista della commedia di cui ho detto è Luca Cupiello, sessantenne, povero in canna e napoletano all'antica, quindi sognatore e attaccato alle tradizioni. Avvicinandosi il Natale, egli dedica ogni ritaglio del suo tempo alla costruzione, in legno e carta dipinta, del « presèpio », cioè di quella sorta di paesaggio collinoso, popolato di pastori, contadini ed altri umili personaggi di creta, che circondano la grotta di Betlemme, in cui la notte del 24 dicembre la famiglia tutta porterà in processione la statuina del Bambino Gesú, sistemandola amorosamente tra la Vergine e San Giuseppe sotto il fiato caldo dell'asino e del bue [3]. Ma il gusto e il rito del presepio sono, pur-

* In *Labeo* 36 (1990) 50 ss.

[1] Molto bene calzerebbe, ad esempio, la proposizione 6.36311: « Dass die Sonne morgen aufgehen wird, ist eine Hypothese; und das heisst: Wir wissen nicht, ob sie aufgehen wird ». Ma non mancano altre, prima e dopo, che potrebbero essere parimenti persuasive.

[2] Nata come farsa in un atto nei lontani anni '30 e recitata in « avanspettacolo » da Eduardo e dai suoi valentissimi fratelli, Titina e Peppino (quest'ultimo nella parte di Nennillo), la commedia (da me ascoltata moltissime volte) è giunta alle dimensioni dei tre atti e del dramma finale nel 1943. Vedila, nella redazione definitiva, in E. De Filippo, *Cantata dei giorni pari* (1959).

[3] Accanto ai molti presepi dei poveri sono fioriti a Napoli, specie nel '700, i meravigliosi e popolatissimi presepi delle ricche famiglie, con « pastori » di ogni specie splendidamente scolpiti e addobbati, nonché animali di varia sorta, e selvaggina e pesci e prosciutti e frutta, tutti minuziosamente riprodotti. Non mancano, naturalmente i re Magi, né qualche personaggio dall'aria incredula o addirittura malvagia, che viene detto « 'o malamente ». Ma figura sempre in primo piano, in cambio, il cosí detto « pastore delle meraviglie », che leva a mezzo le braccia in

troppo, da tempo in decadenza e i familiari di Luca Cupiello guardano la sua costruzione con aria distratta o di fastidio. Anzi di piú. Il giovane figlio Nennillo è decisamente polemico. E al padre, che lo circuisce e lo lusinga in mille modi per ottenere una parola buona, dice ogni volta, dispettoso e sprezzante: « A me il presepio non mi piace ».

Ebbene, proprio come a Luca Cupiello sta succedendo a me, ormai da molti anni, in ordine alla teoria, cui ho dedicato già troppi articoli e note [4], secondo cui la codificazione giuliano-adrianea dell'editto è soltanto una leggenda postclassica formatasi intorno ad un nucleo di verità di portata assai piú modesta [5]. Vi è stato, è vero, qualche raro giusromanista che ne ha autorevolmente apprezzato non dico la credibilità, ma per lo meno la serietà [6], ma dalla maggioranza, o la si è messa da parte come cosa piuttosto vana [7], oppure si è tralasciato di discuterla con parole di imbarazzata cortesia [8]: quasi che io (con riferimento a quest'ultimo caso) fossi tipo da offendermi, o da reagire, con le divisioni corazzate che non ho, a chi, sopra tutto se giovane collega, francamente e civilmente mi dica che il mio pensiero proprio non lo convince. Ora,

segno di stupore e ammirazione: personaggio, questo, che è passato ormai stabilmente, nel linguaggio di noi smagati napoletani (sudditi pazienti, ma non sciocchi di tante e tante superbe dinastie straniere), a designare chi (giusromanisti compresi) troppo facilmente presta fede a quello che vede, che ascolta o che gli si assicura con la mano sul cuore da autorevolissime fonti.

[4] Vedili raccolti (non tutti) in A. GUARINO, *Le ragioni del giurista* (1983) 265 ss. *Adde*: A. GUARINO, « *De albo corrupto* », in *Index* 18 (1990); ID., sv. « *Edictum perpetuum* », in *Digesto*[4].

[5] Mi esimo rigorosamente dal riassumere la mia teoria, di cui molti (troppi), scorrendo le mie pagine con occhio eccessivamente svelto, ricordano (e banalizzano) la sola parte negativa, senza leggere con la dovuta attenzione il resto. Dico solo che la sintesi che di essa si legge, per esempio, nella mia *Storia del diritto romano*[8] (1990) n. 205, non è bastevole (dato il carattere elementare dell'opera) perché la si dichiari senz'altro infondata, o anche perché la si dichiari senz'altro fondata.

[6] Tra i piú recenti: C. A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano*. 2: *Il processo formulare* (1982) 39 nt. 38 (« forse », su cui GUARINO, in *Labeo* 28 [1982] 227); R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*[3] (1987) 139 nt. 17 (« qualche argomento colpisce, ma l'insieme non riesce a persuadere »).

[7] Per tutti: B. ALBANESE, *Premesse allo studio del diritto privato romano* (1978) 166 nt. 223.

[8] Mi piace segnalare qui la garbata diplomazia di A. CALORE, *La rimozione del giuramento* (1988) 74 nt. 27: « 'Unica voce contraria', come egli stesso si definisce, alla codificazione giulianeo-adrianea è quella del Guarino ». (« *Unus testis, nullus testis* »?).

è vero (non posso negarlo) che io detesto i « libri-no », cioè quei libri (o articoli) che certi giovani autori scrivono (spesso per impulso di certi loro maestri) all'unico scopo di dire di no ad altri scritti e di ripetere piattamente, a confutazione dei medesimi, tutto ciò che era stato detto già prima e che quegli scritti si erano industriati a sottoporre ad analisi critica [9], ma non è vero che io mi offenda o mi arrabbi, come ad altri succede, nei confronti di chi contrasta con nuovi argomenti le mie tesi [10]. Tutt'al piú, qualche volta, come Luca Cupiello, mi dispiaccio.

Ecco il motivo per cui chiedo il permesso al giovane collega Sandro Serangeli di paragonarlo, senza acrimonia alcuna, al simpaticissimo Nennillo defilippiano. Egli ha infatti dedicato uno scritto [11] per dire in tutta franchezza, tra altre cose su cui deliberatamente sorvolo: primo, che la mia teoria non ha il pregio della novità, essendo stata anticipata oltre un secolo prima da Gustav Hugo; secondo, che è dimostrabile « *per tabulas* » che l'editto pretorio (nella specie, l'editto sul cosí detto *beneficium competentiae* dell'*abstentus*) fu modificato, sí, in età postadrianea, ma non dal pretore, bensí dagli imperatori e, sulle loro tracce, dai compilatori giustinianei: il che suona piena conferma di quanto asserisce Giustiniano in c. *Tanta*-Δέδωκεν 18 [12].

[9] Di questo tipo è, a mio avviso, il libro (peraltro scritto con diligenza e onesto impegno) di J. GILDEMEISTER, *Das « beneficium competentiae » im klassischen Recht* (1986), pur se ne condivido il pensiero (cfr. p. 22) a proposito della genuinità di Ulp. D. 14.5.2 pr.: genuinità già da me accettata in A. GUARINO, *La condanna nei limiti del possibile*[2] (1978) 43 ss., 123 ss.

[10] Mi inalbero solo, e modicamente, quando vedo, da certi autori delle ultime leve, svalutato l'imponente lavoro critico svolto da illustri studiosi che ci hanno preceduto: studiosi che sono stati letti, nel migliore dei casi, molto affrettatamente. Meno modicamente mi inalbero, anche con persone a me care, quando esse se la prendono irriguardosamente con chi, essendo ormai morto, non può rispondere loro per le rime: cfr., ad esempio, GUARINO, in *Labeo* 34 (1988) 382 ss. Il che sia detto con schiettezza al SERANGELI (nt. 11) per quanto scrive (cfr. p. 14 ss.) di Siro Solazzi, giusromanista tra i piú insigni del secolo, qualificandolo tra gli « interpolazionisti convinti e professanti a tempo pieno » ed accusandolo per di piú, malgrado questa sua ossessione interpolazionistica, di non essersi avveduto, guarda caso, dell'alterazione scorta dal Serangeli stesso in D. 14.5.2 pr. V. *infra* nt. 33.

[11] S. SERANGELI, *« Abstenti », « beneficium competentiae » e « codificazione » dell'editto* (Ancona 1989).

[12] Il riferimento è particolarmente al passo della versione latina, in cui, dopo essersi disposto che per le future modificazioni dei *Digesta « Augustum imploretur remedium »*, si aggiunge, a mo' di giustificazione: *Et hoc non solum a nobis dictum est, sed ab antiqua descendit prosapia: cum et ipse Iulianus legum et edicti perpetui suptilissimus conditor in suis libris hoc rettulit, ut, si quid imperfectum*

Grato profondamente al Serangeli per aver trovato finalmente un mio sostenitore (sia pure « *ante litteram* ») in uno studioso del calibro dello Hugo[13], mi affretto a segnare questa autorevolissima adesione (forse però un po' dubbia)[14] nel mio (si dice cosí?) « palmarès ». Quanto al resto, lo apprezzo molto, ma proprio non sarei d'accordo. E passo, qui di séguito, a tentar di chiarirlo.

inveniatur, ab imperiali sanctione hoc repleatur. et non ipse solus, sed et divus Hadrianus in compositione edicti et senatus consulto, quod eam secutum est, hoc apertissime definivit, ut, si quid in edicto positum non invenitur, hoc ad eius regulas eiusque coniecturas et imitationes possit nova instruere auctoritas. Influenzato dal linguaggio piú ambiguo della c. Δέδωκεν, W. J. ZWALVE, *Einige Bemerkungen zur « constitutio Tanta-Δέδωκεν » § 18*, in *T.* 51 (1983) 135 ss., ha sostenuto che la « *nova auctoritas* » fosse quella dello stesso pretore, non quella dell'imperatore: il che è stato giustamente contestato dal SERANGELI (nt. 11) 79 ss. Tuttavia, se è vero che la citazione di Giuliano da parte di Giustiniano è costituita dalla frase di D. 1.3.11, che è stata tratta dal libro novantesimo e ultimo dei *digesta* giulianei (*Et ideo de his, quae primo constituuntur, aut interpretatione aut constitutione optimi principis certius statuendum est*), non è credibile, checché ne pensi il SERANGELI, 91 ss., e checché abbia voluto intendere « *ad hoc* » Triboniano, che Giuliano si sia riferito alle modificazioni imperiali da apportarsi all'editto: egli si è chiaramente riferito alle « novità normative » (*hae, quae primo constituuntur*), quale che ne fosse la fonte (e in ogni caso anche a fonte non edittale), attribuendo alle costituzioni imperiali la funzione di chiarirle e di svilupparle (*certius statuere*). V. sul punto, oltre al SERANGELI (nt. 11) 93 nt. 100, anche V. SCARANO USSANI, *L'utilità e la certezza* (1987) 81 ss., con considerazioni che condivido però in minima parte.

[13] Sul quale v., da ultimo, M. DIESSELHORST, *Gustav Hugo*, in *Rechtswissenschaft in Göttingen. Göttinger Juristen aus 250 Jahren* (1987) 146 ss.

[14] Il testo su cui si basa il Serangeli e su cui mi baso io stesso, non essendo a mia disposizione la stesura originale, è la versione italiana (a cura di C. Arlia) dell'edizione, presumibilmente del 1832, pubblicata a Napoli col titolo: G. HUGO, *Storia del diritto romano* (1856) § 311, p. 305 ss. Dò pienamente atto al Serangeli che il precedente era a me (come a tutti gli autori dal Girard in poi) del tutto sfuggito, ma mi permetto di richiamare la sua attenzione su quanto ho scritto, a proposito dell' « originalità », in *Giusromanistica elementare* (1989) 314 s. Quanto all'estensione del precedente hughiano, è vero che il grande studioso tedesco ha posto in evidenza ben prima di me il carattere tardo delle fonti che parlano della cosí detta codificazione dell'editto come testo perpetuo e immutabile, ma l'Hugo ha supposto (se ho ben capito) che un riordinamento del testo edittale fu effettivamente fatto da Salvio Giuliano e che ad esso effettivamente dette sostegno ufficiale l'imperatore Adriano, facendone imporre per senatoconsulto l'applicazione anche nelle province (oppure lo studio nelle scuole di diritto) pur senza giungere al punto di vietarne l'integrazione con nuove clausole ad opera di successivi magistrati giusdicenti.

2. — Come è stato già da molto tempo ripetutamente rilevato, esiste una curiosa discordanza tra un passo del libro 29 di Ulpiano *ad edictum* riportato nei *Digesta* e una costituzione di Severo e Caracalla riprodotta nel *Codex Iustinianus*. Il passo di Ulpiano (D. 14.5.2 pr.), non immune da mende formali [15], riproduce testualmente, con un « *ait praetor* » introduttivo, la clausola dell'editto in cui si concede, previa *causae cognitio*, la limitazione della condanna all'« *id, quod facere potest* » all'*exheredatus*, all'*emancipatus* e all'*abstentus hereditate patris* nei confronti di coloro che siano diventati loro creditori « *ex contractu* » quando erano ancora *in potestate* del padre defunto [16]. La costituzione di Severo e Antonino Caracalla, che è un rescritto indirizzato nel 196 d. C. a tale Elio, dice, relativamente all'*abstentus*, quanto segue:

CI. 4.26.2: *Eius rei nomine, quae cum filio familias contracta est sive sua voluntate sive eius in cuius potestate fuit, sive in peculium ipsius sive in rem patris ea pecunia redacta est, et* [17] *si paterna hereditate abstinuit, actionem nisi in id quod facere possit non dari perpetui edicti interpretatione declaratum est.*

Come mai, se già vi fosse stata nel 196 un'espressa dichiarazione dell'editto a favore dell'*abstentus*, Elio (forse da individuare nel creditore malcontento di un erede astenuto) [18] avrebbe posto la domanda agli imperatori? E come mai, sopra tutto, gli imperatori gli avrebbero risposto richiamandosi non al dettato dell'editto, ma alla « *perpetui edicti interpretatio* »?

Le risposte a questo quesito (o nel senso di una esplicazione accomodante del termine « *interpretatio* », o nel senso della interpolazione di CI. 4.26.2) sono state varie, e di esse ha fatto giustizia forse un po' sommaria, ma sostanzialmente persuasiva, il Serangeli [19]. Il contrasto tra la costituzione del 196 e il testo edittale nella versione ulpianea, almeno a prima vista, indubbiamente c'è. E allora ecco come ragiona il nostro autore: posto che il rescritto di Severo e Caracalla è stato emesso

[15] In proposito: GUARINO (nt. 9) 124.

[16] Per l'illustrazione dell'editto: GUARINO (nt. 9) 43 ss.

[17] L' « *et* », che si trova in alcuni codici, viene espunto dal KRÜGER, ma non dal KRIEGEL (ed. 1843, 249 nt. 7), ed è ovviamente ritenuto argomento a suo favore dal SERANGELI (nt. 11) 12 nt. 9.

[18] È cosa (del resto, di poco conto) che desumerei dal tono della risposta imperiale: la quale sembra voler deludere la speranza dell'interrogante in qualche possibilità di ottenere azione piena. Incerto, invece, il SERANGELI (nt. 11) 13 nt. 11.

[19] SERANGELI (nt. 11) 15 nt. 13. Il rinvio mi dispensi dalle citazioni.

nel 196 e che in esso la concessione della *condemnatio* limitata anche (« *et* ») all'*abstentus* è attribuita alla *interpretatio edicti* che gli imperatori si vantano di aver fatta [20], e non all'editto stesso del pretore [21]; posto che Ulpiano, scrivendo il suo commentario sotto Caracalla [22], non poteva conseguentemente trovarsi dinanzi agli occhi un testo edittale relativo anche all'*abstentus*; posto che D. 14.5.2 pr. qualche menda formale la presenta [23]; è evidente che l'inserzione degli *abstenti* nell'editto è stata fatta, a termini di c. *Tanta*-Δέδωκεν 18, dai compilatori giustinianei [24].

Ragionamento, quello sopra schematizzato, che però non mi sembra tener conto di tutte le possibilità che esigono di essere prese in esame. Lasciando da parte un'altra appropriata citazione del Wittgenstein (con

[20] Giustamente il SERANGELI (nt. 11) 19 attribuisce l'*interpretatio edicti* (« *perpetui* », o non, che Severo e Caracalla abbiano specificato) agli imperatori e non alla giurisprudenza: ciò risulta, a mio avviso, dalla solennità del « *declaratum est* ». Non mi sembra però che egli abbia ragione quando dice che proprio e solo dalla costituzione di Severo (e Caracalla) gli *abstenti* « vennero ... ammessi a usufruire della condanna limitata ». Il « *declaratum est* » implica una interpretazione fatta già prima del rescritto del 196 (sia ad opera degli stessi Severo e Caracalla, sia piú probabilmente ad opera di precedenti príncipi: è da notare, infatti, che non prima del 196 Caracalla fu associato dal padre, in veste subordinata di *princeps*, alla sua dignità, tuttora in via di conquista, di *Augustus*).

[21] Minima importanza darei al fatto che Ulpiano 29 *ad ed.*, in D. 14.5.4.1, parla a commento dell'editto solo dell'*emancipatus* e dell'*exheredatus*, non anche dell'*abstentus*. Il caso è quello di un Tizio che abbia mentito al suo contraente, nascondendogli di essere stato emancipato o diseredato, ed abbia perciò ottenuto da lui il credito nella fiducia che il pagamento sarebbe stato fatto, a suo tempo, col patrimonio del padre: seguendo l'insegnamento di Marcello, Ulpiano nega al debitore il beneficio della condanna limitata e ammette il creditore ad agire contro di lui per il *solidum* a punizione del suo *mendacium*. Se Ulpiano avesse detto che va punito anche il *mendacium* dell'*abstentus*, sarebbe incorso in una puerilità, perché il *filius* erede, per il solo fatto di chiedere ed ottenere un credito a carico del patrimonio del padre, avrebbe compiuto l'*immixtio* nello stesso e non sarebbe stato perciò piú *abstentus*. V. inoltre, quanto all'*abstentio*, ciò che si rileva *infra* nt. 31.

[22] H. FITTING, *Alter und Folge der Schriften römischer Juristen von Hadrian bis Alexander*[2] (1908, rist. 1965) 105 ss. Il dato è da ritenersi sicuro quanto meno per i libri dal 9 al 50. Si ricordi che Caracalla restò imperatore unico, dopo l'assassinio di Geta, nel 212: GUARINO (nt. 5) n. 162.

[23] *Retro* nt. 15.

[24] SERANGELI (nt. 11) 20 ss., con ricostruzione del testo secondo lui genuino dell'editto a p. 22 s. (ricostruzione consistente nell'espunzione della frase « *quive abstinuit se hereditate eius cuius in potestate cum moritur fuerit* ») e con ulteriori considerazioni sulle quali, forse per non averle capite, preferisco sorvolare.

le quali non è mai bene esagerare), scendiamo al livello dello Sherlock Holmes di Conan Doyle o dell'Ercole Poirot di Agatha Christie [25].

Questi signori (e del pari anche Nero Wolfe o Philo Vance) avrebbero svolto la loro indagine sospettando di tutto e di tutti e non avrebbero quindi data per scontata e insospettabile l'eventualità della « codificazione giuliano-adrianea » dell'editto: avrebbero cioè fiutato anche l'indizio costituito dal fatto che l'« alibi » di quella pretesa codificazione è, quanto meno, evanescente. Dopo di che avrebbero forse concluso che, essendo assurdo che l'interpolazione sia stata fatta « *uti iurisconsultus* » da Ulpiano, confinando con l'incredibile l'ipotesi (mai espressa, nemmeno dall'« interpolazionista a tempo pieno » Solazzi) [26] di una alterazione del testo edittale operata da Triboniano e compagni [27], sussistendo varî altri motivi per supporre ragionevolmente che qualche modifica o integrazione dell'editto pur dopo il principato adrianeo vi sia stata [28], mancando di ogni plausibilità la tesi che le modifiche all'editto siano state apportate in età classica direttamente dagli imperatori [29], avendo coperto la relativa magistratura almeno una quindicina di *praetores* tra il 196 e il 212 o qualche anno dopo [30]: tutto ciò considerato, la cosa piú probabile è che la *interpretatio edicti* ribadita da Severo e

[25] Dato e non concesso, benvero, che il livello di certi romanzi polizieschi sia sempre e necessariamente inferiore, sul piano della logica formale, a quello di un professore di Cambridge: affermazione di cui mi assumo pienamente la responsabilità.

[26] *Retro* nt. 10. È facile mettere parentesi quadre a destra e a sinistra in un testo giuridico, ma l'interpolazione va sostenuta (naturalmente, come ipotesi) solo a titolo di « *ultima ratio* »: GUARINO, *Giusrom. elem.* (nt. 14) 165 e *passim.*

[27] A prescindere da quanto si è detto *retro* nt. 1 a proposito della c. *Tanta*-Δέδωκεν 18, sarebbe stato facilissimo per Triboniano reperire un passo giurisprudenziale (eventualmente dello stesso Ulpiano) relativo all'*interpretatio* proclamata nella costituzione di Severo e Caracalla e inserirlo, come tante altre specificazioni e aggiunte (per esempio, come quella contenuta in D. 14.5.4.1: *retro* nt. 21), nel punto giusto del commento all'editto.

[28] A parte gli esempi da me addotti nei miei precedenti scritti e a parte quanto ho sostenuto, circa la vita post-adrianea dell'editto, nell'articolo « *De albo corrupto* » (nt. 4), v. di recente C. FURIA, *Gai 3.84, 4.38 e la collocazione originaria dell'editto « de capite minutis »*, in *SDHI.* 53 (1987) 110 ss.

[29] L'editto perpetuo di età adrianea e post-adrianea considerava estranei a se stesso le leggi, i senatoconsulti e le costituzioni imperiali: sul punto, N. PALAZZOLO, *Potere imperiale e organi giurisdizionali nel II secolo d.C.* (1974) 24 ss. (che peraltro non seguo quanto alle *epistulae*). Se modifiche suggerite dagli imperatori anche dopo Adriano furono apportate all'editto, esse furono sempre introdotte formalmente dal pretore, con inserzione nel suo proprio *album.*

[30] *Retro* nt. 22.

Caracalla nel 196 sia stata tradotta in clausola edittale, con inserzione degli *abstenti* accanto agli *emancipati* ed agli *exheredati*, da un pretore che, a cavallo tra il sec. II e il sec. III d. C., abbia tenuto conto della particolare diffusione, in quei tempi di incipiente depressione economica, del ricorso, per evitare oltre tutto il gravame della *vicesima hereditatum*, all'istituto pretorio dell'*abstentio* [31].

3. — Detto il che (me lo si riconosca: con la massima concisione possibile), da un lato ringrazio il Serangeli (di cui riconosco ed apprezzo con piacere la diligenza, la fantasia storiografica, e vivaddio, la beneducata sincerità con cui si esprime), dall'altro lato rimango piú che mai affezionato, come Luca Cupiello, alla mia ipotesi (ho detto: ipotesi) circa la mancata codificazione dell'editto e circa gli spunti della leggenda postclassica in proposito [32].

Non senza aggiungere una volta ancora che i cosí detti « interpolazionisti » del passato (e del presente) non erano (e non sono) dei pazzi [33]. Se vi è qualche Polonio del giorno d'oggi che li ritiene (ingiustamente) tali, che dica almeno (glielo consiglio caldamente): « Thought this be madness, yet there is method in't » [34].

[31] La crisi economica del sec. III (con prodromi verificatisi già nella seconda metà del secolo precedente) è cosa troppo nota per aver qui bisogno di supporto bibliografico. Ad essa fu dovuto il moltiplicarsi delle *abstentiones* dei chiamati ad eredità eventualmente sospette. Con la *constitutio Antoniniana* del 212 Caracalla concesse molto largamente la *civitas Romana* anche per aumentare la resa della *vicesima hereditatum*, oltre che di altri contributi e liturgie richiesti ai cittadini. Dal canto suo l'aumento dei cittadini e dei pesi tributari a loro carico non poté non implicare la moltiplicazione dei casi di *abstentio* dei chiamati alle eredità sospette.

[32] *Retro* nt. 5, con rinnovata raccomandazione di non prendere coscienza della mia teoria a volo d'uccello e di astenersi, con gratuita boria, in ordine ad essa dal « piglio addirittura ironico » che l'attento SERANGELI (nt. 11) 123 nt. 139 ha acutamente rilevato in un autore, cui non ho ritenuto né ritengo che valga la pena di replicare.

[33] Mai e poi mai il Solazzi, di cui ho avuto l'onore di essere assistente ed assiduo (anche se spesso non convinto) ascoltatore, avrebbe basato l'ipotesi dell'interpolazione dell'*abstentus*, sui pochi guasti formali che il frammento di Ulpiano ha indubbiamente subito. E tanto meno egli avrebbe ravvisato, non dico nell'iniziativa dei commissari giustinianei (v. *retro* nt. 27), ma anche nella completomania o altro di un lettore postclassico la modificazione del testo dell'editto, anziché, se mai, una integrazione nei *casus* del commentario ulpianeo.

[34] W. SHAKESPEARE, *Hamlet*, atto secondo, scena II.

LA CONSUETUDINE E IL CATALOGO DELLE FONTI

1. — Dieter Nörr ha dedicato uno studio molto dotto ed altrettanto acuto al catalogo delle fonti giuridiche nelle opere della giurisprudenza romana, con particolare riguardo a Gai 1.1-7, Pomp. D. 1.2.2.12, Pap. D. 1.1.7 (N. D., « *Divisio* » *und* « *partitio* », *Bemerkungen zur römischen Rechtsquellenlehre und zur antiken Wissenschaftstheorie* [Berlin 1972] p. VII-64).

Convinto che la consuetudine fu sempre fonte attiva di diritto anche in epoca « storica » (a prescindere dai richiami ai *mores maiorum*) e che i giuristi romani tale la considerarono (cfr. Nörr, *Zur Entstehung der gewohnheitsrechtlichen Theorie*, in *Fs. Felgenträger* [1969] 353 ss.), l'a. si domanda perché la consuetudine (pur ricordata in astratto come fonte giuridica in Gai 1.1) non figura in quei cataloghi. La risposta (almeno come dimostrazione, per il momento, che la « lacuna » non può essere addotta come indizio di un disconoscimento della fonte consuetudinaria da parte dei giuristi) viene dall'a. ricercata a monte, e precisamente nella differenziazione che la retorica faceva (cfr. p. es. Cic. *top.* 5.28 ss.) tra *definitio divisionum* (per identificazioni di generi da suddividere in tutte le specie che ne fanno parte) e *definitio partitionum* (per enumerazione degli elementi che concorrono ad identificare l'oggetto). A tal proposito, in quella che è la parte piú elaborata e interessante di tutto il saggio (p. 20-44), l'a. va ben piú avanti di quanto solitamente si usa sapere (cfr. Martin, *Antike Rhetorik, Technik und Methode* [1974]) e, ponendo Cicerone a confronto con i suoi modelli greci, ne mette a nudo la superficialità e la imperfetta comprensione (mascherate, come spesso succede per gli epidermici, da scetticismo e da dichiarato eclettismo) delle fonti a cui ha attinto. Comunque, Cicerone a parte, sembra certo che agli uomini colti di Roma (tra cui i giuristi) la differenza tra *divisio* e *partitio* non sfuggisse, anzi fosse di norma ben presente. I giuristi poi si rendevano conto dell'opportunità

* In *Labeo* 21 (1975) 68 ss., con il titolo *La consuetudine e Polonio*. Per il n. 3 v. *Labeo* 35 (1989) 380 s.

di non limitare i loro schemi espositivi al sistema definitorio della *divisio*, ma di descrivere quella *res infinita* ch'era il diritto, nelle fonti che avevano storicamente concorso a crearlo, anche e sopra tutto col metodo della *partitio* dei suoi elementi praticamente piú importanti.

Ecco dunque perché, essendo ai loro tempi la consuetudine pur sempre fonte di diritto, ma fonte indubbiamente di ridotta importanza, Gaio, Pomponio e Papiniano trascurano la consuetudine nelle loro *partitiones*. Il che non significa affatto che la neghino.

2. — La spiegazione (vengo ai miei rilievi) è certamente molto interessante e, direi anche, fortemente persuasiva, salvo per ciò che riguarda il « perché » del silenzio di tutti i giuristi « classici », nei loro cataloghi, sulla consuetudine.

D'accordo sulla scarsa importanza della consuetudine (come fonte attiva, vitale) ai tempi di Gaio, di Pomponio, di Papiniano. Ma perché, ad esempio, Pomponio dice che il *ius civile* (che è *ius non scriptum* o *sine scripto*) « *in sola prudentium interpretatione consistit* », oppure Papiniano cita ancora leggi e plebisciti (fonti, ai suoi tempi, di trascurabile rilievo pratico) tra gli elementi da cui « *venit* » il *ius civile*?

Forse (e qui mi permetto di richiamarmi a qualche mio scritto che sembra sfuggito al Nörr: dall'articolo su *La consuetudine e la legge nell'esperienza romana* [1956], ripubblicato in *Le origini quiritarie* [1973] 296 ss., al corso su *L'ordinamento giuridico romano*[3] [1959] 188 ss., alla *Storia del diritto romano*[5] [1975] n. 198) qualche candela in piú di luce può provenire da due riflessioni tra loro connesse. La prima è che (a parte il problema della emersione delle consuetudini provinciali, che fa capitolo a sé) i giuristi dell'età adrianea, salvo che nelle premesse astratte (tipo il *legibus et moribus* di Gai 1.1, o la *divisio* del *ius* in *ex scripto aut sine scripto*), avevano ormai il convincimento (o, se si preferisce, la sensazione) che la consuetudine come fonte del *ius civile* (in senso lato) fosse del tutto esaurita (voglio dire improduttiva di nuovi principî): e ciò, sia per la difficoltà di formazione (che caratterizza anche le nazioni moderne) di consuetudini generali in un contesto sociale cosí vasto e vario com'era ormai Roma (pur se intesa come Roma-*civitas*), sia per l'« anticipo » con cui le istanze sociali (cioè gli « embrioni » di consuetudine) erano ormai raccolte e interpretate (in che modo ed a servizio di quali interessi, questo è un altro conto) dalla giurisdizione onoraria, dalla giurisprudenza, dai rescritti imperiali, oltre che (nei casi di punta) da leggi e senatoconsulti.

Certo, e a rigore, se, non dico Gaio e Pomponio, ma ancora Pa-

piniano inseriva le leggi popolari tra le fonti del *ius civile* (in senso lato), la consuetudine, nei cataloghi delle fonti di produzione, del tutto male non ci sarebbe stata. Ma ecco la seconda riflessione. Avevano i giuristi romani, quanto meno gli autori dei tre cataloghi, alla radice del loro pensiero il concetto preciso di « fonte di produzione » del diritto?

Io ne dubito (e ne dubita, del resto, anche l'a., p. 55), ma anche in questo senso e con queste implicazioni: che i cataloghi di Gaio, Pomponio e Papiniano non sono tanto volti ad enumerare le fonti da cui sono scaturiti, o tuttora scaturiscono, i *iura populi Romani*, il *ius civile* (in senso stretto), il *ius honorarium* e via dicendo, quanto son volti ad indicare le, diciamo cosí (molto « cosí », peraltro), « fonti di cognizione » del *ius Romanorum*, cioè gli elementi che permettono al lettore, e in generale all'uomo della strada, di « toccare con mano » quel *ius* (leggerlo in testi documentali, sentirselo impartire in decisioni giurisdizionali, ascoltarlo da persone competenti ecc.).

Il clima ideologico del principato (ma, in sostanza, anche quello della *libera respublica* precedente) non era certo fatto per agevolare ai cittadini la spontanea ricerca delle consuetudini. Ci volevano, all'uopo, le « guide » esperte (e, si aggiunga, fidate), cioè i giureconsulti, scriventi o non scriventi che fossero. In questo senso la dichiarazione di Pomponio, che « *proprium ius civile . . . sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit* », collima (anche se non coincide) con quelle di Gaio e Papiniano, che tra le fonti del *ius civile* in senso lato omettono la consuetudine e inseriscono i *responsa prudentium* o l'*auctoritas prudentium*.

3. — Qualche ulteriore considerazione nel senso dianzi seguito mi viene suggerita dalla lettura di un breve e stimolante articolo di Luigi Amirante (in *Studi di storia costituzionale romana* [Napoli 1988] 99 ss.) avente il titolo *Gai 1.2-7: la legge paradigma per una teoria degli « iura populi Romani »*.

Rilevato che Gaio è stato il primo a fare della *lex publica* (e dei plebisciti ad essa equiparati) un « paradigma » delle fonti giuridiche romane, rispetto al quale le altre fonti (descritte in 1.4-7) hanno posizione subordinata (in quanto di esse si dice che « *legis vicem optinent* »), l'a. va alla ricerca dei motivi per cui la legge acquistò in Roma questo valore esemplare e preponderante e crede di ritrovarli nel fatto che la *lex publica* divenne, tra il II e il I secolo a. C., fonte (anche, tra l'altro) del sommo *imperium*: da quello dittatoriale e vitalizio di Silla sino a quello di Augusto e dei *principes* che lo seguirono.

La congettura è plausibile e merita di essere segnalata. Forse può irrobustirla il fatto che i *principes Romanorum* (come viene confermato dalla cosí detta *lex de imperio Vespasiani*) fecero della *lex publica* il principale tra i loro « *instrumenta regni* ». Tuttavia, visto che siamo in argomento, mi chiedo: come va interpretato il *legis vicem optinere* dei provvedimenti non legislativi di 1.4-7? Sono cioè questi, secondo Gaio, pienamente equivalenti alle *leges*, sí da poterle eventualmente abrogare o surrogare, o valgono essi solo a riempire le lacune degli ordinamenti legislativi, cioè solo ad intervenire *secundum* o *praeter legem* (mai però *contra legem*)? E ancora (vecchio problema, questo) perché mai Gaio, nell'elenco *per partitionem* che egli fa dei provvedimenti legislativi, non parla dei *mores maiorum*?

Io non ho alcuna pretesa di rispondere qui, « *stans pede in uno* », ai due delicati quesiti. Tuttavia due sassolini nello stagno mi permetto di gettarli, sottoponendo le mie suggestioni al giudizio dei lettori.

Quanto al primo problema, suggerirei di tener presente che Gaio scrive sotto Antonino Pio, ma lo fa con lo sguardo rivolto prevalentemente al primo secolo (quello dei Sabiniani e dei Proculiani) e che in questo secolo è per lo meno dubbio che i senatoconsulti normativi e le costituzioni dei principî (per non parlare degli editti magistratuali e dei responsi dei giuristi muniti di *ius respondendi*) siano stati concepiti come pari in livello alle leggi: al che aggiungerei l'osservazione che per i *plebiscita* (di cui invece non si dubita che possano abrogare le *leges populi*) il nostro giurista non ricorre alla locuzione « *vicem legis optinent* », ma ricorre alla ben piú incisiva espressione « *legibus exaequata sunt* ».

Quanto al secondo problema, da me già sfiorato in una lettura dal titolo *La consuetudine e Polonio* (in *Labeo* 21 [1975] 68 ss.), avanzerei il dubbio che in Gai 1.2 (*Constant autem iura populi Romani ex legibus, plebiscitis . . . responsis prudentium*) non sia esatto tradurre il « *constant iura populi Romani ex* » con un « the law of the Roman people consist of » (De Zulueta), o con un « les sources du droit pour le peuple romain sont » (Reinach), o con un « le sfere normative del popolo romano constano di » (Bretone), con ciò intendendo « *iura populi Romani* » come « fonti di produzione » del diritto romano. Piú persuasivo è tradurre « gli ordinamenti giuridici del popolo romano derivano da » (Nardi), « the laws of the Roman people are based upon » (Robinson), con ciò intendendo i « *iura populi Romani* » come il « prodotto » delle *leges* e via dicendo. Interpretazione confermata dal fatto che, quando Gaio parla di « *iura* » in 1.7 (relativamente ai *responsa*

prudentium), specifica che il riferimento ai *responsa* vale per le sole *sententiae et opiniones* manifestate dai giuristi « *quibus permissum est iura condere* », ove, se « *condere* » significa « produrre » (come tutti, o quasi, concordano nel ritenere: cfr. anche Gai 4.30 e A. Guarino, in *St. Sanfilippo* 1 [1982] 205 ss.), evidentemente « *iura* » ne è complemento oggetto, cioè ne rappresenta appunto il risultato.

Posta l'accettabilità della traduzione qui preferita, rimarrebbe sempre indiscutibile il rilievo che in Gai 1.2 non si fa riferimento « esplicito » ai *mores maiorum* come fonti di produzione giuridica. Ma un riferimento « implicito » ad essi vi sarebbe e sarebbe costituito da ciò: che i « *iura* » (cioè gli ordinamenti, gli istituti, i prodotti della normazione giuridica romana) vengono da Gaio fatti discendere, derivare, risultare (*vice legis* e entro i limiti posti dal par. 7) anche da quei *responsa prudentium* che, come tutti sanno, dei *mores* del *ius civile vetus* largamente si nutrivano e largamente facevano menzione.

GIULIANO E LA CONSUETUDINE

1. — Non è nei miei propositi, si rassicuri il lettore, riesaminare tutta quanta la materia della consuetudine come fonte di diritto in Roma [1]. Lo scopo limitatissimo di queste note è di prendere posizione, con riferimento anche a quanto ho scritto altrove [2], di fronte a due studi recenti, l'uno e l'altro relativi ad un famoso passo di Giuliano e pubblicati: il primo da V. Scarano Ussani [3], il secondo da F. Gallo [4]. Due studi che, per esser sincero, mi hanno assai poco convinto.

Metto le carte in tavola. Il testo in discussione [5] è il seguente.

D. 1.3.32 (Iul. 84 *dig.*): *De quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet, quod moribus et consuetudine inductum est: et si qua in re hoc deficeret, tunc quod proximum et consequens ei est: si nec id quidem appareat, tunc ius, quo urbs Roma utitur, servari oportet.* 1. *Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est ius quod dicitur moribus constitutum. nam cum ipsae leges nullae alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes: nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis? quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legis latoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur.*

* In *Labeo* 35 (1989) 172 ss.

[1] Bibliografia accurata in Scarano U. (nt. 3) 90 nt. 127: bibliografia da integrarsi, ovviamente, con gli scritti di cui *infra* nt. 3 e 4.

[2] A. Guarino, *L'ordinamento giuridico romano*[4] (1980) 289 ss., spec. 292 s. (ma v. già le edizioni del 1956 e del 1959).

[3] V. Scarano Ussani, *L'utilità e la certezza. Compiti e modelli del sapere giuridico in Salvio Giuliano* (1987) 90 ss.

[4] F. Gallo, *Produzione del diritto e sovranità popolare nel pensiero di Giuliano (a proposito di D. 1.3.32)*, in *Iura* 36 (1985, ma 1988) 70 ss.

[5] Relativo alla *lex Papia*, forse con particolare riferimento alla *vacatio et excu-*

2. — Nei riguardi del frammento giulianeo la posizione dello Scarano U. è molto semplice. Pur segnalando che « non mancano gravi sospetti di alterazione », il nostro autore si astiene dal discuterli perché, a suo avviso, « le alterazioni, almeno formali, probabilmente subite dal testo non ne mettono in crisi, come si vedrà, l'attendibilità sul valore della *consuetudo*, il rapporto con la legge e con la volontà popolare, il valore di quest'ultima pure abrogatrice non solo *suffragio* ma anche *tacito consensu* »[6]. Per verità, quel che si « vede », nelle pagine che seguono, è solo un'attenta parafrasi del frammento in esame: parafrasi punteggiata da elogi del « procedimento argomentativo » di Giuliano e accompagnata dal richiamo a ben noti passi giuridici e letterari del sec. II d. C., in cui si parlerebbe, in ordine alla *desuetudo*, della sua « capacità abrogatrice »[7]. Anche lo scambio tra *consuetudo* e *mores* sembra allo Scarano U. impeccabile: esso avviene « sotto l'aspetto terminologico », con l'avvertenza, peraltro, che, in altro luogo dei suoi *digesta*, Giuliano parlava di *mores* in diverso senso, cioè nel senso di *mores maiorum*[8]. Il brano, in altri termini, può essere scorretto quanto si vuole, ma vi sono pezze d'appoggio sufficienti, almeno secondo lo Scarano U., per ritenerlo sostanzialmente genuino.

Piú apprezzabile, almeno secondo il mio modo di concepire le nostre ricerche, la posizione del Gallo[9]. Il quale, pur arrivando per la *desuetudo* alle stesse conclusioni dello Scarano U., per prima cosa si domanda se e quanto tutto il discorso del frammento funzioni sul piano lessicale, su quello logico e su quello storico, a prescindere dalle commendatizie offerte da altre fonti: commendatizie che non sono dotate di un valore probatorio superiore, ma sono semplicemente anch'esse testi da leggere e da sottoporre ad esegesi critica. E che il Gallo faccia bene a seguire questa via piú faticosa, ma metodologicamente doverosa, è dimostrato dal fatto che egli (anche se non dà, a mio avviso, il suo giusto peso al punto della *desuetudo*) non giudica uno scambio meramente terminologico quello tra *mores* e *consuetudo*, ma ritiene giustamente che, ai tempi di Giuliano, per *mores* si intendevano ancora e

satio munerum: LENEL, *Pal.* 1.480 e nt. 3.

[6] SCARANO U. (nt. 3) 90 nt. 27.

[7] SCARANO U. (nt. 3) 91 ss.

[8] SCARANO U. (nt. 3) 93 e nt. 132. Il riferimento è a Iul. 1 *dig.* D. 2.1.5: *More maiorum ita comparatum est, ut is demum iurisdictionem mandare possit, qui eam suo iure, non alieno beneficio habet.*

[9] Cit. *retro* nt. 4.

solo i *mores maiorum*, mentre per *consuetudines* si cominciavano ad intendere, cosa assai diversa, le usanze locali delle varie province: ragion per cui o il giurista ha parlato di *mores* oppure ha parlato di *consuetudo*, anzi, precisa il Gallo, ha senz'altro parlato di *mores*, perché ai tempi di Giuliano « la *consuetudo* non risultava annoverata tra le fonti del diritto » [10].

Forte di questa conclusione, il Gallo ritiene interpolato lo *et consuetudine* del *principium* e il periodo da *inveterata consuetudo* a *moribus constitutum* del paragrafo 1, attribuendo la prima interpolazione « al periodo dioclezianeo o a un'età ad esso vicina » [11], la seconda interpolazione, con probabilità, al quinto secolo [12]. Non solo. Interpolati sono altresí, nel *principium*, i due periodi che vanno da *et si qua in re* a *servari oportet* [13], sicché il dettato genuino di Giuliano è, per il Gallo, questo:

De quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet, quod moribus ... inductum est ... nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes: nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis? quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio [*legis latoris*] ⟨*populi*⟩, *sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur* [14].

[10] GALLO (nt. 4) 72: « Nell'epoca a cui appartiene Giuliano la *consuetudo* non risultava annoverata tra le fonti del diritto. Nella medesima epoca il binomio *leges et mores* indicava l'intero ordinamento ecc. ».

[11] GALLO (nt. 4) 86: « l'aggiunta ... si spiega in un'epoca nella quale, per un verso, non era ancora venuta meno la visione, quale fonte storica, del *ius moribus receptum* e, per l'altro, si era già individuata la nuova categoria della *consuetudo* » (individuazione già visibile nel fr. D. 1.3.32 di Ulpiano: cfr. p. 86 in principio).

[12] GALLO (nt. 4) 86 s. (il periodo presuppone « già concluso il processo di riduzione delle fonti del diritto alla legge ... e alla consuetudine, fonte subordinata, che trova applicazione nei vuoti lasciati dalla prima »). Cfr. anche p. 88 s., ove si riassume la tesi interpolazionistica e si prospetta l'ipotesi che questa e le altre interpolazioni furono fuse in un tutto unico in occasione della « compilazione, per la scuola e per la pratica, della raccolta pregiustinianea detta *prima pars legum* ».

[13] GALLO (nt. 4) 84 s.

[14] Sulla sostituzione di *legis latoris* a *populi* v. GALLO (nt. 4) 87 (ove la manipolazione è attribuita alla compilazione pregiustinianea della *prima pars legum* e viene motivata dal fatto che nel dominato « l'intera produzione autoritativa del diritto era concentrata nell'imperatore », non nel *populus*); ma v. pure p. 77, nella quale si legge, a difesa della deduzione *quare - fin.*, che « l'evidente sostituzione in

Per concludere con la ricostruzione del Gallo [15], Giuliano apriva il discorso con una « enunciazione » (*de quibus - inductum est*), lo proseguiva con una « giustificazione ... di doppio grado » (*nam - omnes* e *nam - factis*?), lo concludeva con il corollario *quare rectissime-fin.*, relativo all'efficacia abrogativa della *desuetudo*: corollario cui sono dedicate molte pagine, che dovremo esaminare con particolare attenzione [16].

3. — Cominciamo con lo stabilire il significato e il valore del frammento di Giuliano nel sistema giustinianeo.

I *Digesta* inseriscono il frammento in un titolo (D. 1.3) intestato « *De legibus senatusque consultis et longa consuetudine* », titolo ben diverso da quello successivo (D. 1.4), che tratta « *de constitutionibus principum* ». Dobbiamo, dunque, come prima cosa, ritenere che la *lex scripta* sia tutto fuorché una costituzione imperatoria e che la *inveterata consuetudo* (cioè il complesso di *ea, quae sine ullo scripto populus comprobavit*) abbia capacità abrogativa, sotto specie di *desuetudo*, delle leggi votate dal popolo, non anche delle cosí dette *leges* imperiali [17]. Da escludere è quindi, mi pare, che nella locuzione *suffragio legis latoris* (in cui, comunque, anche un orbo vedrebbe che *legis latoris* non può essere uscito dallo stilo di Giuliano, il quale presumibilmente avrebbe scritto *populi*) il *legis latoris* sia frutto di un'interpolazione dei compilatori giustinianei o dei presunti compilatori pregiustinianei della *prima pars legum* [18]. Il guasto (limitato a *legis latoris* o esteso a tutto il periodo *quare-fin.*) è di data piú antica e di origine diversa: un'origine che cercheremo di accertare piú in là.

essa di *legis latoris* ... a *populi* ... rende inverosimile il carattere insiticio della parte restante ».

[15] GALLO (nt. 4) 71.

[16] GALLO (nt. 4) 77 ss., 83 s., 90 ss.

[17] Lo conferma D. 1.4.4 (Modest. 2 *excusat.*), ove si ha cura di sottolineare l'ovvio principio che le costituzioni posteriori prevalgono su quelle anteriori, quasi ad implicitamente escludere la desuetudine delle costituzioni imperiali.

[18] Ai compilatori della *prima pars legum* pregiustinianea crede il GALLO (nt. 4) 80 ss., il quale sostiene (p. 87) che « la sostituzione in oggetto fosse già presente » in quella compilazione (ove i frammenti relativi alla *consuetudo* costituivano un titolo autonomo) e sostiene altresí (v. *retro* nt. 14) che il carattere insiticio del solo *legis latoris* esclude il carattere insiticio dell'intero periodo *quare - fin.* Sul problema delle compilazioni pregiustiniance di *iura* evito deliberatamente qui di fermarmi: il mio pensiero in materia è manifestato in vari scritti, dei quali mi limito a citare l'ultimo: A. GUARINO, *Lo spettro dei Digesta*, in pubblicazione negli *St. Calderone*, ma già anticipatamente apparso in A. GUARINO, « *Iusculum iuris* » (1984)

Tanto premesso, la lettura del passo è molto agevole. Là dove, prescindendo dalle costituzioni imperiali (che hanno la prevalenza su tutto), mancano le leggi scritte del buon tempo antico, cioè le *leges publicae* (e i *senatusconsulta* ad esse equiparati)[19], deve osservarsi ciò che è stato introdotto dai *mores* e dalla *consuetudo*, cioè dal *ius moribus constitutum*; se questo non basta a colmare la lacuna, bisogna ricorrere all'analogia (a *quod proximum et consequens est ei*); qualora nemmeno il risultato dell'integrazione analogica sia chiaro e soddisfacente, bisogna adeguarsi al diritto vigente nella città di Roma. E a proposito della *inveterata consuetudo* (cioè del *ius moribus constitutum*), va precisato che essa non senza apprezzabile ragione ha valenza di legge perché, se le leggi (quelle scritte) hanno valore per noi vincolante a causa del fatto di essere state accolte nell'ordinamento giuridico sulla base di una decisione popolare (*iudicio populi*), fondatamente avranno valore vincolante per tutti anche le regole che il popolo abbia avallato senza ricorrere alla scrittura (*sine ullo scripto*): non fa differenza, infatti, che il popolo dichiari la sua volontà con un voto o invece col suo inequivoco comportamento. Ragion per cui è stato giustissimamente recepito altresí nell'ordinamento il principio per cui le leggi vengono abrogate non solo col voto, ma, anche, sulla base del tacito consenso di tutti, con la desuetudine[20].

38 ss. Forse il problema è un poco piú complesso di come lo vede il Gallo (cfr. comunque G. L. FALCHI, *Sul possibile coordinamento tra le « masse » bluhmiane e le « partes » del Digesto*, in *SDHI*. 49 [1983] 52 ss.), ma a me preme solo, in questa sede, di rilevare che, secondo il Gallo, la pregiustinianea *prima pars legum* fu recepita intatta nei *Digesta*, di modo che anche essa non subordinava alla *desuetudo* le costituzioni imperiali.

[19] A rigore, si sarebbe dovuto parlare, prima di estendere il discorso all'analogia e alle consuetudini dell'urbe Roma, anche della mancanza di confacenti norme dell'*edictum* e del patrimonio giurisprudenziale, anche esse indicate come espressioni del *ius scriptum* da I. 1.2.7-8. Ma il richiamo anche a queste altre fonti scritte, piú o meno convintamente equiparate alla legge anche da Giustiniano (cfr. I. 1.2.3), è da considerarsi implicito.

[20] La c. *Deo auctore* del 15 dicembre 530 (costituzione anteriore ai *Digesta*, della cui compilazione dava appunto incarico a Triboniano) si richiama espressamente (nel par. 10) alla *Salvii Iuliani scriptura*, stabilendo che, in applicazione di essa, i compilatori mettano da parte le *leges in veteribus libris positae*, se *iam in desuetudinem abierunt*, e tengano invece conto sia dei giudizi consolidati (giudizi evidentemente basati sull'analogia), sia della *longa consuetudo* di Roma: una Roma da intendersi non piú solo come la vecchia *urbs*, ma anche come Costantinopoli (la cosí detta *Roma nova*). Come giustamente rileva il GALLO (nt. 4) 80, questo riferimento è un valido indizio del fatto che le alterazioni del frammento di Giu-

Un discorso, come si vede, piuttosto circonvoluto e ridondante, probabilmente però non toccato in nessun punto da Giustiniano, ma a questi pervenuto, tal quale si legge nei *Digesta*, da una redazione a lui anteriore. Redazione di cui dobbiamo accertare, ovviamente attraverso un procedimento di cauta induzione, se fu coincidente con quella originaria di Giuliano o se fu invece variamente alterata nei secoli successivi [21].

4. — I punti che « prudono », come ha già ben visto il Gallo [22], sono tre: quello relativo alla equiparazione tra *mores* e *consuetudo*; quello relativo ai criteri suppletivi da seguire nel caso di insufficienza delle leggi e della consuetudine; quello della affermazione e giustificazione della forza abrogante della *desuetudo*.

Prima però va eliminato un piccolo equivoco. Quando Giuliano imposta il discorso sulle *causae* (situazioni) relativamente alle quali *scriptis legibus non utimur*, egli, come giustamente ritengono lo Schmiedel [23] e lo Scarano U. [24], vuol parlare dei casi non regolati da leggi, dei casi in ordine ai quali mancano leggi, esiste cioè una lacuna della legislazione. Il tentativo del Gallo [25] di intendere il dettato giulianeo come attinente (anche o, forse, solo) all'ipotesi che le leggi vi siano, ma i loro destinatarii non ne facciano uso, è un tentativo inaccoglibile (oltre tutto contraddetto, mi sembra, dal fatto che, in altri punti del suo saggio, il Gallo sembra interpretare lo *scriptis legibus non utimur* proprio nel senso di mancanza di leggi, di lacune del sistema legislativo). Vero è che « si può non fare uso non solo di cose che non esistono, ma anche di cose che

liano sono tutte di marca pregiustinianea (e, se ho ben inteso, di marca anteriore anche alla presunta compilazione pregiustinianea della *prima pars legum*, per la quale v. *retro* nt. 18).

[21] Non penso che sia nemmeno il caso di provarsi a stabilire, nel nostro come in molti altri casi, la data approssimativa dell'alterazione. Al piú, ci si può avventurare, in adesione ad una dottrina che ha avuto qualche conforto di prova da F. WIEACKER (*Textstufen klassischer Juristen* [1960]), ad indicare come epoca possibile delle alterazioni quella del trapasso, nel III-IV sec. d.C., delle edizioni dal papiro alla pergamena. Ma anche la teoria del Wieacker, pur da molti seguita, è, a mio parere, non poco dubbia.

[22] *Retro* n. 2.

[23] SCHMIEDEL, « *Consuetudo* » *im klassischen und nachklassischen römischen Recht* (1966) 46.

[24] SCARANO U. (nt. 3) 90, 92.

[25] GALLO (nt. 4) 75 s. e 96 nt. 35. Per i punti in cui il Gallo parla, viceversa, di lacune del diritto (e di « colmatura » delle stesse) v. le p. 84 s. (in ordine alle quali rimando, peraltro, sin d'ora a quanto osservo *infra* n. 5).

esistono », ma il verbo *uti* (*legibus*) è chiaramente usato da Giuliano nel significato di disporre, di avere a disposizione (nel caso nostro: di non disporre, di non avere a disposizione), insomma nel significato « tecnico » in cui lo usa, ad esempio, Gaio, quando, nel primo paragrafo delle sue *Institutiones*, parla del *ius*, di cui *omnes populi utuntur*, o del *ius* di cui il popolo romano *utitur* [26]. Si può essere paladini della desuetudine delle leggi, si può essere addirittura sostenitori di una « potestà (del popolo romano) di non usare norme stabilite da appositi organi » (di tutto questo discuteremo piú in là), ma non si può utilizzare lo *scriptis legibus non utimur* allo scopo di dare un ulteriore sostegno alla tesi dell'abrogazione della legge per desuetudine, né si può pretendere da Giuliano, per marcare l'ipotesi di inesistenza delle leggi, il ricorso ad un verbo diverso da quello corrente.

Che cosa si deve, dunque, fare nell'eventualità di una lacuna legislativa? Il testo di Giuliano, nella redazione giustinianea, dice che si deve far ricorso ai *mores* e alla *consuetudo*. Senonché *mores* e *inveterata consuetudo* (da cui il *ius quod dicitur moribus constitutum*) erano sinonimi per diritto giustinianeo, erano concetti affini già nel diritto postclassico e pregiustinianeo del sec. IV (il secolo dei *Tituli ex corpore Ulpiani*) [27], ma non erano ancora concetti fra loro intercambiabili in Giuliano: il quale, come sappiamo [28], aveva ancora chiara la concezione dei *mores maiorum* come fonte del diritto concorrenti con le *leges* (la concezione stessa di Gaio) [29] e, dunque, non poteva elevare al loro rango le consuetudini di derivazione provinciale, di cui pur non gli sfuggiva l'esistenza [30]. Sin qui, come si vede, vado d'accordo col Gallo. Dove il

[26] Se si legge piú attentamente Gai 1.1, si noterà che il *ius*, di cui *omnes populi ... utuntur*, non è quello di cui si « fa uso », ma è, per essere piú chiari (*nam*), quello, tutto quello, *quod quisque populus ipse sibi ... constituit* (nel qual caso si parla di *ius civile*), ed è altresí quello, tutto quello, *quod naturalis ratio inter omnes homines constituit* (nel qual caso si parla di *ius gentium*). Quanto al popolo romano, esso pertanto (*itaque*) dispone (*utitur*) *partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure*: un insieme di *iura*, che (cfr. par. 2) *constant* di leggi ecc.

[27] Cfr. Ulp. 1.4: *Mores sunt tacitus consensus populi longa consuetudine inveteratus*.

[28] *Retro* nt. 8.

[29] Sul silenzio di Gaio in ordine ai *mores* come fonti del diritto romano, v. da ultimo A. GUARINO, *La consuetudine e Polonio*, in *Labeo* 21 (1975) 69 ss.

[30] Si ricordi che, nel passo del libro 84 *digestorum* riportato da D. 1.3.32, Giuliano (cfr. L. *Iul.* 819) si occupava dell'applicazione della *lex Papia* ad una situazione extra-italica: cfr. SCARANO U. (nt. 3) 91.

disaccordo interviene è nel suo ritenere che la *consuetudo* non fosse ancora annoverata tra le fonti del diritto e che quindi Giuliano dovesse necessariamente riferirsi agli antichissimi *mores maiorum* romani [31]. Questo è inesatto: è inesatto perché i *mores maiorum* non erano visti dai giuristi classici come integrativi delle *leges* e delle altre fonti giuridiche autoritative, ma erano le *leges* e le fonti assimilate ad essere ritenute dai classici integrative (ed eventualmente modificative o addirittura abrogative) del patrimonio vetusto dei *mores* [32].

È difficilmente credibile, insomma, che Giuliano abbia parlato di una integrazione delle lacune delle leggi per mezzo dei *mores* (*maiorum*), e ancora piú difficilmente credibile è che egli abbia voluto esprimere questo concetto ricorrendo alla frase *quod moribus inductum est*, adoprando cioè un verbo (*inductum est*), che dà addirittura l'idea sbagliatissima di una introduzione « sopravvenuta » dei principii dei *mores* alle norme delle *leges*, l'idea di un'età piú giovane dei *mores* rispetto alle leggi. Se poi, procedendo oltre, si legge la frase *inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur*, si ritrova, nel ricorso al verbo *custodire*, la stessa mano di Giuliano (*custodiri oportet*) e ci si rende piú chiaramente conto che l'intento del giurista è stato, ai fini dell'eliminazione delle lacune legislative, proprio quello di far ricorso alla *consuetudo* (o alla *inveterata consuetudo*) locale [33]: *consuetudo* della quale egli, con originalità e autorevolezza degne di lui, ma pur sempre con qualche cautela (*non immerito*), afferma e, per quel che ci risulta, è il primo ad affermare che, in fondo, vale come sostitutiva della legge (*pro lege*) [34].

[31] *Retro* n. 2 e nt. 10.

[32] *Amplius*, sulla concezione classica del patrimonio dei *mores maiorum* (e sulla cosí detta visione naturalistica e nazionalistica del piú antico ceppo del diritto romano), GUARINO (nt. 2) 290 s.

[33] Si ricordi, a questo proposito, la ben nota *oratio de Italicensibus* pronunciata in senato da Adriano (una *oratio* certo tutt'altro che estranea a Giuliano), là dove l'imperatore (cfr. Gell. *n. A.* 16.13.4) mostra stupore che gli *Italicenses* (e cosí pure molti altri *municipia antiqua*) *in ius coloniarum mutari gestiverint*, mentre potevano far capo ad un proprio patrimonio di *mores* e di *leges* (*cum suis moribus legibusque uti possent*). E, a scanso di obbiezioni, sia detto subito che qui Adriano parlava di *mores* (non di *consuetudines*) perché poneva mente al concetto generale (che si ritrova in Gai 1.1) degli *omnes populi, qui legibus et moribus utuntur*.

[34] La nozione della consuetudine come fonte integrativa di diritto (da non confondersi con i *mores maiorum*) diverrà comune nell'età dei Severi e nel mondo romano che portò, dopo lunga gestazione, alla *constitutio Antoniniana* del 212. Si legge, infatti, in Ulp. 1 *de off. proconsulis* D. 1.3.33: *Diuturna consuetudo pro iure et lege in his quae non ex scripto descendunt observari solet.*

Se le mie deduzioni sono esatte, un lettore postclassico ha quindi effettivamente manipolato il passo di Giuliano, ma non lo ha fatto per introdurre la nozione di *consuetudo* accanto a quella di *mores*. Lo ha fatto, al contrario: anzi tutto, per equiparare la *consuetudo* ai *mores*, per elevare la *consuetudo* al livello di questi ultimi [35]; secondariamente e conseguentemente, per sostenere, a chiarimento di quanto scritto da Giuliano a proposito dell'*inveterata consuetudo*, che questa è ormai, appunto, la matrice del *ius, quod dicitur moribus constitutum* [36].

5. — Quanto ai periodi *et si qua in re rell.* e *si nec id quidem rell.*, che completano il *principium* del fr. 33, davvero non mi riesce di capire perché il Gallo [37] li ritenga entrambi interpolatizi.

Nella logica di un Giuliano, che tratta del problema delle lacune della legge e che ha appena finito di indicare la *consuetudo* locale come integrativa di quelle lacune, i due periodi ci stanno benissimo: se non è sufficiente la *consuetudo* locale, si ricorra (dai giudici e, in generale, dai giureconsulti) alla utilizzazione per analogia di *quod proximum et consequens est ei* (*ei*: cioè a *quod consuetudine inductum est*); se mancano ragionevoli appigli per questo procedimento, allora (e solo allora) si faccia capo al diritto che si osserva nella capitale dell'impero (o, in altri termini, alle interpretazioni giurisprudenziali e imperiali e alle decisioni giudiziarie, sia ordinarie sia *extra ordinem*, che « corrono » nella *urbs Roma*) [38].

Il Gallo, cui questa logica giulianea sfugge (o non sembra sufficientemente rilevante), fa un ragionamento tutto diverso. Siccome a partire da Costantino, se non già da prima, le fonti di produzione del diritto si erano ridotte a due, le leggi (nel senso di costituzioni imperiali) e la consuetudine; siccome nell'età del dominato piú non esisteva la possibilità di integrare il diritto, nei casi concreti, facendo appello ai *responsa* dei giuristi con *ius respondendi*, alle decisioni dei magistrati esercenti la *iurisdictio* e ai *rescripta* o ai *decreta* imperiali; si sostituí, in quella età,

[35] Di qui l'inserzione di *moribus et* (con i *mores* al primo posto rispetto alla *consuetudo*), e non di un *et moribus* dopo *consuetudine*.

[36] In corrispondenza col concetto svolto da Ulp. 1.4: *retro* nt. 27.

[37] GALLO (nt. 4) 84 ss.

[38] In c. *Deo auctore* 10 (v. *retro* nt. 20) Giustiniano non parla di *ius, quo urbs Roma utitur*, ma di *longa consuetudo* di Roma capitale. In fondo, egli non svolge male il concetto di Giuliano, il quale certo non voleva riferirsi al diritto romano in genere, ma alle applicazioni, piú o meno « consolidate », che giudici, principi e giureconsulti facevano nella *urbs Roma* delle norme giuridiche ai casi concreti.

alla prassi dell'integrazione del diritto (cioè della produzione di nuovo diritto per ogni caso concreto risolto) « il punto di vista (mantenutosi fino ad oggi nella nostra tradizione) dell'interpretazione »: punto di vista di cui è espressione il periodo *et si qua in re in hoc deficeret, tunc quod proximum et consequens est ei*[39]. In ordine poi al periodo successivo (quello che invita a ricorrere, in ultima istanza, al *ius* della capitale dell'impero), il Gallo, senza tenere apparentemente presente, in questo punto, che ad esso faceva convinto richiamo addirittura Giustiniano[40], lo ritiene affetto, a maggior ragione, da « sicuro carattere spurio », anche se qualche difficoltà gli crea il fatto (di cui un po' tardivamente si rende conto) che « il richiamo . . . al *ius quo urbs Roma utitur* », al fine della « colmatura delle lacune » della disciplina stabilita da leggi e consuetudini, « fa pensare a diritti locali », cioè ai tempi anteriori alla *constitutio Antoniniana*, e in particolare proprio al « tempo di Giuliano », in cui « dominava in proposito un atteggiamento di tolleranza »[41].

Orbene, è secondo me evidente che questo modo di ragionare non può accogliersi. Non solo perché vi è, come si è visto, una possibilità di attribuire attendibilmente per l'appunto a Giuliano quanto si legge, da *et si qua in re* a *oportet*, nel frammento che stiamo esaminando (e questa possibilità esclude, a rigor di metodo, che si possano formulare ipotesi interpolazionistiche), ma anche perché i presupposti da cui parte il Gallo per la sua critica sono presupposti che non convincono. D'accordo che, intorno al quarto secolo, le fonti di produzione « attive » del diritto si ridussero a due, le *leges* (o *constitutiones*) imperiali e, subordinatamente, la *consuetudo* (anche detta, all'antica, *mores*)[42], ma non per questo vennero meno (anche se furono notevolmente mortificati) i sistemi cui già in ordine al *ius vetus* si ricorreva per integrare le lacune dell'ordinamento giuridico. Non è che in diritto classico si colmassero le lacune « producendo » nuovo diritto e in diritto postclassico si colmas-

[39] A questo punto, il GALLO (nt. 4) 85, si meraviglia che l'analogia sia « riferita alla sola consuetudine » e, invece di chiedersi se il suo ragionamento sia errato, afferma che ciò « fornisce un altro elemento a favore del carattere insiticio dell'asserzione in esame ». Modo di procedere, a mio avviso, alquanto arbitrario nella ricerca delle interpolazioni.

[40] V. *retro* nt. 20.

[41] GALLO (nt. 4) 85 s. Tralascio di seguire l'autore nel suo tentativo di risolvere in parte i problemi scaturenti dal riferimento della frase in oggetto alla sua tesi sul diritto del dominato: « problemi non tutti allo stato risolvibili ».

[42] Sul *ius novum* (classico e postclassico) mi permetto di rinviare a GUARINO (nt. 2) 266 ss.

ser le lacune « interpretando » il diritto esistente. Tanto nell'uno quanto nell'altro ordinamento (e perciò già in periodo classico ed in rapporto alle fonti del *ius vetus*) le lacune giuridiche, salvo che intervenisse un autentico provvedimento normativo ad eliminarle una volta per sempre, erano colmate esclusivamente con l'interpretazione, quindi a titolo provvisorio e con limitazione a casi di specie. Ai casi di specie e senza autorità normativa si riferivano le decisioni giurisdizionali tanto ordinarie che straordinarie (anche se quelle straordinarie emesse dal *princeps* avevano un valore maggiore)[43]; ai casi di specie e senza autorità normativa si riferirono per lungo tempo, prima di diventare anch'essi surrogati di legge, gli stessi autorevolissimi *rescripta principum*[44]. Nulla di diverso, insomma, salvo quanto ad autorevolezza sul piano pratico, fra l'interpretazione giurisprudenziale e giurisdizionale classica e quella postclassica.

La prima conclusione cui pervengo è, per conseguenza, che il frammento giulianeo di D. 1.3.32 vada ricostruito, sino alle parole *tenebunt omnes* del par. 1, eliminando solo *moribus et* e *et hoc est ius quod dicitur moribus constitutum*.

Il salvataggio della frase *nam cum ipsae leges rell.*[45], frase peraltro non contestata nemmeno dal Gallo, permette di capire il semplice « perché » delle *scriptae leges* (e non solamente *leges*), che figurano all'inizio del frammento. Non direi che *scriptis* sia interpolato[46], ma non direi nemmeno che Giuliano abbia voluto, parlando di *leges scriptae*, « contrapporre al diritto introdotto *moribus* tutto il diritto prodotto in via autoritativa dagli organi all'uopo previsti »[47]. Dato che il *ius ex scripto* comprendeva anche i *responsa prudentium*, il giurista avrebbe probabilmente (non dico sicuramente) evitato di parlare, anche con riferimento

[43] Solo se *in unum sententiae concurrunt*, i *responsa* dei giuristi, *quibus permissum est iura condere*, assurgono, secondo un rescritto di Adriano, al livello del *legis vicem optinere*: Gai 1.7.

[44] Ricordo a me stesso che Gai 1.5 non inseriva i *rescripta* tra le *constitutiones* imperiali facenti vece di legge. Sul punto v., piú ampiamente, N. PALAZZOLO, *Potere imperiale ed organi giurisdizionali nel II secolo d.C.* (1974) 43 ss.

[45] Frase in cui appare un *merito* (relativo ad *ea, quae sine ullo scripto populus probavit*) che conforta la tesi della provenienza giulianea della frase *inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur*.

[46] Giustamente in questo senso, contro il Lombardi e lo Schmiedel, GALLO (nt. 4) 74, il quale rinuncia al sospetto di interpolazione pure da lui formulato in passato.

[47] GALLO (nt. 4) 74 s., 84.

ad essi, di *leges*[48]; comunque, abbiamo già visto che Giuliano non intendeva riferirsi, in contrapposto al *ius scriptum*, ai *mores maiorum*[49]. La locuzione si spiega a sufficienza col fatto, al Gallo per nulla sfuggito, ma da lui forse ritenuto spiegazione non bastevole[50], che le *scriptae leges* sono poste, nel periodo *nam cum ipsae leges rell.*, in correlazione ad *ea, quae sine ullo scripto populus probavit*: il tutto nell'ambito di un contesto, in cui si cerca di giustificare perché l'*inveterata consuetudo*, essendo anch'essa approvata (sia pure *sine scripto*) dal popolo, *pro lege non immerito custoditur*.

6. — Ed eccoci alla desuetudine delle leggi, cioè al periodo *quare-fin.*, in cui si legge, con ricollegamento a quanto precedentemente affermato[51], che le leggi sono abrogate non solo con voto espresso, ma anche per consenso universale tacito, cioè per desuetudine. Periodo interpolato per lo Schmiedel e per altri[52], incontaminato per lo Scarano U.[53], fondamentalmente genuino ed estremamente importante per il Gallo[54].

Mi sia concesso di non discutere col Gallo sul piano generale dell'apprezzabilità della desuetudine della legge (o di tutto quanto il diritto) e dell'auspicabile introduzione di questo istituto, a compiuta realizzazione del principio della sovranità popolare, nel diritto italiano vigente o nel

[48] Sul problema del *ius ex scripto* v. *amplius* GUARINO (nt. 2) 298 ss.

[49] V. *retro* n. 4.

[50] GALLO (nt. 4) 74 s.

[51] Mi libero subito di una interpolazione irrilevante ai fini della nostra discussione. Il periodo *nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis*? è, a mio parere, insiticio: sia perché ripete con un'interrogazione retorica quanto già detto nel precedente periodo (che è, secondo me, genuino), sia perché l'aggiunta è denunciata dal *nam*, che non può essere stato usato da chi ha già scritto il precedente periodo, egualmente iniziantesi con un *nam*. Il GALLO (nt. 4) 71 ritiene che « nel nostro caso si susseguono due *nam* in coerenza al fatto che la giustificazione è di doppio grado », ma replicherei che una esigenza elementare di *variatio* richiedeva, in chi avesse scritto ambedue le giustificazioni, un modo diverso di esprimersi. Comunque, basta il primo dei due periodi aperti da un *nam* a giustificare lo svolgimento (da vedere se genuino o meno) contenuto nel periodo finale del frammento.

[52] SCHMIEDEL (nt. 23) 50, che qui cito come l'ultimo tra gli autori che hanno sostenuto l'interpolazione.

[53] SCARANO U. (nt. 3) 93, il quale, parafrasando Giuliano, dice che questi correttamente ricavava da quanto detto precedentemente « la possibilità della desuetudine delle norme, abrogabili non solo *suffragio legis latoris*, ma pure *tacito consensu omnium* ».

[54] V. *retro* nt. 16.

diritto di qualsivoglia altro paese civile [55]. La discussione ci porterebbe lontani, non solo dal diritto romano, ma anche (e sarebbe malissimo) l'uno dall'altro [56]. Limitiamoci, come è nostra lieta possibilità, a controvertere sul se dell'abrogazione delle leggi per desuetudine abbia parlato Giuliano, oppure abbia parlato (interpolando il discorso di Giuliano) Giustiniano, o infine abbia parlato, come io sostengo, un glossatore postclassico dei *digesta* giulianei.

Vi è un solo punto che va preliminarmente chiarito. Nessuno, che abbia un minimo di realismo, contesta e può contestare che vi siano leggi (o, piú in generale, norme giuridiche) di cui, per effetto dell'evolversi delle condizioni sociali di base, non si avverta piú il bisogno dalla comunità, sicché cadono col tempo in disuso e vengono addirittura dimenticate. Nessuno contesta e può contestare che talune di queste leggi o di queste norme giuridiche diventino col tempo, sempre per effetto del mutamento delle condizioni sociali di base, addirittura praticamente inapplicabili. Nessuno infine contesta e può contestare che l'uno e l'altro fenomeno si siano verificati anche a Roma [57]. Il problema che ci riguarda non è questo. Il problema è se la desuetudine (nel senso di omessa applicazione) di una legge o di una norma giuridica non consuetudinaria [58] comporti un esito pari a quello dell'*abrogatio* della legge (o della norma) stessa [59], cioè implichi la conseguenza che, pur riproducendosi le condizioni sociali di base per la sua applicabilità, quella legge (o quella norma) non sia piú applicabile perché estinta. Non vi è dubbio che, con quello che è stato entusiasticamente definito « un procedimento argomentativo molto rigoroso, che aveva la simmetria di una costruzione sillogistica » [60],

[55] GALLO (nt. 4) 92 ss.

[56] Mi limito ad osservare che la tesi del Gallo è in disaccordo col principio fondamentale della certezza del diritto, che è uno dei cardini del moderno stato di diritto. E aggiungo che di ciò si rende conto, in qualche modo, anche il GALLO 96 nt. 35, discettando (sia pure con argomenti che non convincono) sul *certius statuere*.

[57] Rinvio, per la documentazione, a SCARANO U. (nt. 3) 93 s. e a GALLO (nt. 4) 77.

[58] Per quanto riguarda le norme consuetudinarie, bisogna infatti tener presente che esse non sono solo create, ma sono tenute in vita dall'uso generale e costante che di una certa pratica si faccia (con in piú la convinzione della sua giuridica necessità): il che offre già una spiegazione della caduta in desuetudine di alcuni antichissimi istituti consuetudinarii romani (per esempio, il cosí detto *ius gentilicium*: Gai 3.17).

[59] In senso proprio, l'*abrogatio* era la eliminazione di una legge (o di una norma) a seguito di votazione di una *rogatio* ad essa contraria. Cfr. Ulp. D. 50.16.102.

[60] SCARANO U. (nt. 3) 93.

qualcuno possa aver ragionato nel senso che, come il popolo fa le leggi, cosí il popolo può disfare, con l'aiuto del decorso del tempo, le leggi stesse; ma mi fa specie che un ragionamento rigidamente e ottusamente conseguenziale di questo stampo (come dice la gente ragionevole? *Cave a consequentiariis*) lo abbia fatto una persona intelligente e un raffinato giurista come Salvio Giuliano [61].

Ebbene, la possibilità di assolvere Giuliano dall'accusa di aver tirato innanzi con un ragionamento astratto oltre ogni limite di pratica (e quindi giuridica) ragionevolezza esiste, per nostra fortuna, anche sul piano strettamente esegetico. Se, come pare, siamo tutti d'accordo, salvo forse lo Scarano U. [62], nell'escludere che Giuliano possa avere commesso la corbelleria di scrivere, in riferimento alle *leges publicae*, che esse sono abrogate *suffragio legis latoris*, si pone il quesito relativo all'origine e al modo di questa alterazione. Ora, non mi sembra per nulla esatto limitarsi a dire che qualcuno ha bellamente sostituito il termine *legis latoris* al termine *populi*, e magari aggiungere che il carattere insiticio del solo *legis latoris* dimostri, per implicito, il carattere genuino del resto del periodo *quare rell.* [63]: infatti un qualunque lettore postclassico o un qualunque compilatore giustinianeo, per quanto sprovveduto egli fosse, mai avrebbe avuto l'idea di surrogare di suo acchito *populi* con *legis latoris* (sia pure per mettere in chiaro che, ai suoi tempi, le leggi non erano piú *publicae*, ma erano emesse dall'imperatore), quando si trovava di fronte alla ripetuta affermazione (nei periodi precedenti) che le leggi *iudicio populi receptae sunt* e che il *populus* dichiara la sua volontà col suffragio, e quando tutto il buon fondamento della *desuetudo* era di già posto (nel periodo *quare rell.*) nella corrispondenza del *tacitus consensus omnium* col *suffragium populi*. È invece di chiara evidenza, a mio avviso, che

[61] Piú specie ancora mi fa che questo tipo di ragionamento sia venuto in mente a un giurista, che, stando alla ricostruzione (a mio avviso, un po' sforzata) dello SCARANO U. (nt. 3) 81 ss., si batteva per il *certius statuere* (cfr. D. 1.3.11) in materia di diritto. Ragionando a questo modo, l'incertezza del diritto sarebbe smisuratamente aumentata, non diminuita: quasi per ogni legge, per poco stagionata che essa fosse, sarebbe potuta sorgere tra i litiganti la controversia circa la sua desuetudine. Né salva Giuliano dall'accusa di essere ottusamente consequenziario (oltre che in contraddizione con il suo *certius statuere*) la tesi (cfr. p. 94) che egli avrebbe scritto il periodo *quare rell.* anche « per spiegare, in linea con il sentire del tempo, un fenomeno la cui incidenza, nella storia del diritto e della società, ... certo non ignorava ». Addirittura opportunista Giuliano?

[62] *Retro* nt. 53.

[63] Cosí GALLO (nt. 4) citato *retro* nt. 14.

tutto intero il periodo *quare rell.* è stato gettato giú per intero, su ispirazione fornitagli dalla lettura dei periodi precedenti, da un personaggio postclassico piuttosto incline a ragionare con il tiralinee[64]: personaggio cui è comprensibilmente sfuggito, nello scrivere il tutto, l'errore « *currenti calamo* » di chiamare *legis lator*, quasi che ne fosse sinonimo, quello che avrebbe dovuto chiamare *populus*[65].

Giustiniano (e per lui Triboniano)? Direi di no: in c. *Deo auctore* 10 (forse redatta per lui da Triboniano) Giustiniano già mostra di aver conoscenza del frammento giulianeo, anche presumibilmente nella parte relativa alla *desuetudo*[66]. Chi fosse il postclassico (e pregiustinianeo) ideologo della sovranità popolare (intesa questa, in buona sostanza, come travestimento del *legis lator* imperiale), probabilmente, non lo sapremo mai[67].

[64] Parlo di personaggio incline a ragionare col tiralinee (cioè in astratto, cioè senza badare alle implicazioni praticamente aberranti di quel che deduce dalle sue premesse), non parlo di incolto o di deficiente. Dò atto quindi al GALLO (nt. 4) 79, che costui ha scritto poche righe « non prive di sottigliezze espositive ».

[65] Altro errore, che Giuliano probabilmente non avrebbe commesso, sta nell'uso di *abrogare* (*per desuetudinem*) al posto di *removere* o qualcosa del genere.

[66] V. *retro* nt. 20.

[67] Trascrivo qui per intero, a fini di chiarezza, la mia ricostruzione di D. 1.3.32 (Iul. 84 *dig.*): *De quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet, quod [moribus et] consuetudine inductum est: et si qua in re hoc deficeret, tunc quod proximum et consequens ei est: si nec id quidem appareat, tunc ius, quo urbs Roma utitur, servari oportet.* 1. *Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, [et hoc est ius quod dicitur moribus constitutum.] nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes. [nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis?] [quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legis latoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur].* Un caso molto somigliante di esaltazione postclassica della volontà popolare (ma di una volontà popolare, che si risolve nel « *quod principi placuit legis habet vigorem* ») lo troviamo in Ulp. D. 1.14.3, e precisamente nell'interpolato (almeno a mio avviso) *cum etiam potuit populus Romanus servo decernere hanc potestatem* (cioè la potestà di *praetor*) *rell.*: testo per il quale rimando ad A. GUARINO, *Frustula iuris Romani*, V. 3, *La pretura di Barbario Filippo*, in *ANA.* 99 (1988) 273 ss.

IL « IUS PUBLICE RESPONDENDI »

1. — Le fonti che ci informano del *ius publice respondendi* (*ipr.*) sono, essenzialmente, tre: uno squarcio (di tre paragrafi) del *liber singularis enchiridii* di Sesto Pomponio riportato nei *Digesta*, un paragrafo delle *Institutiones* di Gaio ed un corrispondente paragrafo delle *Institutiones Iustiniani Augusti*. Vediamole [1].

Pomp. *sing. enchir.* D. 1.2.2.48: *Et ita Ateio Capitoni Massurius Sabinus successit, Labeoni Nerva, qui adhuc eas dissensiones auxerunt. hic etiam Nerva* ⟨*Tiberio*⟩ *Caesari familiarissimus fuit. Massurius Sabinus in equestri ordine fuit et publice primus respondit: posteaque hoc coepit beneficium dari* [, *a Tiberio Caesare hoc tamen illi concessum erat*]. 49: *Et, ut obiter sciamus, ante tempora Augusti publice respondendi ius non* [*a principibus*] *dabatur, sed qui fiduciam studiorum suorum habebant, consulentibus respondebant: neque responsa utique signata dabant, sed plerumque iudicibus ipsi scribebant, aut testabantur qui illos consulebant. primus divus Augustus, ut maior iuris* ⟨*consultorum*⟩ *auctoritas haberetur, constituit, ut ex auctoritate eius responderent: et ex illo tempore peti hoc pro beneficio coepit. et ideo optimus princeps Hadrianus, cum ab eo viri praetorii peterent, ut sibi licere* ⟨*publice*⟩ *respondere, rescripsit eis hoc non peti, sed praestari solere et ideo, si quis fiduciam sui haberet, delectari se* ⟨*si*⟩ *populo ad respondendum se praepararet.* 50: *Ergo Sabino concessum est a Tiberio Caesare, ut populo responderet: qui in equestri ordine iam grandis natu et fere annorum quinquaginta receptus est. huic nec amplae facultates fuerunt, sed plurimum a suis auditoribus sustentatus est.*

Dopo aver parlato di Capitone e di Labeone e dei loro dissensi in materia giuridica, Pomponio passa (nel § 48) ad illustrare la figura di Masurio Sabino, del quale dice, tra l'altro, che fu il « *primus* » a

* In *RIDA.* 2 (1949) (= *Mélanges De Visscher* 1) 401 ss.

[1] *Adde*: Iust. *Deo auct.* 4, Theoph. *Par*I. 1.2.9.

« *publice respondere* ». L'occasione è buona per aprire una parentesi (§ 49) intesa a spiegare il *ius respondendi*. A proposito di esso dice Pomponio che prima di Augusto tutti i giuristi erano liberi di dare *responsa* (e ne davano in gran numero) a loro piacimento; che Augusto fu il « *primus* » a stabilire che taluni giuristi dessero responsi « *ex auctoritate eius* »; che di poi la distinzione cominciò ad essere richiesta (dai giuristi) a titolo di *beneficium*; che Adriano (imperatore vivente ai tempi in cui Pomponio scrive) dette una certa risposta ad alcuni notabili che gli chiedevano l'elargizione del *ipr.*

Gai 1.7: *Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum est iura condere. quorum omnium si in unum sententiae concurrunt, id, quod ita sentiunt, legis vicem optinet; si vero dissentiunt, iudici licet quam velit sententiam sequi: idque rescripto divi Hadriani significatur.*

Gaio, il quale scrive nel II secolo, e piú precisamente in epoca successiva alla morte e divinizzazione (« *divus* ») di Adriano, ha precedentemente detto (1.2) che le istituzioni giuridiche romane (*iura populi Romani*) sono dettate e regolate anche, in mancanza di leggi, dai responsi dei giuristi (*responsa prudentium*). In questo paragrafo egli precisa che rilevano solo i *responsa* dei *prudentes* cui sia stato permesso (evidentemente attraverso il *ius publice respondendi*) di « *iura condere* », anzi precisa che, in forza di un rescritto di Adriano, i *responsa prudentium* fanno le veci della legge solo quando « *in unum concurrunt* ». Giustiniano, come si vedrà subito, ripete la notizia gaiana come relativa ad un istituto da gran tempo sorpassato [2].

Inst. 1.2.8: *Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum erat iura condere. nam antiquitus institutum erat, ut essent qui iura publice interpretarentur, quibus a Caesare ius respondendi datum est, qui iuris consulti appellabantur. quorum omnium sententiae et opiniones eam auctoritatem tenent, ut iudici recedere a responso eorum non liceat, ut est constitutum.*

Dalle fonti ora riportate risulta dunque per certo che, nel periodo del principato, i *principes* introdussero un *beneficium* o *ius* di *respondere* « *ex auctoritate principis* », « *publice* », « *populo* », vale a dire una sorta di concessione di « *iura publice interpretari* » o di « *iura condere* »: istituto ancora fiorente nell'età di Pomponio e di Gaio (II sec. d. C.). Risulta anche che il *ipr.* ai tempi di Giustiniano già da secoli

[2] Si legge, infatti, in *Inst.* 1.2.8 che *antiquitus institutum erat rell.*

piú non si concedeva. Tutto il resto è incerto e vivamente discusso [3]. Discusso e discutibile è anche, del resto, se i varî modi di qualificare l'istituto siano equipollenti e genuini.

Analizzerò, qui di seguito, l'un dopo l'altro i varî problemi, cosí come si presentano nel loro ordine logico. Cordiale omaggio a Fernand de Visscher, cui va il merito di aver scoperto, anche in questo argomento, nuovi e sicuri orizzonti.

2. — Questione preliminare è se il *liber singularis enchiridii* di Pomponio [4] sia opera genuina del giureconsulto classico o non costituisca piuttosto uno scritto apocrifo, di confezione postclassica [5].

La *ratio dubitandi*, come è noto, non scaturisce soltanto dai molteplici sospetti di alterazione che i passi dell'operetta sollevano [6], ma anche e sopra tutto da ciò: che Pomponio risulta autore, oltre che del *liber singularis enchiridii*, anche di un *enchiridion* in due libri [7]. Possibile che il giurista classico abbia scritto non uno, ma due *enchiridia*?

Anch'io ritengo inammissibile, con altri autori [8], che Pomponio possa aver prodotto ambedue gli *enchiridia*, o che possa aver abbreviato egli stesso i *libri duo*, compilando il *liber singularis*. Che si scriva un trattato di media grandezza e poi se ne estragga, a scopi didattici, un trattatello istituzionale, va bene; ma che da un manualetto già smilzo, di soli due libri, ci si ingegni a cavarne un altro in un libro solo, è, per lo meno, assai strano [9]. Se Pomponio è autore di *libri duo enchiridii*, non è credibile sia autore anche del *liber singularis* [10].

[3] Bibliografia, da ultimo, in SCHULZ, *History of Roman Legal Science* (1946) 112 nt. 4 e *Addenda* (p. 347). *Adde*: GUARINO, *Storia del dir. romano* (1948) n. 333 e 340; KUNKEL, *Römische Rechtsgeschichte* (1947) 66 s.

[4] Cfr. D. 1.1.2, 1.2.2, 50.16.239.

[5] Inutile porre la stessa questione per le *Institutiones* di Gaio, che sono certamente opera classica, anche se piú o meno glossata.

[6] Cfr. *Index interpolat.* e SCHULZ (nt. 3) 171.

[7] Cfr. *D. Ind.* 11 (ἐγχειριδίου βιβλία δύο) e D. 38.10.8, 26.1.13, 46.3.107.

[8] V. per tutti SCHULZ (nt. 3) 171.

[9] Non sembra giustificabile l'ipotesi dello SCHULZ (nt. 3) 171, che Pomponio abbia scritto un *enchiridion* in piú di due libri e che tanto i *libri duo* quanto il *liber singularis* siano epitomi (postclassiche) di esso. Un *enchiridion* (manuale), per essere tale, non poteva contare che un assai ridotto numero di *libri*. I *manualia* di Paolo furono, ad esempio, in 3 libri.

[10] Escludo che l'opera originale sia stata il *liber singularis enchiridii* e che l'opera derivata sia potuta essere l'*enchiridion* in due *libri*. Pomponio, certo, non avrebbe di tanto poco ampliato il lavoro originale, portandolo da uno a due *libri*.

Il *liber singularis enchiridii*, per quel che è dato supporre, è stato, dunque, messo insieme in periodo postclassico. Tuttavia, contro l'opinione di chi addirittura si spinge a considerarlo un prodotto integrale delle scuole postclassiche [11], mi par doveroso affermare che esso è, viceversa, tutt'al piú un sunto o, ancor meglio, un estratto dei *libri duo enchiridii*. Basta por mente, per convincersene, al fatto che l'« *excursus* » sulla giurisprudenza romana [12] si arresta a Salvio Giuliano, il grande contemporaneo di Pomponio; mentre è ovvio che la scuola postclassica non avrebbe taciuto, quanto meno, di Gaio, Papiniano, Paolo, Ulpiano [13]. E piú che ad una epitome di un anonimo postclassico [14], io penserei, come dicevo, ad un estratto, consistente, piú precisamente, in quella che doveva essere l'introduzione storica, alquanto diffusa, del manuale pomponiano.

Assodato che il *liber singularis enchiridii* non è né una falsificazione né una epitome postclassica, ma è tutt'al piú un estratto di opera classica, se ne trae una importante conseguenza di ordine metodologico [15]: che non vi è motivo per sospettare « *a priori* », genericamente, come troppo spesso si suole, delle due dichiarazioni, svalutandone l'alto valore probatorio per la storia del diritto romano, ed in particolare per la storia della giurisprudenza romana.

Quanto alla scuola postclassica, se essa si fosse trovata di fronte ad un *liber singularis enchiridii* del giurista classico, lo avrebbe magari rielaborato sino al punto da raddoppiarne la mole, ma difficilmente avrebbe modificato il titolo in *enchiridii libri duo*: tanto piú difficilmente, in quanto che in epoca postclassica non si scriveva piú su rotoli di papiro (*libri*), e quindi un *liber singularis* poteva anche avere una certa ampiezza.

[11] In questo senso, v. EBRARD, in *ZSS*. 45 (1925) 120.

[12] Cfr. D. 1.2.2.35-52.

[13] Cosí già GUARINO, *Profilo storico delle fonti del dir. romano*[2] (1946) 141 s., e SCHULZ (nt. 3) 170. Del resto, altri argomenti non mancano. A prescindere dall'*optimus princeps Hadrianus* del § 49 (su cui v. *infra* n. 3), mi par degna di nota la seguente circostanza. In D. 1.2.2.12 si legge: *aut est proprium ius civile, quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit*. Questa dichiarazione non soltanto contrasta con il pensiero postclassico o comunque giustinianeo, secondo cui i *responsa prudentium* costituiscono *ius ex scripto* (cfr. *Inst.* 1.2.3), ma contrasta con l'insegnamento svolto, cinquanta anni dopo Pomponio, da Papiniano (in D. 1.1.7), a mente del quale il *ius civile* deriva, oltre che dall'*auctoritas prudentium*, anche *ex legibus, plebiscitis, senatusconsultis, decretis principum*.

[14] Cosí SCHULZ (nt. 3) 171.

[15] V. già, in questo senso, GUARINO, in *AUCT*. 3 (1947) 331 s.

3. — Vengo all'esame esegetico di D. 1.2.2.48-50.

A) Nel § 48 (*Massurius Sabinus rell.*)[16] il Mommsen[17] corregge, generalmente seguito: *Massurius Sabinus in equestri ordine* [*fuit et*] *publice primus respondit:* [*posteaque*] ⟨*posteaquam*⟩ *hoc coepit beneficium dari, a Tiberio Caesari hoc* [*tamen*] ⟨*tandem*⟩ *illi concessum erat*[18].

L'arguta congettura[19] vuole eliminare il contrasto con il successivo § 49, in cui si legge che *primus divus Augustus ... constituit ut ex auctoritate eius responderent*[20]. Ma si può facilmente opporre che le inserzioni e le sostituzioni supposte dal Mommsen non possono aver avuto carattere casuale[21], mentre non si vede in alcun modo il motivo per cui un lettore postclassico od un compilatore giustinianeo le avrebbero scientemente operate.

Piú ragionevole, anche se del pari criticabile, sembra la restituzione del Siber[22], il quale, aderendo ad una tesi del Lenel[23], considera il § 49 frutto di un'inserzione posteriore e congiunge e rettifica i §§ 48 e 50 nel modo seguente: *Massurius Sabinus* [*in equestri ordine fuit et*] *publice primus respondit: posteaque* [*hoc coepit-tamen*] *illi* [*concessum erat ... Ergo Sabino*] *concessum est ut* [*populo*] ⟨*ex auctoritate eius*⟩ *responderet: qui in equestri ordine rell.*

Il Siber[24] giustifica questa ricostruzione, opinando che il dettato

[16] Aderisco all'inserzione chiarificatrice di *Tiberio* davanti a *Caesari*, nel periodo *hic etiam rell.*: v. SCHULZ (nt. 3) 116.

[17] *Ed. maior ahl.*

[18] Cosí, sostanzialmente, *Dig. Milano*, ove a *posteaque* si sostituisce *posteaquam* e (dubitativamente) al posto di *tamen* si pone *tantum*, aggiungendosi in nota che « locus vix sanandus a Trib. male confectus, ut vidit Lenel ».

[19] In forza della quale il testo viene a dire che Massurio Sabino fu il primo giureconsulto dell'*ordo equester*, il quale ebbe (da Tiberio) un *ipr.*, istituito, giusta quanto risulta dal § 49, da Augusto.

[20] Augusto avrebbe, dunque, concesso il *ipr.* solo a giuristi dell'*ordo senatorius*, mentre Tiberio sarebbe stato il primo ad estendere il beneficio ai membri dell'*ordo equester*.

[21] Una obiezione del genere è accennata, in ordine ad Augusto e a *tamen*, dal SIBER, *Der Ausgangspunkt des « ius respondendi »*, in *ZSS.* 61 (1941) 398, che spiega le due sostituzioni come una « Selbstberichtigung des Bearbeiters ». Difficilmente potrebbe dirsi lo stesso per l'inserzione di *fuit et*.

[22] *Cit.* 398 ss.

[23] *Pal.* 2.51 nt. 1.

[24] Il quale, ad ogni buon conto, esclude (p. 399) la possibilità di restituire nella sua integrità formale il testo.

pomponiano sia stato infarcito con due superflue ripetizioni: l'una relativa alla qualità di membro dell'*ordo equester* di Sabino, l'altra relativa al fatto che Sabino fu il primo a *respondere publice*, ovverossia *populo*. In realtà Sabino fu il primo, secondo il Siber, a dare *responsa* in pubblico [25] e Tiberio non gli riconobbe, per i suoi meriti di giurista, il diritto di *respondere publice* o *populo*, cioè pubblicamente, cosa che Sabino già faceva e che qualunque giurista poteva liberamente fare, sí bene gli concesse il *ius respondendi ex auctoritate principis*, introdotto dal suo predecessore [26]. Tuttavia, mi sembra facile obbiettare che: *a*) le ripetizioni relative all'appartenenza all'*ordo equester* ed al *publice* (*populo*) *respondere* non sono scandalose in Pomponio, notoriamente piuttosto prolisso, e sono, comunque, ampiamente giustificate con l'*ergo*, mediante il quale, all'inizio del § 50, si riprende, con assoluta naturalezza, il discorso interrotto dalla vasta parentesi del § 49; *b*) la contraddizione tra il *publice primus respondit* ed il *concessum est — ut populo responderet*, se c'è, non può eliminarsi ricorrendo all'interpretazione proposta dal Siber, poiché ancora una volta l'*ergo* del § 50 non lo giustifica. Perché mai si debba ritenere interpolato l'*ergo* e considerare il § 49 una inserzione posteriore, mentre è un naturalissimo inciso esplicativo (*et ut obiter sciamus rell.*), proprio non arrivo a capirlo [27].

Giova, in conclusione, poggiare verso l'esegesi conservativa del De Visscher [28], salva una limitazione, che mi sembra necessaria, per *a Ti-*

[25] In questo senso, v. già BREMER (cit. dal SIBER, *cit.* 399, nt. 5), che si richiama a Gell. 13.13.1: *in plerisque Romae stationibus ius publice docentium aut respondentium*. Ma si legge nello stesso Pomp. D. 1.2.2.35 che *ex omnibus, qui* (*iuris*) *scientiam nancti sunt, ante Tiberium Coruncanium publice professum neminem traditur*: il che fa intendere che per Pomponio l'esercizio pubblico del *respondere* giurisprudenziale (contrapposto a quello misterioso dei *pontifices*) incominciò nientemeno che sullo scorcio del sec. IV a. C.

[26] *Populo* sarebbe, dunque, stato inserito nel senso di *publice* al posto di *ex auctoritate eius*, per influenza del *populo ad respondendum* del § 49.

[27] Lo SCHULZ (nt. 3) 115 ss., pur senza aderire alla sottile interpretazione del *publice primus respondit* offerta dal Siber, è sostanzialmente del parere di questi, in quanto ritiene che il periodo *Massurius Sabinus rell.* del § 48 sia una malcauta ripetizione del § 50, in cui anch'egli trova insiticio l'*ergo* iniziale.

[28] *Le « ius publice respondendi »*, in *RHD.* 4.15 (1936) 616 ss. Si noti che il De Visscher costruisce la fine del § 48 cosí: ... *posteaque hoc coepit beneficium dari a Tiberio Caesare, hoc tamen illi concessum erat.* Ma lo spostamento della virgola (o del punto) dopo *Tiberio Caesare*, mentre è inutile ai fini della comprensione del testo (è evidentissimo, infatti, che ivi si parla di Tiberio), rende inelegante il periodo *posteaque - dari.*

berio Caesare hoc tamen rell., che a mio avviso è evidentemente glossato. Non che la frase sia assolutamente inspiegabile, ché anzi il De Visscher ne ha tratto in luce assai finemente il senso, osservando che essa vuol significare che, pur essendo Nerva *familiarissimus* di Tiberio, tuttavia (*tamen*) questi concesse a Sabino (*illi*), e non a Nerva, il *beneficium*. Senonché proprio questa troppo oscura formulazione della nota porta a dubitare della sua genuinità [29].

B) L'esegesi deve essere conservativa anche in relazione al § 50, che non saprei da che lato si possa seriamente attaccare [30]. A parte l'*ergo*, anche il *populo* (*responderet*) è genuino.

L'appunto specifico mosso dal Siber [31] è che i *responsa* non si danno al popolo, ma ai singoli interroganti. Peraltro, chi non vede che quel *populo* è un *dativus commodi*, e che perciò il senso corrisponde esattamente a quello di *publice* [32]?

C) Il § 49 costituisce, evidentemente, una parentesi nel dettato pomponiano. Da questo a dire che esso è il risultato di una inserzione posteriore, tuttavia, ci corre [33].

Ancor piú strana, credo, è l'opinione dello Schulz [34], a cui avviso il § 49 sarebbe il frutto di due diverse inserzioni postclassiche, di cui la prima avrebbe avuto, a sua volta, origini ben distinte da quelle dell'altra presunta glossa *Massurius Sabinus rell.* del § 48. A mente dello Schulz: *et ut obiter sciamus-pro beneficio coepit* non potrebbe essere considerato genuino perché si riattacca allo spurio *Massurius Sabinus rell.*, né potrebbe essere considerato scritto dall'autore di questo periodo perché insegna qualcosa di contrario (Augusto, non Tiberio, introdusse il *ipr.*); *et ideo optimus rell.* [35] non potrebbe ritenersi genuino perché ricongiungentesi al periodo precedente, né potrebbe ritenersi di

[29] Aggiungi il *concessum erat* per *concessum est.*

[30] Lo SCHULZ (nt. 3) 116, ritiene *iam grandis natu et* una glossa. Non capisco perché. Ma la questione non ha importanza.

[31] *Cit.* (nt. 21) 399.

[32] *Populo* non corrisponde a *publice*, se *publice* significa, come vuole il Siber, « pubblicamente, in luogo pubblico ». Ora, *publice* significa anche questo, ma mi sembra evidente che Pomponio qui parli di *publice respondere* nel senso di « dar *responsa* con efficacia vincolante per il popolo »: v. *retro* nt. 25 e *infra* n. 7.

[33] V. *retro* sub A e nt. 23.

[34] *Cit.* (nt. 3) 115 ss.

[35] Caratteristico è che lo Schulz giudica inserito in questo periodo, da una ennesima mano: *et ideo; hoc non peti, sed praestari solere et ideo; praepararet* (sostituito a *praestaret*).

mano dell'autore di questo periodo perché l'*et ideo* iniziale costituirebbe una palese giunta posteriore. Tuttavia, come si è dimostrato che *Massurius Sabinus rell.* è genuino, *et ut obiter rell.* può ritenersi, tutt'al piú, una aggiunta al testo classico; anzi, in verità, che classico sia tutto il § 49 è dimostrato dalla citazione di Adriano come *optimus princeps*, cioè come imperatore vivente, la quale nel tratto *et ideo optimus — praepararet*, non può essere stata fatta che da Pomponio o da un contemporaneo [36].

È, insomma, evidente che il § 49, almeno nella sua struttura essenziale, è proprio di Pomponio e che, pertanto, la critica romanistica è autorizzata soltanto ad indagare se e quali alterazioni parziali esso abbia potuto subire.

Il Siber [37] ricostruisce: *Et ut obiter sciamus, . . . [publice respondendi ius non a principibus dabatur, sed] qui . . . consulentibus [respondebant] neque responsa utique . . . ut maior iuris ⟨consultorum⟩ auctoritas . . . responderent [et ex illo tempore peti hoc pro beneficio coepit] rell.*

Giusta è l'osservazione che prima di Augusto non vi erano i *principes* (*rei publicae*), ma essa vale a condannare *a principibus*, non tutto lo squarcio *publice respondendi — sed* [38]. Da approvare senza riserve l'integrazione *iuris ⟨consultorum⟩* [39]. Ingiustificata è, invece, l'espunzione di *et ex illo tempore — coepit*, che il Siber [40] tenta di rendere plausibile, asserendo che vale a delucidare il pensiero dei compilatori del testo: secondo i quali il *ipr.* esisteva anche prima di Augusto, ma dopo di lui fu concesso solo su richiesta dei giureconsulti [41]. L'inserzione di *a princi-*

[36] In questo senso v. già De Visscher (nt. 28) 620, che però ammette come possibile l'inserzione nel dettato pomponiano del § 49, estratto da fonte coeva.

[37] *Cit.* (nt. 21) 400 s.

[38] La genuinità di questo tratto è, anzi, indirettamente garantita dal carattere anche formalmente insiticio di *a principibus*. Chi avesse scritto di getto, classico o postclassico che fosse, avrebbe detto *a principibus non dabatur*, oppure *non dabatur a principibus*.

[39] Integrazione già sostenuta in *Dig. Milano*. V. *contra* De Visscher (nt. 28) 617 nt. 5, secondo cui l'autore si riferiva proprio all'*auctoritas* del *ius*, e non a quella dei *iurisconsulti*. Obietterei che l'*auctoritas* del *ius*, in sé, non poteva dirsi né aumentata né diminuita dal *respondere ex auctoritate principis* e che, in ogni caso, l'integrazione *iurisconsultorum* chiarisce quale è il soggetto sottinteso di *responderent*.

[40] *Cit.* (nt. 21) 397.

[41] Il Siber (nt. 21) 401, giudica pertanto insiticio anche *et ideo* (*optimus princeps rell.*).

pibus denuncia solo completomania di un lettore postclassico [42] e non giustifica l'accusa a costui di ignorare quel che tutti sapevano, cioè che Augusto fu il primo dei *principes*: ciò dato, l'interpretazione del Siber cade, e cade con essa la condanna di *et ex illo tempore — coepit*.

Quanto al resto del § 49, mancando elementi di sostanza per sospettare il primo *et ideo* [43], non possiamo che ritenere genuino il legamento. Genuino è altresí il discorso che segue, il quale ha solo sofferto della caduta di un *si* davanti a *populo* e inoltre, a mio parere, della omissione di un *publice* nella proposizione *ut sibi liceret respondere* [44].

4. — In ordine a Gai 1.7, è a dire che, per quanti attacchi il paragrafo abbia ricevuto in sede di esegesi critica, gli indizi locali, di forma e di sostanza, della alterazione del testo sono minimi e non ne intaccano l'insegnamento.

Il Solazzi [45] uncina *et opiniones*, facendo rilevare che nel resto del paragrafo si parla solo di *sententiae*. Il rilievo è esatto, ma non porta a conseguenze sostanziali perché *sententiae* e *opiniones* in Gaio sono sinonimi [46]. Non è da escludere, comunque, che *et opiniones*, anziché una ridondanza del giurista classico, sia un glossema postclassico [47].

Altro appunto del Solazzi [48] va a *si vero dissentiunt — sententiam sequi*, il cui carattere di intruso nel dettato gaiano sarebbe dimostrato

[42] Questi, trovando scritto che prima di Augusto *publice respondendi ius non dabatur*, ha voluto specificare che il *ipr.* veniva dato dai *principes*, cioè ha voluto manifestare proprio il pensiero contrario a quello che il Siber gli attribuisce.

[43] Già appuntato dal BESELER, in *ZSS.* 51 (1931) 54, 56, ma in base a presupposti giustamente criticati dal DE VISSCHER (nt. 28) 645 nt. 1.

[44] Il *publice* è, del resto, sottinteso nella richiesta dei *viri praetorii* ad Adriano. Sarebbe ridicolo ritenere che questi avessero chiesto al *princeps* il permesso del semplice *respondere*, cioè di fare qualcosa per la quale, evidentemente, non c'era bisogno alcuno di permesso.

[45] *Glosse a Gaio*, in *Studi Riccobono* (1931) 1.95 ss.

[46] Lo rileva lo stesso SOLAZZI, *cit.* 96.

[47] Può darsi che il lettore postclassico, interpretando *sententiae* come *responsa* su casi pratici, abbia ritenuto opportuno aggiungere *et opiniones* per alludere alle opinioni esposte in sede teorica. Può anche darsi che egli abbia dato a *sententiae* il significato di pareri espressi con sicurezza ed abbia voluto aggiungere che la stessa efficacia delle *sententiae* hanno le *opiniones* espresse dubitativamente (« *opinor* »): in questo senso spiega i due termini Theoph. *ParI.* 1.2.9. Che i due vocaboli in epoca giustinianea avessero una qualche diversità di significato è dimostrato dalla cura con cui *Inst.* 1.2.8 specifica sempre *sententiae et opiniones*.

[48] *Cit.* (nt. 45) 96 s. V. già il KNIEP, citato dal SOLAZZI, *cit.*

da questo ragionamento: se i *responsa prudentium*, in quanto tra loro conformi, *legis vicem optinent*, vuol dire che sono obbligatori per tutti (magistrati, giudici e cittadini in generale); se, non essendo essi conformi tra loro, *legis vicem non optinent*, vuol dire che non solo ai giudici, ma a chicchessia è lecito *quam velit sententiam sequi*: la limitazione *iudici* denuncerebbe, dunque, il glossema postclassico, che si riferisce unicamente all'ipotesi del magistrato-giudice. Ma l'errore del Solazzi sta, a mio avviso, nel non vedere, come del resto nessuno mi sembra abbia sinora veduto, che da *si vero dissentiunt* comincia la citazione testuale del rescritto di Adriano: rescritto particolare, come tutti i rescritti, e piú precisamente riferentesi al caso di un *iudex privatus* in imbarazzo.

Giova insistere sul fatto che da *si vero* ha inizio la trascrizione del rescritto di Adriano, perché se ne trarrà qualche notevole conseguenza [49]. Questa mia tesi, oltre che dal *iudici*, è provata da una considerazione di forma, cioè dal rilievo dell'anacoluto tra *si sententiae concurrunt* e *si vero* (*prudentes*) *dissentiunt*. Se Gaio avesse scritto tutto di getto il periodo, o se la citazione del rescritto di Adriano fosse cominciata da *quorum omnium*, avremmo probabilmente letto: *... si in unum sententiae concurrunt ..., si vero* ⟨*sententiae eorum in unum non concurrunt*⟩ *rell.*

Con il che mi pare esaurita quella che chiamerei l'esegesi critica locale di Pomp. D. 1.2.2.48-50 e di Gai 1.7. Può quindi passarsi all'esame dei singoli problemi sollevati da questi frammenti, onde trarre le conclusioni storico-critiche definitive.

5. — Quale era la prassi dei *responsa* giurisprudenziali prima di Augusto?

Alla domanda risponde Pomp. D. 1.2.2.49: *... ante tempora Augusti publice respondendi ius non ... dabatur, sed qui fiduciam studiorum suorum habebant, consulentibus respondebant: neque responsa utique signata dabant, sed plerumque iudicibus ipsi scribebant aut testabantur qui illos consulebant.*

Pomponio dice che:

(*a*) prima di Augusto il *ipr.* [50] non veniva concesso, non esisteva in nulla e per nulla;

[49] V. *infra* n. 9.

[50] Di cui, si ricordi, egli ha parlato, con riferimento a Tiberio concedente ed a Sabino beneficiario, nel precedente § 48.

(*b*) il sistema preaugusteo era che tutti quelli, che si sentissero in grado di farlo, dessero indistintamente *responsa* a chi glieli richiedesse;

(*c*) i *responsa* non venivano mai nemmeno dati per iscritto e con il sigillo del rispondente, ma l'uso prevalente (*plerumque*) era che del *responsum* giurisprudenziale le stesse parti (*ipsi . . . qui illos consulebant*) informassero il giudice, riferendolo per iscritto o a voce.

Discusso è il punto *c*. L'interpretazione da me accolta [51] è quella sostenuta, per suggerimento del Nicolau, dal De Visscher [52], ma essa ha suscitato l'aspra critica dell'Arangio-Ruiz [53], secondo cui l'unica interpretazione possibile è quella corrente [54]: nella maggior parte dei casi (*plerumque*) i giudici sarebbero stati informati per lettera dagli stessi giureconsulti, mentre in altri casi avrebbero provveduto all'uopo le parti mediante *testationes* [55].

Ora, io qui non faccio la questione grammaticale sollevata dal De Visscher a favore della sua tesi, perché giustamente l'Arangio-Ruiz ha obbiettato che Pomponio non era un maestro di stile latino [56]. A favore della tesi del De Visscher e contro l'interpretazione dell'Arangio-Ruiz mi limito a fare una questione logica, che si concreta nei seguenti argomenti: *a*) se il sistema preaugusteo di informazione dei giudici fosse stato quello assunto dall'Arangio-Ruiz, non vi sarebbe stato alcun motivo per contrapporlo, con evidente nota di deplorazione, al sistema dei *responsa signata*, perché si sarebbe trattato di una maniera altrettanto sicura di ragguaglio sul *responsum* giurisprudenziale [57]; *b*) se, in particolare, i giureconsulti o i loro *auditores* avessero scritto direttamente ai giudici, queste *epistulae* avrebbero praticamente corrisposto ai *responsa signata*. E si aggiunga che, se è vero che l'uso del verbo *testari* fa pensare alle *testationes*, è altresí vero che l'espressione *iudicibus . . . testabantur, qui illos consulebant* invita a credere, presa nel suo senso letterale, che i consulenti riferissero oralmente i *responsa* ai giudici [58].

L'Arangio-Ruiz si è palesemente preoccupato di difendere la serietà

[51] Ed accolta altresí dal SIBER (nt. 21) 407 nt. 7, e dallo SCHULZ (nt. 3) 115 s.

[52] *Cit.* 618 s.

[53] *Romanisti e latinisti*, in *Studi Sassaresi* 16 (1938) estr. 4 ss.

[54] Giustificata, nelle edizioni, da una virgola dopo *scribebant*.

[55] In verità, non mi pare che l'interpretazione di *testabantur* nel senso di « provvedevano ad ottenere *testationes* » sia una interpretazione corrente, come ritiene l'Arangio-Ruiz.

[56] V. sul punto, diffusamente, ARANGIO-RUIZ (nt. 53) 7 s.

[57] V. già, in questo senso, DE VISSCHER, *cit.* 618 s.

[58] È sufficiente, per convincersene, uno sguardo ai vocabolari.

dei mezzi e dei modi adoprati nell'età preclassica per edurre i giudici circa i *responsa* giurisprudenziali. Ma non vi era bisogno di questa difesa perché è chiaro che Pomponio si riferisce soltanto alla situazione di disordine e di inflazione giurisprudenziale indubbiamente esistita in Roma nei tempi immediatamente precedenti quelli di Augusto [59].

6. — Che cosa dispose Augusto?

Alla domanda risponde Pomp. D. 1.2.2.49: ... *primus divus Augustus, ut maior iuris* ⟨*consultorum*⟩ *auctoritas haberetur, constituit, ut ex auctoritate eius responderent: et ex illo tempore peti hoc pro beneficio coepit.*

Pomponio dice che:

(*d*) Augusto, per rafforzare la (scaduta) *auctoritas* dei giureconsulti del suo tempo, stabilí che essi emanassero *responsa ex auctoritate sua* (di Augusto);

(*e*) dopo di allora il *respondere ex auctoritate principis* (*hoc*) cominciò ad essere impetrato dai giureconsulti a titolo di privilegio imperiale (*beneficium*).

Ben ha visto il De Visscher [60] e ben ha visto lo stesso Siber [61]

[59] Per l'ARANGIO-RUIZ, *cit.* 6 ss., ammettere l'interpretazione del De Visscher equivarrebbe ritenere che « i Romani camminavano a quattro gambe », in quanto che « impossibile è che, in un mondo nel quale l'attività dei giuristi consulenti era il principale lievito dell'evoluzione giuridica, i giudici fossero messi in condizione di non sapere esattamente se ed in qual senso un giurista si fosse pronunciato sul punto di diritto in controversia ». Vi è un po' di esagerazione in queste parole e vi è, a mio parere, incomprensione di almeno due punti: *a*) che il *plerumque* di Pomponio (riferentesi, del resto, ai tempi immediatamente precedenti il principato di Augusto, dunque, tutt'al piú, al sec. I a. C.) non impone di credere che il sistema adottato fosse esclusivamente quello della informazione del giudice a cura delle parti; *b*) che prima della istituzione del *ipr.* il giudice aveva altissimo interesse a conoscere l'opinione dei giuristi, ma non vi era né punto né poco obbligato. L'Aranzio-Ruiz denuncia anche la « originalità » della « letterina che il giudicabile mi fa pervenire, nell'intervallo tra la *litiscontestatio* e l'udienza, dietro le spalle dell'avversario, riassumendomi lui profano quel che il grande giurista gli ha detto ». Ma la letterina, o la letterona, al giudice da parte dello stesso giurista (che, si badi, poteva anche essere un azzeccagarbugli, presuntuosamente fornito di *fiducia studiorum suorum*) non sarebbe stata ancor piú originale, provenendo da un terzo estraneo alla causa ed informato sulla medesima da una sola delle parti? E, quanto al giudice, non era egli libero del suo pensamento giuridico, e quindi libero di dar torto alla parte di cui non fosse riuscito a comprendere l'inesatto riferimento di un *responsum*?

[60] *Cit.* (nt. 28) 619 ss.

che l'istituto introdotto da Augusto fu qualcosa di molto diverso dal *ipr.* concesso da Tiberio per la prima volta a Sabino[62]. L'interpretazione loro, almeno sotto questo punto di vista, è incontrovertibile. Ma in che cosa si differenziò l'iniziativa di Augusto da quella di Tiberio e degli altri *principes*? Rispondere alla domanda, affermando che Augusto si limitò ad imporre che i *responsa* fossero *signata* non è, evidentemente, possibile; anzi, non è nemmeno possibile dire se Augusto abbia stabilito alcunché di simile[63] o, aggiungerei, se alcunché di simile sia stato mai stabilito da alcuno. Nessun elemento porta, invero, ad escludere che il rilascio dei *responsa signata* altro non fosse che una prassi universale dei tempi di Pomponio, non resa obbligatoria da alcun provvedimento di governo.

L'opinione del De Visscher[64] è che Augusto si sia limitato a disporre che avessero valore di legge soltanto i *responsa* muniti del suo visto di approvazione (*auctoritas*), ma è da obbiettare che: *a*) il testo di Pomponio non autorizza questa interpretazione[65]; *b*) non è possibile che Augusto pensasse seriamente di porsi a controllare nel merito ogni singolo *responsum*[66]; *c*) il processo storico supposto dal De Visscher (dapprima controllo del merito dei singoli *responsa*; di poi, con Tiberio, autorizzazione preventiva e generale dei singoli giuristi ad emanarne; infine, con Adriano, arginamento ed ostacolamento dell'importanza assunta dai *responsa prudentium*)[67] è tortuoso, contraddittorio e, allo stato delle nostre conoscenze generali, inammissibile. Il sistema di controllare nel merito *responsum* per *responsum* è troppo tassativo ed iugulatorio per adattarsi alla politica di Augusto, notoriamente ben diversamente impostata. Comunque, ammesso che Augusto vi avesse fatto

[61] *Cit.* (nt. 21) 401 s. Si ricordi, peraltro, che il Siber giudica interpolato *et ex illo tempore rell.*: v. *retro* n. 3.

[62] V. *infra* n. 7.

[63] V. già, in questo senso, SIBER (nt. 21) 401, il quale però è convinto che prima di Pomponio qualche *princeps* abbia imposto il rilascio di *responsa signata*.

[64] *Cit.* (nt. 28) 622.

[65] Anche a volere, con il De Visscher, porre un punto fermo, anziché due punti, davanti ad *et ex illo tempore rell.*, sta di fatto che in questo periodo si inizia con un *et* e si usa un *hoc*, il quale fa riferimento esatto a quanto precede. Inoltre, l'espressione *constituit ut ex auctoritate eius responderent* non suffraga la tesi del De Visscher: nel qual senso v. già MASSEI, *Le citazioni della giurisprudenza classica nella legislazione imperiale*, in *Studi Pavia per Ferrini* (1945) 462 nt. 3.

[66] V. già, in questo senso, MASSEI, *cit.*

[67] V. *infra* n. 8 e 9, tenendo sopra tutto presenti le opinioni del De Visscher in proposito.

ricorso, non sarebbero certo stati i suoi successori a tirarsi indietro, lasciando le briglie sul collo ai giuristi, sia pure a quelli loro amici e favoriti. Da quel sistema, se fosse esistito, si sarebbe passati direttamente al sistema dei *rescripta*, e di *ipr.* non si sarebbe mai parlato.

Il Siber[68] intravvede, da un lato, queste critiche alla tesi del De Visscher, ma avanza, dall'altro lato, una ipotesi non meno criticabile. Augusto avrebbe, secondo lui, stabilito che i giuristi abbisognassero di una specifica autorizzazione preventiva per ogni singolo *responsum* da emanare. Se è superata la obbiezione *b*), non restano superate le altre che rimangono, « *mutatis mutandis* », intatte.

Diremo per ciò che non è possibile precisare l'esatto apporto di Augusto alla storia del *ipr.*[69]? Io penso di no. A mio parere, la soluzione è chiara, ed è questa: Augusto si limitò a concedere ad alcuni giureconsulti di sua personale fiducia l'alta distinzione, di valore meramente sociale, di *respondere ex auctoritate sua*, di dare *responsa* come suoi *amici*. Il *respondere ex auctoritate principis* venne configurato, insomma, come una alta onorificenza di carattere sociale (un po', faccio per dire, come quella dei « fornitori della Real Casa »), ma non costituí inizialmente un *privilegium* o *beneficium*, che dir si voglia, non si tradusse in obbligatorietà giuridica per i giudicanti. Naturalmente, peraltro, i giureconsulti si posero subito a mirare a questo fine ulteriore, ed è perciò appunto che Pomponio afferma che *ex illo tempore peti hoc pro beneficio coepit*.

L'interpretazione che qui propongo mi par l'unica possibile, ed è inoltre rafforzata da alcune considerazioni non indegne di peso. Essa collima, anzi tutto, con la politica generale di Augusto e si inquadra in uno sviluppo storico verosimile dell'istituto del *ipr.* Essa si adatta, secondariamente, al significato augusteo di *auctoritas principis*, come prestigio sociale e non come preminenza giuridica del *princeps* nella *respublica*[70]. Infine, essa si concilia con la specifica avversione di Augusto verso i *privilegia*[71] [72].

[68] *Cit.* (nt. 21) 401.

[69] In questo senso, da ultimo, MASSEI, *cit.* (nt. 65).

[70] V. in proposito, da ultimo, MAGDELAIN, *Auctoritas principis* (1947) *passim*.

[71] Nel settimo anno di consolato Augusto abolí tutte le numerose concessioni di privilegio precedenti: cfr. MOMMSEN, *Droit public romain*, 5.2 nt. 3 e 439. Il minimo numero di *privilegia* da lui posteriormente introdotti (di alcuni dei quali può dubitarsi se fossero autentici *privilegia*) conforta la opinione della sua avversione ai *privilegia*. Per qualche cenno in merito, v. ORESTANO, « *Ius singulare* » e « *privilegium* » *in diritto romano*, in *AUMA.* 11 (1937) estr. 112 nt. 4.

[72] Assai poco persuasiva, sino a prova contraria, ritengo, pertanto, la tesi

7. — Che cosa fece Tiberio?

Alla domanda risponde Pomp. D. 1.2.2.48: ... *Massurius Sabinus in equestri ordine fuit et publice primus respondit: posteaque hoc coepit beneficium dari.* Testo da integrare con Pomp. D. 1.2.2.50: *Ergo Sabino concessum est a Tiberio Caesare, ut populo responderet* ...

Pomponio dice che:

(*f*) Tiberio concesse per la prima volta a Masurio Sabino la facoltà di *respondere publice* (o *populo*), cioè con effetto vincolante per tutto il *populus Romanus*;

(*g*) dopo questa prima concessione si incominciò, da Tiberio e dai successivi *principes*, a dare anche ad altri giureconsulti lo stesso privilegio.

Sono, come si vede, su questo punto, perfettamente concorde con il De Visscher e con il Siber nell'opinare che fu Tiberio il *princeps*, il quale introdusse il *beneficium* del *publice respondere*[73]. Concordo, inoltre, con il Siber, se non nel credere che *populo* nel § 50 sia interpolato, almeno nel ritenere che *publice respondere* equivalga a dire *respondere ex auctoritate principis*. Ma (qui sta ciò che importa) l'innovazione di Tiberio stette, a mio avviso, nel tradurre il *respondere ex auctoritate principis* di Augusto, che non era ancora un *beneficium* (giuridico), nel privilegio (giuridicamente rilevante) di *publice* (*populo*) *respondere*, cioé di emanare *responsa*, che, per usare l'espressione di Gai 1.7, *vicem legis optinent*. In altri termini, e per rifarmi ancora una volta a Gai 1.7, ai giuristi privilegiati fu a partir da Tiberio *permissum* ... *iura condere*.

Non vedo, a vero dire, in quale altro modo Pomp. D. 1.2.2.48-50 possa essere interpretato. L'unico ostacolo potrebbe consistere nella dichiarazione, secondo me genuina[74], che *ante tempora Augusti publice respondendi ius non* ... *dabatur*: la quale indurrebbe, a tutta prima, a pensare che, dunque, fu Augusto ad introdurre, bello e perfetto (cioé come *beneficium*), il *ipr.* Ma, insomma, bisognerà pur tener presente che Pomponio non era un matematico delle parole, e bisognerà pur ammettere che egli abbia legittimamente potuto discorrere in questo modo: « prima di Augusto non vi era il *ipr.*; Augusto mosse il primo passo, disponendo che alcuni giureconsulti dessero *responsa ex auctoritate prin-*

ventilata dal KUNKEL, *cit.* 66 s., secondo il quale da D. 1.2.2.48-49 risulterebbe che Augusto condizionò alla sua preventiva autorizzazione ogni e qualsiasi attività di *responsa*, limitando per di piú le autorizzazioni ai soli giureconsulti di rango senatorio.

[73] V. *retro* n. 6.

[74] V. *retro* n. 3.

cipis; Masurio Sabino fu, successivamente, il primo a godere in pieno del *ipr.*, concessogli da Tiberio ».

Un punto sul quale bisogna insistere è che il significato tecnico di *publice respondere* altro non può essere che quello stesso di *populo respondere* cioé di dare *responsa* con efficacia di legge. Fuori strada è il Siber [75], nel credere che *publice* significhí, in questo caso, « pubblicamente », « in pubblico »; e fuori strada sono anche il De Visscher [76] e quanti altri assumono che *publice respondere* voglia dire « emanare *responsa* in virtú di pubblica autorizzazione » [77].

8. — Stabilí Adriano qualcosa di nuovo in tema di *ipr.*?

Da Pomp. D. 1.2.2.49 (*et ideo optimus princeps rell.*) risulta, implicitamente, che:

(*b*) Adriano considerava tuttora vivo e vitale, ai suoi tempi, l'istituto del *ipr.*

[75] *Cit.* (nt. 21) 401. Vero è che non mancano i testi, in cui *publice respondere* significa « dare *responsa* in pubblico » (ad es., D. 3.1.1.3: ... *qua aetate aut paulo maiore fertur Nerva filius et publice de iure responsitasse*), ma son testi in cui è chiaro che non si allude al *ipr.* in senso tecnico (l'età di Nerva figlio, di cui in D. 3.1.1.3 cit., era di quindici anni).

[76] *Cit.* (nt. 28) 645 s.

[77] Questo significato, non soltanto non è autorizzato dall'espressione *ipr.* in sé, ma è reso tanto meno accoglibile dal fatto che il *beneficium* in parola non proveniva dagli organi della *respublica* in senso stretto, sibbene dal *princeps*.

[78] Il De Visscher (nt. 21) 645 s., interpreta il *populo respondere* come « rispondere al popolo » e non esclude che Adriano abbia fatto un giuoco di parole: i *viri praetorii* chiedono di *respondere publice* ed Adriano replica che è lieto che si preparino a rispondere « al popolo ». Il Siber (nt. 28) 397 s., interpreta in maniera ancor piú lambiccata: i *viri praetorii* chiedono ad Adriano il permesso di *respondere*, omettendo di aggiungere *ex auctoritate principis*, e Adriano replica che *respondere* non è cosa che si chieda, ma è cosa che si fa (*praestari*), aggiungendo che sarà lieto se essi vorranno esercitare questa attività a beneficio del popolo. Già ho notato, contro il Siber, che il *publice* è palesemente sottinteso (se addirittura non è caduto dal testo) nella richiesta dei *viri praetorii* (v. *retro* nt. 44). Contro i « calembours » immaginati dal De Visscher e dal Siber vorrei ora rilevare: che il primo è un po' deboluccio per essere attribuito ad un uomo notoriamente spiritoso come Adriano; che il secondo si basa, oltre tutto, su una inammissibile interpretazione del *praestari solere*; che l'uno e l'altro paiono un po' troppo spinti, perché si possa ammettere che Adriano vi si sia abbandonato in sede di *rescriptum*, alle spalle di *viri praetorii*, membri dell'*ordo senatorius*, insomma uomini degni di riguardo. Adriano *fuit etiam dicaculus* (*Vita Hadr.* 20.8), ma, voglio credere, con i suoi familiari, e non in atti ufficiali.

Quanto al senso specifico del citato brano di Pomponio, mi sembra che si sia davvero fantasticato un po' troppo sui riposti pensieri di Adriano e sulla sua eccessiva ironia nel rispondere ai *viri praetorii*[78]. A mio avviso, Pomponio dice una cosa molto semplice: alcuni *viri praetorii* chiesero al *princeps* il *ipr.* e questi rispose che il *ipr.* non si soleva chiedere, ma si soleva attendere che l'imperatore lo concedesse, in base al rilievo spontaneo ed oggettivo dei meriti acquistati dai giuristi nella pratica del diritto. E concludeva Adriano, affermando (qui con un pizzico di ironia) di essere ben lieto se i giuristi che credessero di poter un giorno arrivare a tanto si preparassero, nel frattempo, al *publice* (o *populo*) *respondere*.

9. — Che Adriano considerasse tuttora vivo e vitale l'istituto del *ipr.* è confermato da Gai 1.7, ove si legge che, in età di Antonino Pio[79], tra le fonti dei *iura populi Romani*[80] si annoveravano i *responsa prudentium*, cioè le *sententiae* (*et opiniones*) *eorum, quibus permissum est iura condere*. Può darsi, ed è presumibile, che il *ipr.* fosse ora concesso con minore frequenza di prima; ma che fosse tuttora concesso a qualche giurista risulta implicitamente dall'uso di *permissum est*, invece di *permissum erat*[81].

Aggiungerò, per concludere, che da Gai 1.7, risulta incontrovertibilmente che:

(*i*) nel periodo tra Tiberio ed Adriano si formò la convinzione di ritenere vincolanti per i giudici (e per tutti i cittadini) tutte le *sententiae* emesse dai giuristi privilegiati, sempre che non fossero tra loro difformi;

(*l*) Adriano, senza assolutamente innovare nulla in materia, si limitò a chiarire in un rescritto che, mancando la conformità, i giudici fossero liberi di decidere come credessero;

(*m*) questo modo di vedere era tuttora imperante nell'età di Antonino Pio.

Ho già dimostrato[82] che in Gai 1.7 la citazione testuale del rescritto di Adriano incomincia da *si vero dissentiunt*. Ciò induce a credere che il principio *quorum omnium — optinet* si fosse già consolidato anterior-

[79] Sulla data delle *Institutiones* di Gaio, v. da ultimo GUARINO, *Storia* cit. n. 368.

[80] Cfr. Gai 1.1.

[81] Quest'ultima è l'espressione di *Inst.* 1.2.8, testo confezionato in epoca nella quale il *ipr.* piú non esisteva: v. *retro* n. 1.

[82] V. *retro* n. 4.

mente all'epoca di Adriano, perché *si vero dissentiunt rell.* presuppone l'esistenza di quel principio [83]. La mia interpretazione evita di attribuire ad Adriano la introduzione di un canone, che sarebbe stato in contrasto con il suo orientamento politico accentratore [84]. Adriano, quel principio, si è limitato a non abolirlo. Interrogato da un giudice in dubbio, egli non ha fatto che chiarire, magari con soddisfazione, che le *sententiae* dei *prudentes* non hanno forza giuridicamente vincolante, se difformi tra loro.

La tesi da me sostenuta [85], mentre rettifica l'opinione dominante [86], che è nel senso di attribuire ad Adriano il principio *quorum omnium rell.*, rende possibile il superamento delle obiezioni giustamente mosse dal Pringsheim e dal Wieacker [87] ed evita l'assurdo critico di ritenere Gai 1.7 rielaborato in età postclassica [88] [89].

Postilla prima: Sulla tesi di W. Kunkel.

1. Il mio saggio sul *ipr.* [1] si è incontrato, ed in parte scontrato, con un acuto studio che sull'argomento ha contemporaneamente pubblicato

[83] D'altra parte, abbiamo già visto che la istituzione del *ipr.* implicò di necessità il *vicem legis optinere* dei *responsa* e la qualifica di *iuris conditores* dei giuristi privilegiati: v. *retro* n. 7.

[84] Sull'arogmnto, v. in generale Pringsheim, *The Legal Policy and Reforms of Hadrian*, in *JRS.* (1934) 146 ss.; Wieacker, *Quellen zur Hadrianischen Justizpolitik*, in *Freiburger Rechtsgeschichtliche Abhandl.* 5 (1935) 33 ss.

[85] Parzialmente conforme ad una ipotesi avanzata dall'Eisele, in *ZSS.* (nt. 3) 11 (1890) 190 ss.

[86] Ultimamente difesa dal De Visscher, *cit.* 635 ss.

[87] *Cit. retro* a nt. 84.

[88] V., in questo senso, Schulz (nt. 3) 115, con motivazione eccezionalmente vaga. L'unico argomento critico di una certa forza che il Pringsheim ed il Wieacker avevano portato contro la genuinità della citazione del rescritto adrianeo in Gai 1.7 è che un *rescriptum* non stabilisce princípi generali: è appunto l'argomento che la mia interpretazione è in grado di superare.

[89] Sulla decadenza e sulla abolizione del *ipr.*, v. da ultimo Massei, *cit.* 434 ss. e specialm. 440 ntt. 1 e 3.

* In *AUCT.* 3 (1949) 208 ss.

[1] In *Mélanges De Visscher* 1 (1949) 553 ss.: manoscritto presentato nel gennaio 1948.

il Kunkel [2]. Sono, comprensibilmente, assai lieto di essermi trovato d'accordo, su alcuni punti fondamentali, con questo autore. Tuttavia, vi sono anche, tra me e lui, alcuni punti di fondamentale dissenso, che mi spingono a ribadire brevemente la mia tesi.

Le coincidenze piú importanti del mio pensiero con quello del Kunkel sono le seguenti: *a*) affermazione della sostanziale genuinità di Pomp. D. 1.2.2.48-50 e di Gai 1.7, che sono praticamente le due sole fonti di nostra conoscenza [3]; *b*) ripudio dei noti tentativi di spiegazione della riforma augustea effettuati dal De Visscher [4] e dal Siber [5]; *c*) affermazione che già a cominciare da Augusto (e non già a cominciare dal successore Tiberio) l'istituto ebbe il carattere di concessione generale, per questo o quel giurista, di *respondere ex auctoritate principis* ogni qual volta ne fosse richiesto [6].

Divide radicalmente me dal Kunkel la valutazione giuridica della riforma augustea e del successivo apporto di Tiberio [7]. Secondo me, Augusto introdusse la concessione di *respondere ex auctoritate principis*

[2] *Das Wesen des « ius respondendi »*, in *ZSS.* 66 (1948) 423 ss. V. già, per un cenno, *Römische Rechtsgeschichte* (1948) 66 s. e, in senso contrario, GUARINO, *o.c.* 567 nt. 72.

[3] Su Gai 1.7 il Kunkel non indugia molto perché il suo articolo è, in realtà, principalmente dedicato a ricostruire gli apporti di Augusto e di Tiberio nella storia del *ipr.*

[4] *Le « ius publice respondendi »*, in *RHD.* 4.15 (1936) 615 ss. Secondo questo autore, Augusto avrebbe stabilito che nessun *responsum* fosse vincolativo, se mancasse del suo visto di approvazione.

[5] *Der Ausgangspunkt des « ius respondendi »*, in *ZSS.* 61 (1941) 397 ss. Secondo questo autore, Augusto avrebbe stabilito che i giuristi, per poter emanare *responsa* vincolanti, dovessero ottenere, di volta in volta, la sua preventiva autorizzazione.

[6] Cfr. KUNKEL 436 ss., 444 ss.; GUARINO 564 ss.

[7] Dal KUNKEL 452 ss., credo di dover dissentire anche per quanto riguarda l'interpretazione di Pomp. D. 1.2.2.49: *...ante tempora Augusti ... qui fiduciam studiorum suorum habebant, consulentibus respondebant: neque responsa utique signata dabant, sed plerumque iudicibus ipsi scribebant, aut testabantur qui illos consulebant.* Il Kunkel ritiene, con l'opinione tradizionale, che prima di Augusto i giudici venissero a conoscenza dei *responsa* o attraverso una *epistula* del rispondente o attraverso *testationes* procuratesi dai consulenti. Io sono, invece, conformemente al DE VISSCHER (618 s.) e al SIBER (400 nt. 7), del parere che ad informare i giudici fossero gli interessati, che vi provvedevano per iscritto o a voce: cfr. GUARINO 563 s. L'insistere del Kunkel sul significato caratteristico di « *testari* » (= procurare *testationes*) può, tutt'al piú, indurmi a dubitare che Pomponio abbia voluto dir questo: le parti provvedevano ad informare i giudici mediante loro appunti scritti o mediante *testationes*.

non a titolo di *privilegium*, di *beneficium*, di *ius*, ma a titolo esclusivamente di distinzione sociale, cioé di segnalazione ufficiosa dei giureconsulti che godessero la sua particolare stima; soltanto Tiberio trasformò questo istituto in *privilegium*, in *beneficium*, in « *ius* » *publice respondendi*, con l'effetto di provocare la formazione, nell'ambito della giurisprudenza romana, di una categoria di giuristi, per dirla con Gai 1.7, *quibus permissum est iura condere*. Questa evoluzione storica sfugge al Kunkel, il quale, ribadendo la vecchia opinione del Mommsen [8], non dubita che il *ipr.* sia sorto come *ius* già con Augusto, e sostiene che la innovazione di Tiberio sia stata di concedere tal privilegio non pure a giuristi di rango senatorio, ma anche a un giureconsulto dell'*ordo equester*, Masurio Sabino.

2. Io penso che la tesi Mommsen-Kunkel vada ripudiata, a favor della mia, per due ordini di considerazioni: l'uno di carattere testuale e l'altro di carattere storico-generale.

(*a*) Pomp. D. 1.2.2.49 [9] dice che *primus divus Augustus ... constituit ut* (*iurisconsulti*) *ex auctoritate eius responderent* ed aggiunge che *ex illo tempore peti hoc pro beneficio coepit*. Il *respondere ex auctoritate principis* avrà avuto, dunque, sin dall'inizio, importanza pratica rilevantissima, ma non ebbe carattere di *ius*, di *beneficium*: tanto vero che, dopo la sua istituzione, i giureconsulti romani presero ad impetrare il principe che lo concedesse loro a titolo di privilegio giuridico, « *pro beneficio* ».

[8] In *Römisches Staatsrecht* 2.912.

[9] Ecco, una volta per tutte, il fr. D. 1.2.2.48-50 (Pomp. *sing. enchir.*) nella mia ricostruzione. D. 1.2.2.48: *Et ita Ateio Capitoni Massurius Sabinus successit, Labeoni Nerva, qui adhuc eas dissensiones auxerunt. hic etiam Nerva* ⟨*Tiberio*⟩ *Caesari familiarissimus fuit. Massurius Sabinus in equestri ordine fuit et publice primus respondit posteaque hoc coepit beneficium dari.* [*a Tiberio Caesare hoc tamen illi concessum erat.*] 49. *Et, ut obiter sciamus, ante tempora Augusti publice respondendi ius non* [*a principibus*] *dabatur sed, qui fiduciam studiorum suorum habebant, consulentibus respondebant: neque responsa utique signata dabant, sed plerumque iudicibus ipsi scribebant aut testabantur qui illos consulebant. primus divus Augustus, ut maior iuris* ⟨*consultorum*⟩ *auctoritas haberetur, constituit ut ex auctoritate eius responderent: et ex illo tempore peti hoc pro beneficio coepit. et ideo optimus princeps Hadrianus, cum ab eo viri praetorii peterent ut sibi liceret* ⟨*publice*⟩ *respondere, rescripsit eis hoc non peti, sed praestari solere et ideo, si quis fiduciam sui haberet, delectari se* ⟨*si*⟩ *populo ad respondendum se praepararet.* 50. *Ergo Sabino concessum est a Tiberio Caesare, ut populo responderet: qui in equestri ordine iam grandis natu et fere annorum quinquaginta receptus est huic nec amplae facultates fuerunt, sed plurimum a suis auditoribus sustentatus est.*

Sembrano ostacolare la mia interpretazione le parole iniziali del § 49 (*ante tempora Augusti publice respondendi ius non dabatur*), le quali potrebbero far pensare che, viceversa, nel pensiero di Pomponio, Augusto introdusse « tout court » il *ipr.* Indubbiamente una contraddizione, nell'interno del § 49, c'è, ma è di calibro tanto limitato, che non è nemmeno necessario pensare ad una interpolazione. Come ho già detto altra volta [10], non bisogna dimenticare che Pomponio scriveva in pieno sec. II d. C., in un'epoca in cui da lunga pezza il *ipr.* si era ormai affermato e diffuso. Egli pertanto, pur distinguendo tra l'augusteo *respondere ex auctoritate principis* e il tiberiano *beneficium* (*ius*) *publice respondendi*, ha ragionato nel senso che, in fin dei conti, già con Augusto il *ipr.*, sia pur embrionalmente, venne a vita.

D'altra parte, la semplice lettura di Pomp. D.1.2.2.48-50, nei passaggi in cui si riferisce a Tiberio ed a Masurio Sabino, è tale da mettere in evidenza la infondatezza della teoria Mommsen-Kunkel. Nel § 48 si trova che *Massurius Sabinus in equestri ordine fuit et publice primus respondit: posteaque hoc coepit beneficium dari*; questa affermazione porta Pomponio ad aprire, col § 49, una parentesi relativa alla prima e imperfetta introduzione dell'istituto, operata da Augusto; dopo di che, col § 50, il discorso iniziale riprende con la precisazione che la concessione del *ipr.* a Sabino fu fatta da Tiberio. È assolutamente arbitrario correggere un discorso cosí fluido e comprensibile nel modo voluto dal Mommsen [11] e seguito dal Kunkel: *Massurius Sabinus in equestri ordine* [*fuit et*] *publice primus respondit:* [*posteaque*] ⟨*posteaquam*⟩ *hoc coepit beneficium dari, a Tiberio Caesare hoc* [*tamen*] ⟨*tandem*⟩ *illi concessum erat.* A tacere che il periodo ricostruito come genuino è, formalmente, di assai cattiva lega, come e perché sarebbe avvenuto, in età postclassica, questo complesso e minuzioso travolgimento del presunto testo originario? Per caso, no certamente. E allora, per qual mai bizzarria di glossatore?

La riferita correzione mommseniana del § 48 è tutta basata sul preconcetto che vi sia una stridente contraddizione tra esso e il § 49. Ma la contraddizione, ho detto e ripeto, non c'è. Se ben si guarda, nel § 49 è detto che il *respondere ex auctoritate principis*, introdotto da Augusto, *peti . . . pro beneficio coepit*, nel § 48 è detto che il *ipr.*, concesso da Tiberio a Sabino, dopo questa prima volta fu un *beneficium* che *coepit . . . dari.*

[10] *O.c.* 568.
[11] *Ed. maior abl.*

(*b*) Già lo Schulz [12] ha bollato l'opinione mommseniana come contraria all'indirizzo politico di Augusto. Il Kunkel [13] obbietta che questa opinione trova, anzi tutto, conforto nel testo di Pomponio, ed aggiunge che, in ogni caso, bisogna guardarsi dal pretendere una perfetta coerenza nell'azione politica di Augusto, che fu essenzialmente un geniale empirista. La creazione di una categoria ristrettissima di giuristi privilegiati, tutti di rango senatorio, fu il meno che Augusto poté fare per porre argine al disordine della giurisprudenza romana.

Orbene, io credo che la mia interpretazione del testo di Pomponio, oltre che piú corretta, sia proprio quella che meglio si attaglia al « geniale empirismo », innegabile, di Augusto. È vero, Augusto non poteva sottrarsi alla necessità di mettere ordine e disciplina nella giurisprudenza dei suoi tempi; ma il suo meraviglioso genio pratico avvertí che non vi era bisogno, a quest'uopo, di creare un clamoroso *privilegium* per i giuristi di sua fiducia. Una sua commendatizia ufficiosa sarebbe stata piú che sufficiente allo scopo di mettere a tacere chi non ne fosse stato onorato e di far convergere sui giureconsulti suoi amici le richieste di *responsa*.

Di qui la prassi di avallare col suo prestigio sociale, con la sua *auctoritas*, questo o quel giurista rispondente, e di avallare, per colmo di accortezza politica [14], solo l'attività di *responsa* di giureconsulti del rango senatorio. Il successo di tale iniziativa suona conferma di una sua celebre affermazione (*Rg.* 34): *post id tempus auctoritate omnibus potestatis autem nihilo amplius habui quam ceteri qui mihi quoque in magistratu conlegae fuerunt* [15].

Postilla seconda: Sulla tesi di A. Magdelain.

La mia tesi sul *ipr.* [1] ha ricevuto l'ambita adesione dello Schön-

[12] *History of Roman Legal Science* (1946) 112 nt. 6.

[13] *O.c.* 447 ss.

[14] Il solito atteggiamento augusteo di tutore delle tradizioni repubblicane.

[15] Cfr. *Res gestae d.A.* 34. Sull'*auctoritas Augusti*, v. da ultimo Pugliese Carratelli, « *Auctoritas Augusti* », in *PP.* 4 (1949) 29 ss., nonché Steinwenter, *Die « R.g.d.A. » in rechtsgeschichtlichen Beleuchtung*, in *SAW.* 224.2 (1946) 65 ss.

* In *AUCT.* 4 (1950) 209 ss.

[1] Cfr. Guarino, in *Mélanges De Visscher* 1 (1949) 533 ss. (= *Ipr.* 1).

bauer[2] il quale ha anche offerto un suo tentativo di ricostruzione di D. 1.2.2.48-50[3]. Divergono, invece, dalle mie, e meritano qualche parola di commento, le conclusioni di un recente e dotto studioso, il Magdelain[4].

Secondo il Magdelain: *a*) Augusto introdusse l'istituto come « *ius respondendi ex auctoritate principis* » o, piú semplicemente, come *ius respondendi*, al fine di far sí che per l'avvenire emanassero *responsa* i soli giuristi autorizzati dal *princeps*, con esclusione assoluta degli altri[5]; *b*) i *responsa* dei giuristi privilegiati non furono, tuttavia, vincolanti per i giudici, salvo che, trovandosi ad essere tra loro conformi, non integrassero una *communis opinio*[6]; *c*) Giustiniano, per cui il concetto di *responsa* abbracciava tutta l'attività letteraria di un giurista (e per cui, quindi, tutti i giuristici classici erano autori di *responsa*), passò ad intendere il privilegio augusteo come privilegio di alcuni giureconsulti di vincolare i giudici con le loro opinioni e parlò, per esso, di *ius publice respondendi*[7][8].

[2] Recensione a De Visscher, in *Iura* 1 (1950) 335. Perplesso sulla bontà della mia tesi si dichiara, invece, il Grosso, Recensione a *Mél. De Visscher*, in *Iura* 1 (1950) 322 s.

[3] La ricostruzione dello Schönbauer si differenzia dalla mia essenzialmente in due punti del § 49, che, secondo lui, va cosí ricostruito: *Et, ut obiter sciamus, ante tempora Augusti publice respondendi ius non* [*a principibus*] *dabatur, sed qui fiduciam studiorum suorum habebant, consulentibus respondebant: neque responsa utique signata dabant, sed plerumque iudicibus ipsi*⟨*s*⟩ *scribebant, aut testabantur* ⟨*illis*⟩, *qui* [*illos*] *consulebant, ut* ⟨*quoque*⟩ *anno prudentes,* ⟨*qui iura populo interpretarentur*⟩, *ex auctoritate eius responderent rell.* Non mi indugio nella critica del primo emendamento, che mi sembra un peggioramento della tesi sostenuta in proposito dall'Arangio-Ruiz (*Romanisti e latinisti*, in *Studi Sassaresi* 16 [1938] estr. 4 ss.): rimando a *Ipr.* 1 p. 409 s. Quanto al secondo emendamento, non vedo la ragione per cui la distinzione del *respondere ex auctoritate principis* sarebbe stata da rinnovare anno per anno: trattandosi, come io credo (e lo Schönbauer con me), di distinzione meramente sociale, il sistema mi sembra un po' troppo macchinoso.

[4] *Ius respondendi*, in *RHD.* 4.28 (1950) 1 ss., 157 ss. Le conclusioni del Magdelain corrispondono in parte, come egli stesso sottolinea (4 nt. 2), a quelle del Kunkel, *Das Wesen des « ius respondendi »*, in *ZSS.* 56 (1948) 423 ss.

[5] Cfr. 1 ss.

[6] Cfr. 157 ss.

[7] Cfr. 170 ss.

[8] Pertanto, il Magdelain (179 ss.) propone la seguente restituzione di Pomp. D. 1.2.2.48-50: *Massurius Sabinus in equestri ordine fuit et publice primus respondit:* [*posteaque - concessum erat*] *et, ut obiter sciamus, ante tempora Augusti* [*publice*] *respondendi ius non* [*a principibus*] *dabatur, sed qui fiduciam rell.*

Belle e sostanzialmente persuasive sono le pagine[9], in cui il Magdelain analizza I. 1.2.8 e Theoph. *ParI.* 1.2.9 [10], delucidando come i giustinianei attribuissero forza di legge alla produzione letteraria complessiva dei giuristi classici insigniti del *ius respondendi ex auctoritate principis*. A parte ciò, temo che non precisamente a Giustiniano debba attribuirsi la creazione di un « roman historique » [11], del resto sfavillante di ingegno, sul nostro istituto.

Perno di tutta la questione è, ancora e sempre, Pomp. 1.2.2.48-50 [12]: *... Massurius Sabinus in equestri ordine fuit et publice primus respondit — Ergo Sabino concessum est a Tiberio Caesare, ut populo responderet ...*

A giudizio del Magdelain: Sabino *publice primus respondit* nel senso che fu il primo giurista, almeno secondo Pomponio [13], il quale dette responsi « pubblicamente », in pubblico; posto che i *viri praetorii* chiesero ad Adriano *ut sibi liceret respondere*, dovrebbe esser chiaro che il *beneficium* introdotto da Augusto fu un *ius respondendi* e che l'accezione *ius publice respondendi* è di conio giustinianeo; considerato, infine, che il privilegio augusteo fu un puro e semplice *ius respondendi*, se ne dovrebbe dedurre che esso non consistette nel potere di emettere *responsa* particolarmente efficaci (cioè vincolanti per i giudici), ma in una « esclusiva » di emanare *responsa*, sul presupposto di un divieto per tutti di *respondere* a loro piacimento.

Tuttavia, è ben facile opporre, tra l'altro, quanto segue: *a*) limitare l'emissione di *responsa* ad alcuni giuristi, senza conferire una particolare autorità a detti *responsa*, non sarebbe equivalso, come crede il Magdelain, ad eliminare la libertà giurisprudenziale: se anche non in via di *responsa* (ma a mezzo di *disputationes*, trattati, *epistulae*), i giuristi non brevettati avrebbero potuto egualmente esercitare la piú vasta influenza morale sui giudici, eventualmente neutralizzando l'influsso di

[9] Cfr. 170-175.

[10] Nonché le c. *Deo auctore* 5 e *Tanta* 10 e 20 *a*.

[11] Cfr. MAGDELAIN 170.

[12] Per il quale rinvio alla ricostruzione offerta in *Ipr.* 1.

[13] Invero, posto che « *publice* » significhi, nel linguaggio classico, solo « pubblicamente », sorge una difficoltà da Gell. *n.A.* 13.10.1, ove di Labeone, certamente anteriore a Sabino, si dice che « *consulentibus de iure publice responsitavit* »: difficoltà, dalla quale il MAGDELAIN 178 s., si libera supponendo che « les écoles sabinienne et proculienne s'enorgoueillisaient chacune d'avoir été à l'origine de la publicité jurisprudentielle » e che « Aulu-Gelle et Pomponius semblent avoir recueilli sur le même point d'histoire deux traditions rivales ».

giuristi muniti di brevetto [14]; *b*) data la preesistente libertà di *respondere*, il conferimento del *ius respondendi* solo a determinati giuristi avrebbe dovuto essere preceduto da un divieto generale di emanare *responsa*, divieto di cui Pomponio non avrebbe potuto non parlar per esplicito [15]; *c*) qualora Pomponio, con le parole *Sabinus publice primus respondit*, avesse voluto dire che « Sabino fu il primo a dar *responsa* in pubblico », non vi sarebbe stato appiglio logico per aprire un *excursus* sul *ius respondendi*, né vi sarebbe stata congruenza alcuna nel concludere con la frase « *ergo Sabino concessum est ut populo responderet* » [16]. Insomma, checché argomenti il Magdelain [17], sembra di palmare evidenza che Pomponio, nel suo *enchiridion*, parla del *ipr.* come di un istituto facente capo all'iniziativa di Augusto, che Tiberio trasformò in privilegio di emanare *responsa* che vincolassero i giudicanti [18].

Gli altri argomenti posti avanti dal Magdelain per sostenere la sua tesi rassomigliano molto a petizioni di principio. Che l'epiteto di *iurisconsultus* sia stato riservato, durante il principato, ai soli giuristi privilegiati, lo dice, più o meno chiaramente, I. 1.2.8 [19], ma non risulta confermato da testi genuini [20]. Che per *auctoritas principis* s'abbia ad in-

[14] Quanto all'espressione *populo respondere*, essa non equivarrebbe né a « *respondere* pubblicamente », né a « *respondere* con effetti vincolanti », ma ad « être à la disposition du public pour délivrer des *responsa* »: cfr. MAGDELAIN 176 nt. 5 e 180 nt. 1.

[15] Sarebbe, inoltre, aumentato il disordine giurisprudenziale deplorato da Pomponio in relazione all'età preaugustea.

[16] Giustamente il Magdelain esclude (v. *retro* nt. 35) che « *populo respondere* » significhi « *respondere* in pubblico ». Ciò dato, perché, essendosi detto che Sabino « *publice primus respondit* », si riprende con un « *ergo* » e si afferma che egli ebbe da Tiberio la concessione di « *populo respondere* »? Perché, evidentemente, « *populo respondere* » equivale « *publice respondere* », nel linguaggio di Pomponio. Orbene, essendo escluso che le due espressioni significhino « *respondere* pubblicamente » o « *respondere* a disposizione del pubblico », non resta da concludere, se non che esse significhino « *respondere* con efficacia vincolante ».

[17] E checché si pensi della frase « *ante tempora Augusti — dabatur* », la quale può anche essere (sebbene sia improbabile) totalmente interpolata.

[18] La mia tesi, che non ho motivo alcuno per modificare, è, come è noto, che Augusto abbia introdotto la concessione del *respondere ex auctoritate principis* a mero titolo di distinzione sociale e che l'istituto sia stato trasformato in privilegio, denominato *ipr.*, da Tiberio, con ulteriore effetto di provocare la formazione di una categoria di giuristi, « *quibus permissum est iura condere* » (cfr. Gai 1.7).

[19] *Nam antiquitus institutum erat, ut essent qui iura publice interpretarentur, quibus a Caesare ius respondendi datum est, qui iurisconsulti appellabantur.*

[20] Estremamente tenui le argomentazioni del MAGDELAIN 5 ss. Questi inoltre,

tendere, nel caso nostro, l'autorizzazione imperiale a dare *responsa* [21], nemmeno è detto esplicitamente in alcun luogo. Che, infine, i *responsa* dei giureconsulti non vincolassero i giudici [22], neppure risulta con chiarezza dalle pagine del Magdelain e solo potrebbe essere la conseguenza della dimostrazione della tesi da questi sostenuta, ove tale dimostrazione convincesse [23].

POSTILLA TERZA: SULLA LETTERATURA SUCCESSIVA.

Successivamente al 1950, data di pubblicazione della precedente postilla, gli interventi in ordine al *ipr.* non sono certo mancati. Senza pretesa di completezza, ricordo un fine articolo di D. Daube sulla risposta di Adriano ai *viri praetorii* [1], una rinnovata presa di posizione (con critica particolarmente dello Schönbauer) nel libro di W. Kunkel sui giuristi romani [2], uno studio piuttosto impegnato sul piano interpolazionistico di U. von Lübtow [3], un'ampia nota di G. Provera originata dall'edizione tedesca della storia di F. Schulz [4], una breve messa a fuoco di M. Horvat [5], una lunga pagina di M. Bretone nel quadro di un riesame dell'*enchiridion* di Pomponio [6], un denso intervento di

riconoscendo l'intervento di un « *iurisconsultus* » nel testamento di Dasumio (cfr. p. 5 nt. 2) e in quello di cui in CIL. 10.4919, ammette, se non erro, che l'uso di « *iurisconsultus* » non fosse limitato all'attività di *respondere ex auctoritate principis*, ma coprisse anche l'esercizio di attività cautelari.

[21] Cfr. MAGDELAIN 7 ss.

[22] Cfr. MAGDELAIN 147 ss.

[23] L'affermazione inversa a quella del Magdelain (e cioè che i *responsa* dei giuristi con *ipr.* vincolassero i giudici, salvo che fossero difformi) è da me fatta appunto a titolo di conseguenza della dimostrazione che Tiberio ebbe a creare un privilegio di alcuni rispondenti sui loro colleghi. Non la intaccano le considerazioni del MAGDELAIN (p. 159 ss.) su « *ut maior iuris auctoritas haberetur* » (frase che si riferisce all'iniziativa di Augusto).

* In *Le ragioni del giurista* (1983) 117 ss., con integrazioni.

[1] DAUBE, *Hadrian's Rescript to Some ex-praetors*, in *ZSS.* 67 (1950) 511 ss.

[2] KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen* (1952) 281 ss., 295 ss., 302 ss., 318 ss.

[3] VON LÜBTOW, *Miscellanea, 3. Das « ius respondendi »*, in *St. Arangio-Ruiz* (1953) 368 ss.

[4] PROVERA, *Ancora sul « ius respondendi »*, in *SDHI.* 28 (1962) 342 ss.

[5] HORVAT, *Note intorno allo « ius respondendi »*, in *Synt. Arangio-Ruiz* 2 (1964) 710 ss.

[6] BRETONE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani* (1971) 145 ss. (ripubblicaz.

F. Wieacker[7] e un articolo di F. Cancelli improntato al piú completo scetticismo[8]. Ma l'elenco potrebbe essere, ripeto, facilmente allungato[9].

Francamente, non me la sento, come alcuni anziani pugilatori del nostro tempo, di risalire sul « ring », anche perché, dopo tanti anni da che la discussione è stata lasciata, la « combattività », essenziale per impegnarsi efficacemente sul tema, è in me, almeno in questo campo, fortemente scaduta.

Noto, d'altra parte, con una certa soddisfazione che, anche là dove non sono stato esplicitamente citato, l'impostazione del mio saggio, tutto sommato, ha retto bene. Al punto che non mi è nemmeno necessario replicare, dopo le repliche del Provera e sopra tutto del Bretone[10], alla tesi audacemente avanzata dal Daube, secondo cui i *viri praetorii* avrebbero chiesto ad Adriano la conferma del *beneficium respondendi* loro concesso dal suo predecessore Traiano, mentre Adriano avrebbe risposto, con un apposito rescritto, che i *beneficia* personali fossero da intendersi tutti rinnovati implicitamente col passaggio dall'uno all'altro *princeps*.

Una sola precisazione mi sia concesso di fare nei confronti dell'incomprensione, dal Bretone addirittura dichiarata[11], del contributo innovativo apportato da Tiberio all'istituto creato da Augusto[12].

Secondo quanto ho sostenuto nel mio articolo, « l'innovazione di Tiberio stette nel tradurre il *respondere ex auctoritate principis*, che non era ancora un *beneficium*, nel privilegio . . . di emanare *responsa*, . . .

di un saggio del 1965). La 2ª ed. (1982, p. 241 ss.) non presenta varianti rispetto alla precedente. V. anche: WIEACKER, *Augustus und die Juristen seiner Zeit*, in *T.* 37 (1969) 331 ss.; TONDO, *Note esegetiche sulla giurispr. rom.*, in *Iura* 30 (1979) 65 ss.

[7] WIEACKER, « *Respondere ex auctoritate principis* », in *Satura Feenstra* (1985) 71 ss.

[8] CANCELLI, *Il preteso « ius respondendi » istituito da Augusto*, in *BIDR.* 90 (1987) 543 ss.

[9] Mi limito a segnalare, per la sua singolarità, l'ipotesi di J. W. TELLEGEN, *Gaius Cassius and the Schola Cassiana in Pliny's Letter VII 24,8*, in *ZSS.* 105 (1988) 263 ss.: Augusto già si apprestava a concedere il *privilegium respondendi* al fedele Ateio Capitone e alla sua scuola, quando si accorse che una scuola rivale stava fiorendo intorno a Labeone, sicché, per evitare un dissidio tra le due correnti (quindi l'incertezza del diritto vigente), rinfoderò i suoi propositi (propositi che furono incautamente realizzati dallo scriteriato Tiberio, cui si deve se si creò il dissenso famoso tra Sabiniani [o Cassiani] e Proculiani).

[10] BRETONE (nt. 6) 156 ss.

[11] BRETONE (nt. 6) 152 nt. 22.

[12] In tal senso anche P. FREZZA, *Corso di storia del dir. romano*² (1968) 460

che *legis vicem optinent* »[13]. Ma mi si oppone: *a*) che « non si vede quale ragione giustifichi l'immaginata differenza sostanziale fra la disciplina augustea del *ius respondendi* e quella di Tiberio »; *b*) che la trasformazione dell'istituto può essersi verificata durante lo stesso principato di Augusto e, comunque, « riguarda il modo del suo conferimento, non il suo contenuto ». Ora, è sicuramente verissimo che la trasformazione da me supposta può essersi verificata anche prima del principato di Tiberio, come « frutto della naturale evoluzione di una tendenza già implicita nella riforma augustea »[14], ma va tenuto presente: da un lato, il carattere ambiguo del principato augusteo (di quello che io ho proposto e propongo di indicare come l'ancora imperfetto « archetipo augusteo » del regime del principato) posto a confronto col regime « istituzionalizzato » di Tiberio e dei suoi successori; dall'altro lato, il fatto che la nostra unica fonte di conoscenza, Pomponio, parla inequivocabilmente di un « *beneficium* » (*publice* o *populo respondendi*) solo a cominciare dalla concessione fatta da Tiberio a Sabino[15].

Quanto alla differenza tra la « patente » sociale di *respondere ex auctoritate principis* (quella introdotta da Augusto) e il *beneficium* giuridico (il « *ius* ») di *publice respondere*, non è per il modo di conferimento eventualmente diverso che essa ha importanza, ma è per la efficacia sicuramente diversa dei due tipi di *responsa* che essa rileva. *Responsa* socialmente autorevoli gli uni, *responsa* giuridicamente obbligatori per i giudicanti (e per la comunità) gli altri. Un Augusto elargitore di benefici in senso giuridico io non lo vedo e non lo vedrò mai: tutta la sua politica consisteva infatti nell'atteggiarsi puntigliosamente a « *privatus* ». Privato autorevolissimo, ma privato[16].

[13] In *RIDA.* 2 (1949) 401 ss., con particolare riguardo al n. 7.

[14] PROVERA (nt. 4) 354 nt. 35.

[15] Dopo le prime elargizioni di Augusto « *peti hoc pro beneficio coepit* » (cfr. D. 1.2.2.49); dopo la concessione fatta da Tiberio a Sabino (il quale *publice* « *primus* » *respondit*) « *hoc coepit beneficium dari* » (cfr. D. 1.2.2.48).

[16] Sul punto, da ultimo: M. PANI, *Principe e magistrato in Roma fra pubblico e privato: tracce di un itinerario*, in *Potere e valori a Roma fra Augusto e Traiano*[2] (1993) 65 ss.

« IURA CONDERE »

1. — In un suo articolo, relativo a molte cose su cui in parte sorvolerò [1], F. Casavola constata che « *iura condere* » è detto da Gaio solo due volte nelle *Institutiones* (1.7 e 4.30) e mai in altre sue opere, mentre nei resti della giurisprudenza del principato sino a noi pervenuti lo stesso uso di « *condere* », nel significato di fondare, è rarissimo [2]. Il « senso forte » di *condere* sarebbe dunque, nei giuristi del principato, quello di conservare, immagazzinare, nascondere e magari seppellire. « Se vivessimo qualche decennio indietro, nelle ultime manie e malie della Interpolationenjagd, questa curiosa constatazione avrebbe suggerito una risposta che oggi appare temeraria: la terminologia *condere iura* essere non classica . . . e dunque i due luoghi gaiani ove essa compare interpolati » [3].

Al Casavola è evidentemente sfuggito che la « curiosa constatazione » era già stata fatta nel 1933 dal Solazzi [4], esponente assai in vista di una letteratura romanistica che lo stesso Casavola adombra (o mi sbaglio?) come « ipercritica » per motivi generazionali [5]. Comunque, mi

* In *ANA.* 91 (1980) 308 ss.

[1] F. Casavola, *Scienza, potere imperiale, ordinamento giuridico nei giuristi del II secolo*, in *Iura* 27 (1976, pubbl. 1980) 17 ss.

[2] Pomp. *sing. enchir.* D. 50.16.239.6 (*condere urbem*), Ulp. 30 *Sab.* D. 19.5.4 (*natura rerum condere aliquid*), Hermog. 1 *iur. epit.* D. 1.1.5 (*condere regna*).

[3] Casavola (nt. 1) 20.

[4] S. Solazzi, *Glosse a Gaio* II, in *XIV Cent. Pandette* (Univ. Pavia 1933), oggi in *Scr. di dir. romano* 6 (1972) 366 nt. 300. Dopo il Solazzi si è occupato di *iura condere* in Gai 1.7 anche A. Honoré, *Gaius* (1962) 122 (« strange phrase »); ma v. le giuste critiche di M. Bretone, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani* (1971) 145.

[5] Lo deduco, in particolare, dalla nt. 14 a p. 22, nella quale, a proposito di I. 2.25 pr. e dell'introduzione dei codicilli, si indica la bibliografia ultima sul tema e si aggiunge: « per la letteratura ipercritica non va dimenticato Guarino, *Isidoro di Siviglia e l'origine dei codicilli*, in *SDHI.* 10 (1944) 317-332 ». Nella riproduzione del saggio in un volume dal titolo *Giuristi adrianei* (1980) trovo con vivo piacere che l'ingrata qualifica, alla nt. 14, è scomparsa; ma la prima stesura è apparsa in una rivista troppo autorevole per poter passare inosservata e, in ogni caso,

sembra il caso di far presente che né Solazzi né altri romanisti dei tempi suoi, pur avendo variamente attaccato Gai 1.7 e 4.36 [6], hanno mai semplicisticamente fondato le loro critiche testuali sulla pura e semplice constatazione dell'uso di *iura condere*.

A mio avviso (e l'ho detto e scritto, del resto, piú volte) non è giusto, e non è nemmeno opportuno, ritenere aprioristicamente ipercritica, e quindi da gettar via, la cosí detta « critica interpolazionistica », basandosi sul fatto che essa attribuiva, o attribuisce tuttora, le aporie rilevate nelle fonti ad interpolazioni postclassico-giustinianee sia formali che sostanziali [7]. L'ipotesi interpolazionistica può anche essere giudicata, nove volte su dieci, inverosimile, ma quel che conta è che risultino fondate e calzanti, cioè non superficiali e avventate, le critiche testuali in se stesse, pur se la spiegazione piú attendibile delle aporie rilevate possa o debba essere diversa. Il che significa, in altri termini, che l'aspro giudizio di « ipercritica », se proprio ci si tiene a formularlo, è adattabile tanto alle troppo facili esegesi testuali a sbocco « interpolazionistico », quanto alle esegesi che troppo facilmente approdino ad esplicazioni ipotetiche di tipo diverso dalle interpolazioni.

2. — Nuova, e degna di nota, è la tesi del Casavola. Il quale, mentre da un lato giustamente difende la genuinità di « *iura condere* », dall'altro lato si sforza di dimostrare che la locuzione, nei due passi in esame, ha valori, oltre tutto tra loro diversi, che sono, come dire?, distinti e distanti dalla lettura corrente tra i romanisti [8]. I « *prudentes, quibus permissum est iura condere* », di 1.7 sarebbero coloro « ai quali

il problema dell'ipercriticismo di una certa letteratura va ben oltre la mia persona, che conta assai poco.

[6] Tralascio le indicazioni bibliografiche, peraltro notissime. I vocabolari insegnano che, nel linguaggio romano, era molto usato « *condere carmen* »: non certo per dire che un *carmen* veniva fondato o costituito, ma per dire che esso veniva elaborato e messo a punto da chi non fosse un *inconditus*.

[7] Sull'ipercritica e sull'ipercriticismo, affinché la mia interpretazione non sembri puramente personale (e ipercritica), v. per tutti: *Dizionario enciclopedico italiano dell'Ist. Encicl. Ital.* 6 (1957) sv. « ipercritica » (« Critica eccessivamente severa. Nel campo della filologia, della storia ecc. è termine polemico per indicare una critica soprattutto storica o filologica, che appare volta ad una svalutazione troppo radicale dei dati della tradizione o di teorie precedentemente ammesse, con risultati che non sono o non sembrano accettabili »). Cfr. anche, sv. « ipercritico », DEVOTO - OLI, *Diz. della lingua italiana* (rist. 1978): « portato ad un rigore eccessivo e talvolta sterile ».

[8] Per l'interpretazione corrente: BRETONE (nt. 4).

è permesso di attestare per iscritto la soluzione di questioni giuridiche »[9]; mentre i « *veteres, qui tunc iura condiderunt* », di 4.30 sarebbero gli antichi « che ebbero allora la responsabilità pubblica dell'interpretazione giuridica »[10].

A cosiffatta rinuncia al linguaggio tecnico, che avrebbe invece richiesto l'uso di *constituere* per indicare la creazione giurisprudenziale del diritto[11], Gaio sarebbe arrivato per influenza di una formula della cancelleria, « forse proprio (del)la formula del provvedimento imperiale di concessione del *ius publice respondendi*, ad un dipresso: *permitto tibi populo respondere ac iura condere* »[12]. La formula della cancelleria avrebbe influito su di lui, sia pure in maniera piú attenuata, anche quando egli si è trovato a parlare dei giureconsulti *veteres*, anteriori ad Augusto, i quali certamente non davano responsi su permesso del principe, ma li davano sulla propria responsabilità personale[13].

Ma su che si basa tutta codesta ipotesi? Essa fa leva su un editto di Giustiniano al *praefectus praetorio* Demostene (CI. 1.14.12, a. 529), nel quale l'imperatore proclama a tutta bocca che « *in praesenti* (dunque, nel 529) *leges condere soli imperatori concessum est et leges interpretari solum dignum imperio esse oportet* » (§ 3), aggiungendo che questo principio non toglie nulla ai *veteres iuris conditores*, « *quia et eis hoc maiestas imperialis permisit* » (§ 5). Senonché, a prescindere dal fatto che, sino a prova contraria, il linguaggio della cancelleria imperiale in età degli Antonini era praticamente quello stesso dei giuristi[14], vi è una replica che si impone. Se è vero che il primo che ci

[9] CASAVOLA (nt. 1) 17 nt. 1. Dato che « attestare » può essere riferito anche a soluzioni altrui, forse val meglio « documentare » (la propria soluzione).

[10] CASAVOLA (nt. 1) 18 nt. 2.

[11] Tale è l'opinione, beninteso, del Casavola. Per l'equivalenza tra *condere* e *constituere* è esattamente il BRETONE (nt. 4). Si ricordi il famoso « *fundare ius civile* » di Pomp. *sing. ench.* D. 1.2.2.39, su cui v.: A. GUARINO, *Noterelle pomponiane*, in *Labeo* 15 (1969) 102 ss.

[12] CASAVOLA (nt. 1) 20.

[13] Si badi che, mentre la traduzione casavoliana di Gai 1.7 utilizza l'asserito senso forte di « *condere* », la traduzione casavoliana di Gai 4.30 del senso forte non par che si curi: citazioni *retro* nt. 9 e 10.

[14] Cfr., uno per tutti, ARCHI, *Rc.* a BROISE, in *Iura* 27 (1976) 108 nt. 6. Per gli editti imperiali, v. M. BENNER, *The Emperor Says. Studies in the Rhetorical Style in Edicts of the Early Empire* (1975); tuttavia, per quanto ne sappiamo, il linguaggio gonfio degli *edicta principum* non era lo stesso di quello delle altre *constitutiones*, non era lo stesso di quello dei *diplomata militaria*, dunque presumibilmente non era lo stesso di quello delle concessioni di *ius publice respondendi*.

risulti aver parlato dei giuristi come « *iuris conditores* » è stato (beninteso, dopo Gaio) l'imperatore Giuliano, in un editto del 363 [15], e se è vero che Giustiniano ha regnato quattro secoli dopo di Gaio, è estremamente azzardato, allo stato degli atti, sostenere l'ipotesi di una sorta di interpolazione, a dir cosí, retroattiva.

Non è piú ragionevole, quando non si voglia ammettere (come io senza difficoltà ammetto) l'originalità di linguaggio in Gaio, difendere l'ipotesi dell'alterazione, successiva o contemporanea (all'incirca) al 363 d. C. [16], del testo originale delle *Institutiones*?

3. — Quanto al significato di « *condere* », l'individuazione del senso « forte » operata dal Casavola non deve esporre al rischio di rassomigliare a certe « Wortmonographien » di G. Beseler [17].

Non vedo anzi tutto perché meravigliarsi se gli usi di *condere* registrati dal *Vocabularium iurisprudentiae Romanae* attengono solo a giuristi del secondo e terzo secolo, dal momento che dalle opere di questi giuristi ci è pervenuto il maggior numero di frammenti [18]. Direi anche che è ben comprensibile se i significati di fondare o di *constituere*, essendo quei frammenti relativi a fattispecie di *ius privatum*, sono in essi assai piú rari dei significati di riporre, conservare, sotterrare e via dicendo.

Comunque, non è agli impieghi derivati o traslati che bisogna badare. È al senso elementare e primario di « *condere* » che bisogna fare attenzione. E il senso primario e genuino di « *condere* » (da *cum* e *do*) è indubbiamente quello di mettere insieme elementi vari (materiali o spirituali) [19]. Donde poi vengono, in piú o meno stretta derivazione, il costruire, il fondare, il produrre, l'ordinare, il costituire, il riporre,

[15] Cfr. CTh. 2.12.1 = CI. 2.12.23 (Iul. A. Secundo pp.): *Nulla dubitatio est . . . veteres iuris voluerint conditores*. Per le costituzioni di epoca successiva: CASAVOLA (nt. 1) 24 nt. 17.

[16] Il CASAVOLA (nt. 1) 20 nt. 8 ricorda che « *iuris conditor* » è usato da Eutrop. *brev.* 8.23.

[17] Solo a certe « Wortmonographien » (del Beseler e di altri), non a tutte. Conclusioni interpolazionistiche a parte, l'acutezza e il rigore di molte analisi stilistiche e tecnico-giuridiche del Beseler sono particolarmente illuminanti per la penetrazione delle fonti. Sul punto: A. GUARINO, *Bilancio di un'inchiesta*, in *Labeo* 19 (1973) 339 ss.

[18] V. CASAVOLA (nt. 1) 18.1 e nt. 3, in cui sono elencate le fattispecie risultanti dalle fonti.

[19] Cfr. WALDE - HOFFMAN, *LEW.* shv.

il raccogliere, l'ammassare, il rinchiudere e, via via, finanche il comporre i resti umani da seppellire [20].

Riterrei pertanto che in 1.7 e 4.30 Gaio non parli di giuristi che *iura condunt* (o *condiderunt*) per dire che essi (quelli contemporanei) sono autorizzati a mettere per iscritto i loro pareri su questioni giuridiche, o per affermare che essi (quelli antichi, i *veteres*) avevano la responsabilità pubblica dell'interpretazione giuridica [21]. Egli vuol dire che tra i giureconsulti antichi ve ne son stati alcuni che con il peso della propria autorità hanno ottenuto che i loro pareri fossero considerati costitutivi di *iura* [22] e che tra i giureconsulti del suo tempo ve ne sono altri che, col supporto del *ius publice respondendi*, conseguono con i loro pareri, specie se non contrastati da altri, il risultato di « *legis vicem optinere* », quindi di « *condere iura* » anch'essi [23].

Dare pareri giuridici fu in Roma un'attività sempre aperta a tutti. Metterli per iscritto, farli tradurre in *testationes* e lasciare che fossero prodotti in giudizio non fu in Roma mai vietato a nessuno [24]. Quel che non fu possibile a tutti i giuristi, occorrendo prima di Augusto che avessero conseguita una particolare credibilità sociale e occorrendo dopo Augusto che avessero ottenuto l'additivo del *ius publice respondendi*, fu il *condere iura* attraverso la manifestazione delle loro *sententiae*.

[20] Cfr. FORCELLINI shv. Alla luce di queste elementarissime constatazioni, la rilettura dei testi riportati dal CASAVOLA 18 nt. 3, induce, il piú delle volte, ad escludere o ad attenuare certe facili traduzioni suggeriteci dal *VIR.* shv. In particolare, « *condere* » non significa mai, in assoluto, seppellire, ma assume solo indirettamente questo significato, se ed in quanto riferito ad un riporre o comporre i resti a fini funerarii, *sub terra*, in un'arca, in un monumento. V., ad esempio, Gai. 19 *ed. prov.* D. 11.7.7.1 (*Adversus eum qui in alterius arcam lapideam, in qua adhuc mortuus non erit conditus, mortuum intulerit, utilem actionem in factum proconsul dat rell.*): un passo in cui « *condere* », di per se stesso, ha il senso di seppellire tanto poco quanto « *inferre* ».

[21] V. *retro* nt. 9 e 10.

[22] Cosí Gai 4.30.

[23] Cosí Gai 1.7. Non capisco bene il CASAVOLA (nt. 1) 17 s., là dove scrive: « il compito di *condere iura* consiste nel rendere pareri (*sententiae et opiniones*) da produrre in giudizio, e non è aperto a tutti, ma solo a coloro cui sia espressamente concesso ». Come non era vietato produrre in giudizio pareri di giuristi privi del *ius respondendi*, cosí era possibile che pareri emanati dai giureconsulti con *ius respondendi* non sortissero l'effetto di *iura condere*.

[24] Le limitazioni, dal rescritto adrianeo citato in Gai 1.7 sino alla famosissima legge delle « citazioni », attennero alla maggiore o minore vincolatività per i giudicanti dei *responsa* emessi dai *prudentes*. Ed è ovvio che, man mano che questa forza obbligante delle *sententiae* giurisprudenziali venne formalmente (o anche praticamente) limitata, decrebbe il ricorso della gente ai giuristi e l'autorità sociale dei giuristi stessi.

LA COMPILAZIONE DEI « DIGESTA IUSTINIANI »

1. — Con la costituzione *Deo auctore* del 15 dicembre 530 l'imperatore Giustiniano I dette incarico al suo *quaestor sacri palatii*, Triboniano [1], di scegliersi dei collaboratori [2], e di procedere ad una grande compilazione di *iura*, la quale avrebbe ricevuto il nome di *Digesta seu Pandectae* [3].

Probabilmente, l'idea dei *Digesta* era sorta nella mente di Giustiniano (o, diciamo meglio, del suo ministro Triboniano) già parecchio tempo prima, cioè durante (o subito dopo) la confezione del primo *Codex*, pubblicato con la costituzione *Summa rei publicae* del 7 aprile

* In *ANA*. 79 (1968) 527 ss. Il saggio riprende il tema di una mia comunicazione alla *Société d'histoire des droits de l'Antiquité* (XI Session internationale, Leiden 1957). Il testo francese della comunicazione (*La méthode de compilation des « Digesta Iustiniani »*) si legge in *RIDA*. 12 (1957) 269 ss. Una traduzione italiana della comunicazione in appendice a GUARINO, *L'ordinamento giuridico romano*[3] (1959) 526 ss.

[1] « *Imperator ... Iustinianus ... Triboniano quaestori suo salutem* » è l'*inscriptio* della c. *Deo auctore* (*de conceptione digestorum*). Triboniano fu *quaestor sacri palatii* dal 529 (cfr. CI. 7.63.5) al gennaio 530 e dal 1° maggio 535 (cfr. Nov. 1.17) fino, probabilmente, alla data della sua morte, tra il 542 e il 546. All'epoca dell'emanazione delle *Institutiones*, dei *Digesta*, forse anche del secondo *Codex*, era *magister officiorum*: v. c. *Imperatoriam* 3, c. *Tanta* pr., nonché SEEK, sv. « *Consistorium* », in *PW*. 4 (1900) 926 ss.; CROOK, « *Consilium principis* » (1955) 138 s.

[2] C. *Deo auctore* 3: « *...iussimus quos probaveris tam ex facundissimis antecessoribus quam ex viris disertissimis togatis fori amplissimae sedis ad sociandum laborem eligere. His itaque collectis et in nostrum palatium introductis nobisque tuo testimonio placitis totam rem faciendam permisimus, ita tamen, ut tui vigilantissimi animi gubernatione res omnis celebretur* ». Per i membri della commissione che compilò i *Digesta*, cfr. c. *Tanta* 9. Essi furono, oltre Triboniano: Costantino, *comes sacrarum largitionum*; Teofilo e Cratino, professori a Costantinopoli; Doroteo e Anatolio, professori a Berito; Stefano, Mena, Prosdocio, Eutolmio, Timoteo, Leonide, Leonzio, Platone, Giacomo, Costantino, Giovanni, tutti avvocati a Costantinopoli. Totale dei componenti la commissione: 17. V. anche *infra* nt. 88.

[3] C. *Deo auctore* 12: « *Nostram autem consummationem, quae a vobis deo adnuente componetur, digestorum vel pandectarum nomen habere sancimus* ».

529[4]. Ed è certo che la costituzione *Deo auctore* fu preceduta da una non lieve e non breve preparazione dell'opera, di cui fan fede sopra tutto quelle *Quinquaginta decisiones*, con le quali l'imperatore, in vista della grande compilazione di *iura*, risolse alcuni dubbi, riformò qualche dottrina e, insomma, intese di agevolare legislativamente il lavoro che attendeva i commissari tribonianei[5].

Quanto ora detto implica necessariamente che la scelta del materiale da escerpire e la predisposizione del piano di lavoro (forse, chi sa, anche la predisposizione del piano sistematico dell'opera) dovettero essere iniziate da Triboniano (eventualmente già con l'aiuto di qualcuno tra quelli che sarebbero diventati piú tardi anche ufficialmente i suoi collaboratori) almeno un anno prima della costituzione *Deo auctore*[6]. Tanto per dar sfogo all'immaginazione, possiamo fare, ad esempio, l'ipotesi che all'attività preparatoria dei *Digesta* si sia posto mano sul finire dell'estate del 529.

Ma lasciamo da parte le fantasie. Un fatto ben preciso è che la smisurata compilazione dei *Digesta* fu portata a termine nell'anno 533. Giustiniano pubblicò la gigantesca raccolta di *iura* con la costituzione

[4] Da questa costituzione (cfr. anche c. *Haec quae necessario* 1, a. 528) ci risulta che Triboniano fu membro anche della commissione incaricata della redazione del primo Codice (commissione presieduta dall'*ex quaestor sacri palatii* Giovanni).

[5] Cfr. c. *Cordi* 1: « *Postea vero, cum vetus ius considerandum recepimus, tam quinquaginta decisiones fecimus quam alias ad commodum propositi operis pertinentes plurimas constitutiones promulgavimus, quibus maximus antiquarum rerum articulus emendatus et coartatus est omneque ius antiquum supervacua prolixitate liberum atque enucleatum in nostris Institutionibus et Digestis reddidimus* ». Tra l'altro, questa fonte avvalora l'idea della pubblicazione autonoma delle *Quinquaginta decisiones*, che sarebbe avvenuta secondo un'attendibile ipotesi (ROTONDI, *Studi sulle fonti del Codice giustinianeo*, ora in *Scritti giur.* 1 [1922] 110 ss., part. 229 ss., 232 e ivi prec. bibl.; v. pure DI MARZO, *Le « Quinquaginta decisiones » di Giustiniano* 1 [1898], 2 [1900]; P. KRÜGER, *Festg. Bekker* [1907] 1 ss.) tra il 1° agosto ed il 17 novembre del 530. Tra il 20 febbraio 531 e il 18 ottobre 532 sembra siano poi state pubblicate altre 42 costituzioni dello stesso tipo, quelle che c. *Cordi* 1 cit. indica come *constitutiones « ad commodum propositi operis pertinentes »*. Sul problema SCHULZ, *Storia della giur. rom.* (tr. it. 1968) 566 e nt. 5 ss. e, di recente, l'accurata e buona indagine dello SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klassik* (1966) 63 ss., spec. 68 ss., con ampia bibliografia.

[6] Cfr. DE FRANCISCI, *Storia del dir. rom.* 3.1 (1943) 257. Si veda, però, anche PRINGSHEIM, *Die Entstehungszeit des Digestenplans und die Rechtsschulen*, ora in *Gesammelte Abhandlungen* (1961) 41 ss. (già in *ACIR.* 1 [1934] 451 ss., 459); SCHULZ (nt. 5) 570 e nt. 1 ss.

Tanta-Δέδωκεν del 16 dicembre 533, fissando l'inizio della sua vigenza legislativa per il 30 dello stesso mese [7]. È chiaro però che i *Digesta* dovevano essere già approssimativamente pronti il 21 novembre di quell'anno, cioè alla data di pubblicazione delle *Institutiones Iustiniani* mediante la costituzione *Imperatoriam* [8]. Se si tien conto del tempo strettissimamente necessario all'apprestamento del manoscritto definitivo ed alla sua collazione, può ipotizzarsi, senza troppa tema di errare, che il lavoro di vera e propria compilazione doveva essere già terminato agli inizi dell'estate del 533.

Non è il caso, naturalmente, di far troppi calcoli. Mese piú mese meno non conta. A voler, dunque, fare il conto piú largo che sia possibile, deve dirsi che la preparazione e la compilazione dei *Digesta* non durò, dalla fine del 529 alla fine del 533, piú di quattro anni. In questi quattro anni, se vogliamo prestare orecchio a Giustiniano, furono consultate opere giurisprudenziali per un ammontare di circa duemila *libri*, pari a 3 milioni di righi [9], e inoltre « *multa et maxima . . . propter utilitatem rerum transformata sunt* » [10]. Anche a voler fare un forte ribasso,

[7] C. *Tanta* 23: « *Leges autem nostras, quae in his codicibus, id est institutionum seu elementorum et digestorum vel pandectarum posuimus, suum optinere robur ex tertio nostro felicissimo sancimus consulatu, praesertim duodecimae indictionis tertio calendas Ianuarias rell.* ». Sia chiaro che Giustiniano, da parte sua, abbrevia al massimo, allo scopo di farsene un merito, i tempi della compilazione. Cfr. c. *Tanta* 12: « *Omni igitur Romani iuris dispositione composita et in tribus voluminibus, id est institutionum et digestorum seu pandectarum nec non constitutionum, perfecta et in tribus annis consummata, quae ut primum separari coepit, neque in totum decennium compleri sperabatur rell.* ».

[8] C. *Imperatoriam* 4: « *Igitur post libros quinquaginta digestorum seu pandectarum, in quos omne ius antiquum collatum est (quos per eundem virum excelsum Tribonianum nec non ceteros viros illustres et facundissimos confecimus), in hos quattuor libros easdem institutiones partiri iussimus, ut sint totius legitimae scientiae prima elementa* ». Secondo lo SCHULZ (nt. 5) 544 e 570 nt. 5, le *Institutiones* poterono essere affrontate solo quando furono pronti i *Digesta*, ma la deduzione non sembra necessariamente implicata dal testo ora riportato dalla c. *Imperatoriam*. Cfr. anche *c. Deo auctore* 11 (« *Ideoque iubemus duobus istis codicibus omnia gubernari . . .; vel si quid aliud a nobis fuerit promulgatum institutionum vicem optinens rell.* »), che lo SCHULZ 544 nt. 1, ritiene arbitrariamente una tarda aggiunta.

[9] C. *Tanta* 1: « *. . . a prefato viro excelso* (sc. *Triboniano*) *suggestum est duo paene milia librorum esse conscripta et plus quam trecenties decem milia versuum a veteribus effusa, quae necesse esset omnia et legere et perscrutari et ex his si quid optimum fuisset eligere* ».

[10] C. *Tanta* 10.

resta di che concludere che Triboniano e i suoi sedici collaboratori lavorarono, durante questi quattro anni, alla media di 25 ore al giorno.

Senonché non è possibile lavorare 25 ore al giorno. Prendere alla lettera le dichiarazioni di Giustiniano non si può. Ecco, dunque, sorgere il problema circa il metodo di compilazione dei *Digesta Iustiniani*. Come fecero i compilatori giustinianei ad approntare le Pandette nel giro di quattro anni? A quali accorgimenti, a quali ausilii, ed eventualmente a quali sotterfugi essi fecero ricorso?

« That is the question ». Negare la legittimità e l'imperiosità di questo problema significa, a mio modesto avviso, seguire la tattica dello struzzo, il quale ritiene di poter evitare le complicazioni della vita nascondendo la testa sotto l'ala o nella sabbia. Ed è veramente sorprendente che uno dei piú acuti romanisti contemporanei, Fritz Schulz, abbia proclamato che, in fondo, può darsi che la compilazione sia avvenuta proprio come racconta Giustiniano [11]. È possibile, ma non è probabile, ed è assai poco verosimile.

Tuttavia, se ben si analizza la radicale presa di posizione dello Schulz, ci si accorge che il grande storiografo è giunto alla sua conclusione attraverso una critica serrata, fondamentalmente convincente, di tutti i tentativi di spiegazione sinora avanzati [12]. E in ciò, a mio avviso, bisogna dargli pienamente ragione. Le ipotesi sinora formulate circa il metodo di compilazione dei *Digesta Iustiniani* sono tutte, come vedremo fra poco, giustificatamente criticabili. Coloro che le hanno formulate hanno tutti, se non vado errato, dimenticato qualcosa di cui bisognava invece tener conto. Presi dalla suggestione di una congettura, essi sono perciò andati tutti troppo a fondo, allontanandosi, chi piú chi meno, dalla probabile verità.

La difficoltà del problema sta tutta qui: nella molteplicità dei dati che abbiamo sott'occhio. Molto dipende da un riordinamento e da una rivalutazione critica di questi dati.

2. — Quali sono, dunque, i dati sicuri, e nello stesso tempo ineliminabili del problema? Quali sono i dati di cui si può e nel contempo si deve tener conto? Chiamiamoli, tanto per intenderci, « postulati ».

[11] SCHULZ (nt. 5) 571 ss. e nt. 2 ss., spec. 575 s. L'opinione dello Schulz ha influito su taluni autori, quanto meno nel senso di considerare dubitativamente la imperiosità del problema: KUNKEL, *Röm. Rgesch.*[4] (1963) 149 s.; KASER, *Röm. Rgesch.*[2] (1967) 250.

[12] SCHULZ (nt. 5) 572 ss.

Io penso che i postulati del nostro problema siano sei, e siano, piú precisamente, i seguenti.

A) Postulato primo. Giustiniano afferma, nella costituzione *Tanta*, che i commissari tribonianei svolsero un'opera vera, reale, effettiva di enucleamento, adattamento ed elaborazione dei frammenti della giurisprudenza classica [13].

L'imperatore, come ho detto poc'anzi, tendeva all'esagerazione, ma non gli si può negare ogni fiducia. Sarebbe troppo. Dunque, fondamentalmente la sua testimonianza va accolta. Negare che i commissari alle opere classiche si siano avvicinati e che essi abbiano svolto un certo quale, non indifferente, lavoro per adattarle al diritto dei tempi loro e per riversarle nel sistema di *tituli* e *libri* dei *Digesta*, non si può.

B) Postulato secondo. Non è umanamente possibile che, nel giro di non piú di quattro anni, i compilatori tribonianei abbiano lavorato a diretto e immediato contatto con tutti i 1600 libri e piú delle opere giurisprudenziali classiche, che appaiono escerpiti nei *Digesta* [14].

Questo secondo postulato, non meno attendibile del primo, non lo contraddice affatto, ma rappresenta un limite alla ammissibilità delle affermazioni di Giustiniano. Le affermazioni di Giustiniano sono vere entro i limiti implicati dal postulato numero 2. Tutto sta a vedere sino a qual punto esse sono vere, e cioè da qual punto funziona il limite della loro attendibilità. Per il che saranno certamente assai utili gli altri postulati, che passo ad esporre.

C) Postulato terzo. La sistematica generale delle Pandette è quella dell'*edictum perpetuum* [15], o meglio quella dei *libri ad edictum* dei giuristi classici [16].

Nella costituzione *Deo auctore* Giustiniano dispose, infatti, che la materia fosse ripartita in libri e titoli secondo l'ordine del *Codex legum*

[13] Cfr. c. *Tanta* 1 e 10 cit. (nt. 9 e 10).

[14] Secondo i calcoli del KRÜGER P., *Ueber die Reihenfolge der « Leges » in Justinians Digesten*, in *ZSS.* 22 (1901) 40 ss., si avrebbero 576½ *libri* di massa sabiniana, 579½ di massa edittale, 292 di massa papinianea e 122 dell'*Appendix*. Quest'ultimo numero, peraltro, è controverso. Se i libri dell'*appendix* fossero 177 si avrebbero in tutto 1625 libri escerpiti: cfr. WENGER, *Die Quellen des röm. Rechts* (1953) 587.

[15] Su cui v. LENEL, *EP.*³ (1927, r.a. 1956). In realtà l'ordine seguito fu quello del commentario *ad edictum* di Ulpiano, che, secondo la convincente dimostrazione del Lenel, si distaccava in parte da quello dell'*edictum perpetuum*.

[16] Vedili elencati in SCHULZ (nt. 5) 338 ss.

e l'ordine dell'editto perpetuo [17], cioè, in sostanza, secondo l'ordine di quest'ultimo, che era stato già seguito, in linea di massima, nella confezione del primo *Codex*. D'altro canto il controllo della sistematica dei *Digesta* conferma pienamente l'attuazione dei propositi di Giustiniano e permette di dire qualcosa di piú: che il testo base dei compilatori fu dato dai *libri ad edictum* di Domizio Ulpiano, e quindi indirettamente dai primi 58 libri dei *digesta* di Salvio Giuliano, che costituirono il modello seguito da Ulpiano [18].

D) Postulato quarto. Il materiale giurisprudenziale, che appare escerpito nei *Digesta*, risulta provenire da quattro ben distinti e ben individuati gruppi di opere, le cosí dette *massae*: una « massa sabiniana », che annovera tra le sue opere fondamentali i commentari *ad Sabinum* di Ulpiano, Pomponio e Paolo, nonché i *digesta* di Salvio Giuliano; una « massa edittale », che conta tra le sue componenti principali i commentari *ad edictum* di Ulpiano, Paolo e Gaio, fatta esclusione di certi gruppi di libri che rientrano nella massa sabiniana; una « massa papinianea », che annovera tra le sue opere di base i *responsa* e le *quaestiones* di Papiniano e di Paolo; una esigua « appendice » di operette varie, accozzate senza apparente criterio.

La scoperta delle quattro masse, operata dal Bluhme nel 1829 [19], è uno dei risultati piú sicuri della indagine romanistica, come è stato confermato da numerose e importanti ricerche successive [20]. Non è

[17] C. *Deo auctore* 5: « *Cumque haec materia ... collecta fuerit, oportet eam ... in libros quinquaginta et certos titulos totum ius digerere, tam secundum nostri constitutionum codicis quam edicti perpetui imitationem rell.* ». Sulla fonte, letter. in SCHULZ (nt. 5) 571 nt. 4.

[18] Sulla sistematica dei *digesta* classici e dei *libri digestorum* di Salvio Giuliano, si v. GUARINO, « *Salvius Iulianus* ». *Profilo biobibliografico*, ora in *Labeo* 10 (1964) 392 ss. (già in vol. aut. [1945] 56 ss.). Sui libri *ad edictum* si v. SCHULZ (nt. 5) 351 ss. e WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen* (1960) 231 ss. Cfr. pure il prospetto delle materie di LENEL, *EP.*[3] XVII, 11 ss.

[19] BLUHME, *Die Ordnung der Fragmente in den Pandektentiteln*, in *ZGR.* 4 (1820) 257 ss. (ora rist. in *Labeo* 6 [1960] 50 ss.). Il saggio fu tradotto in italiano dal Conticini con il titolo *L'ordine dei frammenti nei titoli delle Pandette* (1838).

[20] Cfr. LONGO C., *Contributo alla storia della formazione delle Pandette*, in *BIDR.* 19 (1907) 132 ss.; DE FRANCISCI, *Nuovi studi intorno alla legislazione giustinianea durante la compilazione delle Pandette*, in *BIDR.* 22 (1910) 153 ss.; 23 (1911) 36 ss.; 27 (1915) 5 ss.; ROTONDI, *L'indice fiorentino delle Pandette e l'ipotesi del Bluhme*, in *Scr. giur.* 1 (1922) 298 ss.; KRÜGER H., *Die Herstellung der Digesten Justinians und der Gang der Exzerption* (1922); ID., *Römische Juristen und ihre Werke*, in *St. Bonfante* 2 (1929) 317 ss.

assolutamente possibile prescindere da questo dato nella trattazione del nostro problema.

E) Postulato quinto. Il materiale giurisprudenziale di ciascuna massa bluhmiana (e in particolare delle prime tre e piú importanti masse) fa riferimento a tutta quanta la materia dei *Digesta*.

Mi spiego meglio. Non risulta che una certa massa sia stata utilizzata per un certo numero di *tituli* (e quindi per un certo numero di argomenti) e che un'altra massa sia stata invece usata per un altro e diverso gruppo di *tituli* e di argomenti: risulta soltanto una prevalenza dei frammenti di massa sabiniana nella trattazione degli argomenti di stretto *ius civile* e una prevalenza dei frammenti di massa edittale nella trattazione degli altri argomenti [21]. Ed invero, tutta la sistematica dei *Digesta* appare fondata, come ho già detto, sui *libri ad edictum* di Ulpiano i quali (con eccezione dei libri dal 26 a metà del 52) [22] fan-

[21] Lo si deduce chiaramente già dall'analisi della composizione delle masse secondo l'ipotesi bluhmiana. Fanno, infatti, parte della massa sabiniana i libri *ad Sabinum* di Ulpiano, Paolo e Pomponio; i nuclei centrali dei commenti *ad edictum* di Ulpiano, Paolo e Gaio; le *disputationes* ed altre opere minori di Ulpiano; i *digesta* di Giuliano e di Alfeno Varo; le altre opere di Giuliano; le *institutiones* di Fiorentino, Marciano, Ulpiano, Gaio (con le *res cottidianae*), Callistrato, Paolo; varie monografie e commenti a leggi speciali e senatoconsulti; i libri *de poenis* e *de re militari*; un'edizione del commento di Giavoleno ai *posteriores* di Labeone. La massa edittale comprende i libri *ad edictum* (del *praetor urbanus*, degli *aediles*, *provinciale*) di Ulpiano, Paolo, Gaio; un'opera di Papiniano in greco pure di commento all'editto; i libri *ad Plautium* di Paolo, Giavoleno e Pomponio; i *digesta* di Celso e di Marcello; tutte le opere di Modestino; i libri *ad Q. Mucium* di Pomponio e *ex Cassio* di Giavoleno; varie monografie; i commenti alla *lex Iulia et Papia Poppaea* di Ulpiano, Paolo, Terenzio Clemente, Gaio, Mauriciano, Marcello, Macro; libri *de poenis*, *de re militari*, *de castrensi peculio*; l'*edictum monitorium* di Callistrato e il *de verborum significatione* di Elio Gallo. Nella massa papinianea si trovano le *quaestiones* e i *responsa* di Papiniano, Paolo, Scevola, Callistrato; libri *de fideicommissis* di vari giuristi; libri di sentenze, regole, monografie e commenti a senatoconsulti; i libri di Paolo *ad legem Falcidiam* e Gaio *ad legem XII tabularum*. Costituiscono l'*Appendix* i libri sulle definizioni di Q. Mucio Scevola, un'altra edizione del compendio di Giavoleno ai *posteriores* di Labeone, l'opera *ex posterioribus Labeonis* di Proculo, i *digesta* di Scevola e il compendio di Paolo dei *pithana* di Labeone. Per piú precise indicazioni cfr. l'*Additamentum I* all'ed. KRÜGER.

[22] Fanno egualmente parte della massa sabiniana, pur trattandosi di libri inseriti in opere di commento all'editto, i libri 28-48 (metà) del commento di Paolo, 9-18 di Gaio *ad edictum provinciale* e 1-5 *ad edictum praetoris urbici* (e cioè, i due libri *de testamentis* ed i tre *de legatis*), nonché i libri 6-13 (?) dei *brevia* di Paolo: BLUHME (nt. 19) 266 (= *Labeo* 6.93).

no parte della massa edittale; d'altronde, della massa sabiniana fanno parte, come pure ho detto, anche i *digesta* di Giuliano, cioè un'opera gigantesca che fu relativa a tutto lo scibile giuridico romano; e finalmente, è appena il caso di aggiungere che le opere della massa papinianea e dell'*appendix* risultano rappresentate un po' in tutti i titoli delle Pandette.

Dunque (ripeto), a quasi ogni titolo dei *Digesta Iustiniani* hanno dato il loro contributo, pur se in misura variabile, tutte e tre (o quattro) le masse bluhmiane.

F) Postulato sesto. L'*Index* degli autori e delle opere che Giustiniano afferma di aver fatto redigere al termine della compilazione dei *Digesta* (e che noi conosciamo nella veste di *Index Florentinus*)[23] non fu, in realtà, redatto sulla base delle Pandette, ma sulla base delle masse bluhmiane.

Questo dato, che risulta da un'indagine magistrale del Rotondi[24], è forse il meno noto ed il piú trascurato di tutti, ma è di importanza non inferiore a quella degli altri postulati. Anch'esso va, dunque, spiegato. E certamente da respingere è la spiegazione offerta dal Rotondi, secondo il quale l'indice « fu bensí redatto dopo finiti i lavori della compilazione, ma ... il suo autore si serví di elenchi di opere apprestati all'inizio dei lavori, per le singole sottocommissioni »[25]. Questa spiegazione è in funzione dell'ipotesi bluhmiana delle sottocommissioni, che

[23] Cfr. c. *Tanta* 20: « *Ne autem incognitum vobis fiat, ex quibus veterum libris haec consummatio ordinata est, iussimus et hoc in primordiis digestorum nostrorum inscribi, ut manifestissimum sit, ex quibus legislatoribus quibusque libris eorum et quot militibus hoc iustitiae Romanae templum aedificatum est* ». L'*Index* che ci è pervenuto è scritto in greco, essendosi perduta la versione latina; omesso nei manoscritti medievali della *Vulgata*, è stato invece conservato nella *Florentina*. I titoli delle opere spesso si presentano abbreviati o trasformati, probabilmente secondo il comune modo di denominarle nella scuola bizantina; generalmente sono in latino, ma in qualche caso anche in greco. Sull'*Index Florentinus* v. SCHULZ (nt. 5) 256 ss.; cfr. anche p. 571; letter. a p. 256 nt. 1.

[24] ROTONDI (nt. 20) 298 ss. Il Rotondi perviene alla conclusione che l'ordine delle masse bluhmiane appaia nell'*Index* ogni volta in cui non sia stato alterato dai criteri di elencazione ad esso propri: ordine cronologico degli autori (salva la precedenza onorifica attribuita a Giuliano e a Papiniano) e ordine decrescente di ampiezza nell'ambito delle opere di ciascun giurista. Pertanto, le opere dello stesso autore, di uguale ampiezza, e che appartengono alla medesima massa, si susseguono con lo stesso ordine prospettato dal Bluhme. V. anche *infra* nt. 41.

[25] ROTONDI (nt. 20) 324.

si sarebbero diviso il lavoro della compilazione: una ipotesi, peraltro, inaccettabile, come fra poco vedremo.

Resta, dunque, da chiarire perché mai l'*Index* delle Pandette non rifletta queste direttamente, ma rifletta le *massae* che contribuirono alla loro composizione.

3. — Posti in chiaro i dati ineliminabili per la soluzione del problema, cioè i postulati della nostra ricerca, passiamo ad esaminare al lume di essi le varie teorie finora formulate.

Sulla base della sua inoppugnabile scoperta delle *massae*, il Bluhme ha sostenuto che i compilatori, dopo aver prefissato in comune lo schema dei *Digesta*, si ripartirono in tre sottocommissioni, ciascuna col compito di escerpire le opere di una massa. Probabilmente, la sottocommissione papinianea, che aveva il minor lavoro da svolgere, si incaricò di escerpire anche le opere dell'*appendix*, le quali (suppone il Bluhme) vennero in possesso della commissione solo in un secondo momento. Terminato il lavoro di sottocommissione, i compilatori si riunirono di nuovo in sedute plenarie e procedettero a mettere insieme, nei singoli titoli, i tre gruppi di frammenti, eliminando le ripetizioni, operando gli opportuni spostamenti ed effettuando i rimaneggiamenti formali e sostanziali piú indispensabili [26].

L'ipotesi del Bluhme è quella a tutt'oggi dominante. È l'ipotesi accolta perfino dallo Schulz [27]: cioè l'unica ipotesi che questo eminente critico ritiene non criticabile. È, per cosí dire, una ipotesi di tutto riposo, che la maggioranza ormai accoglie senza troppo pensarci sopra, sicura di non sbagliare. Ma è una ipotesi che, a mio avviso, non soddisfa né punto né poco. Principalmente per le ragioni che passo ad esporre.

L'ipotesi bluhmiana attenua, ma non elimina, l'urto contro il secondo postulato della nostra indagine. Tre o quattro anni furono pochi, troppo pochi per poter svolgere, tra sottocommissioni e commissione plenaria, un cosí complesso lavoro. Si fa presto a parlare di « divisione del lavoro » [28] ed a pensare, di conseguenza, ad una maggiore celerità della compilazione. In realtà, l'ipotesi del Bluhme ha ben poco a che

[26] BLUHME (nt. 19) *passim*, spec. 270 ss. (= *Labeo* 6.55 ss.).

[27] SCHULZ spec. 575 s.

[28] « Die Compilatoren sonderten alle Schriften, welche excerpirt werden sollten, in drei Abteilungen, und *trennten sich selbst*, um drei verschiedene Ausschüsse zu bilden »: SCHULZ (nt. 5) 262 (= *Labeo* 6.51).

fare col metodo Taylor e con qualunque sistema inteso all'accelerazione dei tempi di produzione mediante la ripartizione dei compiti tra gli operatori. Essa implica forse, se l'analizziamo spassionatamente, una maggior perdita di tempo.

Vero è che ciascuna sottocommissione aveva soltanto una quota-parte di libri da leggere, ma bisogna tener anche presente che ciascuna sottocommissione era composta, proporzionalmente, da una quota-parte dei commissari [29]: vi era meno lavoro da svolgere, ma vi erano anche minori forze a disposizione per svolgere quel lavoro. Non basta. Secondo il Bluhme, ciascuna sottocommissione compilò, sulla base del proprio ristretto elenco di opere, un suo proprio Digesto, ma questo lavoro a compartimenti separati implicò necessariamente un altissimo numero di coincidenze fra i tre sotto-Digesti [30], perché nessuna sottocommissione, posta di fronte a un certo insegnamento di un certo autore, era in grado di sapere se lo stesso insegnamento, opera di altro autore, sarebbe caduto sotto gli occhi dell'altra o delle altre sottocommissioni: nel dubbio, dunque, era necessario o informarsi di volta in volta presso l'altra sottocommissione, oppure escerpire, *ad abundantiam*, tutto ciò che sembrasse utilizzabile, salvo a sacrificarlo in sede di riunione plenaria. Ma nel primo caso si sarebbe ricaduti, praticamente, in un sistema di lavoro fatto tutti insieme, e non per sottocommissioni separate. Nel secondo caso, si sarebbe compiuto, diciamo, un 30% di trascrizioni in piú, che avrebbe ampiamente controbilanciato, in perdita di tempo, di energie e di pergamena, gli asseriti vantaggi del lavoro separato.

Ma contro l'ipotesi del Bluhme vi sono anche e altre diverse considerazioni da fare. Essa non spiega perché mai larghi squarci delle

[29] Pertanto, tenuto presente che la commissione era costituita complessivamente da 17 membri (*retro* nt. 2) e che, probabilmente, Triboniano si sarebbe certo riservato un lavoro di coordinamento, anche in base alle direttive dategli da Giustiniano nella *Deo auctore*, ognuna delle tre sottocommissioni supposte dal Bluhme non avrebbe avuto a disposizione che cinque o sei persone per esaminare un terzo all'incirca delle quasi 1600 opere consultate. Occorre, peraltro, precisare che il BLUHME (nt. 19) 276 (= *Labeo* 6.58) ipotizza che Triboniano abbia preso parte ai lavori della sottocommissione preposta al riordinamento della massa sabiniana.

[30] Sul problema dei cd. passi gemini o paralleli nel *Corpus iuris*, cfr., oltre a BLUHME (nt. 19) 344 ss. (= *Labeo* 6.90 ss.), l'opera fondamentale del CHIAZZESE, *Confronti testuali (Contributo alla dottrina delle interpolazioni giustinianee)* 1 (1931). Si v. anche, per interessanti notazioni, WIEACKER (nt. 18) 184 ss. V. anche *infra* n. 9 e nt. 103.

opere *ad edictum* furono portati a far parte della massa sabiniana [31]. Se qualcuno replicasse che ciò fu fatto perché quegli squarci inerivano a materie caratteristiche dei libri *ad Sabinum*, direbbe cosa vera [32], ma urterebbe proprio contro l'ipotesi del Bluhme, secondo cui le opportune fusioni e armonizzazioni di frammenti *ad Sabinum* e di correlativi frammenti *ad edictum* spettavano alle sedute finali della commissione plenaria [33]. D'altro canto, vi è anche un'altra singolarità, che l'ipotesi del Bluhme non spiega, e cioè il fatto che alla commissione papinianea furono attribuiti solo 292 libri, contro 576½ della commissione sabiniana e 579½ della commissione edittale [34]. La commissione papinianea si occupò, per verità, sempre nell'ipotesi del Bluhme, anche dell'*appendix* [35], ma questa quarta e striminzita massa si formò, proprio secondo il Bluhme, con opere repertate dopo l'inizio dei lavori di spoglio, dimodoché non sarebbe stato possibile prevederne l'assegnazione alla sottocommissione papinianea, o ad altre sottocommissioni, in sede di distribuzione del lavoro [36]. Né si dica, per spiegare la minor mole di opere attribuite alla sottocommissione papinianea, che mancavano gli scritti da attribuire *ratione materiae* ad essa, perché invece le masse sabiniana e edittale presentano numerose opere (e in particolare *libri singulares*) che ben potevano far parte della massa papinianea [37].

La teoria del Bluhme è troppo autorevole perché si possano passare sotto silenzio altri argomenti, che contribuiscono a svalutarla. Ricorderò, anzi tutto, un fatto ben noto: che i *posteriores* di Labeone rielaborati da Giavoleno Prisco appaiono, nella compilazione, escerpiti da due

[31] V. *retro* nt. 22. Incredibile è la spiegazione che dell'anomalia tenta il Bluhme (nt. 19) 279 s. (= *Labeo* 6.59 s.): nei libri 26-52 *ad edictum* Ulpiano (e cosí doveva essere anche per gli altri giuristi) riproduceva quasi alla lettera quanto già scritto, su quelle materie, nei *libri ad Sabinum*. L'ipotesi è stata dettata al Bluhme esclusivamente dalla difficoltà da superare.

[32] Si v. ad es. De Francisci (nt. 6) 274.

[33] Cfr. Bluhme (nt. 19) 337 e nt. *ivi* (= *Labeo* 6.87 e nt. 67).

[34] V. *retro* nt. 14.

[35] Sulle opere che si ritiene facciano parte dell'*appendix*, v. *retro* nt. 21.

[36] Bluhme (nt. 19) 336 ss. (= *Labeo* 6.86 ss.).

[37] Potevano, infatti, essere senz'altro assegnati alla sottocommissione papinianea i *responsa* di Marcello e di Ulpiano — di massa sabiniana — e quelli di Modestino — di massa edittale — dato che la maggior parte delle opere di tale titolo sono di massa papinianea. Parimenti, tutti i *libri singulares*, che raramente, *ratione materiae*, presentano una connessione sicura con una delle masse (cfr. Rotondi [nt. 20] 321 e nt. 2, 3), potevano essere affidati alla sottocommissione meno oberata di lavoro, se si fosse voluta effettuare una divisione razionale.

edizioni differenti: l'una, intitolata *Iavoleni libri ex posterioribus Labeonis*, che fa parte della massa sabiniana, e l'altra, dal titolo *Labeonis libri posteriorum a Iavoleno epitomatorum*, che fa parte dell'*appendix*[38]. Orbene, posto che la prima edizione fu affidata alla sottocommissione sabiniana, v'è da domandarsi perché alla stessa sottocommissione non fu assegnata anche la seconda edizione. Chi dicesse che ciò fu perché la seconda edizione dei *posteriores* venne nelle mani di Triboniano a lavori iniziati, e che Triboniano non volle ulteriormente gravare il peso della sottocommissione sabiniana, implicherebbe che il *quaestor sacri palatii* mancava di logica e di serietà[39]. Chi dicesse che Triboniano si dimenticò del fatto che l'altra edizione dei *posteriores* era già nelle mani della sottocommissione sabiniana[40] implicherebbe che egli non aveva sotto mano gli indici delle opere rientranti nelle varie masse, mentre il Rotondi ha dimostrato, se pur ve n'era bisogno, che un indice delle varie masse era a disposizione di Triboniano all'inizio dei lavori[41].

E veniamo, finalmente, all'*Index Florentinus*. Come è noto, esso riflette con esattezza solo le opere dell'*appendix*, mentre, relativamente alle opere rientranti nelle altre masse, alcune ne indica che non risultano escerpite, altre che risultano escerpite non le indica[24]. È fuor di dubbio, come abbiam visto[43], che l'*Index* sia stato redatto sulla base delle *massae* e non dell'opera definitiva: ma come si spiegano queste

[38] Sulla rielaborazione dei *posteriores* di Labeone, operata da Giavoleno, cfr. Di Paola, *L'opera di Giavoleno Prisco sui « Libri posteriores » di Labeone*, in *BIDR*. 8-9 (1947-1948) 277 ss. e Wieacker (nt. 18) 63 s.

[39] Sul problema dell'uso da parte dei compilatori di due versioni (A e B) dell'opera si v. ampiamente Bluhme (nt. 19) 318 ss. (= *Labeo* 6.78 ss.); cfr. anche Schulz (nt. 5) 369 ss.

[40] Si v. sul problema Di Paola (nt. 38) 277 ss., spec. 279 ss.

[41] La dimostrazione si fonda sull'accennata, parziale coincidenza tra l'ordine dell'*Index Florentinus* e quello bluhmiano. Il Rotondi (nt. 24) 319 s. trae da ciò la conseguenza che la redazione finale dell'*Index*, operata per ordine dell'imperatore, non avvenne *ex novo*, in base ad un diretto spoglio delle *inscriptiones*, ma fondendo gli indici delle masse preordinati dall'inizio per il lavoro dei compilatori, introducendo nuovi criteri e completandoli con le opere dell'*appendix*.

[42] Un preciso elenco delle opere escerpite nei *Digesta*, ma omesse nell'*Index*, e di quelle indicate in quest'ultimo, ma non escerpite dai compilatori, si trova in De Francisci (nt. 6) 262 nt. 3. Per lo piú, nell'uno e nell'altro caso, si tratta di *libri singulares*; tra le altre omissioni, di rilievo quella dei *digesta* di Alfeno Varo; tra le menzioni di opere non escerpite, spicca quella dei tre *libri iuris civilis* di Masurio Sabino. Si v. anche *retro* nt. 23.

[43] *Retro* nt. 25 e 41.

sue anomalie? Se ammettessimo, col Bluhme[44] e col Rotondi[45], ch'esso fu fatto unificando gli indici delle opere affidate alle supposte sottocommissioni, dovremmo ritenere che i commissari furono tanto sbadati e svagati, da non provvedere neanche a depennare le opere non utilizzate e ad inserire la menzione delle opere utilizzate in un secondo momento. Ma vi è di piú. Vi sono, come ho detto, opere utilizzate per la compilazione dei *Digesta*, che non risultano nell'indice[46]. L'ipotesi che queste opere siano giunte nelle mani dei commissari posteriormente all'apprestamento delle *massae* e dei relativi elenchi non spiega il fenomeno, perché le opere non menzionate dall'*Index Florentinus* sono tutte appartenenti alle masse sabiniana, edittale e papinianea, mentre invece, proprio secondo la teoria del Bluhme, esse avrebbero dovuto far parte, in quanto sopravvenute, dell'*appendix*.

4. — Una diversa ipotesi di divisione del lavoro tra i commissari giustinianei è stata prospettata dall'Ambrosino[47], secondo il quale ciascun membro della commissione presieduta da Triboniano escerpí per proprio conto un certo numero di *libri*, ordinando i frammenti entro alcuni titoli dei *Digesta* a lui specificamente assegnati[48].

Questa ipotesi è intesa, con tutta evidenza, a superare le obiezioni che la teoria del Bluhme determina con riguardo al problema delle coincidenze[49]. Non si è trattato, secondo l'Ambrosino, di redigere separatamente tre, quattro o dieci piccoli Digesti, ma si è trattato di redi-

[44] BLUHME (nt. 19) 318 s. (= *Labeo* 6.78 s.).

[45] ROTONDI (nt. 20) 319 s.

[46] *Retro* nt. 42.

[47] AMBROSINO, *Vocabularium Institutionum Iustiniani Augusti* (1942) XIII: « Si omnes iurisperiti, Triboniano duce, opus uno tempore perfecissent, tot repugnantes loci, quorum nonnulli contra ipsam Iustiniani doctrinam existunt, difficile explicari possent. Facillime contra quomodo irrepserint intellegimus, si opus a pluribus esse confectum suspicamur, dum alius quid alii facient prorsus ignorat. Neque mirum si quasdam sententias Bysantini ipsi approbare nequiverunt, ita ut Basilicorum libri iis plane contradicant ».

[48] Per una critica piú diffusa di questa teoria: GUARINO, *Rc.* ad AMBROSINO (nt. 47), in *SDHI.* 10 (1944) 397 ss. (= *Ord. giur. rom.* 457 ss.).

[49] Un'anticipazione della tesi dell'Ambrosino può trovarsi in BONFANTE, *Storia del dir. rom.*[4] (rist. 1959) 2.108: « Si potrà supporre che, invece di sottocommissioni, singole persone siano state incaricate del lavoro . . .; ma tutto ciò, per fortuna, ha per la critica delle fonti molto minore importanza che non la distinzione delle masse e l'ordine delle opere nelle singole masse ». Contro un lavoro preparatorio diviso tra i singoli: GUARINO (nt. 48) 398.

gere, tra diciassette membri della commissione tribonianea, ciascuno un diciassettesimo dell'opera. Alla commissione plenaria è spettato di predisporre oculatamente il lavoro e, naturalmente, a lavoro compiuto, di operare le opportune suture. Dunque, niente coincidenze tra frammenti escerpiti da due o piú commissari, per la buona ragione che ciascun commissario lavorava a mettere su un certo determinato settore dei *Digesta* [50].

Io non so dire se il sistema escogitato dall'Ambrosino si sarebbe davvero risolto in un acceleramento dei lavori di compilazione delle Pandette, e se esso valga, pertanto, a risolvere il problema che ci siamo posti [51]. Temo, anzi, che, tra riunioni plenarie a carattere preparatorio, lavori a forze singole e sedute plenarie a fini di coordinamento, il tutto avrebbe implicato un rallentamento dei tempi della compilazione. Comunque, il motivo principale per cui la teoria dell'Ambrosino non può essere accolta è che essa contrasta col postulato numero 4 della nostra indagine: il dato di fatto cioè che il materiale escerpito per la confezione dei *Digesta* risulta provenire da quattro, e da non piú di quattro, diverse *massae* di opere giurisprudenziali classiche [52].

5. — Dato che la teoria della divisione del lavoro non è sufficiente a spiegare la rapidità della compilazione, ecco profilarsi di necessità un'altra ipotesi: quella che i commissari tribonianei abbiano sfruttato, almeno in parte, precedenti compilazioni a catena di *iura*.

Su questa strada si sono posti, anzi tutto, sia pure procedendo in modo diverso, il Hofmann e il Peters. Il primo [53] ha sostenuto, in

[50] Da notare, peraltro, che l'AMBROSINO (nt. 47) porta a sostegno della propria ipotesi proprio il fatto che nei *Digesta* si trovano molti passi contraddittorii tra loro.

[51] Cfr. GUARINO (nt. 48) 398.

[52] Stranamente, l'Ambrosino non sembra escludere la divisione del materiale in masse. Per la constatazione relativa: GUARINO (nt. 48) 399 s.

[53] HOFMANN, *Die Compilation der Digesten Justinians* (1900). Si tratta di un'opera postuma, pubblicata a cura del Pfaff, in cui è sopra tutto evidente lo sforzo di accumulare obbiezioni contro la *communis opinio*. Il BONFANTE (*Storia* cit. 2.109) ne ha giustamente contestato il rigore critico, giungendo a dire: « lo scritto è assolutamente sorprendente, tanto piú considerando che è l'opera di un romanista profondo, di uno scienziato maturo e di un tedesco (*sic*) ». I punti di forza della critica del H. sono: *a*) la brevità del periodo della compilazione; *b*) la coincidenza della compilazione col periodo di gravi disordini del 531-532; *c*) il gran numero di frammenti brevissimi, che completano il dettato di frammenti piú lunghi o col-

maniera per vero precipitosa e polemica, che i *Digesta Iustiniani* altro non furono che la riproduzione, con ritocchi e interpolazioni varie, di compilazioni scolastiche precedenti: ed è ancor viva l'eco delle riprovazioni unanimi, e forse ingiuste, che questa teoria ha raccolto [54]. Quanto al Peters [55], egli ha congetturato, con una trattazione di eccezionale vivezza e suggestività di dottrina e di intelligenza, che i *Digesta* erano già stati bell'e compilati nel V secolo dopo Cristo, a titolo privato, dai maestri della Scuola di Berito, i quali avrebbero già lavorato sulla base della ripartizione in masse individuata dal Bluhme: i commissari giustinianei si assunsero il compito, sempre secondo il Peters, di revisionare la compilazione privata precedente, sistemandola nei 50 libri attuali e rimpolpandola con i *responsa* di Papiniano e Paolo e con le opere dell'*appendix*, le sole opere che risultino tutte esattamente indicate dall'*Index Florentinus* [56].

legano tra loro frammenti maggiori, laddove i commissari giustinianei avrebbero potuto operare piú semplicemente effettuando (come era nei loro poteri e non era nei poteri dei compilatori precedenti) interpolazioni; *d*) il carattere particolare, e quindi non esemplare per il metodo della compilazione, dei tre *tituli Digestorum* che avevano costituito la base dell'analisi del Bluhme: D. 45.1 *de verborum obligationibus*, D. 50.16 *de verborum significatione*, D. 50.17 *de diversis regulis iuris antiqui*. Le compilazioni pregiustinianee cui il H. principalmente pensa sono le edizioni glossate (e integrate con squarci corrispondenti di Paolo) dei *commentarii ad edictum* e *ad Sabinum* di Ulpiano, nonché eventualmente quella compilazione di *iura* che Teodosio II aveva in animo di far fare a una sua commissione ad integrazione della raccolta di *leges*: cfr. CTh. 1.1.5.

[54] MOMMSEN, *Hofmann versus Bluhme*, in *ZSS*. 22 (1901) 1 ss. (= *Schr*. 2.97 ss.) e citati da SCHULZ (nt. 5) 573 nt. 3. Per la confutazione dell'argomento tratto da *Sch. Thalelaei ad* B. 40.1.67 (H. 1.646 e 6.9 nt. 13), da ultimo, SCHULZ (nt. 5) 549 s. Per una rivalutazione del Hofmann, v. PETER, *Mommsen versus Hofmann*, in *Mél. Meylan* 1 (1963) 253 ss.

[55] PETERS, *Die oströmischen Digesten-Kommentare und die Entstehung der Digesten*, in *BSGW*. 65 (1913). Cfr. anche EHRENZWEIG, *Die Compilation der Digesten Justinians*, in *Grühnuts Zs*. 28 (1901) 313 ss. L'argomento su cui principalmente fa leva il P. è che le compilazioni giuridiche postgiustinianee, malgrado i rigorosi divieti delle costituzioni *Deo auctore* 12 e *Tanta* 21, divergono a volte notevolmente, in virtú di diverse interpretazioni dottrinali, dai testi dei *Digesta*: segno che esse provengono dall'adattamento di una « Digestenkatene » pregiustinianea. Sul punto e sulle controversie relative: GUARINO, *Le compilazioni giuridiche bizantine e l'indagine storico-critica* (due scritti del 1939 e 1943 ripubblicati), in *Ord. giur. rom.* (nt. 48) 556 ss., 569 ss.

[56] Per la critica a questa teoria: SCHULZ (nt. 5) 573 nt. 3 e i citati ivi, le cui argomentazioni si riducono peraltro, in buona sostanza, solo in un fine di non ricevere, poggiando essenzialmente sulla inverosimiglianza che Giustiniano possa aver

Sulla tesi del Peters, e sopra tutto sulle argomentazioni di lui, alcune delle quali di piena validità, dovrò tornare piú volte nel corso del presente lavoro. Mi limiterò quindi qui, *in limine litis*, a dire per quale motivo essenziale la congettura non possa essere accolta. Il motivo essenziale, già visto da altri, è costituito dal postulato primo della nostra ricerca: quello della fondamentale attendibilità dell'affermazione di Giustiniano, secondo cui un complesso e impegnativo lavoro di consultazione delle opere classiche comunque si svolse [57]. Aggiungo peraltro subito che il radicalismo inammissibile dell'ipotesi del Peters non dovrà farci perdere di vista, come invece è successo a molti autori, i nuclei di verità, o quanto meno gli spunti di verosimiglianza che lo studioso tedesco ha portato ai fini di una seria discussione del nostro problema.

6. — Esclusa la possibilità di un predigesto totale (o quasi totale), è chiaro che occorre scendere alla subordinata dei predigesti parziali, cioè all'ipotesi che il lavoro dei commissari giustinianei sia stato agevolato in modo sensibile, ma soltanto agevolato, dall'utilizzazione di precedenti minori compilazioni di *iura*.

È la tesi che hanno abbracciato (ciascuno a suo modo e, vorrei dire, secondo le sue inclinazioni caratteristiche) alcuni eminenti studiosi contemporanei: Arangio-Ruiz, De Francisci, Albertario, Collinet. E prima di passare all'esame specifico delle singole ipotesi, mi sia concesso di dire che, certamente, è questa la via buona per la soluzione del problema relativo al metodo di compilazione dei *Digesta Iustiniani*.

Personalmente non vedo altra possibilità. I commissari tribonianei si valsero, dunque, di precedenti compilazioni giuridiche. Ma non ci si può limitare a dir questo. Si valsero di precedenti compilazioni, d'ac-

tanto grossolanamente mentito. V. tuttavia KÜBLER, *Gesch. des röm. Rechts* (1925) 406: « Man wird in der Tat immer wieder daraus zurückkommen müssen ». Un ampio, ma non sempre ben meditato, esame critico della teoria del Peters si riscontra, per quanto mi risulta, solo in COLLINET, *La genèse du Digeste, du Code et des Institutes de Justinien* (1952) 71 ss. V. anche l'acuta nota del ROTONDI, *Sul modo di formazione delle Pandette*, in *Fil.* 38 (1913) 653 ss. (= *Scritti giur.* 1 [1922] 87 ss.) e gli scritti indicati *infra* nt. 135.

[57] SCHULZ (nt. 5) 574 s.: « La mera enunciazione di questa assurdità basta a confutare la teoria, onde è stata rigettata da tutti gli studiosi prudenti. Speriamo di non sentirne piú parlare ». V. da ultimo anche ROBLEDA, « *Ius privatum Romanum* » 1 (1960) 256. V. anche *infra* n. 11 e nt. 119.

cordo. Ma in che senso se ne valsero, come se ne valsero, entro quali limiti se ne valsero?

Molti studiosi di questo secolo hanno già dimostrato, a vario proposito, che questo o quel titolo dei *Digesta* deriva, con tutta probabilità, da una qualche piccola compilazione *ad hoc*, che i commissari tribonianei o studiosi anteriori dovettero aver presente [58]. Ma queste dimostrazioni, relative a punti estremamente limitati, per convincenti che siano, non toccano il problema di fondo, che concerne la compilazione, diciamo, dei rimanenti nove decimi delle Pandette, nella loro sistemazione generale.

Esaminiamo, dunque, le ipotesi recenti, che hanno inteso risolvere questo problema. Esse fanno capo, in buona sostanza, a due nomi: quello dell'Arangio-Ruiz e quello dell'Albertario.

7. — Secondo l'Arangio-Ruiz [59], bisogna tener presente quanto attesta Giustiniano nella costituzione *Omnem* circa le materie di studio (dirò meglio: circa i libri di testo) delle scuole di giurisprudenza orientali prima della sua compilazione [60].

Agli allievi di diritto, nei quattro anni di corso, si davano da studiare, solo parzialmente e molto disordinatamente, *sex libri* (vale

[58] SCHULZ (nt. 5) 576 nt. 1.

[59] ARANGIO-RUIZ, *Precedenti scolastici del Digesto*, in *Conf. XIV Cent. Pandette* (1931) 285 ss.; ID., *Di alcune fonti postclassiche del Digesto*, in *ANA.* 54 (1931) e in *Rariora* (1946) 169 ss. In questo secondo saggio l'a. sostiene con validi indizi la ipotesi della rifusione, in alcuni titoli di D. 47-50, di una piccola catena pregiustinianea costituente « un massimario per i governatori delle province nell'esercizio delle funzioni amministrative e della giurisdizione penale ».

[60] La costituzione *Omnem rei publicae* del 16 dicembre 533 (dunque contemporanea alla *Tanta*) fu indirizzata da Giustiniano ai piú eminenti professori di Costantinopoli e di Berito (Teofilo, Doroteo, Teodoro, Isidoro, Anatolio, Taleleo, Cratino e Salaminio) per illustrare la riforma degli studi di diritto a seguito della entrata in vigore della compilazione. Nel suo testo originario la costituzione era bilingue (e presumibilmente la redazione di base era quella greca): cfr. *Tanta*-Δέδωκεν 22 (« ... *quod et antea a nobis dispositum est et in Latina constitutione et in Graeca, quam ad legum professores dimisimus* »). La riduzione al solo testo latino è confermata dalla riedizione della c. *Tanta* (pure questa soltanto in latino) che si legge in CI. 1.17.2 (22: « ... *in constitutione, quam ad legum professores dimisimus* »). Che il testo della c. *Omnem* a noi pervenuto sia alquanto corrotto, è ormai largamente riconosciuto: cfr. SCHULZ (nt. 5) 494 e nt. 11 (« Sarebbe tempo di riconoscere questo e di abbandonare finalmente i tentativi di spremere con ogni mezzo un significato dal testo »).

a dire: sei compilazioni scolastiche), che erano costituiti, piú precisamente: dalle *Institutiones* di Gaio e da una *prima pars legum*; da una *pars de iudiciis*; da una *pars de rebus*; da quattro monografie in materia di matrimonio, tutela e testamenti (*libri singulares de re uxoria, de tutelis, de testamentis, de legatis*); da una scelta di *responsa* di Papiniano e di Paolo[61]. Probabilmente (dice l'Arangio-Ruiz) le compilazioni di cui sopra, deducendone le *Institutiones* gaiane[62], furono prese

[61] C. *Omnem* 1: «*Et antea quidem, quemadmodum et vestra scit prudentia, ex tanta legum multitudine, quae in librorum quidem duo milia, versuum autem tricies centena extendebatur, nihil aliud nisi sex tantummodo libros et ipsos confusos et iura utilia in se perraro habentes a voce magistra studiosi accipiebant, ceteris iam desuetis, iam omnibus inviis. In his autem sex libris Gaii nostri institutiones et libri singulares quattuor, primus de illa vetere re uxoria, secundus de tutelis et tertius nec non quartus de testamentis et legatis connumerabantur: quos nec totos per consequentias accipiebant, sed multas partes eorum quasi supervacuas praeteribant. Et primi anni hoc opus legentibus tradebatur non secundum edicti perpetui ordinationem, sed passim et quasi per saturam collectum et utile cum inutilibus mixtum, maxima parte inutilibus deputata. In secundo autem anno praepostera ordinatione habita prima pars legum eis tradebatur, quibusdam certis titulis ab ea exceptis: cum erat enorme post institutiones aliquod legere, quam quod in legibus et primum positum est et istam nuncupationem meruerit. Post eorum vero lectionem (neque illam continuam, sed particularem et ex magna parte inutilem constitutam) tituli alii eis tradebantur tam ex illa parte legum, quae de iudiciis nuncupatur (et ipsis non continuam, sed raram utilium recitationem praebentibus, quasi cetero toto volumine inutili constituto) quam ex illa quae de rebus appellatur, septem libris (semotis et in his multis partibus legentibus inviis, utpote non idoneis neque aptissimis ad eruditionem constitutis). In tertio autem anno quod ex utroque volumine, id est de rebus vel de iudiciis, in secundo anno non erat traditum, accipiebant secundum vicissitudinem utriusque voluminis: et ad sublimissimum Papinianum eiusque responsa iter eis aperiebatur (et ex praedicta responsorum consummatione, quae decimo et nono libro concludebatur, octo tantummodo libros accipiebant, nec eorum totum corpus eis tradebatur, sed pauca ex multis et brevissima ex amplissimis, ut adhuc sitientes ab eis recederent. His igitur solis a professoribus traditis Pauliana responsa per semet ipsos recitabant, neque haec in solidum, sed per inperfectum et iam quodammodo male consuetum inconsequentiae cursum. Et is erat in quartum annum omnis antiquae prudentiae finis: quis ea quae recitabant enumerare malet, computatione habita inveniet ex tam immensa legum multitudine vix versuum sexaginta milia eos suae notionis perlegere, omnibus aliis deviis et incognitis constitutis et tunc tantummodo ex aliqua minima parte recitandis, quotiens vel iudiciorum usus hoc fieri coegerit vel ipsi magistri legum aliquid ex his perlegere festinabatis, ut sit vobis aliquid amplius discipulorum peritia. Et haec quidem fuerant antiquae eruditionis monumenta, secundum quod et vestro testimonio confirmatur.*

[62] Le *Institutiones* di Gaio furono utilizzate esclusivamente per la compilazione delle *Institutiones Iustiniani*: ARANGIO-RUIZ, *Precedenti* (nt. 59) 301 nt. 1.

dai commissari giustinianei a base del loro lavoro, col risultato che questo venne ad essere ridotto all'incirca di un quinto[63]. La sottocommissione edittale utilizzò la *prima pars legum* e la *pars de iudiciis*, riversandole nei libri 1-4 e 5-11 dei *Digesta*[64]; la sottocommissione sabiniana utilizzò la *pars de rebus* e i *libri singulares*, riversandoli nei libri 12-19 e 23-36 dei *Digesta*[65]. Questa notevole facilitazione di cui godettero le due prime sottocommissioni spiega perché alla terza, cioè alla sottocommissione papinianea, fu assegnato un numero inferiore di *libri*, tutti da consultare di prima mano[66].

[63] Cfr. ARANGIO-RUIZ (nt. 62) 318. L'idea dell'utilizzazione delle sei compilazioni di scuola di cui alla c. *Omnem*, in sé e per sé, non è nuova. Già l'aveva prospettata il BLUHME (nt. 5) 267 s. (= *Labeo* 6.53 s.), che peraltro faceva coincidere non soltanto le *Institutiones* di Gaio e i *responsa* di Papiniano e Paolo, ma anche le altre *partes* (*prima, de iudiciis, de rebus* più i *libri singulares*) con precise sezioni delle opere giurisprudenziali classiche. A sua volta, il KRÜGER H. (*Die Herstellung der Digesten Justinians und der Gang der Exzerption* [1922] 4 ss. e *passim*) ha vigorosamente sostenuto, a conforto della teoria del Bluhme e contro i dubbi circa la difficoltà di portare a termine in soli tre anni l'opera, che i commissari giustinianei non fecero molta fatica nel repertare le opere da escerpire e nel distribuirle in masse; le opere si trovavano tutte raccolte nella Biblioteca di Alessandria; le quattro masse corrispondevano ad altrettante ripartizioni della biblioteca; la guida essenziale della consultazione dei vari reparti era costituita dalle *Institutiones* e dai *libri singulares* (massa sabiniana), dalla *prima pars legum*, dalla *pars de iudiciis* e dalla *pars de rebus* (massa edittale), dai *responsa* di Papiniano e di Paolo (massa papinianea), da una scelta di costituzioni (*appendix*). A prescindere dalla sorprendente correlazione dell'*appendix* con gli scaffali dedicati alle *leges* imperiali, il lato debole della tesi del Krüger sta nel ritenere che la biblioteca di Alessandria fosse ripartita « nach den Bedürfnissen des Unterrichts » (e che appunto perciò i *libri singulares*, che facevano parte dei commentari edittali, fossero stati sottratti agli stessi e trasferiti negli scaffali istituzionali).

[64] Cioè nei libri costituenti rispettivamente, nella ripartizione dei *Digesta* fissata dalla c. *Tanta*-Δέδωκεν, i πρῶτα e la *pars de iudiciis*: cfr. c. *Tanta* 2 e 3.

[65] Cioè, rispettivamente, nella *pars de rebus* e in quattordici dei diciassette *libri singulares* costituenti l'*umbilicus* e la *pars de testamentis*: cfr. c. *Tanta* 4-6.

[66] ARANGIO-RUIZ (nt. 62) 303: « L'ipotesi alla quale pervengo importerebbe, nelle sue estreme conseguenze, che, attendendo la sottocommissione edittale al rifacimento dei libri I-XI e la sabiniana a quello dei libri XII-XIX e XXIII-XXXVI, alla sottocommissione papinianea fosse toccata la redazione dei libri nuovi, XX-XXII e XXXVII-L: il maggiore onere nella seconda fase dell'opera avrebbe giustificato l'alleviamento del lavoro di spoglio a causa del minor numero di scritti ». L'a. aggiunge peraltro che la sua è una mera congettura e che non è da escludere, ad esempio, che della *pars* VI dei *Digesta* (l. 41-44) si sia occupata la sottocommissione edittale.

L'ipotesi, cui ha pienamente aderito il De Francisci [67], è altamente suggestiva, ma non regge, a mio avviso, ad una meditata analisi. A prescindere da ogni questione circa la identificazione delle *partes* utilizzate e circa l'attribuzione delle stesse a questa piuttosto che a quella sottocommissione [68], la ragione per cui la teoria dell'Arangio-Ruiz va respinta è che essa urta contro il postulato numero 5 della nostra ricerca: il postulato delle masse bluhmiane. Vi urta irreparabilmente, pur se l'Arangio-Ruiz si sforza con sottilissimo ingegno di farla coincidere con esso [69].

Il punto cruciale di tutta la questione è qui. Giustiniano, a compilazione esaurita, distinse quest'ultima in sette *partes*, di cui tre almeno richiamano per la denominazione loro assegnata le compilazioni usate dalla scuola pregiustinianea [70]. Lo stesso Giustiniano, in sede di riforma dell'ordine degli studi stabilí che i discenti assorbissero, oltre le *Institutiones* e il *Codex*, tutte e sette queste *partes* [71]. Ma le masse bluhmiane non coincidono ciascuna con una o piú *partes* dei *Digesta*: sia pure in misura varia, esse hanno dato stoffa a tutte le *partes*, a tutti i libri, pressoché a tutti i titoli dei *Digesta*. E ciò significa che la ripartizione degli stessi in *tituli*, *libri* e *partes* non ebbe nulla a che vedere con la ripartizione delle opere giurisprudenziali classiche in quattro *massae*.

Indubbiamente vi sono nei *Digesta* titoli, libri e talora intere *partes* a carattere prevalentemente sabiniano o a carattere prevalentemente edittale: è la materia da trattare che lo ha comportato [72]. È naturale e

[67] De Francisci, *Storia del dir. romano* 3.1 (1943) 278 ss.

[68] In proposito v. *retro* nt. 63 e *infra* nt. 75.

[69] Arangio-Ruiz (nt. 62) 299 ss.

[70] I πρῶτα (libri 1-4) richiamano alla *prima pars legum* della c. *Omnem* (di cui cfr. il § 2); la *pars de iudiciis* (libri 5-11) e la *pars de rebus* (libri 12-19) richiamano alle due parti omonime della c. *Omnem*. Si aggiunga la evidente analogia tra la *pars de testamentis et codicillis* (libri 28-36) e i due *libri singulares de testamentis et de legatis*. Si tenga infine presente che Giustiniano (c. *Omnem* 3) denomina *libri singulares*, oltre i libri 20-22, i quattordici libri dei *Digesta* dedicati allo istituto matrimoniale (23-25), alla tutela e alla cura (26-27), ai testamenti (28-29), ai legati (30-36).

[71] Cfr. c. *Omnem* 2-5: nel primo anno, *Institutiones* e πρῶτα; nel secondo, i sette libri *de iudiciis* o gli otto *de rebus*, piú quattro *libri singulares* (23, 26, 28, 30); nel terzo, la *pars de rebus* o quella *de iudiciis*, piú tre *libri singulares* (20-22); nel quarto, gli altri dieci *libri singulares*; nel quinto, a parte la lettura personale dei rimanenti quattordici libri (parti sesta e settima), le costituzioni del Codice.

[72] Circa l'identificazione delle *partes* a carattere prevalentemente sabiniano e

pienamente credibile che i commissari giustinianei, specie i professori, abbiano tenuto sott'occhio, nell'occuparsi degli argomenti relativi, anche le compilazioni di scuola, che potevano servir loro utilmente da guida. Ma a piú di tanto, cioè a piú di un sussidio vagamente orientativo, quelle compilazioni non hanno servito. E lo conferma per implicito proprio Giustiniano, là dove dice a chiarissime note che si trattava di redazioni assai povere e disordinate, inutili anche ai fini limitati dell'insegnamento scolastico: « *nihil aliud nisi sex tantummodo libros et ipsos confusos et iura utilia in se perraro habentes a voce magistri studiosi accipiebant* »[73].

Escluso che la ripartizione in *massae* del materiale da escerpire abbia avuto nulla a che vedere con la distinzione dei *Digesta* in *partes*, l'ipotesi dell'Arangio-Ruiz si dissolve. E cosí pure si dissolve l'ipotesi analoga (non identica) avanzata dal Collinet[74], secondo cui i *sex libri* furono ripartiti fra tre sottocommissioni[75], ciascuna delle quali si adoperò ad integrarli con frammenti desunti dall'ampio apparato di citazioni e riferimenti apposto ad essi dalla scuola bizantina, segnatamente da quella di Berito[76]. Il Collinet, a parte tutto, non tiene presente un'altra affermazione di Giustiniano, che non vi è motivo serio di mettere in dubbio: i *sex libri*, oltre che scarni e confusi, erano del tutto privi di richiami ad altri testi della sapienza giuridica romana, « *ceteris iam desuetis, iam omnibus inviis* »[77].

di quelle a carattere prevalentemente edittale, la controversia tuttavia, pur limitandosi a D. 1-19 e 23-36, è aperta. V. *retro* nt. 63 e *infra* nt. 75.

[73] C. *Omnem* 1 (*retro* nt. 61).

[74] COLLINET (nt. 56) 95 ss.; ID., *Comment la codification de Justinien a pu être achevée rapidement, grâce aux travaux anterieurs des professeurs grecs de Beyrouth*, in *RH.* 1924. Secondo l'a. (97 s.) è ben naturale che i commissari giustinianei si siano serviti, secondo la loro abitudine, dei *sex libri* « et des commentaires grecs écrits sur eux ».

[75] La ripartizione proposta dal COLLINET 99 s., è la seguente: *a*) massa sabiniana: *Institutiones* di Gaio e i quattro *libri singulares* contenuti nei *libri ad Sabinum* di Ulpiano; *b*) massa edittale: le *partes prima legum, de iudiciis, de rebus*, tratte dai *libri ad edictum* di Ulpiano; *c*) massa papinianea: *responsa* di Papiniano e di Paolo; *d*) *appendix*. Come si vede, la ripartizione non coincide con quella indicata dall'Arangio-Ruiz. Né l'Arangio-Ruiz, né il Collinet sembrano tener conto del fatto che i libri 26-52 *ad ed.* di Ulpiano fanno parte della massa sabiniana e sono trasfusi in D. 12-39.

[76] COLLINET, *Histoire de l'école de droit de Beyrouth* (1925) 220.

[77] C. *Omnem* 1 (*retro* nt. 61).

8. — L'Albertario[78], rendendosi conto (almeno in parte) delle critiche cui si espone la teoria dell'Arangio-Ruiz, ha creduto di poterla migliorare e perfezionare mediante una nuova congettura[79]. Egli è partito dalla nota constatazione che nei *Digesta* hanno larghissima parte i cinque giuristi della legge delle citazioni[80] ed ha supposto che i commissari giustinianei abbiano utilizzato fondamentalmente una precedente compilazione privata, sorta per le necessità della scuola e della pratica, la quale fosse già ordinata secondo il sistema dell'*edictum perpetuum* e riportasse le opere dei cinque[81], con particolare riguardo ai commentari di Ulpiano *ad Sabinum* e *ad edictum*, arricchite di frequenti richiami anche ad altri autori[82]. L'attività dei commissari sarebbe dunque consistita nel controllare ed elaborare questo testo, nello sviluppare i riferimenti agli altri autori (di cui sarebbero cioè stati trascritti i passi), nel ricorrere alle opere dell'*appendix*.

In realtà, questa ipotesi non comporta un passo in avanti nell'approfondimento del nostro tema. Essa comporta un passo indietro, cioè un ritorno al Peters ed alle obiezioni che la teoria di questo autore solleva[83]. Anzi, mentre nel Peters si nota quanto meno la coscienza della difficoltà sollevata contro la sua teoria dal postulato delle masse bluhmiane[84], l'Albertario si libera di ogni difficoltà, se non erro, in

[78] ALBERTARIO, *Introduzione storica allo studio del diritto romano giustinianeo* 1 (1935) 16 ss.

[79] ALBERTARIO (nt. 78) 17: « per quanto la dimostrazione oggi sfugge ».

[80] CTh. 1.4.3 (Valentin. III e Theod. II, a. 426). Sul punto: GUARINO, *Storia del dir. rom.*[4] (1969) n. 263.

[81] Ulpiano, Paolo, Papiniano, Modestino, Gaio. Ampia analisi dimostrativa in ALBERTARIO (nt. 78) 21 ss. Si noti che dei 9142 frammenti dei *Digesta* sono estratti dalle opere dei cinque ben 6137, con larghissima prevalenza su tutti dei frammenti ulpianei: ROBY, *An Introduction to the Study of Justinian's Digest* (1884) 271 ss.

[82] Principalmente Cervidio Scevola, Pomponio, Giuliano, Marciano, Giavoleno, Africano, Marcello, di cui i *Digesta* riportano 2470 frammenti.

[83] *Retro* n. 5. Del resto, il PETERS (nt. 55) 73, aveva già collegato alla legge delle citazioni l'origine prima del suo predigesto.

[84] Il PETERS (nt. 55) 49 ss. e *passim*, congettura che il suo predigesto sia derivato da una impostazione iniziale (anteriore cioè di un secolo a Giustiniano) in tre parti corrispondenti alla tripartizione dell'insegnamento sabiniano (I anno), edittale (II e III anno) e papinianeo (IV anno). Le commistioni tra i materiali delle opere utilizzate per le tre parti si sarebbero progressivamente verificate con l'andar degli anni (e l'inserzione di materiale papinianeo nei libri 1-19 sarebbe stata operata addirittura da Giustiniano).

forza di un equivoco: l'equivoco che i *Digesta* siano divisi in tre parti, ciascuna corrispondente ad una massa bluhmiana [85].

Anche la dottrina dell'Albertario [86] va dunque messa da parte. Tuttavia vi è uno spunto piuttosto importante che da essa, pur nelle sue contraddizioni interne, si trae. E lo spunto è costituito dall'affermazione che il predigesto (posto che di un predigesto si parli) non poté essere una compilazione meramente scolastica, ma dovè oltrepassare i fini della scuola e servire anche alla documentazione della pratica [87]. Un indizio notevole in questo senso si trae dal fatto che i commissari giustinianei furono nella grande maggioranza funzionari, avvocati e professori-funzionari [88]. Indubbiamente ciò dipese anche dall'intento di limitare l'autonomia degli *antecessores* [89], ma altrettanto evidentemente ciò fa capire, o almeno sospettare, che le fonti cui i commissari erano chiamati ad attingere dovevano essere largamente e facilmente disponibili non solo per i teorici, ma anche per i pratici [90].

9. — Tanto premesso, passo ad esporre e ad illustrare il mio personale punto di vista in ordine al processo di compilazione dei *Digesta*

[85] ALBERTARIO (nt. 78) 20 s.: « la distribuzione di tutta la materia contenuta nel Digesto in tre distinte masse, rispecchiante la parallela distribuzione della materia che formava oggetto dell'insegnamento scolastico pregiustinianeo (*ius civile* nel primo anno; *ius honorarium* nel secondo — onde *edictales* erano detti gli studenti del secondo anno —; *responsa* di Papiniano e di Paolo nel terzo e nel quarto). Questa distribuzione induce l'ovvia riflessione che nei manuali per l'uso della prassi e nei sistemi elaborati dai maestri la materia fosse già tutta quanta cosí distribuita ».

[86] Cui sostanzialmente aderisce DELL'ORO, *Il Digesto di Giustiniano e la legge delle citazioni*, in *Synteleia Arangio-Ruiz* (1964) 354 ss.

[87] ALBERTARIO (nt. 75) 18 nt. 27.

[88] Altri funzionari, Triboniano (*quaestor sacri palatii*) e Costantino (*comes sacrarum largitionum* e *magister scrinii libellorum*); *antecessor* e alto funzionario (*comes sacrarum largitionum*) Cratino; *antecessores*, ma anche funzionari, Teofilo (*magister*) e Doroteo (*quaestor*); *apud Berytienses iuris interpres constitutus* e *magister* Anatolio; avvocati imperiali gli altri undici membri. Cfr. c. *Tanta* 9 e *retro* nt. 2.

[89] VOLTERRA, *Giustiniano I e le scuole di diritto*, in *Gregorianum* 48 (1967) 96: Triboniano, nel rivolgersi alle scuole di diritto, « sceglie solo persone che siano nello stesso tempo funzionari imperiali effettivi o onorari e, quindi, sottoposti direttamente all'autorità dell'imperatore e facenti parte della sua corte ».

[90] Non si spiegherebbe altrimenti la presenza in commissione degli undici avvocati. Il VOLTERRA (nt. 89) 96, assegna ad essi « funzioni piú che altro esecutive », ma è ovvio che alle funzioni esecutive abbia provveduto il largo stuolo di segretari di cui la commissione tribonianea sicuramente disponeva. V. inoltre *infra* nt. 125.

Iustiniani. È un'ipotesi, s'intende. Ma è un'ipotesi che, se non vedo male, si concilia soddisfacentemente sia con i postulati della nostra indagine [91], sia con i rilievi critici che siamo venuti sviluppando in sede di esame delle altre teorie [92].

A mio avviso, i commissari tribonianei lavorarono, in riunioni generalmente plenarie e comunque non necessariamente per sottocommissioni, ad unificare e ad armonizzare, integrandole con i materiali della *appendix*, tre preesistenti compilazioni di *iura*: tre compilazioni, tre « predigesti », che esorbitavano dai limiti dell'insegnamento scolastico e che dovettero essere di largo uso nella pratica; tre compilazioni che corrispondevano approssimativamente (ripeto: approssimativamente) alle masse sabiniana, edittale e papinianea, cosí come individuate dal Bluhme [93]. Messi davanti allo schema preordinato dei *Digesta*, i commissari provvidero, in altri termini: a riversare nei singoli *tituli* i frammenti utilizzabili delle tre compilazioni (nonché delle opere della *appendix*); ad ordinare i vari apporti in catene continue e logicamente

[91] *Retro* n. 2.

[92] *Retro* n. 3 ss. Poco persuasivi sono, a mio avviso, gli spunti per una conciliazione tra la tesi delle sottocommissioni e le ipotesi sui predigesti che si leggono in MAYER-MALY, *Bemerkungen zum Aufbau der Digestentiteln*, in *Synteleia Arangio-Ruiz* (1964) 878 ss. Secondo questo a., lo spoglio dei testi fu fondamentalmente operato dalle tre sottocommissioni col ricorso alle masse bluhmiane, ma in molti titoli furono premessi al resto dei piccoli gruppi di testi (che appaiono effettivamente fuori dall'ordine delle masse) desunti da una compilazione organica pregiustinianea. La verità è un'altra: che vi furono tre predigesti, ma questi non furono rigorosamente sabiniani o edittali o papinianei. Quel lavoro di unificazione dei tre predigesti, che io attribuisco essenzialmente alla commissione tribonianea, fu verosimilmente preceduto, nell'ambiente giurisprudenziale pregiustinianeo, da qualche primo e parziale spunto di correlazione tra gli stessi.

[93] Insisto sull' « approssimativamente » perché non è pensabile che, una volta impiantate le tre compilazioni dai giuristi beritensi del V secolo, esse siano state tenute gelosamente e puntigliosamente distinte le une dalle altre. Oltre che verosimile (*retro* nt. 92), è presumibile per vari indizi (*infra* n. 11 e 12) che la giurisprudenza pregiustinianea (non solo quella scolastica, ma anche quella pratica: *infra* nt. 135) abbia già sporadicamente effettuato l'integrazione di ogni singolo predigesto con riferimenti (o trascrizioni) di brani di pertinenza degli altri predigesti. Aggiungo che, di fronte ai predigesti « sabiniano » e « edittale », il predigesto « papinianeo » si pone indubbiamente come una compilazione assai meno elaborata, in cui rimanevano piú evidenti le linee di identificazione delle opere da cui era stata desunta. Comunque, che anche i *libri* della massa papinianea costituissero un predigesto, è dimostrato dal fatto che essi formavano un circolo chiuso di fronte alle opere dell'*appendix*.

articolate di frammenti; ad interpolare i frammenti secondo le esigenze di aggiornamento poste dallo stato del diritto dei loro tempi, nonché piú specificamente dalle *Quinquaginta decisiones* e dalle *constitutiones ad commodum propositi operis pertinentes* che furono via via emanate durante la stessa compilazione [94].

Che la mia ipotesi sia quella che piú o meglio di tutte aderisce ai postulati della ricerca, non credo possa mettersi in dubbio. Aderisce al postulato (quarto) delle masse bluhmiane ed al postulato (quinto) della contribuzione apportata da queste masse, sia pure in misura diversa, a tutti i *tituli* e *libri* dei *Digesta*: dunque supera le difficoltà sollevate dalla teoria dell'Arangio-Ruiz [95]. Aderisce al postulato (sesto) dell'*Index Florentinus* risultante dalla riunione degli indici delle tre masse (e dell'*appendix*): dunque supera la inverosimiglianza della spiegazione data dal Rotondi sul presupposto della inaccettabile tesi bluhmiana delle sottocommissioni [96]. Aderisce al postulato (terzo) della sistematica esclusivamente edittale delle Pandette: dunque sfugge alle critiche cui si espongono tutte le ipotesi relative ad un predigesto unico [97], nonché ancora la congettura dell'Arangio-Ruiz [98]. Aderisce al postulato (secondo) della inverosimiglianza di un lavoro diretto di spoglio delle opere classiche compiuto in soli quattro anni, se non addirittura in tre anni o meno [99]: dunque supera gli scogli contro cui si frange la tesi delle sottocommissioni bluhmiane [100].

L'unico postulato cui la mia ipotesi sembra, a tutta prima, non obbedire è quello (precisamente il postulato primo) per cui non si può dare del mentitore a Giustiniano quando afferma [101] che i *Digesta* provengono dall'utilizzazione diretta di circa duemila libri: lo stesso postulato in base al quale abbiamo contrastato le teorie sul predigesto unitario che sarebbe stato a disposizione della commissione tribonianea [102]. Va detto anzi che, essenzialmente in omaggio a questo postu-

[94] *Retro* nt. 5.

[95] *Retro* n. 7.

[96] *Retro* n. 2 e nt. 25.

[97] *Retro* n. 5 e 8.

[98] *Retro* n. 7.

[99] *Retro* nt. 6, con particolare riferimento all'opinione del Pringsheim, secondo cui l'idea dei *Digesta* non poté venire a Giustiniano prima dell'ottobre 530, cioè prima del completamento del primo *Codex*.

[100] *Retro* n. 3.

[101] C. *Tanta* 1 (*retro* nt. 9).

[102] *Retro* n. 5 e 8.

lato, il Wieacker [103], seguito anche da altri romanisti [104], ha ipotizzato che i *Digesta* siano usciti da un lavoro collegiale e progressivo di spoglio delle opere delle tre masse, largamente agevolato però dalle indicazioni orientative fornite ai commissari dai testi di scuola pregiustinianei e dalle note di riferimento a testi paralleli di cui ciascuno di essi doveva essere pieno [105]. Ma la teoria del Wieacker, pur sostenendo talune cose verosimili [106], non credo soddisfi il postulato secondo, né il postulato quinto della ricerca: non il secondo, perché implica che i commissari di Giustiniano abbiano svolto, nel giro di tre o quattro anni, una mole di lavoro che resta eccessiva [107]; non il quinto, perché implica una coincidenza (tra le masse bluhmiane e i testi di studio della scuola pregiustinianea) che abbiamo visto, ed ancor meglio vedremo, non essere credibile [108].

Tornando al postulato primo della presente indagine, io penso che la mia ipotesi in realtà non lo contrasti affatto. I tre predigesti da me supposti, ciascuno corrispondente ad una massa bluhmiana, erano tre crestomazie di *iura* che, a proposito degli stessi argomenti, offrivano una selezione di insegnamenti giurisprudenziali classici, rispettivamente secondo il sistema e la tradizione di Sabino, secondo il sistema e la tradizione dei commenti edittali, secondo il sistema e la tradizione dei responsi di Papiniano e di Paolo [109]. Anche a prescindere dalla neces-

[103] WIEACKER, « *Corpus iuris* » (1942), ora in *Vom römischen Recht*[2] (1961) 275 ss.

[104] KASER (nt. 11) 250; DULCKEIT-SCHWARZ, *Röm. Rechtsgeschichte*[4] (1966) 252.

[105] Cfr. spec. 279 ss.: « Man wählte vorweg aus den Hauptschriften wesentlich die im Unterricht vorgetragene Texte aus und ergänzte sie durch einschlägige Parallelstellen aus den anderen Schriften ... Aus allem folgt zwingend, dass jeweils ein Bearbeiter für den Bereich einer (wohl der bevorzugten eigenen) Vorlesung alle einschlägigen Haupt- und Nebenschriften gleichzeitig und systematisch durchging, nicht mechanisch exzerpierte ». (A p. 278: « Dass für jede Masse eine feste ' Unterkommission ' gebildet wurde, ist eine einleuchtende, aber nicht beweisbare Vermutung »).

[106] Anch'io credo, ad esempio, che i commissari giustinianei (specie i professori) si siano fatti orientare dai loro testi scolastici.

[107] Cioè la consultazione diretta, sia pur agevolata dagli appunti scolastici, delle opere classiche.

[108] *Retro* n. 8 e *infra* n. 10.

[109] Nel mio scritto *La méthode* (*retro* nt. *), n. 11, parlavo di tre crestomazie redatte secondo l'ordine dell'*edictum*. Questo era certamente l'ordine dei predigesti edittale e papinianeo, ma il predigesto sabiniano doveva essere condotto secondo l'ordine dei *libri ad Sabinum*. V. *infra* n. 10.

sità in cui si trovarono di escerpire direttamente le sparse opere della *appendix*, i commissari giustinianei ebbero non poco da fare per escerpire le tre compilazioni, per controllarne (ove opportuno) le lezioni sulle edizioni originali (ove esistenti), insomma per ritenere di aver attinto per il loro tramite alle fonti vive della giurisprudenza classica [110]. Non poco da fare, ma nemmeno troppo, come invece implicano altre congetture, ivi compresa quella del Wieacker. Inoltre non dimentichiamo che le dichiarazioni di Giustiniano, come ho avvertito a suo tempo [111], sono credibili, ma non debbono essere prese alla lettera. Come il numero di circa duemila libri consultati è alquanto lontano dall'esattezza [112], cosí non è da far meraviglia che la effettiva raccolta di tutte le opere antiche e la loro consultazione diretta e puntuale da parte dei commissari sia asseverata dall'imperatore piuttosto come un miracolo (« *quod caelesti fulgore et summae trinitatis favore confectum est secundum nostra mandata* ») che come una minuziosa realtà [113].

[110] Tanto piú che la base dei tre predigesti era costituita dai *libri ad Sabinum* e dai *libri ad edictum* di Ulpiano, nonché dai *responsa* di Papiniano. V. *infra* n. 12.

[111] *Retro* n. 2.

[112] *Retro* nt. 9 e 14.

[113] La grandiosità dell'opera di raccolta ed enucleazione del materiale giurisprudenziale classico è individuata da Giustiniano già nella c. *Deo auctore* 2: « *...res quidem nobis difficillima, immo magis impossibilis videbatur sed manibus ad coelum erectis et aeterno auxilio invocato eam quoque curam nostris reposuimus animis, deo freti, qui et res penitus desperatas donare et consummare suae virtutis magnitudine potest* ». Nella stessa costituzione (al § 14) l'imperatore auspicava che l'opera si svolgesse con la massima celerità, ma è da escludere che egli pensasse allora a soli tre anni. La c. *Tanta* 12 (*retro* nt. 7) dimostra che la previsione era di dieci anni (o poco meno), sicché la celerità della compilazione, miracoli a parte, dovette dipendere da qualche espediente concreto e terreno cui fece ricorso, nella sua vasta esperienza, Triboniano. Quanto a quest'ultimo, non vi è dubbio che godesse oltre misura della fiducia di Giustiniano e che tendesse discretamente ad abusarne (cfr., in proposito, De Francisci, *Dietro le quinte della compilazione giustinianea*, in *Mél. Meylan* 1 [1963] 111 ss.): ora fu lui ad assicurare all'imperatore che i *libri* da consultare erano circa duemila (c. *Tanta* 1: « *...a praefato viro excelso suggestum est duo paene milia librorum esse conscripta...* ») e fu di lui che l'imperatore si fidò nell'affermare (c. *Tanta* 17) che « *antiquae... sapientiae librorum copiam maxime Tribonianus vir excellentissimus praebuit, in quibus multi fuerant et ipsis eruditissimis hominibus incogniti, quibus omnibus perfectis, quidquid ex his pulcherrimum erat, hoc semotum in optimam nostram compositionem pervenit* ».

10. — Le obbiezioni alla mia ipotesi, o almeno quelle che io riesco a intravvedere, sono tre [114]. In primo luogo, che di una rimarchevole attività della scuola di diritto nell'Oriente postclassico non possa fondatamente parlarsi. In secondo luogo, che, anche a voler concedere una larga attività alla giurisprudenza postclassica orientale in età pregiustinianea, sta in fatto che dei tre predigesti da me supposti manca ogni accenno sia in Giustiniano che nelle fonti postclassiche. In terzo luogo, che i tre predigesti di cui sopra assomigliano troppo da vicino alle tre masse bluhmiane (la sabiniana, l'edittale, la papinianea) per potersi asserire con verosimiglianza che essi siano stati in realtà cosa diversa dalle stesse.

La prima obbiezione trae forza dall'autorità del Volterra [115], il quale ha rilevato che scarsissime sono le fonti giuridiche pregiustinianee provenienti dall'Oriente e ne ha dedotto che vi fu una « carenza di attività scolastica e giurisprudenziale da parte dei giuristi orientali » [116]: carenza confermata proprio da Giustiniano, il quale non parla di opere giuridiche posteriori all'età classica, ricollega esclusivamente alla produzione giurisprudenziale classica il programma e i risultati della sua compilazione di *iura* [117] e sottolinea altresí che pochissime sono le notizie intorno ai professori delle scuole imperiali di diritto ed alle loro opere [118]. Tutte considerazioni che inducono, in definitiva, il Volterra a negare ogni credito all'ipotesi dei predigesti e ad aderire alla tesi dello spoglio diretto delle opere classiche effettuato dai commissari tribonianei [119].

Questo non è il luogo per chiedersi, intervenendo in una ben nota

[114] La mia tesi, nella prima stesura di questo studio, è stata criticata dal SOUBIE, *Recherches sur les origines des rubriques du Digeste* (1960) 99 ss., che vede in essa un perfezionamento della teoria del Peters (*retro* n. 5), ma ritiene non rispettato quello che io stesso ho indicato come postulato primo della ricerca (*retro* n. 2). Che la mia ipotesi sia sulla linea di quella del Peters, è fuor di dubbio. Quanto ai motivi per cui il postulato n. 1 mi sembra sufficientemente soddisfatto, v. *retro* n. 9.

[115] VOLTERRA (nt. 89) 81 ss., specialm. 87 ss.

[116] VOLTERRA (nt. 89) 89.

[117] VOLTERRA (nt. 89) 91 s., con particolare riferimento a Iust. c. *Deo auctore* 4 e c. *Tanta* 17. Il Volterra rileva altresí che l'*Index Florentinus* porta solo nomi di autori dei sec. I-III (o degli inizi del sec. IV) e si domanda ancora: « per quale ragione, ove fossero esistite opere piú recenti, l'imperatore avrebbe limitato la sua compilazione esclusivamente a quelle dei giuristi classici? ».

[118] VOLTERRA (nt. 89) 93 ss.

[119] VOLTERRA (nt. 89) 90.

discussione, se le scuole postclassiche orientali (o piú in generale la giurisprudenza orientale postclassica) abbiano sensibilmente inquinato, o meno, il diritto romano classico [120]. Anche a voler ammettere che l'inquinamento non vi sia stato, nemmeno sul piano dell'alterazione formale dei testi classici, direi però che non è credibile che *in partibus Orientis* non si sia fatto, nel corso di circa tre secoli, assolutamente nulla, sí che le opere classiche siano restate indenni da ogni elaborazione o alterazione e siano pervenute a Giustiniano diligentemente trascritte e ritrascritte giusta le ultime edizioni che ne erano state fatte nel corso del terzo sec. d. C. [121]. Le tracce documentali son poche, d'accordo, ma ad esse si aggiungono non tanto i sospetti destati dalla critica interpolazionistica dei frammenti dei *Digesta*, quanto gli indizi di attività compilatoria pregiustinianea desumibili dall'esame di questi ultimi [122] e gli altri indizi di attività compilatoria pregiustinianea desumibili dall'esame dei Basilici [123]. Se poche sono le notizie pervenuteci intorno alla specifica attività svolta dai singoli *antecessores* postclassici, certo è che le scuole orientali postclassiche vi furono e furono fiorenti [124], cosí come certamente ed ovviamente vi fu in Oriente (lo confermano le costituzioni imperiali) larga e complessa attività giurisprudenziale pratica [125]. Il fatto che Giustiniano parli nelle sue costituzioni esclusivamente della giurisprudenza classica è giustificato dal suo « classicismo », ormai

[120] Per tutti, GUARINO (nt. 80) n. 196 e 251 ss.

[121] Quella che scarseggiò, in età postclassica, fu l'attività creativa della giurisprudenza: SCHULZ (nt. 5) 473 ss.

[122] *Retro* nt. 58 e *infra* n. 12.

[123] *Infra* n. 11.

[124] Basti rinviare all'ampia trattazione del COLLINET (nt. 76) ed alle pagine di SCHULZ (nt. 5) 490 ss.

[125] Sull'importanza da attribuire all'attività pratica, e in particolare all'avvocatura, nel periodo postclassico, SCHULZ (nt. 5) 480 ss. A partire dal IV sec., nell'impero d'Oriente essere avvocati (e di avvocati ve ne furono moltissimi anche nei pubblici uffici) significò, a differenza delle epoche precedenti, dover essere versati, piú che nella retorica, proprio nel diritto. Già lo SCHULZ (nt. 5) 484 s., ha molto acutamente notato: « È a questo nuovo interesse che noi dobbiamo il *Codex Theodosianus* e, in fondo, anche la codificazione di Giustiniano con la conseguente conservazione della giurisprudenza romana per le età future ». Quanto agli stimoli che gli avvocati hanno dato, sempre nell'Oriente postclassico, alla discussione ed alla soluzione legislativa di questioni giuridiche, v. l'interessante saggio del BONINI, « *Interpretationes* » *forensi e attività legislativa giustinianea*, in *Ricerche di diritto giustinianeo* (1968) 5 ss.

da nessuno contestato [126], e dalla sua reazione alla attività disordinata dei commentatori postclassici, cui egli appunto imputa di aver fatto sí che « *per contrarias interpretantium sententias totum ius paene conturbatum est* » [127]. Proprio questa reazione di Giustiniano alla eccessiva indipendenza dei precedenti *interpretantes*, col conseguente divieto di commenti ai *Digesta* [128], costituisce prova ulteriore, e particolarmente autorevole, dell'intensa attività svolta dalla giurisprudenza postclassica orientale [129].

Ciò posto, ed a prescindere dagli ulteriori indizi che esamineremo tra poco [130], non vedo davvero come possa negarsi credibilità all'ipotesi dei tre predigesti da me avanzata. Certo non è contestabile (ed eccoci pertanto alla seconda obbiezione) [131] che dei tre predigesti Giustiniano non fa, in nessuna occasione, né parola né cenno. Ma anche qui la replica non mi sembra difficile. L'imperatore, nessuno lo nega, si compiace di rappresentare la sua compilazione di *iura* come condotta esclusivamente e direttamente sulle fonti classiche, e dice in sostanza la

[126] Sulla tendenza classicizzante del periodo postclassico (sulla tendenza cioè a « canonizzare » la giurisprudenza del periodo piú antico), sono sempre illuminanti le pagine di SCHULZ (nt. 5) 499 s. e specialm. (sul classicismo di Giustiniano) 507 ss.

[127] C. *Deo auctore* 12. Giustiniano dice, precisamente, che ciò avvenne « *in antiquioribus temporibus* », ma non vi è dubbio che egli si riferisca ai *veteres* o *antiqui* del V secolo: cfr. SCHULZ (nt. 5) 493 nt. 9.

[128] C. *Deo auctore* 12, c. *Tanta* 21.

[129] In fondo, lo ammette implicitamente anche il VOLTERRA (nt. 89) 98 s., là dove, a proposito del divieto di interpretazioni o commenti ai *Digesta*, osserva che « con questo divieto l'imperatore intendeva sopprimere per sempre ogni attività creativa e personale dei giuristi e delle loro scuole, cancellando definitivamente la funzione che per secoli avevano sempre avuto ». Vero è che il Volterra aggiunge che dalle parole di Giustiniano « traspare chiaramente la sua convinzione che le scuole di diritto da secoli non avevano piú avuto alcuna influenza pratica sulla formazione del diritto e la sua precisa volontà di togliere loro ogni autonomia anche sul piano didattico ». Ma direi che vi è contraddizione. Se le scuole di diritto non hanno piú importanza alcuna, che bisogno vi sarebbe, una volta fatta la compilazione, di « difenderla da esse e impedire che venga corretta o modificata »?

[130] *Infra* n. 11 e 12.

[131] L'obbiezione è implicita nelle considerazioni del VOLTERRA (nt. 89) 91 s., il quale osserva che non vi sarebbe stata ragione per Giustiniano di tacere delle eventuali compilazioni postclassiche, mentre sottolinea che l'imperatore non mancò di citare le *Quinquaginta decisiones*, e tanto meno dimenticò di ricordare (in sede di *Codex Iustinianus*) i precedenti costituiti dai codici Gregoriano, Ermogeniano e Teodosiano.

verità [132]: dunque è comprensibile che egli non parli dei mezzi (forse a lui non del tutto chiari) [133] attraverso cui alle fonti classiche piú agevolmente si pervenne dai commissari. D'altra parte, se è vero che Giustiniano mantiene il silenzio sui supposti predigesti, è altrettanto vero che egli non nomina, nelle sue costituzioni, proprio l'autore di gran lunga piú sfruttato, Ulpiano [134]. L'argomento *e silentio* vale assai meno contro la mia ipotesi dei predigesti che contro l'insegnamento canonico di una diretta derivazione dei *Digesta* dai commentari ulpianei [135]. Il silenzio su Ulpiano è, se mai, implicita conferma della mediazione operata dai predigesti [136].

[132] *Retro* n. 9 e nt. 110.

[133] *Retro* nt. 113.

[134] *Retro* nt. 14 (per la sistematica della compilazione) e nt. 81 (per il numero dei frammenti ulpianei).

[135] Il silenzio di Giustiniano sui *libri ad edictum* di Ulpiano (ancor piú del silenzio sui *libri ad Sabinum* dello stesso autore) è di grave imbarazzo per coloro che ritengono, rifiutando la mediazione dei predigesti, che « die Studierenden bis auf Justinian keine Exzerptensammlung, sondern ... Ulpians Ediktskommentar lasen » (LENEL, *Zur Entstehung der Digesten*, in *ZSS.* 34 [1913] 383). Il LENEL 383 s., pensa che i *libri* di Ulpiano siano stati indicati antonomasticamente come « *partes legum* » perché erano letti agli studenti, all'inizio del corso di studi, allo scopo di porre le basi della loro conoscenza delle « *leges* », cioè della letteratura giuridica classica (largamente citata da Ulpiano) strettamente essenziale alla loro preparazione: spiegazione fantasiosa e inverosimile, che oltre tutto non tien conto del fatto che le *Institutiones* di Gaio, ancor piú fondamentali per l'insegnamento del commento edittale ulpianeo, sono citate in c. *Omnem* 1 (*retro* nt. 61) col nome del loro autore. Il MITTEIS, *Rc.* a PETERS, in *ZSS.* 34 (1913) 408 ss., preferisce pensare che il nome di Ulpiano sia stato taciuto perché Giustiniano piú che al commento di Ulpiano volle riferirsi all'*edictum*, qualificato con riferimento al suo valore normativo: spiegazione debole (come egli stesso riconosce) perché in c. *Omnem* 5 « *leges eius* » sta ad indicare le opere di Papiniano (« Aber wann hätten die Konstitutionen jener Zeit eine ordentliche Diktion gehabt? », tenta di controreplicare il Mitteis). Il SOUBIE (nt. 114) 100 s., ancor piú insoddisfacentemente, parla di un silenzio premeditato, inteso a « frapper les esprits », a presentare i *Digesta* come una compilazione di eccezionale portata (cfr. c. *Imperatoriam*: « *opus desperatum* »), quindi a tacere dell'importantissimo contributo di Ulpiano. Rispetto a queste imbarazzate spiegazioni è sempre migliore quella del PETERS (nt. 55) 58 s., che nell'uso del termine « *leges* » vede un'allusione al suo predigesto, cioè ad una compilazione che ha superato lo stadio delle opere giurisprudenziali classiche: ma, a parte il fatto ora ricordato che gli scritti di Papiniano sono anch'essi denominati « *leges* » (*Papiniani*), ha giustamente opposto il LENEL, *cit.* 383, che, una volta stabilito che vi fosse un unico e organico predigesto, è giocoforza ammettere che ne facessero parte, tra gli scritti di Papiniano, anche i *responsa* di quest'ultimo studiati al terzo anno.

[136] L'obbiezione del LENEL (nt. 135) alla tesi del Peters non urterebbe contro

11. — Resta ora che si raccolgano e si presentino gli indizi positivi, se vi sono, che valgano a confermare l'ipotesi dei tre predigesti, alla quale per ora siamo pervenuti attraverso un procedimento di esclusione delle altre spiegazioni possibili [137]. A mio parere, questi indizi positivi vi sono.

In linea generale, vanno tenuti presenti i residui (pochi, ma incontestabili) delle compilazioni a catena pregiustinianee, sia occidentali che orientali [138]: residui che dimostrano chiaramente come l'idea dei *Digesta*, anche a voler sorvolare la notizia relativa alla raccolta vagheggiata già da Teodosio II [139], non sia venuta in mente *ex abrupto* a Giustiniano. Si aggiunge a questo quadro quel che è dato presumere, almeno secondo la tesi da me difesa in altre sedi [140], circa quella *summa* greca dei *Digesta*, che va sotto il nome corrente di *summa* dell'Anonimo [141]: se è vero che questa *summa* fu elaborata adattando traduzioni greche di testi pregiustinianei [142], si rafforza l'impressione che i *Digesta Iustiniani* siano stati solo un'espressione perfezionata e finale di tutta una attività compilatoria iniziatasi almeno un secolo prima nella giurisprudenza d'Oriente [143].

la mia tesi dei tre predigesti. Ma in verità io penso che, ai fini della identificazione dei predigesti, non si debba far leva sulla ripartizione in corsi degli studi di diritto pregiustinianei: v. *infra* n. 12.

137 *Retro* n. 9.

138 Per un quadro sommario, GUARINO (nt. 80) n. 266 ss.

139 Cfr. CTh. 1.1.5. Si trattava di raccogliere sotto ogni titolo del codice brani delle opere classiche.

140 GUARINO (nt. 55) 555 ss., specialm. 569 ss.

141 Su di essa SONTIS, *Die Digestensumme des Anonymos* 1 (1937) e GUARINO (nt. 140). Contro la tesi, assolutamente inaccettabile, del PETERS (nt. 55) 36 ss., v. anche MITTEIS (nt. 135) 406.

142 In questo senso GUARINO (nt. 140) 569 ss.

143 Il motivo per cui il PETERS (nt. 141) non ricorre a questo argomento deriva anche dal fatto, io penso, che egli trova ostacolo nella nota tesi del RICCOBONO (*Il valore delle collezioni giuridiche bizantine per lo studio critico del «Corpus iuris civilis»*, in *Mél. Fitting* 2 [1908] 465 ss. = *Scritti di dir. rom.* 1 [1957] 365 ss.; *Tracce di diritto romano classico nelle collezioni giuridiche bizantine*, in *BIDR.* 18 [1907] 197 ss. = *Scritti* 1.393 ss.), secondo cui la *summa* dell'Anonimo deriva da traduzioni pregiustinianee dei testi classici che sono state adattate ai testi (interpolati) giustinianei, ed appunto perciò presenta qua e là, a causa della disattenzione del compilatore, delle divergenze dai testi giustinianei che denunciano lo stato genuino del testo. Il presupposto di questa tesi è che i testi classici siano stati interpolati solo da Triboniano e che, pertanto, una elaborazione pregiustinianea non abbia avuto luogo. Ma, come ho cercato altrove di dimostrare (v. nt. 140), il pre-

Che questa attività compilatoria, il cui inizio è da ricollegare alla prima e piú famosa generazione dei maestri di Berito, si fosse riversata, nei tempi immediatamente precedenti Giustiniano e la sua opera legislativa, precisamente (fra l'altro) nelle tre catene testuali da me supposte (la sabiniana, l'edittale, la papinianea) è reso verosimile da ulteriori argomenti. Di essi dobbiamo essere grati sopra tutto alla genialità del Peters, anche se questi (*sic vos non vobis*) non ha potuto convincentemente sfruttarli a sostegno della sua tesi, troppo avanzata e rigoristica, dell'unico e solo predigesto [144].

Il commento di Teofilo ai *Digesta*, quale si desume dalla consultazione dei Basilici [145], non può essere stato redatto al di là dei dieci o undici mesi dall'entrata in vigore della compilazione, perché tutto fa credere che Teofilo fosse già morto alla data del 16 novembre 534 [146]. Esso riflette i primi 17 libri dei *Digesta* (cioè la *prima pars legum*, la *pars de iudiciis* e la *pars de rebus*), con riferimento a frammenti della massa sabiniana e della massa edittale, nonché a quattro frammenti di massa papinianea [147], ma sorprendentemente omette di utilizzare testi dell'*appendix* e sopra tutto i *responsa* di Papiniano e di Paolo, che nella scuola pregiustinianea, si ricordi, costituivano oggetto di studio del tutto speciale e separato nel terzo e quarto anno [148]. Se tutto ciò non dipende da un insieme di coincidenze [149], la spiegazione piú plausibile

supposto da cui parte il Riccobono (e che il Peters non nega) è errato: le divergenze tra i *Digesta* e la *summa* dell'Anonimo sono spesso divergenze tra un testo interpolato da Triboniano e un testo (non genuino ma) interpolato in età pregiustinianea.

[144] Per il ripudio di altri argomenti del Peters rinvio senz'altro agli autori citati *retro* nt. 56 e 135.

[145] Quadro completo in PETERS (nt. 55) 51 ss.

[146] Teofilo aveva fatto parte della commissione del primo *Codex Iustinianus* (cfr. c. *Haec quae necessario* 1), di quella dei *Digesta* (cfr. c. *Tanta* 9) e di quella delle *Institutiones* (cfr. c. *Imperatoriam* 3), mentre non risulta menzionato nella c. *Cordi* (del 16 novembre 534) tra i commissari del *Codex Iustinianus repetitae praelectionis*. Si aggiunga che la sua parafrasi delle *Institutiones* cita solo il primo *Codex* e mai il secondo o le *Novellae*. La deduzione piú verosimile è che egli sia morto prima del 16 novembre 534: il che è confermato indirettamente dal Σύνταγμα τῶν κανόνων 6.29 di Matteo Blastares, ove Teofilo non è menzionato tra i commentatori dei *Digesta* (cfr. COLLINET [nt. 56] 72 s.).

[147] I frammenti di massa papinianea sono: D. 12.1.40 (Paul. 3 *quaest.*); D. 17.1.23 (Hermog. 2 *epit.*), 24 (Paul. 2 *sent.*), 25 (Hermog. 2 *epit.*). In sostanza, gli ultimi tre frammenti costituiscono un unico contesto.

[148] *Retro* nt. 61.

[149] A coincidenze varie pensano naturalmente i critici del Peters: *retro* nt. 56 e 135. Piuttosto è giusto rilevare, sulle tracce del ROTONDI (nt. 56) 92 s., che in

sembra essere questa. Ai primi del 534 Teofilo prende in consegna gli studenti di primo anno, mentre deve continuare a curare quelli del secondo e terzo anno [150], sicché si affretta a mettere insieme la Parafrasi delle *Institutiones Iustiniani* e il commento ai πρῶτα (da studiarsi sempre nel primo anno) ed alle *partes* (*Digestorum*) *de iudiciis* e *de rebus* (da studiarsi, insieme ad alcuni *libri singulares*, nel secondo e terzo anno) [151]. Ma il tempo a disposizione è poco e Teofilo (cosí come avranno presumibilmente fatto nei primi tempi della compilazione anche gli altri maestri) utilizza per il momento, adattandoli alla meglio ai *Digesta*, i commenti redatti nell'ambito della scuola pregiustinianea in rapporto a compilazioni anteriori a quella di Giustiniano: di qui la circostanza (conosciutissima) che la Parafrasi riflette piuttosto le Istituzioni di Gaio che non quelle di Giustiniano [152]; e di qui anche la circostanza che il commento alle tre prime *partes* dei *Digesta* non tanto manca di tener conto dei testi dell'*appendix*, quanto è privo di richiami a quei *responsa* di Papiniano e di Paolo di cui Triboniano ha largamente cosparso tutta la compilazione [153]. Certo è che, se Teofilo avesse lavorato esclusivamente sui *Digesta*, dei *responsa* di Papiniano e Paolo avrebbe tenuto inevitabilmente conto. Egli, dunque, non ha lavorato sui *Digesta*, ma (essendo escluso per tante altre ragioni che vi fosse già un predigesto unico, per quanto privo dei *responsa* papinianei e paolini e delle opere dell'*appendix*) ha lavorato essenzialmente, secondo la prassi pregiustinianea, su due predigesti parziali: quello sabiniano e quello edittale.

Altro argomento. Il Longo [154] ha dimostrato incontrovertibilmente che le costituzioni emanate da Giustiniano subito dopo l'inizio della

rapporto ai frammenti commentati da Teofilo (poco piú di una trentina) non sorprende che siano pochi quelli della massa papinianea e manchino del tutto quelli dell'*appendix*: non si può dimenticare, infatti, la proporzione tra i libri delle varie masse, tutta a sfavore della massa papinianea e ancor piú dell'*appendix*.

150 V. *infra* nt. 166.

151 *Retro* nt. 71.

152 Sulla Parafrasi di Teofilo, GUARINO, *L'esegesi delle fonti del dir. romano* (1968) 527 s.

153 C. *Omnem* 4: « *vobis autem pulcherrimus Papinianus non solum ex responsis sed . . . paene omni eius expositione in omni nostrorum digestorum ordinatione praefulgens propriis partibus praeclarus sui recitationem praebebit* ». V. anche c. *Omnem* 5.

154 *Retro* nt. 20. Si badi bene: le costituzioni di Giustiniano non concernono affatto i primi libri dei *Digesta*, ma si riferiscono ai primi *libri* delle opere facenti parte delle tre masse bluhmiane.

compilazione, nel marzo del 531, concernono in parallelo i primi libri delle opere sabiniane (di Ulpiano, Paolo e Pomponio), i primi libri delle opere edittali (di Ulpiano e Paolo) e i primi libri delle *quaestiones* di Papiniano. Questa constatazione non si concilia a nessun patto con l'ipotesi del predigesto unitario [155], mentre è pienamente compatibile, nel quadro del postulato (quarto) delle masse bluhmiane, con la mia ipotesi dei tre separati predigesti, della loro utilizzazione parallela e del loro controllo con gli originali delle opere giurisprudenziali [156].

12. — Sta bene, si dirà a questo punto: ma perché supporre che i *Digesta* siano stati preceduti da tre elaborati predigesti (il sabiniano, l'edittale, il papinianeo) e non, piú semplicemente, da tre edizioni largamente annotate (ed eventualmente corredate da trascrizioni di altri testi a margine) del commentario di Ulpiano *ad Sabinum*, del commentario di Ulpiano *ad edictum*, delle opere casistiche (*responsa* e *quaestiones*) di Papiniano?

Rispondo. Nessun dubbio che il punto di partenza dei tre predigesti sia stato, circa un secolo prima di Giustiniano, nell'annotazione, a fini scolastici e a fini pratici, di tre opere giurisprudenziali classiche: sempre valida, a questo proposito, è l'acutissima dimostrazione fornita dal Peters [157]. Ma nell'età di Giustiniano l'elaborazione aveva di gran lunga superato questo stadio iniziale. A parte l'argomento tratto dal

[155] Se i commissari giustinianei avessero avuto da controllare, rimpolpare e ritoccare un predigesto unitario, il cui schema sistematico avesse preceduto quello dei *Digesta*, è evidente che essi avrebbero cominciato dal principio del predigesto unitario (corrispondente sistematicamente ai primi libri dei *Digesta*).

[156] Per sfuggire alla forza di questo argomento, decisamente contrario alla tesi del predigesto unitario, il PETERS (nt. 55) 73 ss., è costretto a sostenere che i commissari giustinianei non siano partiti dal predigesto per leggere e controllare le opere dei giuristi classici, ma siano partiti invece dalle opere dei giuristi classici per rimpolpare e migliorare il loro predigesto: « Nahm man dagegen eine kursorische Lektüre der Originale vor, so war das Nachschlagen in der alten Kompilation, die ja jedes Kommissionsmitglied, insbesondere die Professoren, vom Unterricht her genau kannte, leichte und rasche Arbeit ». È evidente che, a voler ammettere questa ipotesi, i problemi della compilazione dei *Digesta*, sopra tutto in relazione alla straordinaria rapidità del lavoro, si ripresentano tali e quali.

[157] PETERS (nt. 55) specialm. 71 ss., che però trascura l'importanza degli avvocati (*retro* nt. 125) e limita quindi le origini del lavoro compilatorio alle sole esigenze e attività scolastiche.

commentario di Teofilo [158], lo dimostrano, a mio avviso, due rilevanti riflessioni.

Prima riflessione. La critica romanistica, come abbiamo già visto [159], ha accertato, o reso almeno assai probabile, che i *Digesta* contengono qua e là minori compilazioni di *iura*, del tutto indipendenti dall'ordine bluhmiano [160]. Queste compilazioni minori inserite nella compilazione maggiore stanno a dimostrare che i commissari giustinianei, lungi dal lavorare direttamente sulle opere classiche, lavorarono invece su elaborazioni di secondo e terzo grado rispetto alle stesse, cioè lavorarono appunto su predigesti nel senso da me proposto.

Seconda riflessione. Il fatto che larghi squarci dei *libri ad edictum* facciano parte della massa sabiniana non si concilia con la teoria di una compilazione dei *Digesta* fatta di prima mano dai commissari giustinianei [161]. Essa si concilia invece pienamente con la tesi dei tre predigesti: è chiaro cioè che attraverso gli anni il predigesto sabiniano ha chiamato a sé, *ratione materiae*, quei *libri ad edictum* e che la commissione tribonianea ovviamente ne ha profittato [162]. Quanto al predigesto edittale, non possiamo sapere se esso escludesse o non escludesse i *libri ad edictum* utilizzati dal predigesto sabiniano. È logico pensare che non li escludesse, ma che siano stati i commissari giustinianei, forse su suggestione delle edizioni ridotte usate per l'insegnamento [163], a non escerpire la parte relativa ed a rivolgersi, per quella parte, esclusivamente al predigesto sabiniano.

Quel che bisogna precisare, a questo punto, è che i tre predigesti

[158] *Retro* n. 11.

[159] *Retro* n. 6 e 7, nonché nt. 59. Valido è anche il rilievo del HOFMANN (nt. 53) sui numerosi casi in cui il discorso dei *Digesta* è articolato con l'inserzione di frammenti brevissimi di altro autore nei frammenti-base di un certo giurista. Questo lavoro d'intarsio difficilmente può essere stato sempre fatto dai commissari giustinianei: è verosimile che esso sia il frutto di una lunga attività di elaborazione pregiustinianea.

[160] Molto interessante, sotto questo profilo, è l'orizzonte aperto dalla ricerca del SOUBIE (nt. 114) sulle origini (talora chiaramente postclassiche e pregiustinianee) delle rubriche dei *Digesta*: ricerca che occorrerebbe proseguire e approfondire. Sul punto: GIUFFRÈ, *Le origini delle rubriche dei « Digesta »*, in *Labeo* 10 (1964) 296 ss.

[161] *Retro* n. 3.

[162] Così pure, sempre attraverso gli anni, è avvenuto che opere tipicamente casistiche, le quali avrebbero dovuto far parte della massa papinianea (e del relativo predigesto), siano state richiamate nel predigesto sabiniano o in quello edittale.

[163] *Retro* nt. 61.

da me proposti non vanno confusi con le compilazioni usate per la scuola pregiustinianea. Queste povere e ridotte compilazioni [164] si rifacevano ai tre predigesti, ma non si identificavano con essi, che erano compilazioni piú ampie e correlate non con le esigenze di insegnamento nei vari anni scolastici, ma con l'esigenza teorica e pratica di fissare in tre antologie la tradizione sabiniana, quella edittale e quella papinianea. In altri termini, in ogni anno scolastico si studiavano *partes* desunte eventualmente da predigesti diversi: il che è testualmente documentato in ordine ai materiali di studio del secondo e terzo anno [165] ed è reso ancor piú probabile dal fatto che i vari *antecessores* non insegnavano ciascuno in un solo anno di corso, ma insegnavano contemporaneamente agli studenti di diversi anni di corso [166]. Salvo che per il predigesto papinianeo, le discussioni che si fanno per conciliare il lavoro delle sottocommissioni sabiniana e edittale (o le materie di questo o quel supposto predigesto) con l'uno piuttosto che con l'altro anno di corso sono, a mio parere, discussioni assolutamente vane [167]. L'unica guida da seguire per la identificazione dei tre predigesti è quella offerta dalle tre masse bluhmiane (*appendix* a parte). E la conferma indiretta della indipendenza delle compilazioni pregiustinianee dall'ordine degli studi di diritto si ha dal fatto che, anche dopo l'elaborazione dei *Digesta Iustiniani*, i libri adottati nei vari anni, oltre che in numero minore rispetto al totale di cinquanta [168], furono in ordine diverso da quello seguito nella compilazione [169].

[164] Si ricordino le parole di c. *Omnem* 1 (nt. 61) al proposito: « *nihil aliud nisi sex tantummodo libros et ipsos confusos et iura utilia in se perraro habentes a voce magistra studiosi accipiebant* ».

[165] *Retro* nt. 61.

[166] Il punto non è perfettamente sicuro, ma è assai probabile: da ultimo, sulla questione, COLLINET (nt. 76) 193 ss. Per la scuola pregiustinianea si cita la vita di Severo di Antiochia scritta da Zaccaria lo Scolastico, dalla quale risulta (§ 14) che Leonzio, nel 487 o 488, teneva due corsi: uno di primo anno, cui assistevano Zaccaria *dupondius* e Severo *edictalis*, ed uno di secondo anno, cui assisteva naturalmente il solo Severo. La deduzione è corroborata dal fatto che a Berito e a Costantinopoli vi erano, sulla fine del V secolo, solo due professori per parte. Si tenga presente, tuttavia, che la c. *Omnem* fu indirizzata ad otto professori di Costantinopoli e Berito: *retro* nt. 60.

[167] Per le divergenze in proposito, v. *retro* n. 7.

[168] Non piú di 36 libri su un totale di 50.

[169] *Retro* nt. 71.

POSTILLA: GIUSTINIANO E IL CLASSICO.

Ottimo lavoro: profondamente elaborato, limpidamente scritto, in generale persuasivo. È il giudizio che merita, a mio avviso, il libro di K. H. Schindler, *Justinians Haltung zur Klassik* (Köln-Graz 1966, p. XI-363), un libro che fa onore alla scuola di Fritz Pringsheim, di cui lo S. è allievo, nonché alla espertissima metodologia di Hans Julius Wolff, di cui lo S. ha frequentato i seminari a Friburgo.

Il sottotitolo indica i binari della ricerca: *Versuch einer Darstellung an Hand seiner Kontroversen entscheidenden Konstitutionen*. Le costituzioni che l'A. pone a base della sua trattazione sono le *Quinquaginta decisiones*, del periodo 1 agosto - 17 novembre 530, e le *Constitutiones ad commodum propositi operis pertinentes*, del periodo 20 febbraio 531 - 18 ottobre 532 (o poco oltre), se ed in quanto non si siano sicuramente dedicate, come pure talvolta è avvenuto, a risolvere controversie o dubbi di marca postclassica. Questo lavoro sottile di identificazione del campo della ricerca, in costante riferimento alle ben note impostazioni dottrinali correnti al proposito, costituisce oggetto dei §§ 1-9 (p. 1-70). Ad esso fa seguito (ed è la parte piú interessante e varia del libro) il complesso delle « Einzeluntersuchungen » (p. 71-335), cosí ordinato: questioni di attribuzione incerta, se al diritto classico o a quello postclassico (§ 10); controversie sicuramente postclassiche (§ 11); controversie postclassiche ritenute classiche da Giustiniano (§ 12); questioni già decise in epoca classica (§ 13); questioni classiche risolte adottando una soluzione già profilatasi in età classica (§§ 14 e 15); questioni classiche risolte secondo un orientamento classicistico (§ 16) o la cui soluzione classica è argomentata con considerazioni di marca postclassica (§ 17); pretese questioni classiche (in realtà postclassiche) risolte secondo orientamenti postclassici (§ 19); *differentiae* classiche malamente intese come *dubitationes* ed eliminate come tali (§ 19); questioni classiche risolte secondo criteri postclassici (§§ 20-21); questioni postclassiche risolte secondo orientamenti classici o classicistici (§ 22).

Quali, dunque, i risultati? Questi (cfr. anche §§ 23-27, p. 336 ss.): l'orientamento classicistico di Giustiniano non può essere negato, ma non deve essere neanche sopravvalutato; esso fu costantemente corretto da una vigile tendenza « pratica », in virtú della quale l'imperatore non esitò ad adottare anche soluzioni nuove o comunque postclassiche. Conclusione a due facce, come si vede. Ma appunto perciò conclusione, se non altamente suggestiva, certo (lo si ripete) altamente verosimile.

* In *Labeo* 13 (1967) 292 s.

LO SPETTRO DEI DIGESTI

1. — « Das Gespenst der Prädigesten », lo spettro (o piú precisamente il fantasma) dei pre-digesti. È il titolo di una brillante nota pubblicata, agli inizi degli anni settanta, da un acuto romanista ungherese, oggi purtroppo prematuramente scomparso, György Diósdi [1].

Il breve articolo del Diósdi ha riscosso un successo forse insperato dallo stesso autore. L'immagine ironica del fantasma ha infatti costituito per molti studiosi contemporanei un comodo alibi per mascherare la loro scarsa disponibilità ad impegnarsi in un problema piuttosto complesso: il problema relativo ai tempi e ai modi in cui si procedette ad allestire quella vastissima compilazione di squarci della giurisprudenza romana classica che Giustiniano I pubblicò nel 533 d. C. sotto il nome di *Digesta seu Pandectae* [2]. Dato che, come meglio vedremo tra poco [3], alcuni indagatori erano pervenuti per diverse vie alla conclusione (ipotetica, ovviamente) che i *Digesta* erano stati compilati essenzialmente sul materiale offerto da una o piú raccolte private precedenti, cioè sulla base di uno o piú « predigesti », è stato facile spazzare questa teoria, in una con gli indizi cui essa fa capo, affermando che i predigesti altro non sono che fantasime, frutto di sbrigliata immaginazione o addirittura di allucinazioni, e non altro [4].

È ben possibile, naturalmente, che le varie teorie sui predigesti siano tutte, per una considerazione critica o per l'altra, da dichiarare infondate o almeno insufficientemente persuasive. Ma rigettarle in omaggio ad una formula polemica mi sembra esagerato. Battuta contro battuta, io mi permetto di replicare che ' spettro ' non significa soltanto

* In *Iusculum iuris* (1985) 38 ss.

[1] G. Diósdi, *Das Gespenst der Prädigesten*, in *Labeo* 17 (1971) 187 ss.

[2] Stato della questione in A. Guarino, *Storia del diritto romano*[6] (1981) 529 ss.

[3] *Infra* n. 6.

[4] V., in particolare: R. Bonini, in AA. VV., *Storia del diritto romano* (1979) 535 ss. Condanna davvero un po' troppo banale.

la manifestazione evanescente di un essere defunto (« das Gespenst ») o la figura immaginaria di un che di imprecisabile (« das Phantom »), condannata a dissolversi al primo canto del gallo [5]. Spettro è anche termine indicativo di un fenomeno reale e concreto, quello che i tedeschi chiamano « das Spektrum », risultante dalla sconnessione di un oggetto nelle sue componenti elementari (come è il caso, ad esempio, dello spettro luminoso, oppure dello spettro magnetico). Perché non parlare di spettro in questo senso?

In questo senso, appunto, parlerò qui di spettro. Meglio: di « spettro dei Digesti ». Perché, se si solleva la coltre apparentemente unitaria della grande compilazione di *iura*, se si analizza piú da vicino la sua struttura, non è possibile non accorgersi che essa deriva dalla imperfetta fusione di precedenti compilazioni minori. Anzi non è possibile non avvedersi, almeno a mio avviso, della confluenza in essa sopra tutto di tre predigesti anteriori: tre predigesti approssimativamente corrispondenti alle tre « *massae* » (sabiniana, edittale, papinianea) individuate agli inizi del secolo decimonono dal Bluhme [6].

2. — Il punto di partenza di tutta la questione sta nella difficoltà di armonizzare tre dati di fatto.

I dati di fatto sono i seguenti. Primo: i *Digesta* furono compilati tra il 15 dicembre 530 (data della costituzione *Deo auctore*, « *de conceptione Digestorum* ») e il 16 dicembre 533 (data della costituzione *Tanta* - Δέδωκεν, « *de confirmatione Digestorum* »): dunque nel giro di soli tre anni, ai quali si può aggiungere, a voler esser larghi, un anno e mezzo per l'ideazione e la predisposizione dell'opera seguito al 7 aprile 529, data di pubblicazione del primo *Codex Iustinianus* [7]. Secondo: giusta quanto asserito dalla costituzione *Tanta* (§ 1), gli scritti della giurisprudenza classica utilizzati ai fini della compilazione ebbero l'estensione di circa 2000 *libri*, per un totale di oltre 3 milioni di righi: righi da intendersi zeppi di sigle e di abbreviazioni spesso non facilmente decifrabili [8]. Terzo: stando sempre alla costituzione *Tanta*

[5] « It was about to speak when the cock view » (W. SHAKESPEARE, *Hamlet* 1.1, v. 152).

[6] Questa la tesi da me difesa in: A. GUARINO, *La compilazione dei « Digesta Iustiniani »*, in *St. Scherillo* 2 (1971) 717 ss. (= *ANA.* 79 [1968] 527 ss.).

[7] Iust. c. *Summa rei publicae.*

[8] C. *Tanta* 1: *...a praefato viro excelso* (sc. *Triboniano*) *suggestum est duo paene milia librorum esse conscripta et plus quam trecenties decem milia ver-*

(§§ 1 e 17), il materiale dei giuristi preclassici e classici fu tutto quanto direttamente consultato ed elaborato dall'attivissimo Triboniano e dai 16 collaboratori che egli sottopose alla nomina imperiale dopo aver ottenuto dalla *Deo auctore* l'autorizzazione a sceglierseli personalmente [9].

Il dato numero uno (relativo al tempo di compilazione dei *Digesta*) non può essere messo menomamente in dubbio. Si può solo discutere, in relazione al « tempo massimo » da me segnalato, circa quello che può essere stato il tempo utile, quindi il tempo reale dei lavori. Per il che, senza pretendere di tracciare eccessive precisazioni, bisognerà pur tener conto del fatto che, se pure Triboniano preparò lo schema dell'opera prima del 15 dicembre 530, anche al fine di sottoporlo al suo signore, i lavori effettivi della commissione non poterono avere inizio se non qualche settimana dopo quella data, cioè quando Giustiniano ebbe proceduto alle nomine. E bisognerà pure tener conto della probabilità che il testo definitivo e completo dei *Digesta* sia stato ultimato e passato alle trascrizioni almeno qualche mese prima del 16 dicembre 533. Né bisognerà sottovalutare altri elementi come questi: che i commissari, in particolare quelli esercenti l'avvocatura, non smisero di attendere anche alle loro professioni [10]; che non è pensabile che essi abbiano lavorato anche di domenica e nei giorni e periodi festivi; che Triboniano, Doroteo e Teofilo si occuparono anche della compilazione delle *Institutiones Iustiniani Augusti* [11]; che grossi pensieri dovette dare, sopra tutto a Triboniano, la rivolta di Nika [12].

Anche il dato numero due (relativo alla quantità degli scritti utilizzati ai fini della compilazione) non presta il fianco a dubbi. È vero che i poco piú di 9000 frammenti che figurano nei *Digesta* risultano escerpiti da un totale di 1625 (non 2000) libri [13], ma non vi è nulla di strano che 300 libri o poco piú (quanti cioè ne mancano per arrivare al totale di circa 2000) siano stati anch'essi consultati e non abbiano dato luogo ad estratti ritenuti degni di pubblicazione. Piuttosto va

suum a veteribus effusa, quae necesse esset omnia et legere et perscrutari et ex his si quid optimum fuisset eligere.

[9] C. *Deo auctore* 3.

[10] Doroteo e Anatolio erano professori non a Costantinopoli, ma a Berito. Gli avvocati del foro di Costantinopoli erano undici. Cfr. c. *Tanta* 9.

[11] Iust. *Imperatoriam maiestatem* (21 novembre 533) 3.

[12] T. Honoré, *Tribonian* (1978) 53 ss.

[13] P. Krüger, *Geschichte der Quellen und Litteratur des röm. R.*[2] (1912) 372 e nt. 16.

rilevato che oltre 6000 dei frammenti dei *Digesta* sono di questi cinque giuristi: Ulpiano, Paolo, Papiniano, Gaio e Modestino, con larga prevalenza di Ulpiano. Dei frammenti residui, ben 2500 sono di altri sette giureconsulti classici (Cervidio Scevola, Pomponio, Salvio Giuliano, Marciano, Africano, Giavoleno Prisco e Marcello), mentre 550 circa provengono da 27 altri giuristi [14].

Quanto al dato numero tre (relativo al metodo seguito dai compilatori nell'allestimento dell'opera), i casi sono due. Se si presta integralmente fede all'asserzione giustinianea, secondo cui i commissari lavorarono direttamente sui libri classici per consultarli, per escerpirne e trascriverne i frammenti, per manipolare opportunamente i frammenti stessi (qua abbreviandoli nella forma, là alterandoli nella sostanza) e finalmente per inserire e ordinare i frammenti nei molteplici *tituli* della compilazione, davvero bisogna credere che, tenuto conto del tempo di cui dispose, la commissione tribonianea abbia compiuto, cosí come Giustiniano piú di una volta proclama, qualcosa di molto affine al miracolo [15]. Se invece al miracolo (oppure, diciamo, allo « stakanovismo » avanti lettera dei commissari) non si è propensi a credere, e se inoltre si rileva che i lavori furono condotti a termine in un periodo di anni notevolmente inferiore a quello inizialmente preventivato [16], si fa irresistibilmente largo l'ipotesi che Triboniano e consorti siano stati notevolmente facilitati (forse piú del previsto) dalla utilizzazione di preesistenti compilazioni di *iura* [17].

3. — Niente miracolo e niente stakanovismo, ha ribattuto a questo punto il Diósdi [18], polemizzando particolarmente con me [19]. Nel giro di due anni, non piú, i commissari giustinianei ebbero tutto l'agio, senza affannarsi e strafare, di mettere insieme i *Digesta*.

[14] A. Guarino, *L'esegesi delle fonti del diritto romano* (1968) 506.

[15] Cfr. specialm. c. *Tanta* pr.

[16] C. *Tanta* 12: *Omni igitur Romani iuris dispositione composita et in tribus voluminibus ... perfecta et in tribus annis consummata, quae ut primum separari coepit, neque in totum decennium compleri sperabatur (rell.).*

[17] Si noti che in c. *Tanta*, magnificando la celerità dell'opera, Giustiniano tace il fatto (ammesso altrove) che il *Codex* fu preceduto da tre « pre-codici » (oltre che da probabili *regesta* custoditi dalla cancelleria imperiale): il Gregoriano, l'Ermogeniano e il Teodosiano.

[18] *Retro* nt. 1.

[19] In particolare, con l'affermazione (per vero, espressa in forma paradossale) che, se Triboniano e soci avessero compiuto veramente tutto il lavoro che loro attribuisce Giustiniano, avrebbero lavorato alla media di 25 ore al giorno.

Semplice. Duemila *libri*, pari a tre milioni di righi, fanno, se si calcola una media di 45 lettere o segni per rigo, un totale di 67.500 lettere per ogni libro, cioè un insieme approssimativamente corrispondente a 25 pagine di un'edizione moderna a stampa (facciamo, in carattere « corpo 10 »), che sia di grandezza, come si dice, « ottavo ». Moltiplicando 25 pagine per 2000 e dividendo il risultato per 16, cioè per il numero dei commissari dedotto il loro presidente Triboniano, si ottiene che ciascun commissario ebbe da leggere e sforbiciare, in 24 mesi, non piú di 131 o 132 pagine (di quelle moderne) ogni mese: poco piú di quattro pagine al giorno. Nel frattempo, l'ottimo Triboniano raccoglieva i ritagli, li valutava, cestinava i brani poco significanti o costituenti doppione degli altri, interpolava oculatamente quel che vi era da interpolare, ripartiva i frammenti prescelti tra i titoli dei *Digesta* e li concatenava il piú possibile tra loro all'interno dei titoli. Trattandosi di metter su una crestomazia e non un codice organico alla maniera di quelli contemporanei, non vi era, in fondo, troppo da fare [20].

Bene, non starò qui a replicare puntigliosamente [21]. Tuttavia, visto che la garbata « provocazione » del Diósdi è stata presa da alcuni tanto sul serio, vi sono almeno tre osservazioni che non possono essere taciute. In primo luogo, il Diósdi, mentre assegna ad ogni commissario quattro sole pagine da sfogliare ogni giorno, cala sulle spalle di Triboniano un carico di sessantaquattro (4×16) pagine quotidiane: peso assolutamente insostenibile da un uomo di tempra pur molto solida. In secondo luogo, il nostro autore non si preoccupa di chiedersi quali opere, e in quale progressione di lettura, e sopra tutto in quali tempi coordinati di sfruttamento, furono assegnate ad ogni commissario. In terzo luogo, egli non fa i conti con la teoria del Bluhme sulla ripartizione delle opere messe a frutto in tre o quattro ben distinte « *massae* ».

Sopra tutto la terza osservazione è importante. Piú che una teoria, quella del Bluhme è una scoperta, che si basa sul solido precedente di una famosa opera di Antonio Augustín (Augustinus) [22] e che fino ad oggi ha trovato solo conferme e perfezionamenti [23]. Attraverso un'ana-

[20] DIÓSDI (nt. 1) 191 s.

[21] In particolare, non starò a sottilizzare su quanto sia stato piú lungo il dettato rappresentato da 3 milioni di righi, se si tien conto delle sigle e delle abbreviature.

[22] A. AUGUSTINUS, *Emendationes et opiniones* l. I e III, cit. (con altri precursori del Bluhme) da: G. L. FALCHI, *Sul possibile coordinamento tra le « massae » bluhmiane e le « partes » del Digesto*, in *SDHI*. 49 (1983) 52 nt. 2 e 54 nt. 10.

[23] Specialmente: C. LONGO, *Contributo allo Studio delle Pandette*, in *BIDR*.

lisi notissima, che qui mi eviterò di riassumere [24], il Bluhme ha dimostrato, nell'ormai lontano 1820 [25], che i frammenti dei *Digesta* fanno capo alle seguenti liste di opere o di libri: una « *massa sabiniana* », per un totale di 570 *libri*, costituita essenzialmente dai grandi commentarî *ad Sabinum* di Ulpiano, Paolo e Pomponio, piú altre opere di minore importanza e piú (fatto alquanto curioso) un certo numero di libri *ad edictum* (di Ulpiano, Paolo e Gaio) forse attratti nella lista per affinità di argomenti trattati; una « *massa edictalis* », anch'essa di poco piú di 570 *libri*, fondamentalmente costituita dai già citati commentarî *ad edictum* (salvi i libri centrali, facenti parte della massa sabiniana), con il contorno di un certo numero di opere minori; una « *massa papinianea* », di circa 300 *libri*, incentrata sui *responsa* e sulle *quaestiones* di Papiniano, con l'aggiunta di alcune altre opere di carattere casistico; una « *appendix* » di 180 *libri* facenti parte di opere di piccola mole e di impostazione sistematica e metodologica varia [26]. Mentre dell'*appendix* si può dire che le opere relative furono tra loro indipendenti, delle altre masse deve dirsi l'opposto. Chiarissimo è nella massa sabiniana lo schema dei *libri tres iuris civilis* di Masurio Sabino [27], altrettanto chiaro è nelle masse edittale e papinianea (differenti tra loro per il carattere, sistematico o casistico, delle opere relative) l'ordine delle materie dell'editto perpetuo, cioè l'ordine delle materie adottato dagli stessi *Digesta* [28]. Ritenere che almeno le tre liste sabiniana, edittale, papinianea preesistettero ai lavori della compilazione e li condizionarono, oltre che confermato da altri indizî [29], è assolutamente inevitabile.

4. — Il primo a tener conto della scoperta del Bluhme è stato lo stesso Bluhme. Il quale ha supposto che la commissione giustinianea dispose inizialmente di un numero di opere giurisprudenziali classiche pari a circa 1800 *libri* e lo ripartí di sua iniziativa nelle tre liste sa-

19 (1907) 298 ss.; P. De Francisci, *Nuovi studi intorno alla legislazione giustinianea durante la compilazione delle Pandette*, in *BIDR.* 22 (1910) 153 ss., 23 (1911) 36 ss., 186 ss., 27 (1915) 7 ss.

[24] Cfr. lo scritto cit. *retro* nt. 2.

[25] F. Bluhme, *Die Ordnung der Fragmente in den Pandektentiteln*, in *ZGR.* 4 (1820) 257 ss. (= *Labeo* 6 [1960] 50 ss., 234 ss., 365 ss.).

[26] Per un elenco dettagliato delle masse bluhmiane v. l'App. dell'edizione Mommsen-Krüger dei *Digesta*.

[27] Da ultimo: R. Astolfi, *I « libri tres iuris civilis » di Sabino* (1983).

[28] C. *Deo auctore* 5.

[29] *Retro* nt. 23.

biniana, edittale e papinianea, assegnando lo spoglio di ciascuna lista ad una speciale sottocommissione. La sottocommissione papinianea, che aveva in assegnazione un numero di *libri* molto inferiore a quello delle altre, si incaricò inoltre dello spoglio di altre 13 opere, per un totale di 180 *libri*, sopravvenute a disposizione dei commissari solo dopo l'inizio dei lavori. Ed è, questa del Bluhme, la teoria che ancor oggi va per la maggiore [30].

Ma ragioniamo. Già altre volte io ho obbiettato che dividere una massa di 2000 libri fra tre sottocommissioni non significa ridurre in misura apprezzabile il carico imposto ai commissari: sia perché le sottocommissioni comportano, per un numero ridotto di opere da escerpire, un numero proporzionalmente ridotto di componenti, sia perché il sistema non esclude un ingente lavoro di raccordo da svolgersi in sede di commissione plenaria (a meno che non si voglia attribuire al solo Triboniano questo ingente lavoro di raccordo) [31]. Ma non avevo, si può dire, ancora finito di svolgere questa obbiezione, i cui sviluppi mi parevano ovvi [32], che sono intervenuti in diversi a spiegarmi, ciascuno a suo modo, come il lavoro poteva essere razionalizzato e ridotto a misura di uomo. Diamo dunque uno sguardo, prima di continuare, a queste spiegazioni.

Il Pescani [33], facendo seguito ad un'analisi molto accurata del materiale raccolto nei *Digesta*, avanza una ipotesi già ventilata precedentemente da altri [34] e sostanzialmente analoga a quella prospettata dal Diósdi [35]. Ciascun commissario avrebbe avuto un « penso » suo personale di opere da leggere e da ritagliare in relazione ai vari *tituli* (tutti già predisposti) dei *Digesta*; il penso sarebbe stato assegnato a ciascuno da Triboniano « *ratione materiae* », cioè mettendo insieme (dopo averle tutte quante scorse e valutate) opere (o libri) appartenenti a masse diverse e collegate tra loro dalla identità del tema trattato. Ma il Pescani, mentre attribuisce anch'egli una grossa mole di lavoro al buon Triboniano, non spiega perché mai le opere da escerpire sarebbero state

[30] Per tutti: BONINI (nt. 4).

[31] GUARINO (nt. 6) 724 ss. V. già prima: A. GUARINO, *La méthode de compilation des « Digesta Iustiniani »*, in *RIDA*. 12 (1957) 269 ss.

[32] V. *infra* n. 7.

[33] P. PESCANI, *Il piano del Digesto e la sua attuazione*, in *BIDR*. 77 (1974) 221 ss.

[34] AMBROSINO, *Vocabularium Institutionum Iustiniani Augusti* (1942) XI ss.

[35] *Retro* nt. 1.

(evidentemente da Triboniano) preventivamente raggruppate nelle tre masse sabiniana, edittale, papinianea (« *appendix* » a parte)[36].

Meno inverosimile, ma pur essa inaccoglibile, la teoria dell'Honoré[37], il quale si è fatto aiutare nei suoi calcoli dal Rodger[38]. Il lavoro piú intenso della compilazione non sarebbe spettato al solo Triboniano, ma sarebbe stato svolto anche dai quattro professori universitari (Teofilo e Cratino di Costantinopoli, Doroteo e Anatolio di Berito), nonché dal *comes sacrarum largitionum* Costantino, rispetto ai quali gli altri commissari, cioè gli undici importanti avvocati del foro di Costantinopoli, si sarebbero adattati a fungere da modesti ausiliari; i sei avrebbero lavorato sulle tre masse principali a coppie (Triboniano e Doroteo sulla sabiniana, Teofilo e Anatolio sulla edittale, Costantino e Cratino sulla papinianea) con tempi e modi di progressione (ed eventualmente di recupero o di spostamento) accortamente regolati giorno per giorno dal vigile Triboniano[39]. Un congegno ad orologeria, come si vede, al livello di un famosissimo film di Charlie Chaplin, ma che, riducendo i commissari attivi a sei soltanto, tra cui Triboniano, cala su di essi (e in particolare sul loro moderatore) una mole di lavoro tale da potersi solo immaginare a tavolino.

Molto piú cauto e realistico il Wieacker[40], il quale batte sul punto che, se vi furono tre « *massae* » di opere, dovettero necessariamente esservi tre sottocommissioni che se ne occuparono, ma aggiunge che all'interno delle sottocommissioni i commissari (tutti i commissari) non lavorarono coralmente, ma si ripartirono le letture (e le operazioni relative) secondo le specifiche competenze: il che permise di giungere sempre in tempo all'appuntamento dei *tituli*, entro i quali ciascuna sottocommissione era tenuta a riversare il suo prodotto di frammenti. Teoria, questa, che, come già quella del Pescani, non spiega peraltro in maniera credibile perché mai le opere da escerpire furono ripartite preventivamente in tre masse, anzi precisamente in quelle tre « *massae* » che le ricerche del Bluhme hanno portato alla luce. Teoria che, pertanto, è anch'essa, almeno a mio avviso, da respingere.

[36] PESCANI (nt. 33) 235 ss.

[37] Da ultimo, nel volume cit. *retro* nt. 12.

[38] HONORÉ - RODGER, *The Distribution of Digest Texts into Titles*, in *ZSS.* 89 (1972) 351 ss.

[39] Tralascio i molti particolari della singolare ricostruzione.

[40] F. WIEACKER, *Zur Technik der Kompilatoren. Prämissen und Hypothesen*, in *ZSS.* 89 (1972) 293 ss.

5. — D'altra parte, se guardiamo piú da vicino alle tre masse sabiniana, edittale e papinianea, non possiamo non scorgere in esse indizi nettamente contrari all'ipotesi di una ripartizione delle opere fatta allo scopo di mettere contemporaneamente al lavoro tre sottocommissioni [41].

Colpisce, in primo luogo, la esiguità della massa papinianea (300 libri circa) rispetto a quella delle altre due masse (ciascuna di 570 e piú libri). Una equa ripartizione preventiva del lavoro (la quale, ovviamente, non poteva tener conto del fatto che sarebbero sopravvenuti durante la compilazione i circa 200 libri dell'« *appendix* ») avrebbe comportato una misura maggiore. E non si replichi che vi era difetto di altre opere casistiche da inserire nella lista, poiché non solo figurano nelle altre masse opere che ben possono essere definite casistiche [42], ma in ogni caso avrebbero potuto essere assegnati alla massa papinianea numerosi *libri singulares* ed opere minori che figurano invece nelle masse sabiniana ed edittale [43].

Ancora piú singolare è il fatto che nella massa sabiniana rientrano un certo numero di *libri ad edictum* [44]. D'accordo che, come si è detto [45], ciò dipende da affinità di materie; ma avrebbe dovuto di gran lunga prevalere la logica di affidare alla sottocommissione edittale tutte intere le opere *ad edictum*, lasciando l'accostamento delle materie all'interno dei *tituli*, come per il resto, ad un secondo momento. L'impressione che la cosa non sia stata predisposta da Triboniano, ma sia preesistita a costui, è difficilmente eliminabile.

Ad analizzare la massa sabiniana si va incontro ad un'altra sorpresa. Vi si trovano infatti i 90 *libri digestorum* di Salvio Giuliano [46], che logica vorrebbe che fossero stati inseriti nella massa edittale, accanto ai *libri digestorum* di Celso figlio [47], e che tutti sappiano essere serviti al Lenel per la ricostruzione sistematica dell'editto perpetuo [48]. In una ripartizione del materiale fatta da Triboniano la cosa non si spiega.

[41] Prescindo, ovviamente, dai molteplici aggiustamenti operati e operabili. In proposito: G. L. Falchi, *Gli spostamenti fuori massa dei frammenti del Digesto*, in *Scr. Guarino* (1984) 2691 ss.

[42] Si pensi ai *libri digestorum* di Giuliano (*pars sabiniana* n. 14) e a quelli di Celso e di Marcello (*pars edictalis* n. 134 e 135).

[43] Si scorrano le *partes sabiniana* ed *edictalis*, n. 67 ss., n. 138 ss.

[44] V. i n. 4-9 della *pars sabiniana*.

[45] *Retro* n. 3.

[46] *Pars sabiniana* n. 14.

[47] *Pars edictalis* n. 134.

[48] O. Lenel, *Das Edictum Perpetuum*³ (1927) *passim*.

Non basta. Una esplicita ed altisonante dichiarazione di Giustiniano nella costituzione *Tanta* ci fa certi che l'edizione ufficiale dei *Digesta* fu accompagnata da un indice delle opere in esso utilizzate [49] e, sebbene le edizioni della cosí detta *Vulgata* manchino di indice, l'indice stesso è stato ritrovato, effettivamente ritrovato in una con il manoscritto fiorentino della compilazione [50]. Ora il Rotondi [51] ha inconfutabilmente dimostrato che almeno l'*Index Florentinus* non fu redatto sulla base di un inventario generale degli autori e delle opere utilizzati per i *Digesta*, ma fu messo insieme, alla fine dei lavori di compilazione, utilizzando e imperfettamente unificando tre separati elenchi delle masse bluhmiane, con l'aggiunta delle opere della « *appendix* ». La spiegazione del Rotondi è che i tre elenchi furono dettati da Giustiniano prima della compilazione, allo scopo di ripartire i lavori tra le sottocommissioni. Ma se le cose fossero andate davvero cosí, è evidente che Triboniano avrebbe dovuto disporre, prima ancora, di un indice generale degli autori e delle opere da mettere a contributo. Non è plausibile, dunque, che l'indice finale non abbia fatto capo a questo indice iniziale, se esso fosse esistito. Il fatto che l'*Index Florentinus* derivi dagli indici parziali delle masse è segno molto probabile che le tre masse sabiniana, edittale e papinianea preesistessero autonome e reciprocamente indipendenti alla impostazione dei Digesti.

L'impressione che si ricava dai rilievi sopra accennati è, in conclusione, che le masse sabiniana, edittale e papinianea erano già esistenti quando Triboniano dette inizio alla compilazione. E l'impressione ulteriore che si acquisisce è anche che le tre masse non erano semplici « liste » di opere, delle quali Triboniano avrebbe potuto anche non tener conto, suddividendo il lavoro tra i commissari secondo altri e piú razionali criteri. Le tre masse erano invece, tre distinti coaguli di giurisprudenza classica che era ormai difficile, se non impossibile unificare. Qualcosa di piú di tre sezioni di biblioteca, come pure è stato supposto [52]. Piuttosto tre distinte biblioteche in stato di piú o meno stretta connessione, anche materiale, interna.

[49] Cfr. c. *Tanta* 20.

[50] Vedilo riprodotto nell'*editio princeps* dei *Digesta*, a cura di Th. Mommsen.

[51] G. Rotondi, *L'indice fiorentino delle Pandette e l'ipotesi del Bluhme*, ora in *Scritti giur.* 1 (1922) 298 ss. Ma v. Guarino (nt. 6) 727.

[52] H. Krüger, *Die Herstellung der Digesten Justinians und der Gang der Exception* (1922).

6. — Se tali sono le conclusioni alle quali induce la spettroscopia dei Digesti, è chiaro che l'ipotesi delle tre (o mettiamo anche quattro) sottocommissioni non soddisfa. Può anche darsi che la commissione giustinianea abbia lavorato su due o piú sottocommissioni, ma è in ogni caso evidente che essa non ha avuto a che fare solo e direttamente con opere classiche[53], né ha soltanto utilizzato piccole compilazioni scolastiche o pratiche delle quali pure è stata dimostrata plausibilmente la esistenza[54]. Essa ha avuto ad operare fondamentalmente sulle tre masse sabiniana, edittale e papinianea.

Tre autori, per quel che mi risulta, hanno lavorato, ciascuno a suo modo, in questo ordine di idee: il Peters, lo Hofmann, il Cenderelli. Non credo peraltro che le loro conclusioni possano essere condivise.

Secondo il Peters, che ha dedicato al tema una ricerca di eccezionale finezza[55], i *Digesta* sarebbero stati preceduti da una grossa compilazione orientale, a carattere privato e scolastico, portata a termine già un secolo prima, cioè nel quinto secolo della nostra era, sfruttando due masse di opere classiche, una massa sabiniana e una massa edittale: i compilatori giustinianei altro non fecero che rivedere questa compilazione, integrandola con estratti di opere della massa papinianea e dell'« *appendix* ». Ma la teoria non può essere accolta. Non solo, infatti, essa implica che Giustiniano abbia detto una radicale bugia quando ha assicurato che i *Digesta* erano stati compilati dai suoi commissari[56]. Di piú: essa attribuisce alle scuole orientali del quinto secolo una larghezza di documentazione che esse non ebbero e non ebbero motivo di avere, essendo nei loro usi una informazione molto piú succinta (e per di piú fornita prevalentemente in lingua greca) a beneficio degli studenti di diritto[57].

Di gran lunga meno consistente della teoria del Peters, ma non priva di elementi degni di attenzione, la teoria formulata giusto agli inizi di questo secolo dall'austriaco Hofmann[58]. La compilazione dei *Digesta*, salvo aggiustamenti e ritocchi di poco conto apportativi dai commissari giustinianei tra il 530 e il 533, è da lui fatta risalire ad un

[53] In senso analogo: FALCHI (nt. 22) *passim*.

[54] Sul punto rinvio a: GUARINO (nt. 6) 731 ss.

[55] H. PETERS, *Die oströmischen Digestenkommentare und die Entstehung der Digesten*, in *BSGW*. 65 (1913) 3 ss. (= *Labeo* 16 [1970] 183 ss., 335 ss.).

[56] GUARINO (nt. 6) 730.

[57] GUARINO (nt. 6) 747 s.

[58] F. HOFMANN, *Die Compilation der Digesten Justinians* (1900).

misterioso compilatore scolastico (non si sa se unipersonale o pluripersonale), il quale attuò parzialmente un proposito espresso da Teodosio II nel 429 [59], ma rimasto poi sulla carta: quello di operare una compilazione sistematica di *leges* imperiali, integrandola con un'abbondante scelta di squarci della giurisprudenza classica. Tesi questa che, se pur non meritava le aspre critiche con cui è stata accolta [60], va incontro alle stesse obiezioni mosse al Peters, con in meno l'elogio per la finezza dell'approfondimento.

All'aggancio teodosiano si è rifatto recentemente (e, a quanto sembra, indipendentemente dalle argomentazioni del Hofmann) il Cenderelli [61], sostenendo che i commissari giustinianei lavorarono su un vasto brogliaccio di *iura* messo insieme, tra il 429 e il 435, dalla commissione nominata appunto nel 429 da Teodosio II, anche a nome del collega d'Occidente Valentiniano III [62]. Come è noto, Teodosio dette vita ad una commissione di nove membri acché facesse due cose: anzi tutto, una raccolta delle costituzioni riportate dai codici Gregoriano ed Ermogeniano ed in piú di tutte le costituzioni imperiali (anche se successivamente abrogate) emanate da Costantino in poi; subito dopo, una compilazione organica di *leges* e di *iura*, che fosse ordinata sistematicamente e desse notizia solo dei testi e delle regole tuttora in vigore (il cosí detto *codex magisterium vitae*) [63]. Passati sei anni, l'imperatore, non si sa bene per quale motivo (forse perché i lavori della commissione andavano per le lunghe), cambiò idea e diede incarico ad una nuova commissione di sedici membri di approntare quella raccolta sistematica di sole *leges generales*, distinta dal Gregoriano e dall'Ermogeniano, che fu pubblicata nel 438 col nome di *Codex Theodosianus* [64]. L'ipotesi del Cenderelli è, piú precisamente, che la commissione del 429 un certo lavoro lo abbia compiuto, procedendo alla « schedatura » delle opere giuridiche classiche secondo il sistema edittale sulla base di tre raccolte di scritti (una di tipo sabiniano, una di tipo edittale ed una di carattere spiccatamente casistico): il semi-lavorato costituito dal brogliaccio

[59] V. *infra* nt. 62.

[60] Caratteristica, per la sua violenza, la critica di: Th. MOMMSEN, *Hofmann versus Bluhme*, ora in *Jur. Schr.* 2 (1905) 97 ss.

[61] A. CENDERELLI, *Digesto e Predigesti. Riflessioni e ipotesi di ricerca*, in *Pubbl. Fac. Giur. Univ. Modena* 4 (1983) 27 ss., 45 ss. Sul punto: GUARINO, *Tagliacarte*, in *Laebo* 29 (1983) 353 s.

[62] CTh. 1.1.5.

[63] (*Codex* che) « *omni iuris diversitate exclusa magisterium vitae suscipiet* ».

[64] Cfr. CTh. 1.1.6.

uscito da questa prima fatica rimase a lungo dimenticato negli archivi imperiali, sinché Triboniano, col suo caratteristico occhio di lince, non lo scoperse e lo utilizzò [65].

Anche l'ipotesi del Cenderelli, come si vede, è molto fragile. A prescindere da ogni altra considerazione [66], essa non riesce a risolversi tra una forte analogia con la tesi del Hofmann (il quale del pari attribuiva l'impostazione dei *Digesta* alla commissione del 429) e l'attribuzione di un lavoro relativamente modesto, il lavoro cioè di fascicolazione delle opere classiche (di ripartizione loro in tre raggruppamenti), alla commissione teodosiana. Se ci avviciniamo al primo estremo, corriamo il rischio di smentire in malo modo Giustiniano. Se ci avviciniamo al secondo estremo, ci ritroviamo di fronte al problema di una grande compilazione portata avanti in troppo esiguo tempo, oltre che sulla base di tre liste diverse di opere. Né può tacersi, quanto sia poco credibile la congettura della « scoperta » di Triboniano [67].

7. — È inutile. Per quanto si dica e per quanto si discuta, sempre si torna al punto in cui bisogna ammettere che i *Digesta*, se non da un improbabile predigesto unitario [68], furono preceduti e fortemente condizionati da tre consistenti, e tra loro ben distinte, « *massae* »: la sabiniana, l'edittale, la papinianea. Da tre masse che, per essere rimaste tra loro tanto ben distinte, furono chiaramente molto piú che delle semplici liste di opere.

Ecco il motivo per cui mi sento autorizzato a ribadire la mia teoria rimandando per una piú minuziosa dimostrazione all'articolo che vi ho dedicato [69].

[65] Cfr. CENDERELLI (nt. 61) 46: « proprio Triboniano scoperse, nei recessi degli archivi imperiali, le schede delle opere della giurisprudenza classica ».

[66] Due sopra tutto: il Cenderelli attribuisce a tutte e tre le masse l'ordine sistematico edittale; egli non chiarisce a sufficienza in che cosa sarebbero consistite le « schede ». Se non erro, il Cenderelli allude ad una fascicolazione delle opere classiche; fascicolazione fatta con riserva di escerpire i passi opportuni. Se egli alludesse ad indici dei passi da ritagliare o a passi già ritagliati, in pratica si riferirebbe a veri e propri predigesti.

[67] Anche il CENDERELLI (nt. 61) 46, esita di fronte all'ipotesi della « scoperta », tanto vero che prospetta l'alternativa secondo cui Triboniano ebbe il merito di « mettere a profitto » un materiale già noto.

[68] Ad un predigesto unitario ha pensato anche: E. ALBERTARIO, *Introduzione storica allo studio del diritto romano giustinianeo* (1935) 16 ss. Ma v. GUARINO (nt. 6) 735.

[69] *Retro* nt. 6.

I commissari giustinianei lavorarono in riunioni generalmente plenarie e comunque non necessariamente per sottocommissioni, ad unificare e ad armonizzare, integrandole con i materiali dell'*appendix* (oltre che di alcune minori compilazioni prevalentemente scolastiche), tre preesistenti compilazioni di *iura*. Tre compilazioni, tre « predigesti », che esorbitavano dai limiti dell'insegnamento scolastico e che dovettero essere di largo uso nella pratica [70]. Tre compilazioni che corrispondevano approssimativamente alle masse sabiniana, edittale e papinianea, cosí come individuate dal Bluhme.

Messi davanti allo schema preordinato dei *Digesta*, i commissari provvidero, in altri termini: a riversare nei singoli *tituli* i frammenti utilizzabili delle tre compilazioni (nonché del restante materiale a disposizione); ad ordinare i vari apporti in catene continue e logicamente articolate di frammenti; ad interpolare i frammenti secondo le esigenze di aggiornamento poste dallo stato del diritto dei loro tempi, nonché piú specificamente dalle *Quinquaginta decisiones* e dalle *constitutiones ad commodum propositi operis pertinentes* che furono via via emanate durante la stessa compilazione.

Postilla prima: La catena di lavorazione.

Merita segnalazione speciale, per la diligenza dell'informazione e per l'intelligenza di alcune notazioni, la tesi di dottorato pubblicata (in lito) da Olivier Verney sulla compilazione dei *Digesta* e sul problema delle *leges geminatae* (V. O., « *Leges geminatae* » *à deux auteurs et compilation du Digeste* [Lausanne 1973] III-233).

Un'analisi completa di tutte le teorie sulla compilazione dei *Digesta* porta l'A. ad accettare pienamente la teoria bluhmiana delle tre masse (piú l'*appendix*) e delle tre sottocommissioni nella versione perfezionata

[70] Non vi è dubbio, a mio avviso, che la compilazione di queste raccolte di *iura* destinate alla pratica forense sia stata influenzata dalla cosí detta « legge delle citazioni » (sulla quale, da ultimo: E. Volterra, *Sulla legge delle citazioni*, in *MAL.* 8.27.4 [1983]; G. Bassanelli Sommariva, *La legge di Valentiniano III del 7 novembre 426*, in *Labeo* 29 [1983] 280 ss.). Come abbiamo visto, i cinque giuristi maggiormente utilizzati nei *Digesta* sono appunto i cinque della legge delle citazioni.

* In *Labeo* 20 (1974) 430 s.

che di essa hanno dato A. M. Honoré ed A. Rodger, « descendants spirituels » di Bluhme. Il lavoro fu compiuto in due tempi, uno di spoglio diretto dei libri classici ed uno di elaborazione del materiale escerpito nei titoli; lo spoglio fu assunto a proprio carico dai sei *illustres*, che lavorarono a due per ciascuna massa (la papinianea ebbe l'aggiunta dell'*appendix*), mentre gli undici avvocati svolgevano attività eminentemente ausiliarie, da veliti; i due responsabili di ogni massa leggevano e sforbiciavano in parallelo, l'uno dopo l'altro, piccoli gruppi quantitativamente omogenei di libri, riunendosi alla fine di ogni tappa in piccole conferenze dedicate al duplice scopo di sfrondare ulteriormente il materiale escerpito e di decidere quali frammenti dovessero essere trascritti anche nei due titoli « *de verborum significatione* » e « *de diversis regulis iuris antiqui* », cioè nei tit. 50.16 e 50.17. Questi due titoli finali dell'opera furono compilati, pertanto, già durante il lavoro di spoglio (non durante il successivo lavoro di elaborazione di tutti gli altri titoli) e non deve stupire che in essi (sopra tutto in D. 50.17) appaia un certo numero di *leges geminatae* (sia dello stesso autore che di autori diversi): erano volute. Quanto alle *leges geminatae* a due autori situate negli altri titoli dei *Digesta*, sulle quali il V. concentra particolarmente la sua attenzione, esse erano a loro volta inevitabili, dato il sistema largamente usato dai giuristi classici, in mancanza di « copyright », di trascrivere anche senza citare la fonte brani di loro predecessori.

Naturalmente, l'A. dice nel suo libro molto piú di quanto si sia potuto qui sintetizzare; ma forse il male sta proprio nell'aver voluto dire troppe cose e nel non averle quindi approfondite tutte. La tesi della confezione di D. 50.16 e 17 durante il lavoro di spoglio, per esempio, è inaccettabile: mi limito a segnalare che D. 50.17.173 pr. è geminazione, ma interpolata, di D. 42.1.19.1 (Paul. 6 *Plaut.*). Quanto alle coppie di commissari che, con la precisione di orologi svizzeri, si sarebbero digerite metodicamente, l'una dopo l'altra, le loro porzioncine quantitativamente eguali di *libri*, con relativa conferenzuola alla fine di ogni tappa (Teofilo e Doroteo provvedendo anche alle Istituzioni, Triboniano attendendo anche alle costituzioni *ad commodum propositi operis pertinentes* e ai suoi molti pasticci politici, gli avvocati pensando anche alle loro cause, tutti andando anche a messa e all'ippodromo, concedendosi a volte qualche « week-end » e magari stando l'uno o l'altro a letto con l'influenza), ebbene, sarà che sono scettico, ma personalmente non ci credo.

E francamente mi stupisce moltissimo che tra coloro i quali, ben piú esperti del nostro giovane e simpatico neofita, si sono affrettati a

dar credito anch'essi alla « catena di lavorazione » ideata da Honoré e Rodger, non vi sia stato ancora uno, dico uno, che sia riandato alla storia agitata di quegli anni e si sia chiesto se e quanto abbia intralciato, ad esempio, l'attività della commissione la ben nota rivolta di Nika.

Postilla seconda: Un precedente teodosiano?

Nello scorrere gli *Estudios de derecho romano en honor de Alvaro d'Ors* (1987), dei quali ho già fatto cenno in *Labeo* 34 (1988) 250, mi sono fermato su un articolo di Bernardo Albanese dal titolo *Sul programma legislativo esposto nel 429 da Teodosio II* (123 ss.): saggio di grande chiarezza e sobrietà, che va segnalato ad esempio, secondo il mio modesto parere, di come possa essere utile la rilettura, se fatta da un sagace e paziente esegeta, di un testo pur letto in precedenza, da altri, innumerevoli volte.

Il testo in esame è il notissimo CTh. 1.1.5 (Theod. et Valent. AA. ad Senatum, a. 429), cioè quello estratto dalla costituzione in cui Teodosio II, parlando anche a nome di Valentiniano III, tracciò il primo e piú ambizioso programma (rimasto inattuato e sostituito nel 435 da propositi piú modesti) della sua codificazione. Non seguirò passo passo l'a. nella sua attenta esegesi, che è tutta da leggere, e mi limiterò alla discussione dedicata al brano in cui l'imperatore, dopo aver prescritto (chiaramente) che si compilasse un codice contenente tutte le *leges generales* (anche non piú vigenti) da Costantino a lui e dopo aver stabilito (piú confusamente) che da questo codice, nonché dai precedenti codici Gregoriano ed Ermogeniano, si traesse un codice del solo diritto vigente, facendo leva, peraltro, anche sui *tractatus* e sui *responsa* dei *prudentes*, dichiara: *Ad tanti consummationem operis et contexendos codices (quorum primus omnium generalium constitutionum diversitate collecta nullaque extra se, quam iam proferri liceat praetermissa inanem verborum copiam recusabit, alter omni diversitate exclusa magisterium vitae suscipiet) deligendi viri sunt singularis fidei, limatioris ingenii, qui, cum primum codicem nostrae scientiae et publicae auctoritati obtulerint, adgredientur alium, donec dignus editione fuerit, pertractandum.*

In queste parole, nota giustamente l'Albanese, il secondo tra i due *codices*, che l'imperatore si propone di commettere all'impegno di uomi-

* In *Labeo* 35 (1989) 267 s.

ni singolarmente affidabili e dall'ingegno raffinato, non è figurato o figurabile come qualcosa che sia davvero una antologia di *leges* e di *iura* vigenti (cosí come, argomentando dai periodi precedenti, buona parte dei giusromanisti opinano), ma si profila piuttosto come una compilazione unitaria (sul tipo di quelle che saranno piú tardi le *Institutiones* giustinianee), la quale, « eliminata ogni varietà di diritto, avrà il compito di assumere un ruolo di pratica direzione della vita (dei destinatari) ». Donde la congettura finale che il « *codex quod magisterium vitae suscipiet* » altrimenti non fosse concepito dall'imperatore che « come un'opera legislativa consistente in una raccolta di regole pratiche ... elaborate facendo tesoro dei codici Ermogeniano e Gregoriano, della raccolta di costituzioni generali messa in cantiere dallo stesso Teodosio e delle opere di giuristi classici ».

Congettura, osservo qui io, che da un lato mi fa rinunciare alle certezze altrove enunciate (cfr. A. Guarino, *Storia del diritto romano*[7] [1987] n. 263), ma dall'altro lato mi sembra, se non proprio contraddetta, quanto meno indebolita dai termini in cui Teodosio si esprime nel periodo precedente, là dove dice che il suo proposito è di trarre il suo codice di diritto vigente « *ex his ... tribus codicibus et per singulos titulos cohaerentibus prudentium tractatibus et responsis* ».

La verità è insomma, a mio avviso, che Teodosio, nel redigere la costituzione del 529, ancora non aveva chiaro egli stesso come sarebbe stato precisamente strutturato il *codex* da servire come *magisterium vitae* (se come antologia di *leges* e di *iura* o come testo legislativo omogeneo). Tutto sarebbe stato precisato e definito il giorno in cui fosse stato portato a termine e sottoposto alla valutazione sua e delle altre pubbliche autorità il primo codice, perché solo allora la commissione da lui nominata avrebbe potuto e dovuto affrontare l'impresa della redazione dell'*alius codex*.

Postilla terza: Piccoli passi in avanti?

Forse non si tratta dell'ultimo suo articolo. Forse altri ve ne sono sotto i torchi o ancora in manoscritto. Sperabilmente, il secondo volume della sua *Römische Rechtsgeschichte* è in istato tale di avanzata elaborazione da poter essere completato ed edito al piú presto da qualcuno dei suoi valorosi allievi. Certo è che l'ultimo saggio personalmente in-

* Inedito.

viatomi da Franz Wieacker è questo che oggi mi trovo tra le mani, pervenutomi per posta esattamente una settimana dopo la sua quasi improvvisa scomparsa, datata 17 febbraio 1994, con una dedica significativamente interrogativa: « Ein gutes 1994? ».

Non ne parlerei qui, se le densissime pagine del Wieacker, apparse nella *Festschrift W. Waldstein* (Stuttgart 1993, p. 417-442) non avessero per titolo *Zur Herstellung der Digesten* e per sottotitolo *Rahmenbedingungen ihrer Rekonstruktion*. Con pazienza infinita, e con umiltà da vero studioso, unicamente interessato alla ricerca del vero, il Wieacker riesamina e valuta tutti i dati di cui disponiamo e tutte le ipotesi su di essi anche da lui stesso costruite, non tralasciando la interessante monografia di D. Mantovani, *Digesto e masse bluhmiane* (Milano 1987), cui anch'io ho dedicato una breve, ma volutamente fugace recensione in *Iura* 37 (1987) 239.

Le conclusioni? All'incirca queste. Persistente riluttanza verso le ipotesi dei « predigesti » (salvo per quanto concerne la probabilità di piccole compilazioni pregiustinianee tenute in conto da Triboniano e dai suoi commissarî) e confermata propensione per la teoria del lavoro diretto della commissione sulla base delle masse bluhmiane, cosí come meglio precisata da ricerche successive. Tuttavia, quanto al modo adottato dai compilatori per escerpire e riordinare l'immenso materiale che essi avrebbero avuto sott'occhio, molta, molta incertezza. Si tratta, allo stato degli atti, di « offene Fragen ». Ond'è che l'autore cautamente ed avvedutamente rinuncia a formulazioni globali e definitive, che saprebbero di grossolanamente arbitrario, consigliando a se stesso e a chiunque altro la « politica dei piccoli passi », da compiersi solo su un terreno che dia sufficiente fiducia di sicurezza.

Mentre rinuncio (come ho già fatto, del resto, col Mantovani) alla tentazione di una piú acuminata difesa delle mie congetture, difesa che potrebbe sembrare caparbia, mi permetto solo di osservare che, sempre stando allo stato degli atti, non mi sembra, purtroppo, che vi siano altri piccoli o piccolissimi passi che ci possano portare in avanti, cioè verso la cosí detta verità. Anzi lo stesso terreno che sembra sufficientemente solido al Wieacker forse tale tutto quanto non è. Come Dante abbandonato (per sua fortuna, solo momentaneamente) da Virgilio dinanzi alle porte di Dite (*Inferno* 8.109-111), non ci resta insomma che il dubbio (« Cosí sen va, e quivi m'abbandona / lo dolce padre, ed io rimango in forse / ché no e si nel capo mi tenciona »).

GIUSTINIANO « INTERPOLANTE SE STESSO »?

1. — La possibilità che Giustiniano, ripubblicando qualche sua precedente costituzione nel *Codex repetitae praelectionis* del 534, l'abbia ritoccata (« interpolata ») nella forma o nella sostanza è pienamente attendibile [1]. Ebbe ad affermarla O. Gradenwitz, la confermò E. Albertario, l'hanno implicitamente o esplicitamente ammessa vari studiosi del diritto romano.

Posta questa possibilità in generale, è anche supponibile, in via specifica, che Giustiniano, dopo aver inserito una propria costituzione nel primo *Codex*, quello del 529, l'abbia magari piú o meno profondamente modificata in sede di inserzione nel secondo *Codex*. Del che qualche convincente indizio ha fornito E. Zachariä von Lingenthal, facendo leva sul fatto che talvolta i testi greci dei Basilici non corrispondono ai dettati del secondo Codice, né d'altra parte hanno l'aria di divergere dagli stessi per esserne semplicemente dei sunti malfatti.

La questione è notoriamente assai dibattuta, sopra tutto in quanto mette in discussione il punto se gli immediati commentatori e traduttori dei *Digesta* e del *Codex* (quelli cioè di età giustinianea) si siano attenuti esclusivamente a questi ultimi o abbiano anche utilizzato, per fare piú presto, brogliacci di scuola redatti in precedenza, evidentemente sulla base di testi o di raccolte non ancora ritoccati dai commissari giustinianei. Inoltre, se di qualche costituzione giustinianea inserita nel secondo Codice vi è ragione di supporre che essa già si trovasse nel Codice del 529, ma vi figurasse in una stesura diversa, la constatazione è importante non solo perché ci offre un altro esempio di « Giustiniano interpolante se stesso », ma anche perché ci permette di scorgere, sia pure alla lontana e tra le brume dell'incertezza, la sagoma di quel misterioso primo Codice.

* In *Atti Acc. Pontaniana* 31 (1982) 27 ss.

[1] Da ultimo, sul tema: K.-H. SCHINDLER, *Zum Problem byzantinischer Bearbeitungen des ersten Codex*, in *St. Volterra* 2 (1971) 371 ss., con bibliografia; A. GUARINO, *« Mandatum credendi »* (1982) 43 ss., con particolare riguardo al cd. *beneficium divisionis*.

Appunto alla scoperta di qualcosa del primo Codice, operando secondo l'accennato metodo indiziario, ha dedicato un suo saggio K. H. Schindler. Direi però che il soverchio entusiasmo abbia spinto lo studioso germanico un poco oltre il limite estremo del verosimile. L'indizio sul quale egli fa leva è costituito infatti da una costituzione giustinianea del 531, cioè di circa due anni dopo la pubblicazione del primo *Codex*. Anche a voler ammettere che questa costituzione abbia subíto, quando è stata inserita nel secondo *Codex* (e precisamente in CI. 4.18.3), una certa interpolazione additiva, non vedo come si possa ragionevolmente affermare che siamo di fronte ad una modifica del primo Codice di cui la nostra costituzione non poteva far parte. Né persuade l'ipotesi che la costituzione di due anni dopo sia entrata in commistione con il *Codex* di due anni prima attraverso una « Bearbeitung », una compilazione scolastica successiva, perché davvero non si vede quando e come, tra il novembre del 531 (data della costituzione) e il dicembre del 533 (data di pubblicazione dei *Digesta*) o il gennaio del 534 (epoca di impostazione del *Codex repetitae praelectionis*), ciò sia potuto avvenire.

A mio personale avviso, è abbastanza evidente che CI. 4.18.3 del 1° novembre 531 è una di quella « *aliae* (*constitutiones*) *ad commodum propositi operis pertinentes* », che Giustiniano, chiusa la serie delle cosí dette « *quinquaginta decisiones* », emanò via via, tra il febbraio del 531 e l'ottobre del 532, per aiutare la commissione dei *Digesta* a superare vari dubbi e incertezze che le si venivano presentando (cfr. Iust. c. *Cordi* 1). Ed è, ad ogni modo, da escludere, sempre a mio avviso personale, che si tratti di una costituzione interpolata.

2. — Leggiamo anzi tutto la costituzione di Giustiniano.

CI. 4.18.3, Iust. Johanni pp.: *Divi Hadriani epistulam, quae de periculo dividendo inter mandatores et fideiussores loquitur, locum habere et in his qui pecunias pro aliis simul constituunt necessarium est: aequitatis enim ratio diversas species actionis excludere nullo modo debet.*

Qui si parla di una *epistula* di Adriano relativa al cd. *beneficium divisionis*, che piú fideiussori o piú mandanti di uno stesso credito potevano eccepire nei confronti del creditore insoddisfatto che chiedesse loro l'intero, e vi si dice che la *aequitatis ratio* esige che il beneficio possa essere invocato anche da coloro che abbiano prestato garanzia personale mediante un *constitutum debiti alieni*.

Giustiniano sembra, dunque, supporre che Adriano avesse riconosciuto il cd. *beneficium divisionis* tanto ai *fideiussores* quanto ai *mandatores*, mentre è un fatto che Gaio (*inst.* 3.121-122; 8 *ed. prov.*, D.

46.1.26), che le *Pauli sententiae* (1.20), che le stesse *Institutiones Iustiniani* (I. 3.20.4) limitano il riconoscimento adrianeo ai confideiussori. Siccome la *summa* dei Basilici (B. 26.3.3) riferisce anch'essa l'*epistula Hadriani* al solo ἐγγυητής, senza far parola del *mandator pecuniae credendae*, lo Schindler si sente autorizzato a supporre che i *mandatores* non fossero nominati nella prima edizione della costituzione giustinianea e che la loro inserzione (oltre tutto, prima e non dopo la menzione dei *fideiussores*) sia stata operata da Giustiniano solo in occasione del secondo Codice. Quanto al motivo della integrazione, esso sarebbe dipeso, secondo lo Schindler, dal fatto che Giustiniano, apprestando i *Digesta*, si era imbattuto in un brano di Papiniano che lo aveva invogliato ad estendere, mediante interpolazione, il *beneficium divisionis* ai *mandatores*.

Ma il passo di Papiniano, come ho cercato di dimostrare altrove, pur essendo probabilmente interpolato con la menzione dei *mandatores*, non può essere stato manipolato dai compilatori giustinianei. Deve essere stato interpolato in età postclassica.

Il discorso di Papiniano (3 *resp.*, D. 27.7.7), che non mette conto di riprodurre qui integralmente, è relativo al « *casus* » di piú fideiussori di un pupillo, il quale sia stato soddisfatto solo parzialmente dal tutore in sede di resa dei conti, e sfocia in queste parole: *placuit inter eos, qui solvendo essent, actionem residui dividi, quod onus fideiussorum susceptum videretur: nam et si mandato plurium pecunia credatur, aeque dividitur actio: si enim quod datum pro alio solvitur, cur species actionis aequitatem divisionis excludit?*

A mente di Papiniano, la cui opinione è qui visibilmente riferita in riassunto (lo si deduce dal *placuit*), il pupillo (anzi, precisiamo, l'ex-pupillo) è tenuto a ripartire tra i suoi confideiussori solvibili la domanda processuale del residuo: a sostegno di che il testo adduce (*nam et-fin.*) che la regola della *divisio* vale anche nell'ipotesi di piú *mandatores* ed aggiunge altresí, sotto specie di una domanda retorica, la considerazione che l'equità esige un trattamento identico in casi che siano fondamentalmente simili.

Avrà citato Papiniano, nella redazione « *in extenso* » del suo *responsum*, il rescritto di Adriano? Penso di sí, perché si trattava di un provvedimento molto conosciuto. Avrà Papiniano argomentato dal caso dei *plures mandatores*? Penso invece di no: primo perché, occupandosi il responso di un « *casus* » di confideiussione, non ve ne sarebbe stato bisogno; secondo, perché vi sono elementi per credere (cfr. Pap. D. 46.1.52.3) che ai tempi di Papiniano il rescritto di Adriano ancora non fosse ritenuto estensibile ai *plures mandatores*.

Siamo allora in presenza, nel tratto da *nam* in poi, di una interpolazione giustinianea? Vi è stato chi lo ha sostenuto, anche prima dello Schindler, ma secondo me la cosa è incredibile. Infatti, se il frammento di Papiniano fosse stato interpolato da Triboniano dopo la pubblicazione (o in concomitanza con la pubblicazione) della costituzione del 531, D. 27.7.7 avrebbe esplicitamente parlato anche del caso dei piú autori di un *constitutum debiti alieni*; se il frammento di Papiniano fosse stato manipolato da Triboniano prima della costituzione del 531, questa avrebbe poi mancato, se mai, di occuparsi esplicitamente del *constitutum debiti pro aliis*, ma in ogni caso non si vede perché avrebbe dovuto mancare, come vuole lo Schindler, di fare il caso dei *plures mandatores*.

3. — Insomma, anche se il linguaggio di D. 27.7.7 richiama quello di CI. 4.18.3, non è pensabile che l'interpolazione del primo testo e la redazione del secondo testo siano state operate nello stesso ambiente e, piú o meno, nello stesso tempo.

L'ipotesi piú attendibile è che il responso di Papiniano sia pervenuto a Giustiniano già alterato da mano postclassica precedente e che Giustiniano ne abbia tratto spunto per stabilire « *expressis verbis* » che il cd. *beneficium divisionis* fosse da applicare anche all'ipotesi della *pecunia pro aliis constituta*. Ciò spiega perché l'imperatore, preoccupato di disporre in ordine alla *pecunia constituta*, non abbia fatto gran caso alla esattezza delle notizie storiche ed abbia usato all'ingrosso l'endiadi « *mandatores vel fideiussores* ».

La costituzione del 531 entrò pertanto a far parte tal quale, senza varianti, del *Codex repetitae praelectionis* del 534. Almeno stavolta la congettura di un Giustiniano « interpolante se stesso » non mi pare che regga.

LA COMPILAZIONE GIUSTINIANEA E LA PERSONALITÀ DEI COMPILATORI

1. — Il *Vocabularium Institutionum* dell'Ambrosino colma provvidamente una delle ultime lacune lamentate dai romanisti moderni. Quando sarà stato portato a termine il grande *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae* della Savigny-Stiftung (già peraltro completo nelle schede) e quando sarà finalmente venuto alla luce quel Vocabolario delle Novelle di Giustiniano, che era nei propositi del compianto Bortolucci e che il Wenger annuncia ormai da parecchio tempo, potremo finalmente contare su una completa dotazione lessicale per i nostri studi.

L'iniziativa di un Vocabolario delle Istituzioni di Giustiniano fu, come è noto, del Vassalli, il quale pubblicò nel 1914 un *Index verborum Institutionum Iustiniani* [1], comprendente le lettere dalla A alla F. Ma l'opera rimase malauguratamente tronca, e per via della prima guerra mondiale e per via delle molteplici altre cure del chiarissimo autore, passato all'insegnamento di discipline del diritto moderno.

L'Ambrosino, dal canto suo, non ha inteso completare il lavoro del Vassalli, ma ha preferito ricominciarlo *ex novo*, con criteri in parte diversi. Asperrima ed ingrata fatica, che tuttavia chiunque abbia un po' di pratica delle fonti giuridiche romane è dispostissimo a riconoscere. Non è possibile, anzi, non segnalare con ammirazione, in base ai primi controlli, la grande diligenza e la estrema accuratezza impiegate dall'a.: diligenza e accuratezza cui lo stesso Vassalli tributa ampia e meritata lode nella *Praefatio* concessa al nuovo *Vocabularium* (p. VII ss.).

Il *Vocabularium* si divide in tre parti: la prima delle voci latine (p. 1 ss.), la seconda dei nomi propri (p. 301 ss.), la terza delle voci greche (p. 309 s.). Il sistema di esposizione è quello adottato dal von Mayr e dal San Nicolò nel *Vocabularium Codicis Iustiniani*, salvo che, oltre la indicazione del passo in cui ogni singola voce si rinviene, vi è anche la indicazione del rigo relativo nella 15ª edizione del Krüger.

* In *SDHI*. 10 (1944) 390 ss. Recensione ad AMBROSINO, *Vocabularium Institutionum Iustiniani Augusti* (1942).

[1] Perugia (Bartelli e Verando).

Ma il Vocabolario dell'Ambrosino — ed è qui l'interesse maggiore di esso — non si arresta a queste indicazioni. Distinti segni tipografici segnalano: *a*) le voci eguali a quelle dei passi corrispondenti delle Istituzioni gaiane; *b*) le voci parimenti usate da Gaio e da Giustiniano in passi corrispondenti, ma con inflessioni diverse; *c*) le voci che, nel confronto con i passi delle Istituzioni di Gaio, appaiono diverse per effetto della varietà delle lezioni; *d*) le voci che sono da attribuirsi ai compilatori, o in quanto appartenenti a brani di costituzioni postclassiche e giustinianee (oppure relativi a costituzioni postclassiche o giustinianee) o in quanto appartenenti a brani e incisi che si ritengono emblematici [2]. L'*Index* del Vassalli si limitava, invece, ad indicare le voci gaiane e quelle dei passi relativi a costituzioni giustinianee.

2. — L'ampliamento dei criteri indicativi cui si era limitato il Vassalli è — ripeto — del piú alto interesse e denuncia nell'Ambrosino una attività veramente appassionata dedicata all'arida fatica del Vocabolario. Non saprei dire, però, se l'utilità della consultazione sia maggiore.

Io credo che piú prudentemente e proficuamente aveva operato il Vassalli, limitandosi a segnalare — dopo molta meditazione (v. *Praefatio* cit.) [3] — le sole voci da ricondurre alle Istituzioni di Gaio e alle costituzioni giustinianee. In verità, sebbene l'Ambrosino segnali con molta cautela le voci di carattere emblematico (appoggiandosi in genere all'autorità del Ferrini e del Krüger), tuttavia si tratta, nella maggior parte dei casi, di congetture non sempre sicurissime: la sorte di queste attribuzioni congetturali coinvolge quella delle attribuzioni sicure, cioè delle voci da riportare a costituzioni giustinianee, dato che non vi è differenza tra il segno che distingue le une e le altre: avviene quindi che chi adoperi il Vocabolario si trovi ad essere piuttosto imbarazzato,

[2] Sono, inoltre, anche specificamente contraddistinte: *e*) le voci della c. *Imperatoriam* e della sua *inscriptio*; *f*) le voci del frontespizio; *g*) le voci delle rubriche; *h*) le voci escerpite dalle opere di Omero; *i*) le voci escerpite dalle opere di Senofonte.

[3] Pag: VII: « Diu quidem dubitavimus an in singulis vocibus efferendis tria genera scriptorum distingueremus: quae ex Gai commentariis procedunt, quae ex compilatoribus aut ex Iustiniani legibus, quae denique cum ex aliis Gai libris tum aliorum classicorum I. Consultorum scriptis proficiscuntur. Cogitantibus ex nobis saepius coniecturis modo doctissimos viros ... Institutionum παλιγγενεσίαν quam vocant, consecutos esse, visum est de hac sententia recedere, ne artis criticae progressu Index senectute quadam iam affici possit ».

che non agevolato. Quanto meno, insomma, l'a. avrebbe dovuto contraddistinguere con segni tipografici diversi le voci relative a costituzioni giustinianee dalle altre voci meno sicuramente emblematiche.

Altre difficoltà, sebbene di minor rilievo, creano i segni tipografici delle categorie *b*) e *c*). Quando manchi la completa identità di vocaboli e di inflessioni tra i passi gaiani e quelli delle Istituzioni giustinianee, vi è sempre, purtroppo, da temere quel certo che di arbitrio, che è inevitabile anche in un elaboratore cosí attento e coscienzioso come l'Ambrosino [4].

Porto a riprova di queste mie osservazioni il brano stesso delle Istituzioni di Giustiniano (corrispondente ad un passo delle Istituzioni di Gaio) che l'a. adduce nel *Prooemium* (p. XV s.) per dare un esempio del suo metodo di elaborazione delle voci del Vocabolario [5].

Gai 3. 84		Etenim		cum	pater			familias
Inst. 3. 10. 1		*Ecce* (c)	*enim* (c)	*cum* (a)	*pater* (a)			*familias* (a)
se	in	adoptionem		dedit	mulierque	in	manum	convenit,
sese (b)	*in* (a)	*adrogationem* (c)		*dat* (b),	—	—	—	—
omnes	eius	res,	incorporales et			corporales,		
omnes (a)	*res* (a)	*eius* (a),	*corporales* (a)	*et* (a)		*incorporales* (a),		
quaeque	ei	debitae	sunt,	patri adoptivo		coemptionatorive		
quaeque (a)	*ei* (a)	*debitae* (a)	*sunt* (a),	*adrogatori* (d)		—		
—	—	—	—	adquiruntur				
ante (d)	*quidem* (d)	*pleno* (d)	*iure* (d)	*adquirebantur* (b)				

[4] A questo proposito è da rilevare che l'a. non chiarisce rispetto a quale edizione critica di Gaio egli operi. Dato che il Vocabolario è condotto sulla ediz. del Krüger, io tendo a credere che il testo di Gaio tenuto presente dall'a. sia quello di Krüger-Studemund, condotto sull'apografo studemundiano del palinsesto veronese. Senonché, l'edizione krügeriana di Gaio è alquanto antiquata perché anteriore al Gaio di Ossirinco (4. 57 e 68-73) ed al Gaio di Antinoe (3. 153-154, 167-174, 4. 16-18): meglio avrebbe fatto, perciò, l'a. se avesse tenuto presente la settima edizione del Kübler. Il danno, a vero dire, non è molto, ché dei nuovi ritrovati interessano corrispondenti passi delle Istituzioni giustinianee soltanto (POxy.) Gai 4.69 (= *Inst.* 4.7 pr.), 4.70 (= *Inst.* 4.7.1), nonché (PSI.) Gai 3.167 (= *Inst.* 3.28.3) Le varianti da rilevare sono: *agitur* in *Inst.* 4.7 pr. rigo 3 (modificato dai compilatori rispetto ad *agatur* del Veronese e della ediz. del Krüger e ad *ageretur* di POxy.: bene l'a.); *solent* eod. r. 5 (Ver. e ed. Kr. hanno *solent*, e l'a. segnala la parola come gaiana; ma POxy. ha *licet*: forse bisogna segnare la varietà di lezione); *adquirit* in *Inst.* 3.28.3 r. 4 (Ver. ha *adquiritur*, ed. Kr. corregge *adquirit*, l'a. registra *adquirit* e la perfetta coincidenza con Gaio: ciò è ora confermato dall'*adquirit* di PSI.).

[5] Per comodità tipografica, anziché adoperare i segni adottati dall'a., pongo tra parentesi, accanto a ciascuna voce, la lettera dell'alfabeto mediante la quale ho classificato le categorie di vocaboli determinate dall'a.

Basta questo minimo confronto testuale, per mettere in risalto come i criteri di valutazione seguiti dall'a. non sono univoci né si sottraggono ad ogni dubbio. *Ecce enim* (*Inst.*), al posto di *etenim* (Gaio), può ben essere derivato — come sospetta l'Ambrosino — da diversità di lezione, ma perché non anche il *sese* (*Inst.*), che sta al posto di *se* (Gaio) e che l'a. attribuisce invece a modificazione giustinianea? Nulla da obbiettare per l'*adquirebantur* (*Inst.*), che l'a. inserisce nella categoria *b*), ma serie obbiezioni possono muoversi alla classificazione di *adrogationem* e *adrogatori* (*Inst.*), vocaboli attribuiti rispettivamente alle categorie *c*) e *d*). Non so rendermi conto di questa divergenza di attribuzione a cosí breve distanza; la seconda discrepanza delle *Inst.* da Gaio (*adrogatori* in vece di *patri adoptivo*) implica, se mai, che anche la prima (*adrogationem* in luogo di *adoptionem*) è dovuta ad emblema dei compilatori, cioè che tutte e due le varianti vanno riferite alla categoria *d*): oppure (forse, con maggiore probabilità) ambedue le varianti debbono essere attribuite alla categoria *c*), in quanto che è difficilmente supponibile che i compilatori giustinianei abbiano parlato di proposito di *adrogatio* e di *adrogator*, sia pur riferendosi ad una situazione del diritto antico, tanto piú che il testo da essi ricopiato parlava di *adoptio* e di *pater adoptivus* [6].

Comunque sia, non fosse altro che per il rilievo esatto delle coincidenze tra le Istituzioni giustinianee e quelle gaiane, l'utilità del nuovo Vocabolario rimane sensibile [7] e diverrà ancora maggiore quando l'Am-

[6] Non monta che la *adoptio* del diritto giustinianeo non avesse piú i caratteri dell'antica adozione (il che potrebbe far sospettare che i commissari giustinianei abbiano parlato di proposito della *adrogatio*). È troppo palese l'intento dei redattori di mettere in rilievo che gli effetti giuridici esposti in questo paragrafo si avevano soltanto in antico. È evidente, inoltre, che se i compilatori avessero trovato, nel manoscritto a loro disposizione, la menzione dell'*adoptio*, anziché dell'*adrogatio*, non avrebbero mai pensato a cancellarla, perché l'interesse del passo sta nel segnalare gli effetti antichi di un istituto ancora fiorente, sebbene modificato. Attribuire, come io faccio, *adrogationem* e *adrogatori* alla categoria *c*) (varietà di lezioni) significa aprire il campo alla discussione se Gaio abbia scritto proprio *adrogationem* e *adrogatori* (invece di *adoptionem* e *patri adoptivo*), e quindi la modificazione sia avvenuta ad opera della tradizione manoscritta che ha portato al Veronese, o se Gaio si sia espresso proprio come il Veronese, mentre invece il manoscritto a disposizione della commissione giustinianea portava la lezione modificata *adrogationem* e *adrogatori*.

[7] Sarebbe stato desiderabile che l'a. avesse tenuto conto (magari segnandole in maniera caratteristica) anche delle parole che il Krüger espunge dal testo delle Istituzioni, quando queste parole compaiono in tutti i manoscritti a disposizione. Ad

brosino avrà pubblicato — come promette — l'*Appendice,* contenente un Indice delle parole che figurano nei passi gaiani e non figurano nei corrispondenti passi delle Istituzioni giustinianee [8].

3. — In questa recensione non possono essere sottaciute le interessanti tesi storico-critiche che l'a. espone nelle prime pagine del suo *Prooemium.*

L'Ambrosino dichiara che la prima ragione per cui egli si è dedicato alla confezione del suo Vocabolario è stata quella di mettersi in grado di accertare con sicurezza gli elementi di stile diversi adoperati dai due commissari giustinianei (Teofilo e Doroteo), i quali — secondo la nota ipotesi del Huschke [9], confermata ed accettata dal Grupe [10], dal Ferrini [11] e da molti altri [12] — si divisero il compito della redazione dell'opera, compilando due libri per ciascuno sotto la presidenza di Triboniano. Tra l'attribuzione dei primi due libri a Teofilo — sostenuta dal Ferrini — e l'attribuzione di essi a Doroteo — sostenuta dal Huschke e recentemente dall'Albertario [13] — l'a. propende, a quanto pare, per la prima [14].

Ma l'accertamento dello stile, del modo di pensare caratteristico di Teofilo e di Doroteo non vuole avere, per l'Ambrosino, il solo scopo di confermare l'ipotesi sopra accennata. L'Ambrosino sostiene qualcosa

esempio, in *Inst.* 1.15.1 si legge: *sunt autem adgnati c o g n a t i rell.*, il Krüger, in base al confronto con Gai 1.156 e Theoph. *Parl.* ahl., espunge dal testo il *cognati*, che infatti l'a. non registra. Senonché l'espunzione di *cognati* è arbitraria. La prima parte di *Inst.* 3.2.1 — la quale parimenti ricalca, e con maggior fedeltà ancora, Gai 1. 156 — suona: *sunt autem adgnati . . . c o g n a t i rell.* (si noti che l'a., sulla scorta del Ferrini, non registra le voci di questo periodo come derivanti da Gaio). Mi par chiaro, in conclusione, che sia legittimo ritenere che il *cognati* di *Inst.* 1.15.1 non è frutto della distrazione di un amanuense postgiustinianeo, ma che con tutta probabilità esso si incontrava veramente in quel passo: su questo punto, v. *amplius* GUARINO, *Questioni intorno a Gai 3.10,* in *SDHI.* 10 (1944) 290 ss.

[8] Ci auguriamo che questo Indice registrerà anche le varianti di POxy. e PSI.: v. *retro* nt. 4.

[9] Iust. *Inst. Praefatio.*

[10] *De Iust. Inst. compositione.*

[11] Ora in *Opere* 2.307 ss.

[12] Per tutti, cfr. DE FRANCISCI, *Storia* 3.1.282 nt. 1. *Adde* ARANGIO-RUIZ e GUARINO, *Breviarum iuris Romani* 199; GUARINO, *Profilo storico*² 129.

[13] *Introduz. storica* 8.1.33 nt. 1.

[14] Cfr. lo scritto *In tema di interpolazioni*, in *RIL.* (Lettere) 73 estr. 10 s. (ove, peraltro, la tesi del Ferrini è accettata in via provvisoria).

di piú, e cioè che solo una ipotesi consimile (« collectores Digestorum suum quemque opus separatim perfecisse ») valga a spiegare la rapidità della compilazione dei Digesti ed il gran numero di antinomie tra le trattazioni relative a materie che si riconducono a princípi giuridici comuni (es.: *possessio* e *postliminium*, *usucapio* e *hereditas*) [15]. Di qui la necessità, per dar corpo alla ipotesi, che siano accertati anzitutto « opus, stylus, ars, ratio » di Teofilo e Doroteo, che fecero anche parte della Commissione delle Pandette, affinché resti limitato per esclusione il campo della ricerca dei singoli argomenti o gruppi di argomenti elaborati da ciascuno dei rimanenti commissari.

Nella bontà della sua tesi l'Ambrosino ha molta fede. Egli annuncia, infatti, di aver già passato ad un primo vaglio i primi 11 libri delle Pandette, tenendo presente per ciascun passo la sua collocazione nella Palingenesi leneliana, e di averne tratto conferma per la sua idea che ciascun singolo membro della commissione escerpí per suo conto i passi delle opere classiche che gli interessassero ai fini della redazione dei titoli a lui affidati.

Sarà permesso — in attesa che giunga l'adeguata dimostrazione di questa tesi rivoluzionaria — di avanzare qualche piccola osservazione di carattere generale? Io credo di sí: perché, mentre da un lato ho la coscienza di non farlo a causa di una certa qual diffidenza aprioristica per la nuova ipotesi, d'altro lato ho fede che le mie osservazioni possano essere persino di giovamento all'attentissimo a. affinché si induca — sempre che non le abbia già previste — a percorrere con piú cautela la via che annuncia di aver intrapreso.

4. — *A*) L'a. ritiene che, con l'aiuto del suo Vocabolario, si possano scoprire le caratteristiche diverse di stile e di mentalità di Teofilo e di Doroteo. Io, a dire il vero, ne sarei molto meno sicuro.

Indiscutibilmente c'è del vero nella ipotesi che i libri delle Istituzioni siano stati redatti separatamente, a due a due, dai due professori bizantini, ma questa ipotesi va assoggettata ad una certa tara: 1) perché non sempre è vero che gli ultimi due libri non rimandano ai

[15] Pag. XIII: « Nam si omnes iurisperiti, Triboniano duce, opus uno tempore simul perfecissent, tot repugnantes loci, quorum nonnulli contra ipsam Iustiniani doctrinam existunt, difficile explicari possent. Facillime contra quomodo irrepserint intellegimus, si opus a pluribus esse confectum suspicamur, dum alius quid alii faciant prorsus ignorat. Neque mirum si quasdam sententias Bysantini ipsi approbare nequiverunt, ita ut Basilicorum libri iis plane contradicat ».

primi due[16] (si legga, per convincersene, *Inst.* 3.2.1, che rinvia a *Inst.* 1.15.1)[17]; 2) perché non si tien conto, quando la si accetti senza discussione, del fatto che anche Triboniano faceva parte della commissione e che, evidentemente, anche egli deve aver in qualche modo operato — sia pure in un secondo momento — per armonizzare i quattro libri in un tutto unico ed organico. Tracce di un'unica revisione ed armonizzazione del materiale raccolto non è difficile scorgerne nelle Istituzioni giustinianee: un esempio ci viene dal citato *Inst.* 3.2.1, in cui il rinvio al primo libro dimostra che o il compilatore della seconda parte del manuale non era estraneo del tutto all'opera del compilatore della prima parte, oppure (piú probabilmente) che il canovaccio steso separatamente dai due compilatori fu riesaminato ed eventualmente modificato dalla commissione plenaria[18].

Queste osservazioni portano ineluttabilmente il critico a diffidare di una soverchia tendenza a differenziare lo stile dei primi due libri da quello degli altri due. Diversità essenziali di stile non mancano (e sono già state bene analizzate dal Grupe), ma è dubbio — almeno io credo — che possa basarsi sulla indagine stilistica dei due gruppi di libri una configurazione di due personalità di compilatori nettamente divergenti tra loro[19]. In ogni caso, l'identificazione del compilatore dei primi due libri delle Istituzioni con Teofilo, anziché con Doroteo, o viceversa, appare — a giudicare dagli elementi di dimostrazione addotti sin oggi — estremamente indiziaria e malsicura: un vero e convincente criterio di attribuzione manca, e il Vocabolario dell'Ambrosino non potrà certamente aiutare a ricercarlo, ma potrà aiutare soltanto, entro certi limiti, ad aumentare la certezza della diversità di redazione e di autori.

[16] Questo è l'argomento fondamentale del Huschke, accettato e corroborato con altre riprove da tutti gli altri studiosi.

[17] Vi è stato chi ha sostenuto, pertanto, che il compilatore dei primi due libri abbia redatto anche i primi dodici titoli del libro III: cfr. BUONAMICI, in *AG.* 58.139 ss. Ma la tesi soddisfa soltanto ad una prima apparenza: v. il mio articolo cit. *retro* nt. 7.

[18] V. in proposito il mio articolo cit. *retro* nt. 7.

[19] Mi spiego. Data la ipotesi del Huschke, è ben possibile (ed il Grupe l'ha fatto in maniera assai perspicua) rintracciare elementi di stile diversi nei primi due e negli altri due libri. Ma questi elementi di stile diversi non sono sufficienti a caratterizzare due distinte personalità di compilatori: vi sono anche, nei quattro libri delle Istituzioni, gli elementi di stile comuni, che sono i piú numerosi. Ed allora, dati i primi due libri delle Istituzioni (o, rispettivamente, gli altri due libri), non è possibile desumere in maniera meno che approssimativa la personalità del loro redattore.

Riassumendo, le premesse da cui vuol partirsi per la identificazione delle personalità di Teofilo e di Doroteo attraverso l'esame delle Istituzioni sono incerte ed incomplete: incerte, perché altro è concludere che i primi due libri presentano uno stile diverso dagli altri, altro è ricostruire, in base a rilievi del genere, « opus, stylum, artem, rationem » dei due compilatori, in modo da poter accertare il lavoro da loro compiuto nella confezione dei Digesti; incomplete, perché un vero criterio di attribuzione dei primi due libri delle Istituzioni a Teofilo, e non a Doroteo, non c'è, né il materiale delle Istituzioni, comunque discriminato, mi par tale da darlo.

B) Le difficoltà di una determinazione delle personalità di Teofilo e di Doroteo sono quasi nulla di fronte alla difficoltà di determinare la personalità di ogni altro singolo membro della commissione dei Digesti. Si tratta di ben sedici persone, a parte Triboniano (c. *Tanta* 9): anche a voler rinunciare a chiamare ciascuna singola personalità di compilatore con uno dei sedici nomi che Giustiniano ha immortalato, vi è l'asperità, a mio parere insormontabile, rappresentata dal compito di differenziare (magari con lettere diverse dell'alfabeto) altrettanti « opera, stylos, artes, rationes »[20].

Ben è vero che « *tot capita, tot sententiae* », ma sino a un certo punto. Che ogni uomo abbia il suo proprio modo di essere e di pensare è cosa di comune insegnamento presso gli psicologi, ma che ciascuno di questi modi di essere e di pensare sia nettamente individuabile rispetto ad ogni altro è cosa che nemmeno gli psicologi affermano[21]. Il Huschke e il Ferrini hanno acutamente operato, volendo distinguere tra Teofilo e Doroteo, a richiamarsi alla diversità delle scuole (Costantinopoli e Berito) di cui quei professori facevano parte (peccato però che le conclusioni siano esattamente all'opposto): essi hanno, in una parola, saggiamente sfruttato la comune esperienza dell'ambiente che influisce su colui che vive in esso. Purtroppo, peraltro, i sedici commissari giustinianei erano tutti di due o tre soli ambienti giuridici: la scuola di Berito e la scuola ed il foro di Costantinopoli. Postulare, dopo di ciò, la pratica rilevabilità della personalità di ciascuno mi pare enormemente azzardato. Eppure, se non vado errato, qualora non si riuscisse ad indo-

[20] Eliminando Teofilo e Doroteo, la cui identificazione è permessa (nei limiti molto ristretti visti alla nota precedente) dalle Istituzioni, restano sempre quattordici individui.

[21] È di comune nozione, anzi, che la psicologia tende alla tipizzazione dei caratteri e degli stati d'animo.

vinare con assoluta certezza tutte e sedici le personalità dei membri della Commissione dei Digesti (o, quanto meno, a stabilire quali gruppi, e per quali ragioni, e con quali caratteristiche di lavoro e di stile, si siano formati tra loro) la tesi dell'Ambrosino correrebbe il pericolo di non riuscire affatto convincente.

Vi è inoltre da tener presente, ancora una volta, la circostanza che i sedici compilatori facevano parte di una commissione unica, presieduta dall'attivissimo Triboniano. Le antinomie tra i passi dei Digesti sono molte, ma non tante quante certamente sarebbero state se non fosse stato esplicato anche un immenso lavoro di coordinazione e di lima. Sarebbe esagerato prendere a pretesto quelle antinomie per negare che la commissione plenaria, o una sottocommissione di coordinamento presieduta da Triboniano, abbia esplicato una sua non indifferente attività di lavoro: e per convincersi della umanità di quelle contraddizioni e di quei contrasti, basterà che si rifletta che, in fondo, le antinomie non mancano nemmeno negli stessi titoli relativi a singole materie determinate ed entro le stesse masse di testi rientranti in quei titoli.

L'unica tesi che si può logicamente ammettere, e che io — per mio conto — non esito a dichiarare plausibile, è che il primissimo lavoro di spoglio del materiale dei Digesta sia stato diviso fra tutti i commissari, *uti singuli*, cosí come avviene comunemente nella preparazione dei codici moderni. Ciascun commissario può anche aver studiato, in questa fase preliminare, le possibilità di sistemazione, di esposizione e di modificazione di singole materie, ma questa attività preliminare è stata, se vi è stata, completamente sommersa dalla successiva attività delle varie sottocommissioni.

Senonché — dice l'Ambrosino — senza l'ipotesi del lavoro diviso in sedici persone non si spiegherebbe la grande rapidità della compilazione. Non condivido questa idea. A prescindere dal fatto che vi sono altre ipotesi, molto piú probabili e provate, che servono a spiegare adeguatamente la rapidità del lavoro della compilazione (v. *infra sub D*), rileverò che tre anni hanno rappresentato un lasso di tempo sufficientemente lungo perché alcune sottocommissioni abbiano potuto portare a termine ciascuna un proprio lavoro di elaborazione e la commissione plenaria — o piuttosto un'altra sottocommissione, che operava quasi di conserva, sotto la speciale direzione di Triboniano — abbia potuto fondere ed accordare il materiale raccolto e rielaborato da quelle [22].

[22] I critici moderni tendono piú a diminuire che a sfruttare lo spazio di tre anni entro il quale furono redatte le Pandette. Scrive l'ARANGIO-RUIZ, *Storia* [3]

C) Che il materiale dei Digesti sia stato elaborato dai compilatori in sottocommissioni diverse, ciascuna relativa ad un determinato gruppo di opere, è uno di quei risultati che pare assai difficile scalzare. Tuttavia non vedo troppo chiaramente come l'ipotesi dell'Ambrosino (sedici compilatori operanti separatamente, ciascuno in ordine ad una materia determinata) possa conciliarsi con quella del Bluhme (tre o quattro sottocommissioni operanti separatamente, ciascuna in ordine ad un gruppo di opere relative a tutte le materie delle Pandette) [23].

Per vero dire, non pare — a giudicare dalla lettura di altro studio — che l'Ambrosino abbia intenzione di scalzare la teoria del Bluhme [24]. Ma allora c'è da chiedersi in qual modo due ipotesi cosí radicalmente diverse possano essere conciliate.

Se dovessimo ammettere che i compilatori siano stati prima divisi in tre o quattro sottocommissioni diverse e che entro queste sottocommissioni ciascuno si sia occupato di una materia specifica, verremmo sostanzialmente a negare la tesi dell'Ambrosino, perché ammetteremmo che ciascuna materia non è stata data in esclusiva ad un singolo compilatore, ma è stata curata da tre o quattro compilatori diversi (ciascuno in quanto esclusivista della materia in quella determinata sottocommissione). In tal caso, per di piú, dovremmo riconoscere che le sottocom-

373: « Se si pensa al tempo che si era pur dovuto impiegare nella trascrizione dei brani prescelti e nella preparazione di un certo numero di esemplari ufficiali, si deve concludere che la lettura delle opere classiche (ecc.) . . . si erano compiuti in due anni o poco piú ». Io penso che la Commissione dei Digesti non dovette difettare di un congruo stuolo di segretari e sono propenso ad assegnare al lavoro utile dei commissari quasi tutto lo spazio dei tre anni (la preparazione degli esemplari non dovette occupare piú di qualche mese, col sistema della dettatura contemporanea a piú amanuensi). La mia preoccupazione, con tutto ciò, è per il tempo che dovette essere impiegato nel coordinamento del lavoro delle singole sottocommissioni. Ecco perché rifuggo dal pensare alle adunate della Commissione plenaria (ciascuna delle quali doveva logicamente neutralizzare l'adunata delle singole sottocommissioni) ed avanzo l'ipotesi di una sottocommissione di coordinamento, presieduta da Triboniano, il cui lavoro può aver proceduto quasi di pari passo con quello delle altre sottocommissioni. Altre osservazioni contro la tesi dell'Ambrosino, in GUARINO, *Profilo storico*[2] 124 s.

[23] Inutile citare le adesioni alla famosa ipotesi del Bluhme e le ricerche degli altri studiosi che l'hanno confermata. V. per tutti ARANGIO-RUIZ, *Storia* cit. 373 ss.

[24] Infatti, nello studio citato *retro* nt. 14, l'Ambrosino rileva che un determinato passo (D. 50.16.135), interpolato (secondo lui) da Doroteo, appartiene alla massa edittale e che alla stessa massa appartengono altri passi del medesimo titolo, pure interpolati (secondo lui) da Doroteo, e conclude che « Doroteo contribuí ad escerpire, per i Digesti, almeno le opere della massa edittale ».

missioni hanno svolto un lavoro positivo di elaborazione e che un lavoro supremo di armonizzazione è stato compiuto dalla commissione plenaria o da una sottocommissione di coordinamento: cioè che l'opera dei singoli compilatori non può essere in nessun modo individuata [25] (v. *retro sub B*). D'altro canto, a che pro sarebbero state costituite le sottocommissioni se esse non avessero avuto un compito positivo da svolgere, e a che pro sarebbe stato diviso in tre o quattro masse il materiale da elaborare, se per ciascuna massa non fosse stata costituita una apposita sottocommissione di cernita e di elaborazione?

Come si vede, non vi è assolutamente modo di conciliare la ipotesi dell'Ambrosino con la tesi (per tanti versi probabilissima) delle masse e delle sottocommissioni relative [26].

D) Ma a parte la inconciliabilità con la teoria del Bluhme, l'ipotesi dell'Ambrosino cozza, cosí come è formulata, contro altre gravi obbiezioni. Non mi pare, in vero, che l'a. tenga il debito conto né della probabilità che i Digesti siano infarciti di glossemi pregiustinianei, né della probabilità non meno grande che il lavoro di compilazione sia stato in certo modo facilitato ed accelerato dall'esistenza di vari predigesti, di diversa ampiezza ed importanza.

L'alto numero di glossemi pregiustinianei nelle Pandette non è certo una fisima dei romanisti moderni, inventata per giustificare le sconcordanze e le antinomie piú notevoli e per eliminare la vecchia accusa di distrazione e di disattenzione sul capo di Triboniano [27]. L'ipotesi dei glossemi pregiustinianei si basa su considerazioni generali di indiscutibile peso e su elementi di comparazione altamente degni di nota.

Non è possibile che le opere dei giuristi classici si siano mantenute incontaminate attraverso i secoli della decadenza; non è ammissibile che su di esse non si siano progressivamente formate concrezioni sempre piú dense di osservazioni marginali, di note interlineari, di parafrasi aggiuntive e sostitutive, di parziali rielaborazioni, sotto l'influsso di mutate condizioni giuridiche e sociali. È evidente invece che il materiale sfruttato da Giustiniano era stato già ampiamente (molto piú ampiamente di quanto non si osi credere ed affermare comunemente) modificato e rielaborato dai pratici e dai teorici precedenti, e la com-

[25] In quanto sommersa (o almeno di molto spersonalizzata) dall'opera collettiva delle sottocommissioni.

[26] La teoria dell'Ambrosino può essere conciliata con quella del Bluhme, solo se ridotta entro i limiti indicati *infra* n. 5.

[27] Sul punto, cfr. l'ampia trattazione dell'ALBERTARIO, *Introduz. storica* 55 ss.

parazione con le fonti giuridiche pervenuteci indipendentemente dai Digesti lo conferma luminosamente: nessuno piú dubita, oggi, che queste ultime abbiano subito quali piú quali meno profonde modificazioni con gli anni. Reputo inutile richiamare i numerosissimi elementi specifici di prova di questa tesi critica difficilmente contrastabile [28].

Orbene, sia che si ammetta — con la corrente critica che noi seguiamo — che le modificazioni postclassiche abbiano avuto spesso carattere sostanziale, sia che si sostenga che esse abbiano avuto importanza prevalentemente formale [29], è certo che l'esistenza di tutte quelle modificazioni di diversissima origine è tale da complicare ancor piú — se pure è possibile — la fatica di ricercare la personalità dei singoli membri della commissione giustinianea attraverso l'analisi dei passi delle Pandette.

Non basta. L'ipotesi dei predigesti postclassici, a carattere eminentemente scolastico — cosí come è stata presentata dall'Arangio-Ruiz [30], ed accolta e sviluppata da molti [31] — è una ipotesi che la critica moderna viene corroborando con numerose ed importanti riprove e che, a parte ciò, non teme di essere facilmente scalzata, sul piano della discussione generale. Si guardi alle opere giurisprudenziali conservateci al di fuori della compilazione e si vedrà che esse — al di fuori di Gai *Inst.* e degli scritti ad esso ricollegati (Gai *epit.*, *Fragm. Augustod.*) — sono in massima parte altrettante compilazioni di varia ampiezza, ricchezza ed importanza. Ciò è altamente significativo: tanto significativo, che io non esito ad affermare che gran parte del materiale adoperato dai compilatori giustinianei dovette essere un materiale già piú o meno elaborato in compilazioni per materie o gruppi di materie, secondo le necessità dell'insegnamento scolastico. Non nego che i commissari abbiano avuto per le mani anche gli scritti dei giuristi classici (in edizioni piú o meno fedeli agli originali [32]), ma la consultazione di questi scritti fu piccola cosa — operata prevalentemente a scopo di controllo e di eventuale ritorno all'insegnamento genuino — di fronte alla serie nu-

[28] Cfr. ARANGIO-RUIZ, *Storia* cit. 354 ss.

[29] Per una completa informazione sul punto, cfr. ARANGIO-RUIZ, *cit.* 322 ss.

[30] In *Conf. per il XIV cent. delle Pandette* 297 ss., e in *Studi Albertoni* 1.5 ss.

[31] Cfr. per tutti DE FRANCISCI, *Storia* 3.1.279 ss.

[32] Non vi è ragione per non prestare una certa fede a c. *Tanta* 1: «*sed cum omnia percontabamur, a praefato viro excelso* (*i. e. Triboniano*) *suggestum est duo paene milia librorum esse conscripta et plus quam trecenties decem milia versuum a veteribus effusa, quae necesse esset omnia et legere et perscrutari et ex his si quid optimum fuisset eligere*».

merosa di canovacci fornita dalle compilazioni postclassiche, in tutte le loro svariatissime forme [33].

Io ho per fermo che una Palingenesi critica dei Digesti non possa in nessun modo prescindere dalla tesi della esistenza dei predigesti e dalla ricerca del modo vario come questi predigesti vennero a costituirsi nel corso dell'età postclassica. L'ipotesi del Bluhme aiuta, non contrasta la teoria dei predigesti postclassici e, reciprocamente, questa teoria può ancor meglio illuminare la verità di quella ipotesi [34]. L'ipotesi dell'Ambrosino, invece, non potrà, quanto meno, essere dimostrata senza una preventiva demolizione della teoria dei predigesti: la conciliazione con essa determinerebbe la impossibilità di dimostrare, nella maggioranza dei casi, l'opera svolta da ciascun singolo membro della commissione giustinianea.

E) La considerazione dei Basilici e delle altre compilazioni postgiustinianee è fatta anche essa piú per contrastare che per agevolare la tesi dell'Ambrosino.

Abbiamo visto, sia pure per sommi capi, il complesso non indifferente di motivi non immaginari che spiega la brevità del tempo della compilazione ed il numero delle antinomie che vi si riscontrano, senza necessità di aderire all'ipotesi dell'Ambrosino. Il materiale dei Basilici (anch'esso, purtroppo, assai poco sfruttato fin oggi dal lato critico) conferma e consolida la tesi dell'ampia elaborazione pregiustinianea del materiale delle Pandette.

Pochi credono ormai, di fronte alla evidenza delle prove che piovono da ogni parte, al carattere meramente riassuntivo ed esplicativo (*ex post*) della *summa* dell'Anonimo e delle numerose serie di scolii di svariati autori che sono raccolti nei *Libri Basilicorum* [35]. Sono invece evidenti e sicure, oltre che sufficienti, le tracce, in questo materiale, di una rappresentazione dello stato pregiustinianeo del diritto romano: è chiaro cioè che non si tratta di traduzioni, parafrasi, riassunti e commenti per i quali si siano avuti presenti i soli frammenti dei Digesti, ma che si tratta di traduzioni, parafrasi ecc., le quali rappresentano come

[33] Si noti che il brano di c. *Tanta* 1, riportato alla nota precedente, è preceduto da queste altre parole: « ... *postea vero maximum opus adgredientes ipsa vetustatis studiosissima opera iam paene confusa et dissoluta eidem viro excelso permisimus tam colligere quam certo moderamini tradere* ».

[34] A mio parere, anzi, i commissari giustinianei trovarono già fondamentalmente costituite ad opera della scuola postclassica le *massae* di opere da escerpire: cfr. GUARINO, *Profilo storico*² cit. 127 s.

[35] V. tuttavia, in questo senso, SONTIS, *Digestensumme des Anonymos*.

una nuova edizione (postgiustinianea) delle traduzioni e parafrasi greche pregiustinianee delle opere della giurisprudenza romana, cosí come correvano per le scuole orientali postclassiche.

Se le tracce pregiustinianee che si ritrovano nei Basilici riflettessero esclusivamente lo stato del diritto classico — come ha opinato il Riccobono [36] — la tesi dell'Ambrosino non soffrirebbe nulla da questo lato, anzi verrebbe persino ad essere agevolata. Senonché i Basilici riflettono, in maniera non sempre distinguibile, lo stato pregiustinianeo, sia classico sia postclassico, del materiale dei Digesti: questa mia tesi [37] — che trova oggi il conforto dell'adesione dell'Arangio-Ruiz [38] — è, dunque, tale da aggiungere qualche cosa di piú al monte di difficoltà che si para di fronte all'ipotesi ambrosiniana.

5. — In conclusione, se io non vado errato (del che incombe sull'Ambrosino l'onere della prova), la tesi che i membri della Commissione dei Digesti abbiano lavorato ciascuno per suo conto, occupandosi ciascuno di una specifica materia o di un determinato gruppo di materie, non appare, cosí come è formulata, né dimostrabile né verosimile.

La tesi dell'Ambrosino deve subire, a mio parere, sensibili modificazioni e temperamenti, e deve essere essenzialmente ridotta all'affermazione (di cui, peraltro, nessuno ha mai dubitato) che i sedici commissari abbiano lavorato, e assai lavorato, sia singolarmente che in sottocommissioni ed in assemblea plenaria, per portare a termine l'opera gigantesca (e, come tale, piena di imperfezioni nei particolari) delle Pandette. Dimostrare quale sia stato il compito specificamente assolto da ciascuno nelle varie fasi della compilazione mi sembra impossibile, perché urta contro sicure deduzioni contrarie, o comunque contro insormontabili difficoltà pratiche. Tutt'al piú potrebbe trovare una nuova riprova l'ipotesi bluhmiana delle sottocommissioni, se si riuscisse a provare (cosa anche questa assai difficile): *a*) quale sia stato il diverso modo di essere e di pensare di Teofilo e di Doroteo; *b*) se e quale sottocommissione sia stata presieduta (e perciò fortemente influenzata) dall'uno e dall'altro; c) quale sia stato il diverso influsso esercitato sulle restanti sottocommissioni dai rispettivi presidenti.

[36] Principalmente in *Mélanges Fitting* 2.473 ss.

[37] *Recensione* a Sontis, *Digestensumme*, in *SDHI*. 5 (1939) 279 ss.; *Über den Begriff der Kollation*, in *ZSS*. 59 (1939) 509 ss.; *Sull'importanza delle compilazioni giuridiche bizantine*, in *Conferenze Pavia per Ferrini*, in pubbl.

[38] *Sull'importanza delle compilazioni* cit.

Distinguere, entro limiti ragionevoli, il diverso modo di operare delle sottocommissioni bluhmiane in funzione dell'influsso personale esercitato su di esse dai rispettivi presidenti: ecco una dimostrazione che potrebbe essere di altissimo interesse per i nostri studi e che l'Ambrosino ha certamente tutti i numeri per tentare. *Mais surtout pas de zèle!* Non va dimenticata, oltre tutto, l'opera eminente che deve essere stata compiuta dalla commissione plenaria — o meglio, secondo l'ipotesi che preferisco, dalla sottocommissione di coordinamento presieduta da Triboniano —. Questa opera eminente non ha potuto non cancellare e confondere molte delle già labili tracce stilistiche e di pensiero lasciate nei testi dalle singole sottocommissioni. Né vanno dimenticati, subordinatamente, i molteplici altri fattori che possono e debbono concorrere a spiegare tanti e tanti rilievi, che possono far colpo a prima vista, ma che una mente non prevenuta ha il dovere di valutare adeguatamente[39].

[39] Nello scritto *In tema di interpolazioni* (citato *retro* nt. 14) l'Ambrosino si sforza appunto di dare un primo « fugace saggio del risultato piú modesto tra quelli che a *suo* parere si possono raggiungere ». D. 50.16.135 conterrebbe una rielaborazione dottrinale assolutamente caratteristica della cost. giustinianea di C. 8.58.2 (a. 528); le stesse caratteristiche di rielaborazione ricompaiono in *Inst.* 3.3.4, compilate (secondo il Ferrini) da Doroteo: dunque Doroteo avrebbe rielaborato D. 50.16.135. E siccome altri frammenti del tit. D. 50.16 apparirebbero alterati con le stesse caratteristiche di stile ed appartengono alla stessa massa (edittale) del fr. 135, l'a. conclude nella maniera che abbiamo riferito *retro* nt. 24. Non mi indugerò ad indicare altri frammenti di altra massa di D. 50.16 che appaiono rielaborati con caratteristiche analoghe a quelle scorte dall'a. nel fr. 135 (le quali caratteristiche sono, poi, quelle comuni della scuola bizantina, e non del solo Doroteo) e mi limiterò a fare le seguenti osservazioni, per dimostrare come la ineluttabilità di sillogismo che l'a. conferisce alla sua ipotesi poggia, molto probabilmente, su basi di creta: *a*) D. 50.16.38 appartiene non solo allo stesso titolo, ma anche alla stessa massa del fr. 135: orbene, esso non è stato rielaborato (cfr. l'a. a p. 2 s.). Come mai Doroteo avrebbe omesso di modificare il diritto classico in un frammento relativo allo stesso argomento, appartenente alla stessa massa, rientrante nel medesimo titolo del fr. 135? *b*) Tra *Inst.* 3.3.4 e D. 50.16.135 vi è certamente una coincidenza di pensiero (sebbene non manifestantesi attraverso una identità di stile stupefacente), ma è assai dubbio che il fr. 135 sviluppi il contenuto della costituzione giustinianea di C. 8.58.2. Se ciò fosse vero, il linguaggio del fr. 135 potrebbe essere fiorito quando si vuole, ma sarebbe certamente piú categorico: lo « *et magis est* », che introduce le frasi che colpiscono l'immaginazione dell'a. rende invece probabile che il rielaboratore del frammento non conoscesse la famosa costituzione giustinianea e che egli ragionasse con la sua testa (o meglio secondo quelle che dovevano essere le direttive di pensiero, in materia, del diritto postclassico), cioè che la costituzione giustinianea ancora non fosse stata emanata quando il frammento ulpianeo era rielaborato. Dunque, il compilatore di *Inst.* 3.3.1 non ha riela-

POSTILLA: PATRIZIO FIGLIO DI LEONZIO?

In una breve raccolta di note relative all'antica Berito Bertrand Hemmerdinger (*Litterature grecque et droit romain à Beryte*, in *Quad. di storia* 35 [1992] 111 ss.) dedica una pagina anche alla eccellenza e rinomanza della scuola giuridica beritense e dei suoi rappresentanti. Riesce a tutta prima un po' faticoso rintracciare i due testi latini paralleli della costituzione giustinianea in data 16 gennaio 533 citati dall'a., ma poi dal fatto che il secondo testo viene riferito a CI. 1.17.9 (Kr.) si intuisce (e se ne ha conferma dal controllo della costituzione bilingue premessa alla *Littera Florentina*) che il primo testo altro non è che la traduzione latina di un brano del paragrafo 9 della c. Δέδωκεν, mentre il secondo testo è il corrispondente paragrafo della c. *Tanta* nella versione riportata, tanto per l'esattezza, da CI. 1.17.2.9 e datata, sempre per l'esattezza, 16 dicembre 533 (*XVII Kal. Ian. Constantinopoli dn. Iustiniano pp. A. III consule*).

Tanto chiarito, è pienamente esatto che Giustiniano, nel parlare di Triboniano e dei suoi collaboratori, e nel fermarsi in particolare sul beritense Doroteo, mentre nella *Tanta* esalta genericamente Berito come *Berytensium splendidissima civitas*, nella Δέδωκεν è molto piú specifico,

borato anche il fr. 135, ma si è richiamato ad esso (o meglio, si è richiamato a quello che già doveva essere il comune insegnamento delle scuole postclassiche) quando ha citato la costituzione del suo imperatore ed ha voluto commentarla, — *c*) Tanto il tit. D. 50.16, quanto il tit. D. 50.17 (che lo porta addirittura scritto in rubrica) sono essenzialmente dedicati a dare un quadro divisionistico della sapienza giuridica dei « *veteres* » (cfr. la c. *Tanta* 8*c*): le alterazioni, di cui i relativi frammenti son pieni, sono, per la massima parte, pregiustinianee. — [Di sfuggita, noterò anche che gli elementi di prova addotti a p. 11 nt. 2, per dimostrare il carattere interpolatizio di D. 50.16.12.1, non hanno alcun valore: *a*) il § 1 « non si riallaccia logicamente al pr. » per l'ottima ragione che riguarda un argomento diverso, pur essendo tratto dallo stesso libro della stessa opera dello stesso autore: forse che i commissari avrebbero dovuto, per ciò, rinnovare l'*inscriptio*?; *b*) il § 1 non traduce affatto il verso 3.44 degli « Argonauti » di Apollonio Rodio, poema scritto dopo la morte di Ulpiano: l'amore per le cose semplici e per il buon senso, che deve fiorire anche nel cuore dei critici delle fonti giuridiche romane, porta invece a ritenere che Apollonio Rodio abbia tradotto, in termini alati di poesia, un notissimo adagio, che anche il buon Ulpiano aveva espresso in arida prosa nel punto in cui era logico e necessario che lo esprimesse; *c*) comunque, ammesso che il § 1 non sia ulpianeo, chi dice all'Ambrosino che esso sia stato redatto da Doroteo, e non da un precedente studioso postclassico in vena di reminiscenze poetiche?].

* In *Labeo* 38 (1992) 253 s.

perché di Berito dice che si tratta della τῶν νόμων πόλις (dunque, della *legum civitas*), aggiungendo: φαμὲν δὲ τὴν ἀοίδισμόν τε καὶ περιφανῆ τῶν Βηρυτίων μητρόπολιν. Ma non è con ciò che, sempre per amore di precisione, penso si possa chiudere il presente tagliacarte, visto che l'a. nel brano della *Tanta* segnala come frutto di un'interpolazione (di un'« intrusion ») la menzione di un ascendente dell'altro professore beritense Anatolio a nome *Patricius* figlio di *Leontius*, cosí come risulta dalle parole « *atque Patricium filium eius* ».

Vogliamo leggere tutti insieme il periodo interessato? Eccolo:

Sed et Anatolium, virum illustrem magistrum, qui et ipse apud Berytienses iuris interpres constitutus ad hoc opus adlectus est, vir ab antiqua stirpe legitima procedens, cum et pater eius Leontius et avus Eudoxius post Patricium inclutae recordationis quaestorium et antecessorem et Leontium virum gloriosissimum praefectorium et consularem atque Patricium filium eius optimam sui memoriam in legibus relinquerunt.

Qui non si tratta di dubitare soltanto della menzione del secondo *Patricius* (che il Krüger, ad ogni buon conto, spersonalizza in *patricius*, facendo di *atque patricium filium eius* un ulteriore attributo del *Leontius vir gloriosissimus* ecc.). Si tratta piuttosto di porre in rilievo che, fuori da CI. 1.17.2.9, tutto il brano da *cum* a *Patricium filium eius* è assente dalla c. *Tanta*, mentre è presente (in termini enfatizzati) nella Δέδωκεν, che della *Tanta* fu forse (o non?) il primo e piú verboso abbozzo.

Cosí stando le cose, o si ipotizza che in CI. 1.17.2.9 il brano *cum* — *eius* è un'ipotesi di « Giustiniano interpolante se stesso » (in quanto ha tenuto presente, *re melius perpensa*, la stesura del testo greco), oppure si ipotizza che quel brano anche in CI. 1.17.2.9 non esisteva e che l'intrusione sia stata opera di un eccesso di diligenza di Aloandro, cioè di colui che l'ha proposto in sede di edizione critica. Scacciare dalla costituzione *Tanta* il solo Patrizio figlio di Leonzio, insomma, non è giusto.

I DIGESTI E LA « SUMMA » DELL'ANONIMO

1. — Per due motivi soprattutto va segnalato il libro del Sontis da una parte, per l'ottimo contributo alla caratterizzazione del metodo di lavoro dell'Anonimo, la cui *summa* dei Digesti appare ampiamente sfruttata dai Basilici; e, dall'altra, per l'occasione che crea di riesaminare e discutere sotto una nuova luce il problema della utilità dei Basilici (ed in particolare dei testi dell'Anonimo) ai fini della critica del *Corpus iuris* (ed in particolare dei Digesti). Per quanto la tesi fondamentale del Sontis non debba dirsi, a mio avviso, riuscita, la via da lui aperta si rivela particolarmente fruttuosa e suggestiva. Sarebbe augurabile perciò che altre ricerche — dell'a. e di altri — si aggiungessero a questa prima. Solo quando un esame completo e profondo avrà pervaso l'intero materiale dei Basilici, potrà dirsi forse la parola definitiva sulle fonti cui essi — specialmente nella parte che corrisponde ai Digesti — si ricollegano. Ed allora appunto la intuizione del Riccobono, vanamente attaccata dall'a., potrà trovare la sua sostanziale, tranquilla conferma.

La monografia è divisa dall'a. in tre parti. Nella prima (p. 1-30) l'a. inquadra il suo problema entro la cornice piú ampia di tutte le elaborazioni bizantine del *Corpus iuris*, compilate intorno al secolo VI. Nella seconda (p. 31-132) egli, premesso un esame critico molto acuto dei testi latini, procede ad un'opera di raffronto fra il pensiero classico, il pensiero giustinianeo e quello postgiustinianeo, in ordine a singoli punti del diritto dotale romano. Nella terza, infine, egli trae le sue conclusioni generali e formula la sua propria teoria.

2. — L'opera, interessante, merita una esposizione piú ampia e minuta.

* In *SDHI*. 5 (1939) 272 ss. Recensione a J. M. SONTIS, *Die Digestensumme des Anonymos - I. Zum Dotalrecht (Ein Beitrag zur Frage der Entstehung des Basilikentextes)*, « Heidelberger rechtswissenschaftliche Abhandlungen » 23 (Heidelberg 1937) p. VI-160.

I) L'a. prende le mosse da un dato di fatto, che a lui sembra incontrovertibile: di contro al divieto emanato da Giustiniano di ogni libera rielaborazione dei materiali raccolti nel *Corpus iuris*[1] sta la innegabile esistenza di quelle libere elaborazioni greche, principalmente del VI secolo (alcune indubbiamente compiute durante la vita dell'imperatore), che a noi sono soprattutto pervenute attraverso i *Libri basilicorum*. Egli prescinde dall'occuparsi del perché di queste rielaborazioni[2] e limita il suo esame al come esse si sono formate: sono esse di totale fattura postgiustinianea o si appoggiano piuttosto a commentari greci pregiustinianei? Si nota a prima vista, infatti, come esse presentino spesso divergenze anche notevoli dal contenuto dei testi del *Corpus iuris*, né mancano accenni espliciti allo stato di diritto pregiustinianeo ed alle riforme apportatevi da Giustiniano. Sin che si tratta di quest'ultima categoria di divergenze, non è difficile farsi una spiegazione: un motivo didattico ha spinto i loro autori (trattasi, piú precisamente, della Parafrasi delle Istituzioni di Teofilo, dei παραγραφαί al Codice di Taleleo, dell'*Index* e dei παραγραφαί ai Digesti di Stefano) a delucidare di tanto in tanto, con riferimenti, con citazioni, con comparazioni, il dettato compilatorio. Le difficoltà sorgono invece in altri casi: *a*) quando maggiori o minori divergenze sostanziali si diano tra le apparenti parafrasi ed il testo latino; *b*) quando tali elaborazioni abbiano piú il carattere di una libera interpretazione dei passi corrispondenti, che di una letterale traduzione (κατὰ πλάτος ἑρμηνεία piuttosto che κατὰ πόδας). In tali casi, e proprio perché sono tutt'altro che infrequenti, viene naturale il pensiero che il « traduttore » greco abbia avuto sotto occhio e ampiamente usato un'altra fonte, e cioè: *a*) o manoscritti delle varie parti del *Corpus iuris*, i quali erano sensibilmente diversi da quelli da cui sono derivati i manoscritti fonti delle nostre edizioni critiche; *b*) o (ipotesi molto piú probabile) fonti greche pregiustinianee, esponenti di uno stato di diritto ampiamente riformato dai compilatori.

La seconda ipotesi è quella che da gran tempo va per la maggiore,

[1] C. *Deo auctore* 12, c. *Tanta* - Δέδωκεν 21. Per la estensione di questo divieto (che risulta soltanto da costituzioni relative alle Pandette) a tutto il *Corpus iuris* è la dottrina di gran lunga dominante: cfr. da ultimo De Francisci, *Storia* 3 (parte I[a]) 315 nt. 2. Ma v. in contrario le acutissime obbiezioni del Peters, *Die oströmischen Digestenkommentare und die Entstehung der Digesten*, in *Sitz.-Berichte Sächs. Gesellsch., Philol.-histor. Klasse* 65 (1913) 105, cui peraltro l'a. diffusamente replica (p. 146 s.).

[2] L'a. tralascia di vedere cioè (come invece forse andava fatto) le ragioni per cui il divieto giustinianeo, pur in vita dell'imperatore, fu cosí poco osservato.

sia in relazione alle compilazioni in greco delle *Institutiones*, che in merito a quelle del *Codex*. Con molta coerenza e con successo notevole di critica, essa fu applicata, agli inizi del secolo, dal Riccobono [3], anche ai Digesti. I commentatori greci di quest'opera — ha sostenuto lo studioso italiano — si fondarono essenzialmente sulle traduzioni greche dei testi classici, sí che il loro compito si ridusse a fare delle interpolazioni di esse sulla falsariga di quelle eseguite da Triboniano sui testi latini: alla loro sciatteria va imputato se questo lavoro non fu esattamente compiuto, ma alla loro sciatteria debbono essere grati gli studiosi moderni, se attraverso mille fessure è dato loro di scorgere, in queste compilazioni, angoli altrimenti oscuri del puro diritto romano. — Alla eccessiva audacia (di pura formulazione, del resto) di questa impressionante teoria volle reagire il Peters [4] con una tesi parimenti esagerata e molto meno verosimile: i casi che secondo il Riccobono presentano tracce classiche non dovrebbero essere ricollegati allo sfruttamento di scritti greci pregiustinianei, bensí — almeno limitatamente all'Anonimo e alla ipotetica Anonimuskatene — ad un manoscritto latino di molto divergente da quello onde è discesa la *Littera florentina*. — Molto opportunamente l'a. (15) ripudia, sulle tracce del Mitteis [5], questa controteoria e si propone il compito piú radicale « die These Riccobonos und seine Argumentation ins Auge (zu) fassen ».

Ma anche la critica dell'a. appare senz'altro incerta e poco convincente. Egli tralascia, anzitutto, nella prima parte, di esaminare l'argomento fondamentale del nostro romanista — quello cioè che alcuni passi della *summa* dell'Anonimo sono liberi da interpolazioni, che appaiono invece nella Florentina — e ne rimanda la demolizione alla fine del lavoro. Comunque già le obbiezioni agli altri argomenti paiono a me fatte con soverchia leggerezza (p. 15-25); troppa per poter dichiarare improbata, in tutta la sua estensione, la tesi del Riccobono. Molti degli indizi da questi portati a riprova del suo asserto mantengono inalterati tutto il proprio valore: 1) è innegabile che citazioni di autori classici sono piú esatte in scoli (es.: di Stefano, di Doroteo) che non nel manoscritto fiorentino, che dunque esse provengono dalla consultazione di scritti dei maestri di Berito anteriori alla compilazione; 2) è innegabile che Stefano ha conoscenza della *formula prohibitoria* classica, inesistente nei Digesti; 3) è innegabile che Taleleo cita un principio di

[3] *Mélanges Fitting* 2.473 s. Con il Riccobono è oggi la comune dottrina.
[4] *Digestenkommentare* cit. 36 s.
[5] *ZSS*. 34.406.

Paolo ignoto ai Digesti e alla stessa *summa* dei Basilici; 4) è innegabile che Harmenopulos fa cenno di un principio che è contenuto soltanto nella post-classica *Epitome Gai*. Tutte ragioni per ritenere incrollabile la ipotesi del Riccobono, almeno per quanto riguarda gli scolii non dell'Anonimo.

Possono fare impressione, piuttosto, gli argomenti di indole generale che l'a. — con una restrizione del suo campo di indagini — porta contro la applicazione di quella teoria almeno alla *summa* dell'Anonimo; senonché anche essi valgono — se non mi sbaglio — piú in confronto della formulazione, anziché della sostanza della teoria del Riccobono. *a*) Si stenta a credere che la *summa*, nei due secoli in cui rappresentò il massimo commento greco dei Digesti, non sia stata corretta, in relazione al testo latino, da qualche solerte lettore. Ma — a parte il fatto che ciò qua e là può essere benissimo successo — è ben sicuro l'a. della esistenza, in diritto postgiustinianeo, di studiosi cosí attenti e scrupolosi, da andare a confrontare — avendone sott'occhio la epitome in propria lingua — quella noiosa raccolta di nozioni in gran parte vecchie e superate che erano per essi le voluminose Pandette? *b*) Si stenta a credere che la *summa* sia rimasta priva per l'appunto di tante interpolazioni giustiniance. Ma non crede l'a. che il carattere epitomatorio dell'opera (di cui il Riccobono non ha — ne convengo — tenuto il debito conto) possa contribuire a giustificare molte lacune — rafforzando dunque la tesi del Riccobono, dal punto di vista della verosimiglianza —, anziché spingere ad escludere del tutto il gravissimo indizio della mancanza di queste interpolazioni? *c*) Si stenta a credere che almeno l'Anonimo e Stefano, i quali hanno scritto le loro opere intorno agli ultimi anni del regno di Giustiniano [6], si siano dati alla lettura esclusiva di opere pregiustinianee, anziché consultare la fiorente letteratura ormai già sorta (per opera di Teofilo, Doroteo, Cirillo e forse molti altri ignoti) intorno ai Digesti. Ma — prescindendo da ciò, che questi primi commenti fanno appunto capo ad opere pregiustinianee — non pensa forse l'autore che perlomeno l'opera dell'Anonimo avesse un carattere troppo particolarmente nuovo (quello cioè di un riassunto sistematico), perché essa potesse attingere esclusivamente ai commenti piú frammentari precedentemente compiuti? È indubbio che — a piú di

[6] KRÜGER, *Gesch. der römischen Quellen und Litteratur*[2] 408 s.; PETERS, *Digestenkommentare* cit. 39, 24. Per Teofilo nemmeno l'a. nega (p. 26) che egli — come Taleleo — si sia rifatto, anche nei παραγραφαί ai Digesti, a scolii greci pregiustinianei.

venti anni di distanza dalla sua formulazione — l'ipotesi del Riccobono vada di molto riveduta, modificata e corretta, soprattutto — aggiungerei — in relazione alla Digestenkatene, la cui esistenza è stata cosí luminosamente dimostrata dal Peters [7]. Ma è ben difficile — a quanto pare — spogliarla di quel fondo di ragione, che è il suo vero e grande merito.

II) A destituire di verosimiglianza la teoria del Riccobono, caratterizzando il metodo di lavoro dell'Anonimo come metodo esclusivamente epitomatorio ed interpretativo del diritto giustinianeo, sono rivolte le cento fitte e belle pagine della seconda parte della monografia del Sontis, che toccano alcuni fra i piú interessanti argomenti della materia dotale [8]. Qui mi limiterò a riassumere brevemente una soltanto di queste ricerche, dando puramente notizia del titolo delle altre.

A) Un primo gruppo di indagini si aggira intorno al ben noto principio: *pater adiuncta filiae persona habet actionem rei uxoriae* (Ulp. *Reg.* 6.6). Il problema fondamentale, che — fra altri minori [9] — a questo proposito l'a. si pone, è il seguente: quando è sorta e come si è modificata nel diritto giustinianeo la regola della *adiectio filiae?* Ed ecco in succinto come egli vi risponde (p. 31-66). *a*) Nel contrasto fra Ulp. *Reg.* 6.6, che non dà alcuna giustificazione del principio, e altri testi delle Pandette (D. 24.3.2.1; 46.3.34.6; 24.3.3), che vi conferiscono il fondamento *communis est* (*dos*) *patris et filiae*, non può darsi — rispetto al diritto classico — la prevalenza a questi ultimi, per la ragione che una *communio* della dote (intesa come capitale, e non come azione per la restituzione) costituita tra padre e figlia contrasta col sistema classico della incapacità patrimoniale (Vermögensunfähigkeit) del *filius familias*. L'a. invece si fonda precipuamente sulla scarsezza dei testi che parlano dell'esercizio dell'azione contro gli eredi del marito — tanto piú rilevante, se si consideri la abbondanza di quelli che si riferiscono all'esercizio della azione contro lo stesso marito, *soluto matrimonio* — per aderire (p. 37 s.) ad una vecchia teoria del von Scheurl e del Polygenis, e sostiene che il

[7] *Digestenkommentare* cit. 8 s. Approvo — si badi — la esistenza, e non la composizione della Digestenkatene, cosí come l'ha ipotizzata il Peters.

[8] Ecco i titoli cui appartengono le fonti che formano oggetto della indagine: D. 23.3 = B. 29.1; D. 23.4 = B. 29.5; D. 23.5 = B. 29.6; D. 24.3 = B. 28.8; D. 25.1 = B. 28.10; D. 25.2 = B. 28.11.

[9] Li riferisco: 1) sul valore del silenzio della *filiafamilias*, come espressione di consenso al padre (p. 66-69); 2) sulle conseguenze degli atti di disposizione della dote, fatti dalla figlia senza concorso del padre (p. 69-71); 3) sulla sorte dell'azione dotale nel caso di condanna all'esilio del *paterfamilias* (p. 71-77).

caso originario di applicazione della regola fu quello dello scioglimento del matrimonio mediante divorzio: la regola sarebbe stata creata per frenare l'esercizio arbitrario, da parte dei *patres familiarum*, del diritto di sciogliere, quando loro piacesse, i matrimoni *sine manu* delle figlie soggette alla loro potestà. Solo piú tardi la regola sarebbe stata estesa al caso di scioglimento del matrimonio per morte del marito [10]. In conseguenza di ciò l'a. critica come interpolati i testi che si riconnettono, direttamente o indirettamente, al fondamento della *communio*. *b*) Nel contrasto fra Ulp. *Reg.* 6.6, che prosegue con le parole *nec interest adventicia sit dos an profecticia*, ed i testi della compilazione, i quali limitano l'esercizio della azione al caso della sola dote profettizia, deve darsi la prevalenza — per diritto classico — al primo (almeno nella sua sostanza), dato che la limitazione alla *dos profecticia* appare chiaramente legata alla riforma di Teodosio e Valentiniano (CI. 6.61.1.2), per cui la *dos adventicia* — nel caso dello scioglimento del matrimonio per divorzio (senza colpa della moglie) e per morte del marito — va senz'altro alla moglie (p. 43 s.). *c*) Il motivo che dovette spingere Giustiniano alla enunciazione di due princípi cosí stranamente antigiuridici è ricercato dall'a. nell'influenza del diritto greco, per cui [11]: 1) la dote era, *constante matrimonio*, proprietà della moglie, e su di essa era riconosciuto al marito un semplice usufrutto; 2) la dote (sia che fosse stata costituita dai genitori, sia che fosse stata costituita da terzi) era proprietà della moglie anche dopo lo scioglimento del matrimonio. Ma Giustiniano, per un complesso di ragioni, che si ricollegano principalmente all'ossequio necessario al diritto romano, non applicò organicamente questi princípi del diritto greco nella compilazione [12], né seppe o poté esprimere con esattezza il nuovo stato di cose [13]. *d*) È

[10] Il ragionamento non ha convinto il LAURIA, *Dote romana* estr. da *Atti Soc. Reale di Napoli* 29 nt. 22.

[11] Cfr. MITTEIS, *Reichsr. und Volksr.* 230 s.

[12] Il che è riconosciuto dall'Albertario, *Studi* 1.401, che della evoluzione in parola ha dato la completa dimostrazione (ivi 369 s.). Cfr. anche i citati dall'a. p. 50 nt. 1; *adde* MASCHI, *La concezione naturalistica*, *PUC.* (serie 2ª) 53.319 s., in senso nettamente contrario.

[13] Gli scolii dei Basilici (e specialmente quelli dell'Anonimo) dimostrerebbero invece, secondo l'a. (58), che « die Gedanken der Kompilatoren, welche sie durch Interpolation in unvolkommener und unklarer Weise zum Ausdruck gebracht haben, werden vom Anonymos in seinen Anmerkungen in einer entwickelten und klareren Form ausgeführt ». Senonché — a prescindere dalle osservazioni piú particolari che faccio *infra* n. 3 *sub E* — obietterò che chi segue oggi il Riccobono non afferma affatto che gli scolii dei Basilici (per limitarci ad essi) siano stati sempre ed unicamente compiuti ricalcando servilmente le elaborazioni pregiustinianee. Il

certo che il confusionario ed oscuro stato dei testi viene di molto semplificato e chiarito nella *summa* dell'Anonimo, e l'a. ce ne dà un pregevole esempio nella comparazione fra D. 34.3.22.6 e B. 28.8.22 th.7 (p. 58 s.).

B) Altre indagini meno ampie ineriscono alle seguenti questioni: 1) spese dotali (p. 77-90); 2) *dos tacita* (p. 90-96); 3) se il marmo di un fondo dotale sia frutto (p. 96-104); 4) responsabilità del marito per sottrazione di beni parafernali (p. 104-115); 5) ripartizione dei frutti nell'ultimo anno dotale (p. 115-120). Una disamina di 17 altri singoli testi (D. 23.3.6 pr.; 12 pr.; 21; 46.1; 53; 23.4.4; 11; 24.3.1; 2 pr.; 9; 10.1; 14.1; 17.1; 20; 22.3; 45) chiude questa seconda parte (p. 120-132).

III) Eccoci infine alla parte conclusiva del lavoro.

A) I risultati particolari raggiunti, a proposito di singole questioni o di singoli testi, nella parte seconda portano l'a. alla formulazione di queste proposizioni generali (p. 133-138).

a) Quasi tutte le interpolazioni dei Digesti sono riportate nella *summa* dell'Anonimo. — Piú esattamente è da notare, a questo proposito: 1) che spesso la *summa* dell'Anonimo traduce il pensiero di queste interpolazioni in una forma migliore e piú chiara, che non gli stessi compilatori o gli scoliasti Doroteo, Cirillo e Stefano; 2) che non mancano punti in cui il pensiero compilatorio riceve uno svolgimento piú ampio ed armonico, in quanto che vengono eliminate tracce del pensiero classico non spazzate via da Triboniano né dagli scoliasti sunnominati.

b) A volte interpolazioni dei Digesti mancano nella *summa* dell'Anonimo. Ma in tal caso si può rimarcare: 1) o che queste interpolazioni non avevano una importanza sostanziale, sicché la loro eliminazione può ricondursi al generale intento riassuntivo dell'Anonimo; 2) o che — avendo tali interpolazioni importanza sostanziale — esse erano fatte cosí malamente, che l'Anonimo ha dato piú rilievo al testo classico, mentre Stefano, Doroteo e Cirillo non hanno omesso di riportarle.

c) Gli scolii dell'Anonimo e dell'Enantiofane presentano — in confronto di quelli di Stefano, Cirillo e Doroteo — particolari caratteristiche: 1) perché le note dell'Anonimo esprimono spesso in forma piú chiara pensieri interpolatori; 2) perché l'Enantiofane è un accurato annota-

fatto (per me innegabile) che queste furono a base delle elaborazioni bizantine posteriori alla compilazione si concilia senza difficoltà con l'intento ben ragionevole degli scoliasti ed epitomatori post-giustinianei di chiarire e completare, ove necessario, il pensiero dei compilatori.

tore delle contraddizioni fra passi, di cui uno sia stato alterato dai compilatori, ed è anche caratterizzato dal tentativo frequente di una certa qual conciliazione, alla maniera pandettistica, tra essi.

B) Le conclusioni dell'a. sono (p. 138-150) che la *summa* dell'Anonimo e gli scolii dell'Anonimo e dell'Enantiofane hanno tutti la comune caratteristica di fornire del diritto giustinianeo una sintesi piú lucida, di quanto non avvenga negli stessi Digesti e negli scolii di Stefano, Doroteo e Cirillo. Data la inverosimiglianza della teoria del Peters — già dianzi riferita — non vi è che da concludere — egli continua (p. 132) — se non che le divergenze di queste opere dell'Anonimo dal testo delle Pandette siano « der Initiative und dem energischen Eingreifen einer privaten Person zu verdanken, und es ist das Natürlichste, Anonymos selbst für diese Person zu halten ». In tutte queste opere — accentua l'autore (p. 143) — l'Anonimo « scheint ein Jurist von hervorragendem Wissen und ausserordentlicher Autorität gewesen zu sein ». — La conseguenza di simili conclusioni si è — come è chiaro — che l'opera del giurista innominato non può essere usata per indagare il diritto giustinianeo. Essa rappresenta soltanto (p. 145) « ein wichtiges Hilfsmittel, wenn es sich um die Ermittlung und Verdeutlichung justinianischer Rechtsanschauungen in den Digesten handelt ». Ma come mai — vien fatto logicamente di domandarsi — un giurista tanto fecondo ed insigne è rimasto per tutto il periodo postgiustinianeo completamente incognito? Al che l'a. non si perita di rispondere (p. 148) che il nostro Anonimo volle evidentemente sottrarsi alla applicazione delle pene stabilite da Giustiniano per i violatori del suo divieto di libere elaborazioni del *Corpus iuris* [14], che anzi proprio ciò porta ad ammettere che « das Kommentarverbot auch nach der Regierung Justinians Geltung gehabt hat ».

C) La monografia è coronata dall'esame particolare dei tre confronti fra Digesti e *summa* dei Basilici, che il Riccobono aveva portato a riprova della sua argomentazione fondamentale (p. 151-155). Ma, oramai, il fatto che la *summa* dell'Anonimo non riporti in questi casi le interpolazioni delle fonti giustinianee non può impressionare l'A., il quale agevolmente conclude, assumendo che gli esempi portati dal Riccobono provano unicamente, una volta di piú, la attività epitomatoria dell'Anonimo.

3. — Le affermazioni cui giunge l'a. sono, come si vede, spesso seducenti. Esse non possono dirsi tuttavia a stretto rigore fondate. Soprat-

[14] Le pene del delitto di falso: c. *Tanta*-Δέδωκεν 21.

tutto muoverei all'a. qualche osservazione di ordine generale circa l'inquadratura della intiera monografia.

A) La fedele esposizione dianzi fatta è sufficiente a giustificare il giudizio che il metodo della trattazione non sia del tutto da approvare. L'opera è come spezzata in due parti monche dalla ampia ricerca critica che, come sappiamo, vi sta nel mezzo. Sarebbe stato molto preferibile, invece, se l'a. avesse impostato su piú larghe basi la trattazione generale — ivi fondendo la prima e la terza parte del lavoro — ed avesse dedicato le interessanti pagine della parte intermedia soltanto ad appoggio delle varie conclusioni formulate [15]. Cosí com'é, la monografia non può cancellare la impressione che la sua parte veramente vitale sia la seconda, e che le altre due vi siano state innestate piuttosto artificiosamente. Ed in verità — come ho già detto [16] — non è possibile far derivare una soluzione del problema, con quella completezza che l'a. tenta di darvi, da un'analisi cosí incompleta e ristretta di testi. L'opera del Sontis, piú che un « Beitrag zur Frage der Entstehung des Basilikentextes », è (o perlomeno appare) un contributo alla generale opinione che i Basilici servano di regola ad interpretare il diritto giustinianeo.

B) Piú in particolare, avrei ritenuto necessario che il problema della *summa* dell'Anonimo fosse con maggiore organicità inquadrato nel piú ampio problema di tutte le elaborazioni greche del *Corpus iuris* e della loro origine. Al contrario l'a. accenna soltanto di sfuggita alle discussioni relative alle rielaborazioni bizantine delle *Institutiones* e del *Codex*, le quali invece (come ha ben visto il Riccobono [17]) non possono essere tralasciate neanche da chi voglia limitarsi a portar contributi in relazione alle rielaborazioni delle Pandette. Come concilia l'a. l'opinione dominante in merito alle rielaborazioni del Codice — e cioè che queste rielaborazioni si riattacchino a scritti pregiustinianei — con quella da lui avanzata in merito alle rielaborazioni dei Digesti? E, per limitarci a queste ultime, quale relazione precisa scorge l'a. fra le opere dell'Anonimo e gli altri

[15] Un esempio delle discordanze cui ha portato il metodo di dividere fra la prima e la terza parte la argomentazione generale, lo trovo nella valutazione che l'a. fa del divieto di commenti fatto da Giustiniano. Nella prima parte esso è ritenuto come avente indiscutibilmente portata generale e come superato in pratica soltanto per necessità didattiche (cfr. p. 4 s.); nella terza parte invece l'a. enuncia la tesi del Peters ed imposta finalmente — anche se in funzione di quella tesi — il problema *ex novo* (cfr. p. 146 s.). V. anche *retro* nt. 1.

[16] V. *retro* n. 1.

[17] Nel suo scritto citato alla nt. 3, ove egli formula anche la sua teoria in merito alle rielaborazioni del *Codex*.

scolii dei Basilici — a parte quella puramente negativa derivante dal fatto che né le une né gli altri si riallaccerebbero a commentari greci pregiustinianei? — Perché, in ogni caso, non utilizza egli gli ottimi rilievi del Peters [18], allorché affronta il problema della anonimità del commentatore bizantino? Perché, infine, egli non si preoccupa di vedere in che latitudine il commento dell'Anonimo violasse il divieto giustinianeo? [19].

C) Né mi par utile che l'a. imposti la sua discussione generale sulla antitesi con la teoria del Riccobono. Questa impostazione lo ha portato fatalmente a dire tutto il contrario di quanto fu asserito nel 1906 dal nostro studioso. Vero è che egli subisce in ciò l'influsso del Peters, che nel 1916 respinse in blocco la teoria del Riccobono, sostituendovi la propria, già riferita, e che tanto piú alla esclusione totale della ipotesi del Riccobono egli è indotto, in quanto che neanche la tesi del Peters gli pare (e giustamente) verosimile. Ma ciò appunto lo avrebbe dovuto spingere piuttosto a chiedersi quanto di vero vi sia nella tesi — pur se imprudentemente formulata — dell'autore italiano. Invece egli muove a quella tesi una critica un po' superficiale e non molto convincente, che crede di trovare la sua conferma nei rilievi poi formulati circa il metodo di lavoro dell'Anonimo.

D) E noterò ancora — indottovi dal richiamo della radicale antitesi con la vecchia dottrina del Riccobono — che i risultati esegetici della seconda parte non sono, neanche in sé e per sé considerati, molto convincenti. Come il Riccobono, di trenta anni fa, l'a. si limita a distinguere un diritto classico, perfetto, da un diritto giustinianeo, alterato; nessuna preoccupazione per il diritto postclassico e per il conseguente complesso di alterazioni testuali, che ad esso — non al diritto giustinianeo — vanno attribuite. Ma da trenta anni fa ad oggi un gran passo avanti è stato compiuto dalla critica interpolazionistica, da quando cioè ci si è convinti della impossibilità di ricondurre tutte le moltissime alterazioni dei Digesti a Triboniano, nonché della assurdità di tali ricollegamenti [20], si è iniziata con ardimento la nuova esplorazione [21] e si è giunti finalmente

[18] *Digestenkommentare* cit. 11 s.

[19] Se veramente l'Anonimo deve essere preso come un fedele traduttore ed epitomatore dei Digesti, la sua era né piú né meno che l'attività lecitissima di un compilatore di *Indices*. Nessuna ragione vi sarebbe stata, quindi, per celarsi sotto il velo dell'incognito.

[20] Intuizioni notevoli già in Cogliolo, *AGFS*. 41 (1888) 188 s.

[21] Soprattutto ad opera dell'Albertario, di cui basta rileggere i piú antichi *Scritti* ripubblicati nei tre volumi (I, III, V) sinora usciti delle sue opere, e del Beseler, nei suoi primi preziosi *Beiträge*.

ad un punto in cui — pur essendo l'arduo cammino tutt'altro che coperto — già una classificazione di criteri ed una sistematica valutazione di indizi è stata tentata, con buon successo, da chi fu tra i primi a percorrerlo [22]. Tanto piú doveva — come io credo — l'a. lavorare in questo senso, in quanto che sarebbe stato di immenso ausilio per la sua teoria il poter dimostrare, quando qua quando là, che le cosiddette interpolazioni giustinianee (non riportate dalla *summa* dei Basilici) erano invece sicure alterazioni post-classiche, di modo che ancor meno probabile sarebbe stato il ricollegamento ai manoscritti greci (che forse già le contenevano) della *summa* dell'Anonimo (che invece le esclude). Viceversa — ed è questo il punto cui volevo giungere — non è chi non veda la minor fondatezza e credibilità della teoria dell'a., quando si possa dimostrare che una alterazione rilevata dall'Anonimo era già indubbiamente dell'epoca pregiustinianea, sí che non è piú del tutto sicuro il ricollegamento della *summa* al manoscritto dei Digesti, piuttosto che ad un precedente manoscritto post-classico, già alterato nel senso accolto da Triboniano.

E) Mi sforzerò qui di dare un esempio di ciò che mi intendo di dire.

Come ho avvertito [23], l'a. attribuisce le riforme « giustinianee » del principio *pater adiuncta filiae persona habet actionem rei uxoriae* alla influenza della tipica concezione greca della dote come proprietà della moglie. Ora stupisce che questi rilievi — come anche la nota che il nuovo pensiero giuridico in materia dotale è tutt'altro che chiaramente ed organicamente espresso nella compilazione — non facciamo domandare dall'a. a se stesso, se quelle riforme che egli attribuisce a Giustiniano fossero invece già avvenute nel diritto post-classico, sí che Giustiniano si limitò unicamente ad accoglierle. A questo proposito io sono convinto di due cose: 1) che già il diritto post-classico dovette essere fortemente influenzato dalla concezione dotale del diritto greco, e che quindi tracce frequenti ne dovettero portare i testi classici per mano dei loro tardi lettori; 2) che soprattutto il diritto post-classico orientale dovette essere pervaso da questa concezione, e che quindi ad essa dovevano essere prevalentemente informate le « traduzioni » greche dei testi latini, fatte a scopi pratici o anche didattici. Il secondo punto è intuitivo e non rappresenta che una conseguenza implicita della magnifica dimostrazione del Mitteis [24] circa la influenza del diritto greco, in questo settore, sul diritto

[22] V. ALBERTARIO, *Introduzione storica* 1.57 s.
[23] *Retro* n. 2 *sub A.*
[24] *Reichsrecht und Volksrecht* 230 s.

romano. Quanto al primo punto [25], mi basti di rilevare che presenta, ad esempio, tracce di alterazioni post-classiche e non giustinianee:

D. 37.6.4 (Afr. 4 *quaest.*): *Filium emancipatum dotem, quam filiae suae nomine dedit, conferre non debere, quia* [*non, sicut in matris familias bonis esse dos intellegatur, ita et*] *in patris, a quo sit profecta.*

L'Albertario [26], segnalando giustamente questa alterazione, parlava di « interpolazione giustinianea ». Ma ciò è — a mio parere — da escludersi assolutamente. I compilatori avrebbero scritto *mulieris* e non *matrisfamilias* [27]. Il confronto, invocato dall'Albertario, con D. 21.2.71 ed anche la comparazione con D. 23.3.75 lo dimostrano pienamente, perché in quei testi Triboniano (dato che è indubbio che si tratti di lui) interpola il sostantivo *mulier* [28]. L'estrosa ed erratissima menzione della *mater familias* può solamente ricondursi alla annotazione marginale di un lettore di Africano, e piú precisamente di un lettore orientale, come è dimostrato: 1) dal fatto che questi ha chiarito il dettato classico con un principio del diritto greco (dote in proprietà della moglie); 2) dal fatto che egli non ha avvertito la palmare impossibilità di designare la *sua heres* come *mater familias*.

Vi è dunque stato uno stadio in cui il testo di Africano doveva presentarsi, in una famiglia orientale di manoscritti, pressappoco cosí [29]:

[25] La evoluzione essenzialmente postclassica non mi pare affermata dall'Albertario, il quale (nei due scritti citati *retro* nt. 12) si limita a rilevare la riforma del sistema classico e mette spesso in evidenza l'opera che vi ebbero i giustinianei.

[26] *Studi* 1.376; v. anche LENEL, *ZSS.* 51.15 e WOLFF, *ZSS.* 53.358 nt. 7. Contro questi autori, e per la genuinità del testo, sono Koschaker e Arnò, citati dall'*Index interp.* Per errore l'*Index* annovera il Wolff tra i sostenitori della integrità del passo.

[27] È impossibile credere che Triboniano potesse giungere al punto da definire *materfamilias* una persona *in potestate.*

[28] D. 21.2.71: — [*non*] — [*sicut mulieris dos est, ita patris esse dici potest*]. D. 23.3.75: *Quamvis in bonis mariti dos sit,* [*mulieris tamen est*]. — La coincidenza di D. 37.6.4 e di D. 21.2.71 induce l'Albertario a dichiarare che i due testi, o sono dello stesso giurista o sono della stessa mano interpolatrice; egli scarta la prima ipotesi, perché dei due testi l'uno è di Africano e l'altro è di Paolo, ed accoglie la seconda. Ma, escludendo con noi che la alterazione sostanziale di D. 37.6.4 possa derivare da Triboniano, bisogna pensare che ivi i compilatori si siano limitati alla pura interpolazione formale. Piú particolarmente è possibile che l'emblema di D. 21.2.71 sia stato ricalcato sulla alterazione di D. 37.6.4. — Queste osservazioni dissolvono l'ipotesi del WOLFF, *loc. cit.*, che il supposto emblema di D. 37.6.4 sia derivato da quello già compiuto in D. 21.2.71.

[29] Altre ricostruzioni del testo classico, sostanzialmente identiche, danno l'ALBERTARIO e il LENEL citati *retro* nella nt. 26.

Africanus 4 *quaest.*	Nota marginale.
(Caso: *Emancipatus, qui filiam dotatam in potestate habebat, bonorum possessionem contra tabulas petiit. Quaero, an dotem, quam filiae suae nomine dedit, conferre debeat*).	
⟨*Respondit:*⟩ *Filium emancipatum dotem, quam filiae suae nomine dedit, conferre non debere, quia non* [—] ⟨*sit*⟩ *dos* [—] *in* ⟨*bonis*⟩ *patris, a quo sit profecta.*	*Dos intelligitur in matris familias bonis esse, non in patris.*

Solo in un secondo momento (e, possiamo anche concedere, ad opera dei compilatori [30]), la nota marginale è stata fusa col testo classico, di modo che — come finemente nota l'Albertario — l'insegnamento genuino appare come attraversato da quello spurio. Prima di allora è da presumere che per un certo tempo la soluzione di Africano e la nota scolastica ellenizzante appiccicatavi dal commentatore orientale, siano rimaste distinte. Ordunque è indiscutibilmente a questo stadio che fa capo la *summa* dell'Anonimo, quale la leggiamo nei Basilici. Lo dimostra lucidamente il confronto di essa con il testo giustinianeo, da un lato, e, dall'altro lato, con quello che abbiamo presunto essere lo stato del passo di Africano in epoca post-classica.

D. 37.6.4	Africanus 4 *quaest.*	B. 41.7.4 (H. 4.170)
Filium emancipatum dotem, quam filiae suae nomine dedit, conferre non debere, quia non, sicut in matris familias bonis esse dos intellegatur, ita et in patris, a quo sit profecta.	*Filium emancipatum dotem, quam filiae suae nomine dedit, conferre non debere, quia non sit dos in bonis patris, a quo sit profecta.* Nota: *Dos intelligitur in matris familias bonis esse, non in patris.*	ὁ αὐτεξούσιος κἂν αἰτήσῃ τὴν κατὰ τῆς διαθήκης τοῦ πατρὸς ἐναντίωσιν, οὐ συνεισάγει τὴν προῖκά, ἣν ὑπὲρ τῆς οἰκείας ἐπέδωκε θυγατρός· αὐτῆς γάρ ἐστιν ἡ οὐσία, καὶ οὐ τοῦ ἐπιδεδωκότος.

Mentre il frammento giustinianeo riflette la fusione fra testo classico e nota marginale, la « traduzione » dell'Anonimo riflette quello sta-

[30] V. *retro* nt. 28.

dio indubbio di distacco fra testo e nota, che bisogna ammettere sia esistito in un primo momento.

Piccoli indizi — è vero —, ma quanto basta per ritenere che anche l'Anonimo si sia appoggiato, nella sua *summa,* a traduzioni greche pregiustinianee dei testi classici. Quanto basta, in linea specifica, per convincersi che, nella materia dotale, l'Anonimo non perfezionava riforme giustinianee, ma al contrario ritornava, per cosí dire, ad uno stato di diritto (quale doveva essere quello manifestantesi nelle « traduzioni » greche pregiustinianee), che forse Giustiniano aveva voluto mitigare. Ed invero è evidente che Giustiniano si trovava, nella compilazione dei Digesti, di fronte a due sistemi contrapposti, quello romano e quello greco, di cui il secondo già aveva dovuto di molto influire sull'altro (laonde frequenti alterazioni dei testi classici) e già, nei paesi di oriente, aveva dovuto assumere un dominio quasi assoluto (laonde ne dovevano fare ancora piú frequente menzione le libere traduzioni in greco dei testi post-classici). L'imperatore, piú che riformare il diritto dotale, dovette tendere, in conseguenza, a salvarlo, tentandone una conciliazione col sistema dotale greco. Di questo tentativo appunto è espressione il deplorevole insegnamento di:

D. 23.3.75: *Quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est* [31].

L'Anonimo e gli scoliasti posteriori a Giustiniano, liberi ormai delle sue preoccupazioni e dei suoi scrupoli, tornarono agli insegnamenti degli scritti greci pregiustinianei. È probabile, quindi, che questo ritorno si sia effettuato anche nella materia dell'*adiectio filiae*, indagata (ma non sufficientemente) dall'a.

4. — In conclusione, non credo che l'opera dell'a. sia riuscita a screditare il valore eccezionale dei Basilici al fine dell'indagine del mondo giuridico pregiustinianeo (classico e postclassico) [32]. Essa rappresenta

[31] Per la critica del testo cfr. *Index interp.* e *retro* nt. 28.

[32] Nel mio scritto *Ueber den Begriff der Kollation*, in *ZSS.* 59 (1939) 109 ss., ho tentato di fornire una dimostrazione molto piú ampia e completa della utilità che può assumere lo sfruttamento delle *summae* dei Basilici per la ricostruzione del pensiero post-classico e pregiustinianeo. Alle ricerche del Sontis relative all'istituto dotale, le quali pur non convincono sulla aggiustatezza della tesi dell'a., mi permetto quindi di opporre queste mie sull'istituto della collazione, che è particolarmente indicato (a causa del pochissimo interesse che dovette avere Giustiniano ad alterarlo, salvo che in punti fondamentalissimi) a servire come mezzo di prova per la tesi che io difendo, che cioè la *summa* dell'Anonimo rappresenta sostanzialmente lo stato pregiustinianeo del diritto romano.

indubbiamente un'utile ammonizione a non troppo fidarsi, in simili ricerche, di quella che potrebbe rivelarsi un'arma a doppio taglio. E di ciò — come di ogni invito alla prudenza rivolto alla spesso frettolosa e concitata romanistica moderna — bisogna esser grati al Sontis.

Ma chiudo queste note ripetendo quanto ho già detto all'inizio, che il merito piú alto dell'opera sta nell'aver orientato gli studi sui Basilici verso una nuova direzione, il seguir la quale non potrà non essere, in futuro, fecondo di risultati.

LE COMPILAZIONI GIURIDICHE BIZANTINE E L'INDAGINE STORICO-CRITICA

1. — È ben noto che Giustiniano vietò rigorosamente che sui *Digesta* si esercitasse ogni elaborazione dottrinale, la quale non fosse limitata ai modesti contributi di una traduzione letterale (κατὰ πόδας), o di indici-sommari (ἴνδικες), o di rinvii a testi paralleli (παράτιτλα)[1]. Non meno noto è però che la *summa* dei Digesti che va sotto il nome dell'Anonimo, cosí come tutto l'apparato degli scolii (di Stefano, di Doroteo, di Cirillo, dell'Anonimo, dell'Enantiofane) che ci è conservato dai Basilici, presenta divergenze numerose e a volte notevoli con il testo dei frammenti raccolti nelle Pandette.

Le spiegazioni avanzate dal Mommsen[2] convincono, ma solo in parte. Non tutte le divergenze testuali sinora riscontrate[3] possono ricondursi allo sforzo di concentrazione proprio della *summa*, o alla tendenza al diluimento proprio degli *indices*.

La tesi oggi dominante è quella avanzata dal Riccobono[4], secondo il quale tanto gli scolii ai Digesti quanto la *summa* dell'Anonimo provengono da traduzioni greche pregiustinianee dei testi classici, di modo che il compito dei loro autori fu essenzialmente quello di operare, in queste versioni pregiustinianee, interpolazioni (in lingua greca) corrispondenti a quelle operate da Triboniano nei testi delle Pandette[5].

* In *Scritti Ferrini Pavia* (1946) 309 ss.

[1] C. *Deo auctore* (a. 530) § 12; c. *Tanta* (a. 533) § 21.

[2] *Praefatio* LXXIII ss.

[3] E molte divergenze testuali rimangono ancora da riscontrare, nell'immenso materiale dei Basilici, specie quando sarà seguita una degna edizione critica di essi.

[4] *Tracce di diritto classico nelle collezioni giuridiche bizantine* (1906); *Il valore delle collezioni giuridiche bizantine* (1906); *Mélanges Fitting* 2 (1907-1908) 463 ss.

[5] Hanno esplicitamente aderito alla tesi del Riccobono i seguenti autori: Bruns-Lenel, *Geschichte und Quellen*, in *Holtzendorff Enzyklopädie* 1.388 nt. 2; Kipp, *Quellen*[4] 172; Siber, *Römisches Recht* 1 (1925) 75; Schulz, *Einführung in das Studium der Digesten* (1916) 53.

La teoria del Riccobono, già osteggiata dal Peters [6], è stata combattuta punto per punto, recentemente, dal Sontis [7], che ha, in particolare, tentato di dimostrare per via di molteplici esempi come il metodo dell'Anonimo fosse un metodo esclusivamente riassuntivo del diritto giustinianeo e come, pertanto, solo in base a questo sforzo di sintesi del traduttore greco possano essere spiegate le divergenze testuali tra la *summa* e i frammenti delle Pandette.

Da ultimo ho discusso anch'io il problema delle compilazioni giuridiche postgiustinianee, sia nella recensione al lavoro del Sontis [8], che in altri scritti posteriori a carattere monografico [9].

La mia tesi è stata ed è la seguente:

a) tracce di diritto pregiustinianeo si trovano indiscutibilmente nella *summa* e negli scolii dei Digesti [10];

b) i numerosissimi casi in cui (pur essendo accertato che il diritto classico differí da quello giustinianeo) non risulta che la *summa* o gli scolii rappresentano la situazione classica [11], si spiegano in base ad uno dei seguenti motivi:

aa) gli autori della *summa* o degli scolii hanno ben operato, mutando le versioni greche che avevano a disposizione [12], oppure

bb) l'adeguamento delle versioni greche ai testi latini dei Digesti è stato fatto dai compilatori dei Basilici [13], oppure

[6] *Die oströmischen Digestenkommentare* (1913) 36 ss. Ma v. *contra* MITTEIS, in *ZSS.* 34 (1913) 406.

[7] *Die Digestensumme des Anonymos.* 1. *Zum Dotalrecht* (Heidelberg 1937) 13 ss.

[8] *SDHI.* 5 (1939) 273 ss.

[9] *Ueber den Begriff der Kollation* cit.

[10] V., per una dimostrazione testuale, GUARINO, *Ueber den Begriff* cit.

[11] V., per un'ampia esemplificazione, relativa alla *summa* dell'Anonimo, SONTIS, *op. cit.* 31 ss. Secondo il Sontis, inoltre, tutte le divergenze possono spiegarsi in base all'attività epitomatoria e interpretativa del diritto giustinianeo dell'Anonimo (e degli autori degli scolii), ma io ritengo che il divieto severissimo di Giustiniano (che comminava la pena del falso per i trasgressori) doveva essere abbastanza minaccioso, per dissuadere giuristi a lui coevi, o quasi, dal commentare troppo liberamente le Pandette. Le divergenze si spiegano molto piú naturalmente in base alla considerazione che l'Anonimo e i compilatori degli scolii non prestarono, spesso, soverchia attenzione al loro lavoro e lasciarono pertanto sopravvivere tracce di diritto pregiustinianeo.

[12] Questo è stato indubbiamente il caso normale. Né voglio che si creda che la mia teoria non sia nel senso che le compilazioni giuridiche bizantine rappresentano sporadicamente, eccezionalmente il diritto pregiustinianeo.

[13] Ecco, a mio parere, un punto debole delle teorie, o per un verso o per l'altro, troppo estremiste del Riccobono e del Sontis. Anche il compilatore dei

cc) le versioni greche pregiustinianee adoperate per la stesura della *summa* e degli scolii riflettevano un testo già alterato (il che può essere indizio del fatto che l'alterazione del testo classico è una alterazione postclassica, sí, ma pregiustinianea).

Insomma, anch'io ritengo che molte divergenze tra i testi bizantini e quelli latini dei Digesti possano spiegarsi solo in base all'ipotesi del Riccobono. Ritengo però che — appunto perché non pare dubbia la derivazione della *summa* e degli scolii ai Digesti da compilazioni bizantine pregiustinianee — tutte le volte in cui, essendovi già il sospetto di alterazioni in un testo delle Pandette, la *summa* o gli scolii riflettano il testo giustinianeo (e non il presunto testo classico) ciò possa essere indizio del fatto che l'alterazione del frammento classico non è stata compiuta da Giustiniano, ma dalle scuole o dai lettori postclassici.

In questa sede voglio soltanto addurre qualche elemento di ulteriore conferma della tesi che tanto la *summa* dell'Anonimo, quanto gli scolii di Cirillo e degli altri ripetono indubbiamente la loro origine da compilazioni giuridiche pregiustinianee.

2. — Un primo elemento di conferma della teoria da me seguita ci verrà da uno scolio di Cirillo a B. 41.7.1.9 (H. 4.164).

Siamo in tema di *collatio bonorum*, e piú precisamente di fronte all'intricatissimo problema delle conseguenze della mancata prestazione della *cautio collationis* da parte dell'*emancipatus* [14].

Il sistema giustinianeo è espresso da una serie piuttosto lunga di testi in parte contraddittori: D. 37.6.1.9; 10; 13; D. 37.6.2.8; 9; D. 37.6.3 pr.; D. 36.3.5.1. Ma non occorre riesaminarli tutti; basterà far cenno di una grave divergenza che, pur nel sistema delle Pandette, vi ha tra D. 37.6.1.10 e D. 36.3.5.1.

D. 37.6.1.10 (Ulp. 40 *ad ed.*): *Si frater cavere non possit, curator portionis eius constituitur, apud quem refecta pecunia collocetur, ut tunc demum recipiat quod redactum est, cum bona propria contulerit. quod*

Libri Basilicorum può aver avuto un'anima, una intelligenza, una iniziativa. Si ricordi, a questo proposito, quanto Basilio il Macedone — cioè l'ideatore dell'opera compiuta da Leone il filosofo — diceva nelle prefazioni al Prochiro ed alla Epanagoge: essere suo intento di sfrondare la compilazione giustinianea da tutto ciò che era diventato inutile e superfluo e di concentrare il diritto della compilazione in una sola grande opera.

[14] Sul punto, diffusamente, GUARINO, *Collatio bonorum* (Roma 1937) 150 ss., le cui conclusioni vengono qui ribadite.

si per contumaciam actiones denegatae sint, oblata postea cautione recipit pristinum ius.

Che il *frater* sia l'*emancipatus* lo dimostra ampiamente il fatto che dell'*emancipatus*, appunto, discorre il § 9, immediatamente precedente [15]. Se, dunque, vi sia *inopia* dell'emancipato (*si frater cavere non possit*), i *bona paterna* devono essere senz'altro depositati presso un *curator*, in attesa che l'emancipato possa pagare [16]. Se vi sia invece *contumacia*, le azioni ereditarie vengono senz'altro denegate all'*emancipatus*.

D. 36.3.5.1 (Pap. 28 *quaest.*): *... sicuti, cum de bonis suis conferendis filius accepta possessione cavere non potest, quia denegamus ei actiones, defertur condicio cavendi fratribus ex forma iurisdictionis, quod ex portione fratris fuerint consecuti, cum bona propria conferre coeperit, se restituturos.*

Se vi sia *inopia* dell'emancipato, la *condicio cavendi* viene deferita ai *sui heredes*, perché si impegnino a restituire *quod fuerint consecuti* della sua *portio*, il giorno in cui egli sarà in grado di effettuare il conferimento.

Come risolvere la contraddizione? In caso di *inopia* viene nominato il *curator* per la quota dell'emancipato, o questa viene attribuita ai *sui heredes*, purché si impegnino a restituirla al momento opportuno?

La critica esegetica non è in grado di tagliar corto al problema, negando la classicità di uno dei due testi contraddittori. Vi è motivo di credere che l'uno e l'altro, pur essendo pieni di alterazioni, non siano tuttavia totalmente apocrifi. Non starò a ripetere argomenti ampiamente addotti in altro studio [17]; mi basti riportare la ricostruzione dei nostri frammenti, cui si perviene dopo una rigorosa indagine critica [18]. Queste ricostruzioni dimostrano che in diritto classico non si faceva distinzione tra l'*inopia* e la *contumacia* dell'emancipato e che la *cautio collationis* doveva essere prestata *bonorum possessione petita*, ma prima della *datio*.

D. 37.6.1.10: *Si frater cavere non possit, curator portionis eius constituitur* [*, apud — collocetur*], *ut tunc demum recipiat quod redactum est, cum bona propria contulerit* [*rell.*].

D. 36.3.5.1: *... cum de bonis conferendis filius accepta* ⟨*bonorum*⟩ *possessione cavere non* [*potest*] ⟨*possit*⟩, *quia* [*denegamus*] *ei* [*actiones*]

[15] D. 37.6.1.9: *Iubet autem praetor ita fieri collationem ut recte caveatur ...*

[16] Questa regola è confermata da D. 37.6.1.13, itp.: GUARINO, *op. cit.* 167.

[17] *Op.* e *loc. cit. supra* a nt. 14.

[18] GUARINO, *op. cit.* 174 ss.

⟨denegata est⟩, defertur condicio cavendi fratribus [*ex forma iurisdictionis*] *⟨a praetore* (?)*⟩, quod ex portione fuerint consecuti,* [*cum*] *⟨si⟩ bona propria conferre coeperit, se restituturus.*

L'editto pretorio stabiliva che l'*emancipatus* non potesse ottenere la *bonorum possessio* se non avesse prima promesso ai singoli *sui heredes* di conferir loro i beni *quae moriente patre habuit*; ed era implicito nel sistema che l'emancipato, anziché prestare la *cautio collationis*, poteva addirittura incominciare, senza altro, *ante datam bonorum possessionem*, a conferire « di fatto » ad ogni singolo *suus heres*. Senonché poteva avvenire che, giunto il giorno stabilito per la *datio bonorum possessionis*, le operazioni del conferimento « reale » non fossero ancora terminate.

D. 36.3.5.1, nella nostra ricostruzione, dice quel che il pretore dispose per questa ipotesi. Per ottenere la *bonorum possessio* bastava aver incominciato la collazione reale: e ciò per evitare l'ingiustizia che l'emancipato si trovasse a non poter concorrere con i *sui*, per il fatto di non essere riuscito a trovare *sponsores* o, peggio, per il fatto di aver voluto essere troppo solerte. Ma siccome l'*emancipatus*, una volta ricevuta la *bonorum possessio*, avrebbe potuto interrompere il conferimento reale, danneggiando i *sui* che non lo avessero ottenuto prima, l'editto [19] stabilí che la sua quota andasse provvisoriamente agli stessi *sui heredes*, sino a che il conferimento non fosse portato a termine, sotto cauzione da parte loro di restituirla.

Rispetto a questo regime che ci è attestato da D. 36.3.5.1, può finalmente spiegarsi D. 37.6.1.10. Il *frater* che « non può dar cauzione » non è l'*emancipatus*. Probabilmente tra il § 9 e il § 10 era una dichiarazione consimile a quella ricostruita in D. 36.3.5.1; questa dichiarazione è stata cancellata da Triboniano e perciò appunto il sostantivo *frater* è venuto ad indicare l'*emancipatus*, anziché il *suus*.

La ricostruzione che io pertanto ho proposto di D. 37.6.1.9-10 è la seguente:

Iubet autem praetor ita fieri collationem ut recte caveatur: caveri autem per satisdationem oportere Pomponius ait: [—] *et ita ego quoque puto. ⟨Si filius non cavet, bona tamen conferre coepit, defertur condicio cavendi fratri, qui in potestate fuit, quod ex portione eius fuerit consecutus, se restituturum⟩. Si frater* (id est: *suus heres*) *cavere non potest,*

[19] L' « *ex forma iurisdictionis* », per quanto alterato, mi fa propendere per la idea che la disposizione di cui si parla nel testo fosse portata dall'editto del pretore. Ma la cosa non è sicura.

curator portionis eius (id est: emancipati) constituitur, ut tunc demum recipiat quod redactum est, cum bona propria contulerit[20].

Questa fu la ipotesi da me avanzata alcuni anni fa[21], pur con ogni cautela. Essa fu giudicata dal Kaden[22] « eine äusserst gewagte Hypothese », ma il mio critico non indicò, tuttavia, un'altra via di uscita dal dilemma in cui ci pone il contrasto tra D. 37.6.1.10 e D. 36.3.5.1.

Lo scolio di Cirillo a B. 41.7.1.9 (H. 4.164) dà una conferma addirittura solare, direi, della verità della mia ipotesi[23]:

... εἰ μὴ δύναται ἀσφαλίσασθαι ὁ σοῦος, κουράτωρ διδόσθω τῷ μέρει αὐτοῦ ...

(... *si suus cavere non possit, curator portionis eius constituatur* ...)[24].

La mia interpretazione di *frater*=*suus heres* in D. 37.6.1.10 viene validamente appoggiata dallo scolio di Cirillo. Lo Heimbach[25], il quale, stando alla versione giustinianea, identificava il *frater* nell'*emancipatus*, annotava con tutta sicurezza: « Lectio ὁ σοῦος manifesto falsa est. Nam suus heres non confert, ideoque non cavet. Legendum autem ὁ αὐτεξούσιος, *emancipatus* »; ma, forse, a torto.

Il *suus heres non cavet* nel diritto giustinianeo, ma *cavet* nel diritto classico e, come abbiamo supposto, D. 37.6.1.10 spiegava appunto, nel contesto genuino di Ulpiano, come quando e che cosa devono promettere con *cautio* i *sui heredes*. Nel contesto giustinianeo, caduto tutto un periodo, tra il § 9 e il § 10, *frater* indica invece l'emancipato, il quale *cavet* in quanto *confert*.

Sia lecito, in conclusione, supporre che Cirillo, avendo davanti agli occhi una versione greca del testo classico di Ulpiano, l'abbia modificata imperfettamente, tralasciando di sostituire, come andava fatto, ὁ σοῦος con ὁ αὐτεξούσιος.

3. — Un secondo elemento di conferma della mia tesi — vale-

[20] Congetturavo pertanto che l'editto *de collatione* (LENEL, *EP.*[3] § 144) portasse questa ulteriore clausola: « *nisi ita caverint, bona sua tamen conferre coeperint, hos qui in potestate morientis fuerint, quod ex portione eorum fuerint consecuti, se restituturos recte cavere iubebo* »: cfr. *op. cit.* 204 ss.

[21] Cfr. *op. cit.* 181 nt. 1.

[22] *ZSS.* 58 (1938) 330.

[23] Dello scolio di Cirillo non avevo tenuto conto nel formulare la mia ipotesi.

[24] Il testo dello scolio continua traducendo la ipotesi, giustinianea, dell'*emancipatus* che *per contumaciam non cavet*.

[25] *Bas.* 4, 164 nt. *m*.

vole per la *summa* dell'Anonimo — mi viene fornito dall'acuta e convincente indagine del De Martino sulla *specificatio* [26].

Per quanto la dottrina dominante, ultimamente ribadita dal Di Marzo [27], ritenga Paolo autore della *media sententia* accolta da Giustiniano in tema di *specificatio* fatta con materiale altrui, io reputo di dover pienamente aderire al De Martino nel credere che Paolo seguisse l'indirizzo sabiniano [28] e che la *media sententia* [29] sia stata forgiata solo nelle scuole postclassiche [30].

Un frammento fortemente interpolato dai giustinianei è:

D. 41.1.26 pr. (Paul. *ad Sab.*): *Sed si meis tabulis navem fecisses, tuam navem esse, quia cupressus non maneret, sicuti nec lana vestimento facto, sed cupresseum aut laneum corpus fieret. Proculus indicat hoc iure nos uti, quod Servio et Labeoni placuisset: in quibus propria qualitas exspectaretur, si quid additum erit, toto cedit, ut statuae pes aut manus, scypho fundus aut ansa, lecto fulcrum, navi tabula, aedificio cementum: tota enim eius sunt, cuius ante fuerant.*

Indiscutibilmente la prima parte del testo parlava soltanto della *navis: sicuti nec — facto* e *aut laneum* sono inserzioni palesi. Non convincente è la critica formale che il De Martino fa da *Proculus* a *placuisset. Indicat* (nel senso di *putat* o di *docet*) è classico [31]; Proculo non è « profetico », come giudica ironicamente il De Martino, se Paolo dice che egli *indicat hoc iure nos uti*, quasi che Proculo potesse sapere quel che sarebbe stata la condizione del diritto dopo la sua morte [32]; *placuisset* sta, invece, per *placuit*.

Le critiche del De Martino (ed è quello che importa) colgono pie-

[26] *Rivista del dir. della navigazione* 3 (1937) 1. 179 ss.

[27] *Istituzioni di dir. romano*[4] (Milano 1942) 237 nt. 7.

[28] E cioè l'indirizzo per cui il proprietario della *materia* si avesse a ritener proprietario della *nova species*. Per i proculeiani era invece proprietario della *nova species* l'autore della *specificatio*.

[29] Secondo questa *sententia*, proprietario della *nova species* è l'autore della *specificatio*, se per causa della trasformazione ricevuta la *species nova* risulta irriducibile al pristino stato; è il proprietario dei materiali, nel caso contrario. Cfr. *Inst.* 2.1.24, D. 41.1.7.7 itp. (*Index interp.*).

[30] Ritengo itp., col De Martino, D. 41.1.24 e D. 32.78.4. Significativo per indicarci il vero pensiero di Paolo è: D. 41.3.4.20 (Paul. 54 *ad ed.*): *Si ex lana furtiva vestimentum feceris, verius est, ut substantiam spectemus et ideo vestis furtiva erit.* (Su questo testo, De Martino, *loc. cit.*).

[31] Basta uno sguardo al *VIR.* shv.

[32] È un modo di citare comunissimo, fra i giuristi romani e quelli moderni.

namente nel segno, in ordine al rimanente, da *in quibus* alla fine. È evidente il pasticcio di due diversi problemi: quello della *specificatio* (a chi appartenga la nave costruita con legno altrui) e quello della *accessio* (a chi appartenga il *pes aut manus* che è aggiunto alla statua, ecc.); né è classico il criterio della *propria qualitas* [33].

In conclusione, anche se la critica del De Martino non è in tutto accoglibile dal punto di vista formale, ineccepibile essa mi sembra dal punto di vista sostanziale e molto convincente ritengo la tesi per cui Paolo, dopo aver citato l'opinione dei proculeiani, ha riferito come la piú giusta la teoria della scuola sabiniana:

Sed si meis — maneret [*sicuti — facto*], *sed cupresseum* [*aut laneum*] — [*placuisset*] ⟨*placuit*⟩. ⟨*sed rectius Sabinus et Cassius putant meam navem esse*⟩: *tota enim eius* [*sunt*] ⟨*est*⟩ *cuius ante* ⟨*tabulae*⟩ *fuerant*.

Si confronti ora con questa ricostruzione congetturale del frammento di Paolo la *summa* conservataci nei Basilici:

B. 53.1.11 (Ferrini 7.101): Εἰ ἀπὸ σῶν σανίδων πλοῖον ἐποίησα σόν ἐστιν. οὐ γὰρ ὑποστρέφει εἰς τὴν ἀρχαίαν ὅλην.

(*Si ex tuis tabulis navem compegi tibi cedit navis: nec enim ad priorem materiam redigitur*) [34].

Anche questa volta la situazione classica è riflessa nella « versione » dei Basilici: la nave è di proprietà del padrone delle tavole, e non di colui che l'ha costruita. Anche questa volta l'editore dei Basilici — nella specie, il Ferrini [35] — ritiene che vi sia stato un errore di amanuense e propone di correggere il testo come se dicesse che la nave è di proprietà dell'autore della *specificatio* (« *mihi cedit navis* »).

Anche questa volta sia lecito supporre che l'Anonimo, avendo davanti agli occhi una versione greca del testo classico di Paolo, la abbia modificata imperfettamente e ci abbia quindi inconsciamente permesso di vedere come Paolo non fosse sostenitore di una *media sententia*, ma seguace fedele delle teorie sabiniane in tema di *specificatio* [36].

[33] V. Pampaloni, *BIDR.* 37 (1929) 50 nt. 2.

[34] Traduzione di F. Venturi: cfr. Ferrini, *Bas.* 7.182.

[35] *Bas.* 7.182 nt. 2.

[36] Si può, dunque, rispondere affermativamente all'interrogativo del De Martino: « Possibile che i Basilici ci tramandino la concezione di Paolo? ».

Finito di stampare
nel mese di maggio 1994
nella Tip. G. Pipola - Napoli