



An International Journal
on Legal History and Comparative
Jurisprudence



Volume 2
Number 1
June 2022

Bologna
University Press



Direzione/Editors: A. Banfi (Univ. Bergamo), G. Luchetti (Univ. Bologna), M. Ricciardi (Univ. Milano Statale).

Comitato Direttivo/Editorial Board: M. Brutti (Univ. Roma Sapienza), A. Calore (Univ. Brescia), E. Cantarella (Univ. Milano Statale), E. Chevreau (Univ. Paris Panthéon), M. Miglietta (Univ. Trento), E. Stolfi (Univ. Siena).

Comitato Scientifico/Scientific Committee: Francisco J. Andrés Santos (Univ. Valladolid), Martin Avenarius (Univ. Köln), Ulrike Babusiaux (Univ. Zürich), Christian Baldus (Univ. Heidelberg), Maurizio Bettini (Univ. Siena), Italo Birocchi (Univ. Roma Sapienza), Mauro Bonazzi (Univ. Utrecht), Amelia Castresana Herrero † (Univ. Salamanca), Marco Cavina (Univ. Bologna), Orazio Condorelli (Univ. Catania), Pietro Costa (Univ. Firenze), Wojciech Dajczak (Univ. Poznań), Lucio De Giovanni (Univ. Napoli Federico II), Oliviero Diliberto (Univ. Roma Sapienza), Athina Dimopoulou (Nat. Kap. Univ. Athens), Elio Dovere (Univ. Napoli Parthenope), Roberto Esposito (Scuola Normale Superiore), Giuseppe Falcone (Univ. Palermo), Michael Gagarin (Texas Univ.), Jean-François Gerkens (Univ. Liège), Peter Gröschler (Univ. Mainz), Alejandro Guzmán Brito † (Pont. Univ. Cat. Valparaiso), Akira Koba (Univ. Tokyo), Umberto Laffi (Univ. Pisa-Accad. Naz. Lincei), Andrea Lovato (Univ. Bari), William N. Lucy (Univ. Durham), Laretta Maganzani (Univ. Milano Cattolica), Valerio Marotta (Univ. Pavia), Thomas McGinn (Vanderbilt Univ.), Guido Melis (Univ. Roma Sapienza), Carlo Nitsch (Univ. Napoli Federico II), Antonio Padoa-Schioppa (Univ. Milano Statale), Javier Paricio Serrano (Univ. Complutense Madrid), Aldo Petrucci (Univ. Pisa), Johannes Platschek (Univ. München), Francesco Riccobono (Univ. Napoli Federico II), Gianni Santucci (Univ. Bologna), Nicoletta Sarti (Univ. Bologna), Aldo Schiavone (ERC-Univ. Roma Sapienza), Alessandro Somma (Univ. Roma Sapienza), Gerhard Thür (Öst. Akad. d. Wiss.), Eduardo Vera-Cruz Pinto (Univ. Lisboa).

Comitato di Redazione: T. Beggio, P. Biavaschi, F. Bonin, P. Carvajal, A. Cirillo, G. Cossa, S. Di Maria, M. Fino, O. Galante, E. Marelli, F. Mattioli, A. Nitsch, I. Pontoriero, J. Ruggiero, E. Sciandrello, F. Tamburi, G. Turelli.



An International Journal
on Legal History and Comparative
Jurisprudence

Volume 2
Number 1
June 2022

Specula Iuris è resa possibile grazie al sostegno del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Alma Mater Studiorum – Università di Bologna, del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bergamo, del Dipartimento di Scienze Giuridiche “Cesare Beccaria” dell'Università degli Studi di Milano.

Direttore Responsabile

Giovanni Luchetti

Editorial office

email: redazione@speculaiuris.it

Web page

<http://www.speculaiuris.it>

Print subscription (2 issues)

€ 100

Subscription office

ordini@buonline.com

Publisher

Fondazione Bologna University Press

Via Saragozza, 10

40123 Bologna (Italy)

tel.: +39 051 232882

fax: +39 051 221019

ISSN: 2784-9155

ISSN online: 2785-2652

ISBN: 979-12-5477-195-2

ISBN online: 979-12-5477-196-9

Doi: doi.org/10.30682/specula0201

Registrazione

Tribunale di Bologna, n. 8567 del 03/06/2021

Trascorso un anno dalla prima edizione, i testi sono pubblicati sotto licenza

Creative Commons CC-BY-NC-SA 4.0

One year after the first publication, paper are licensed under a

Creative Commons attribution CC-BY-NC-SA 4.0

Graphic Layout

DoppioClickArt – San Lazzaro (BO)

Cover

L'autore allo scrittoio, miniatura tratta dal *Roman de la Rose* di Guillaume de Lorris e Jean de Meun, 1490 ca., Londra, British Library, Harley MS 4425, f. 133r.

Sommario

DIRITTI ANTICHI

Preliminary Soundings on the Roman Origins of the Juristic Concept «Possession» 7
AKIRA KOBAYASHI

Ad municipalem: una formulazione in bilico tra legislazione e giurisprudenza 45
GIOVANNI COSSA

LE TRADIZIONI GIURIDICHE

Bluhmesche Massentheorie und konkurrierende Modelle
Fragen zur Rolle von *libri institutionum* und *regularum* 89
CHRISTIAN BALDUS, ROBIN REPNOW

Le finzioni nella giurisprudenza romana 109
MASSIMO BRUTTI

DISACCORDI

Oltre il mito. Il Manifesto di Ventotene nel prisma del pensiero neoliberale 177
ALESSANDRO SOMMA

DIRITTI ANTICHI

Preliminary Soundings on the Roman Origins of the Juristic Concept of «Possession»

Akira Koba

Graduate Schools for Law and Politics, The University of Tokyo, Japan

Abstract (Italiano)

Quando desideriamo conoscere le origini del principio del possesso come criterio per qualificare la posizione del convenuto nella procedura civile romana, andiamo inevitabilmente incontro a problemi relativi alle fonti. Questo articolo tenta di ricostruire il tenore delle informazioni che provengono dall'antichità. Dall'analisi sembra emergere che i termini *vindiciae* o *vindicta* furono parole «rituali» indicanti il possesso, e che la tradizione annalistica relativa a Virginia aveva avuto molto a che fare con il problema. Questo insieme di tradizioni sembra avere attinenza solo con la *causa liberalis*, ma questo si verifica esclusivamente per la ragione che il veicolo di trasmissione fu questo tipo di procedura che venne differenziandosi dal rito comune. Questo rito è confluito nel *corpus* delle Dodici Tavole ed ha, con quelle, segnato la nascita della stessa procedura civile. Attraverso l'analisi di varie versioni del mito eziologico relativo a questo rito possiamo conoscere inoltre quali fattori hanno contribuito a creare questo punto di partenza, questa procedura e che cosa questo significhi.

Parole chiave: Possesso, diritto romano, *vindiciae*, *vindicta*

Abstract (English)

*When we want to know about the origins of the principle of possession as criterium to qualify the standing of defendant in the Roman civil procedure, we inevitably encounter source problems. This article traces a strain of antiquarian information. Out of the examinations appears that *vindiciae* or *vindicta* had been ritual word denoting possession, and the Annalistic traditions around the tale of Virginia had much to do with the problem. This cluster of traditions seems to have pertinence only to *causa liberalis*, but this is only for the reason that the vehicle of transmission was this procedure which had been differentiated from a common ritual. This ritual had been incorporated in the corpus of the Twelve Tables and had marked the birth of the civil procedure itself with those. Through the analysis of various versions of etiological myth for this ritual we can know also about what factors contributed to create this principle and this procedure and what it means.*

Keywords: Possession, Roman Law, *vindiciae*, *vindicta*

1. Introduction on the origins of the procedural possession

The juristic term «possession» is recognized as a pillar of the Civil Law¹, while the Common Law too is not ignorant of this². Above all, the concept of possession has a decisive role in the articulations of the civil procedure. It determines the standing of the defendant and so it is commanding principle in the pre-trial (*in iure*). It defines the object of litigation. I'd like to call it «procedural possession», while the concept of possession in substantive law has a certain importance in particular in the field of ownership (*dominium*)³, in *traditio* etc. The origins of the procedural possession concern the very foundations of the civil procedure and in consequence the Civil Law itself, almost the Roman Law itself. Nonetheless its origins are hidden in a profound obscurity. This article is a primordial tentative to explore this field.

Naturally the origins of possession in substantive law have a consolidated theory. Still now it is generally accepted that it originated on the *ager publicus*. Possession was a central issue of the Nineteenth-Century Romanistic, and the theory of *ager publicus*⁴ too prevailed as dominant across various fields of Roman history. Thus, as everyone knows, we have thought that possession started its career as an administrative protection for a *de facto* occupation of the public domain.

Yet, if we reconsider this theorem, we can soon conclude that it depends upon speculation rather than reliable sources⁵. I think that a Romantic image of *ager compascuus* as core of *ager publicus* is not sufficient to explain what is destined to be such a highly technical concept of later *possessio*. I can't follow in this article the process of birth and consolidation of this the-

¹ VILLEY 1993⁹, p. 86: «un sens technique particulier que les profanes ne connaissent pas toujours». In fact, this concept cannot be always understood easily in an extra-Western world like Japan. If it is yours, you may seize it. This is the common sense among us. Yet the principle of possession teaches that even if it is yours, if I hold possession of it, you may not seize it, and if you use force to take it, it is *a priori* unlawful and can be serious injury. We can understand soon that, if the concept of possession is not shared, the liberty of individual person is hard to take root. So, I think that it is vital to investigate the social foundations of this concept. This task would be trivial for the Westerns because this concept is too obvious and there remains only such a high-level problem as the possession in the process of succession, though *Eigenmacht* and *Selbsthilfe* had been till recently praised for some years in Europe too (in particular in the Nazi era).

² We must reconsider POLLOCK, WRIGHT 1888.

³ The origins of ownership have had numerous speculations at least since the Nineteenth Century. In the Romanistic field too there are even nowadays some important studies. Yet we can scarcely find mentions to possession in these speculations and studies. But the qualities of various ownerships depend considerably upon their relationships with possession, for example whether they know the principle of possession or are simple ideas of «mine».

⁴ An interaction between Niebuhr and Savigny was decisive. As for the Niebuhrian side, HEUSS 1981 is fundamental. Savigny incorporated the thesis of Niebuhr only in the third edition (1818, the first was in 1803) of his *Besitz* inserting the section 12a., and Niebuhr re-imported this in the later editions of his *Römische Geschichte* (2ed., 1830 = 3ed., 1836, p. 172), but, I think, with a bit of irony.

⁵ So only the contributions on *interdictum* and the praetorian activities in relatively later ages have been concrete in our doctrines. Among many useful contributions, are indispensable at least, LABRUNA 1971 and FALCONE 1996. According to Labruna, the connection of *interdictum* with *actio possessoria* appears in the turbulent situation of the last years of the Second Century BC, while Falcone dates this connection in the middle of the Fourth Century BC (*lex Licinia*). Both of them follow the Niebuhrian theorem, and Labruna's *actio possessoria* is a civil procedure, while Falcone's is an administrative regulation on the public domain.

orem about the origins of possession, nor can I discuss the correlative theories of possession mainly flourishing in the so-called *Pandektenzivilistik*. But I'd like at least to try a first step of source analysis, even if it will be inevitably too sketchy.

To tell the truth, I was once close to this field when I proposed a new stratigraphy of the sources about *lex agraria de modo agrorum*⁶. My argument was that the criterium⁷ of confiscation of land was (the scale of the) possession of land (500 iugera etc.) *tout court*, neither limited to *ager publicus*, however nor directed to ownership, and *lex agraria* was put in force first for viritane distribution of land (this was the case for *ager publicus*)⁸ since the last years of the Fifth Century⁹ or the first years of the Forth Century, in the period, the end of which was *lex Licinia*. I added a note predicting that the principle of possession (to regulate holding the land) itself had been result of an immediately antecedent transformation of the Roman society. Now my task is to prove *prima facie* this prediction.

I abandoned the Nineteenth Century image of *ager publicus* in the previous article. So I concentrate efforts this time on the procedural possession. For I think that the substantial possession, first on the *ager publicus*, then in function of the concept of *dominium* (*traditio* etc.), was only corollary to the original conception born in the procedure though the people had already begun to have that idea outside the court too, and not *vice versa*.

Naturally, this task is inseparably connected to that of reconstructing the whole change of the Roman society in that age, or the middle of the Fifth Century. Obviously, I have to renounce it for the present, except some minimal references to other institutions. I limit our scope to the birth of the procedural possession. Doing so is methodologically precarious, but we must proceed step by step.

Yet, even if we limit the scope, we encounter other obstacles than the theorem of *ager publicus*. There is an influential thesis that the distinction between plaintiff and defendant, or the priority of the defendant holding possession, was established only in the final years of the Republican age. Max Kaser proposed «relative ownership»¹⁰ for which existed a civil procedure where there was no such distinction of the two parties. But this reconstruction was as much highly speculative as the theorem on *ager publicus*. More precisely speaking, it was based upon a speculative reading of one text, in Gai. Inst. Our argumentation will

⁶ Koba 1999, p. 269ff.

⁷ I argued that, as is too obvious, possession is not occupation of any sort, but some qualified one, and so it contains a value to distinguish the facts, by which we can judge what ought to be confiscated and what ought to be respected. The limit of space 500 iugera means only that a certain scale makes *ipso facto* presume illegality of occupation, lack of quality necessary to be a possession.

⁸ TIBILETTI 1948 and Id. 1949 was the first footmark to innovate our understandings of *lex agraria* with his stratigraphy on the sources. He distinguished *lex agraria de modo agrorum* and *adsignatio viritim*. In the latter case *ager publicus*, or the designation of specific land as such, is functionally indispensable, but I think that in the former case it is not necessarily so. In any way, though Tibiletti had not negated primitive collective domain of rural community, he substantially separated it from the historical *lex agraria* and *ager publicus*, except some possible *liaison* of derivation.

⁹ Koba 1999, p. 277, nt. 28.

¹⁰ KASER 1956.

accompany a refutation of this thesis, though we have already some nice criticisms¹¹ against it in the doctrines¹².

Naturally, it is extremely difficult to demonstrate any origin in the Roman archaic history, because we have no reliable source. Speculation cannot be avoided. But we need a serious work of the source criticism, especially after the contributions of Arnaldo Momigliano¹³. We have a certain degree of possibility to effectuate concrete source criticism. The following is based upon his distant but profound suggestions.

Let's have an overview of our sources. Immediately we must say that it is not sufficient to trace the word «possession»¹⁴. We should distinguish the term and the concept. In this case it is probable that long before the technical conceptualization there had been a story of the concept in the form of a concrete *exemplum*, *id est*, *récit* with its variations. A *terminus ante quem* of the conceptualization is the typology proposed by the great Mucii, of which we have a punctual figure in Schiavone's works¹⁵. We see in the Ciceronian *Pro Caecina* a detailed picture of the possessorian action, but the discourse presupposed already long and complicated evolutions of this procedure. The Annalistic sources seem to think that the possession had existed upon the public domain at least as early as the first years of the Republic. But my opinion¹⁶ is that the term was not *possessio* but *habere* in the texts of the *lex agraria*, and the *terminus post quem* of the apparition of *possessio* is the so-called *lex agraria epigraphica* to be dated normally in a post-Gracchan year. This naturally does not exclude that «*habere*» meant possession. If so, we are brought back to the first «real» plans of *lex agraria* in the 420's according to the Annalistic traditions, as I argued in the previous article. The problem is whether a procedural concept of possession had existed before it or not. Certainly the praetorian activities around *interdictum* had much to do with the possession, or the possessorian actions, and it is *communis opinio* that the praetorian regulations on the public space preceded their interventions with *interdicta* in the civil procedures¹⁷. But this does not necessarily exclude that the concept of possession functioned without an independent procedure of *interdictum*, or with some prototype of it, and only in a second moment the civil procedure in its turn re-imported it from the regulation on the public domain, which had been derivative

¹¹ DIÓSDI 1970, p. 102ff.; WATSON 1975, p. 125ff.; BIRKS 1985, p. 1ff.; MAGDELAIN 1987, p. 23 *et passim*. Recent challenge to re-estimate Kaser's theory by GIGLIO 2018, p. 76ff., is a theoretical reflection (not offering new analysis on the sources).

¹² It is for me very strange that possession has been scarcely subject in these discussions too. Perhaps because Kaser had behind him had a tradition of some generations to reduce the importance of possession. But I'm convinced that it is this extremely delicate concept the custodian of the arcana of Roman Law or the very idea of civil law.

¹³ I can't reintroduce the entire works of Momigliano and his innovations of the methods on the Archaic Roman history in the 60's. Our issue is not too remote from his studies on Niebuhr. Cf. MOMIGLIANO 1952 and ID. 1957. This latter article contains his manifesto on the method of source criticism.

¹⁴ The work of LAURIA 1953 is sound as *pars destruens* through a rigorous terminology.

¹⁵ D. 41.2.3.23, cf. SCHIAVONE 1987, p. 30ff. and STOLFI 2018, p. 292ff.

¹⁶ See, my article cited *supra*.

¹⁷ Labruna and Falcone disagree only about the age and the process of the coupling. I question whether or not there had been a praetorian interim sentence (*decretum* in the Annalistic expression: Liv. 3.44.4) in the civil procedure to be united in future with a (as well) praetorian or aedilian administrative enforcement on the public space.

in its turn from the procedural possession, because the civil procedure wanted *interdictum* in order to acquire a higher version of the procedural articulation.

As for the origins of the civil procedure, one source has been dominant since its discovery in the Nineteenth Century. We are accustomed to image a primitive civil procedure called *legis actio* almost exclusively according to the contents reported by Gai. Inst.¹⁸, the very same source of the «relative ownership» theory. In this procedure nothing seems to suggest an existence of the concept of possession, nor of the distinction between plaintiff and defendant. This source seems to be very favorable to the «relative ownership» theory. But this source has not any date, because we don't know from what source Gaius collected this piece of his knowledge. Since the discovery we have believed in this tale «once upon a time» without any reliable source criticism possible¹⁹. We can't find in the doctrines any serious objection against this belief²⁰. Our reconstruction of *legis actio* has been thus isolated from the entire historiography about Archaic Rome. So, we must seek for a clue to integrate these informations into a historically probable source context.

2. *Vindiciae*

2.1. Our first observation is very simple. Gai. 4.16, as source of the actually diffused doctrine of *legis actio sacramento*, has a textual context to which few have acknowledged deserved importance²¹. Gaius, shortly after he has commenced a procedural *iter*, arrives at a point of divergence. The first category in the genre of *legis actio sacramento* is the one more general *si de libertate hominis controversia erat* (Gai. 4.14), competent on the litigations about personal liberty. The second category is *si in rem agebatur*. This is the canonical hypothesis of the scholars on *legis actio*, of which the most typical is the case of *rei vindicatio*. But the prototype is the first category, and so Gaius says *deinde eadem sequebantur quae cum in personam agerentur*, though the two categories have a common structure. All this suggests that the so-called *causa liberalis* perhaps might be useful for our understandings of the origins of civil procedure.

The second is a terminological one. The *iter* of *in rem* is peculiar because in it the special rites should be observed while in *causa liberalis* the people automatically pass through them. The essence of these peculiar rites consists in seizure, or an equivalent gesture of it, of the object of litigation. When Gaius returns to a common *iter*, he confirms an act of the praetor who

¹⁸ Cf. SPAGNUOLO VIGORITA 2003, p. 81: «lo dobbiamo quasi esclusivamente a Gaio [we owe almost exclusively to Gaius].»

¹⁹ However, for a while after the establishment of the Niebuhrian doctrine, there were some scholars to question about the birth of the procedural possession. For example BEKKER 1884, p. 149ff. His interrogation on the historical process of overcoming the parity in the *legis actio*: «Die Herstellung derselben (priority of the defendant = possessor) erforderte Zeit, Erfahrung und Nachdenken; wie sie allmählich fixirt worden sind, durch Gewohnheit oder Gesetz, wissen wir nicht». The author dismisses a certain hypothesis of Dernburg (who had mentioned the Twelve Tables and *causa liberalis*) as hasty.

²⁰ KASER 1971², p. 19ff. is still representative even if this is already a little less primitivist than ID. 1949.

²¹ Perhaps except FRANCIOSI 1961, p. 54ff.

declares his acknowledgement of the fact that one of the parties is now keeping the object (viz. in *causa liberalis* without explicit ritual act of seizure, in *in rem* in consequence of a certain procedure of exchange to seize the object). This act is *vindicias dicere*. Keeping the object is called *vindiciae*. Thus *vindiciae* is the key term. And Gaius says: *id est interim aliquem possessorem constituebat*²². That is, *vindiciae* for «the ancients» would have been an interim possession now for us «the moderns», the contemporaries of Gaius. We must remember that here Gaius is performing as an antiquarian. All this suggests that we must follow the term *vindiciae* rather than *possessio* in our research.

The third concerns the thesis of M. Kaser²³, which I already mentioned above. This thesis cites as its exclusive source the very text of Gaius that I am analysing. The text says: *postea praetor secundum alterum eorum vindicias dicebat*. *Postea* means «after the procedural step where the two *itineres* are split away». So we are now in the *iter* of *in rem* leaving behind *causa liberalis*. And after an explication of *in rem*, «Then we have a common procedure» (*deinde eadem sequebantur...*). The *iter* of *causa liberalis* can omit these intermediary rites and it arrives directly at the *vindicias dicere*. Now, in the *iter* of *in rem*, the praetor gives *vindiciae* to the adversary of the one (*secundum alterum eorum*) who first had claimed the object (*qui prior vindicaverat*) accomplishing the gesture of *vindiciae*. The party *qui vindicabat* had accomplished certain formal act with a verbalized ritual, and then, however, the adversary party (*adversarius*) imitated it. And *cum uterque vindicasset, praetor dicebat MITTITE AMBO HOMINEM*. The praetor orders that the object of litigation be placed at the center (neutralizing force, not prejudice of claims, by ritual). Both of two parties are obliged to perform a reciprocal and symmetrical act. Whence Kaser extracts the conclusion that there was no distinction between plaintiff and defendant, and so the sentence was limited only to proclaim a relative superiority between the two claims of legitimacy. But we must say soon that the text knows the distinction between the two parties in its terminology, *qui prior...* and *alterum eorum*. Then, we must not forget that this starkly ritualized phase is only transitory and so this can be a procedure to ascertain which of two parties the defendant is. Yet, why is the one to be defendant invited to repeat the same gesture to revendicate the object as well as the other to be plaintiff? The act of *qui prior...* is composed of the two moments. The first moment *hunc ego hominem ex iure Quiritium meum*²⁴ *esse aio secundum suam causam* (Gai. 4.16) revendicates legitimacy (*causa* underlines it) to keep the thing. The second moment *sicut dixi, ecce tibi, vin-*

²² BEKKER 1884, p. 151 dismisses this phrase as «without any sense». CUQ 1894, p. 13 thinks that this interim possession has nothing to do with neither the true possession protected by the praetor with *interdicta*, nor the distinction between the plaintiff and the defendant. He criticized Jhering, who had been, in my opinion, not precise but approximately right. It is very curious that Cuq adhered to «Zweiseitigkeit» of *legis actio* in the way that both *reivindicatio* and *contra-reivindicatio* were partial, so he presumed a symmetry of a couple of partialities.

²³ KASER 1956, p. 7ff. The theory of «Zweiseitigkeit» had been a current since the second half of the Nineteenth Century in Germany, even if in a milder form than in Kaser.

²⁴ As for *Quirites*, there have been too many discussions. Even if we limit our scope to this expression *ex iure Quiritium*, we need to consider at least Magdelain and Nicosia. But it would exhaust given pages. I interpret this phrase temporarily as indicating a legitimizing official and ritual context, visible for example in *mancipatio*. This legitimizing context imposes

dictam inposui is enigmatic, but at least we may say that the language is more ritualistic and the rites belong to the genre of *vindicta* and *vindiciae* etc. I might perhaps add that *sicut dixi, ecce* («for this purpose, now»²⁵) has a nuance of challenge to indicate the position attained by him (thanks to his demonstration of capacity to accomplish a certain ritual («I have claimed it, because I am ready to do it, I am qualified to do it»). In fact a perfect, *inposui*, follows it («as a matter of fact, I am ready here»). The phrase means «I, as is evident in what I have pronounced, am now placed in a position to be able to challenge your position». Logically speaking, a challenge is directed to overturn the situation. *Vindictam inposui* declares «I have overturned even if ritually, so albeit only virtually». He got the position of the challenger. Now the opponent must re-overturn this situation ritually and virtually, otherwise the ex-challenger would have deprived the adversary of his position as defender. So *alter eorum* tries to repeat the same gesture in the exact opposite direction in order to prove his position. Thus, we see now that there is no alleged relativity. Certainly in this preliminary phase of the procedure they are still examining the respective qualifications of the two distinct parties. Among the qualifications there is a common aspect, having possession, or having the qualification to be able to hold possession. So we find some moments in which symmetry prevails, but on the whole an asymmetry is fundamental²⁶. And we remark that *causa liberalis* does not need this complication. Obviously because in it the defendant is automatically defined in favor of the one who claims one's liberty against someone who maintains that he or she is his slave.

In fact, in the following second scene, no apparent symmetry is any more. The presumed plaintiff says: *postulo anne dicas, qua ex causa vindicaveris*. This is a strange locution because its terms are of *causa*. This would be an attitude to be attributed to a defendant. But the reply says: *ius feci sicut vindictam inposui*. So, the adversary does not accept the very terms of the question, as if he says «that question is mine, because that position is mine». His terms are once more of *vindiciae*. He affirms that he recovers the position of defendant. If he were not able to reaffirm it, he should be fallen into misery of plaintiff. But he says «I could accomplish the whole necessary rituals».

The third scene is symmetrical. The key phrase is *quando tu iniuria vindicavisti*. The loser must pay for a tort. We have something similar to *sponsio*. But if we interpret *vindi-*

a determinate morphology to both the parties, or in other words their morphological capacity authorizes (with *auctoritas*) their taking part of this context (ultimately political system).

²⁵ NOAILLES 1941, p. 37, proposes a different punctuation and integrates *secundum suam causam* to the part of *sicut dixi*. Noailles was great in his attack on the whole school emphasizing real force, and he underlined verbal rituality. But ritual tense of the present illuded him perhaps to presuppose a temporal monism. *Sicut dixi* does not mean «as I am just saying now», but this perfect indicates two steps «now and then», ritualistically first *causa* and then *vindicta*, but logically first *vindicta* and then *causa*. Noailles too recognized «la stratification du terrain juridique», but he interpreted it historically as «la couche primitive» and «la juridiction civile». But we stay here in the interior of one layer of the ritual. The phase of possession in the civil procedure does not represent a primitive stage opposed to a more recent stage of ownership.

²⁶ I confess I am anticipating the ritual process in the Verginian *exemplum iuridicum* that we'll see later. But no one can deny that the Verginian tale is the best illustration of this Gaian passage.

care as revindication, or as an act in the terms of *causa*, it is an error. We remain still in the language of *vindicta*. In the procedure both the parties have experienced the scene where they take the object by simulated force. So both have taken the risk to be illegal. The symmetry is simply due to this parity in the epilogue of reparation for injury (trespass upon possession).

2.2. The Gaian text orientates us to investigate the surroundings of the word *vindiciae*, while an almost prohibitive source problem of this text haunts us. We have a text that might be suitable to resolve this problem if it were not so corrupted. Fest. s.v. *vindiciae*, p. 516 L collects at least the opinions of Cato, Lucilius, Cincius the antiquarian, Servius the jurist. Cato Maior Censorinus belongs to the caste of the traditional nobility and is a proto antiquarian, not yet of the Varronian type. Lucilius is a poet of still genuinely republican inspiration. This Cincius must be antiquarian and not Annalistic writer. Servius Sulpicius Rufus is naturally the great jurist of multiple competences. The order may be chronological, and so this text perhaps serves to resolve the chronological problem of Cincius the antiquarian²⁷.

Festus, or perhaps Verrius Flaccus behind him, is uncertain of this mysterious term *vindiciae*. *Res eae, de quibus controversia est: quod potius dicitur ius quia fit inter eos qui contendunt* is ambiguous enough. For him *vindiciae* is the object of litigation. But of which type? *Potius* mirrors existence of a controversy. We are not informed of what follows the virtual *quam*. His preference is *dicitur ius*. So he thinks of a full trial of civil procedure. The *quia* clause is difficult. But it seems that the reason of his preference consists in the rites presupposing presence of the two adversary parties all together. We guess that the alternative is a rite of one-party presence. So far.

The Cato's fragment collected here is attributed to a forensic oration *In L. Furium de aqua* (XIX, F6 Jordan) with other fragments. The issue is unknown, but *de aqua* suggests a rural space where the *boni viri* seen in his *De agri cultura* were active²⁸. Even if *secundum populum* is difficult to interpret, *praetores secundum populum vindicias dicunt* indicates clearly enough a litigation around some *interdicta*. In such a case *secundum populum* might distinguish from a civil one (*secundum personam*?) the case, the issue of which is a violation of public order about *aqua publica*. A formal correspondence to *praetor secundum alterum eorum vindicias dicebat* in the Gaian text is conspicuous. Cato seems to say that it is for the people that the *praetor* presumes to give the position of defendant. The reason was presumably that the *aqua publica* should not be occupied or blocked by anyone, and so it must have priority until it is proved that it is not *aqua publica*.

²⁷ L. Cincius, RE, Nr. 3 (slightly later contemporary of Varro). This is not Cincius the Annalist (the end of the Third Century BC.). According to NORTH 2007, p. 58: «The views of Cincius appear quite frequently in Festus» (55 examples). As for the intellectual climate of Cincius, cf. RAWSON 1985, p. 247ff.

²⁸ 4: *vicinis bonus esto*.

The fragment of Lucilius²⁹ can be understood in the same direction, though the syntax is uncertain. An analogous issue could be born in a sacred space. But the expression of *nemo hic vindicias neque sacra* is such that we must read this *vindicias* slightly out of the rigorous procedural context. «No one could claim a possession here on the sacred soil too». We encounter here a substantial use of the term *vindiciae*.

From these fragments we can infer that *vindiciae* has commenced to enlarge its semantic field from the position of defendant to the possession in general. Naturally, in saying so, we presuppose that the concept of possession in the constellation of juristic terminology had been operating through the word *vindiciae*. The hinge of the two wings of this semantic field, the procedural one to signify the position of defendant and the substantial one to indicate a qualified occupation, was probably the praetorian activity around *interdicta*. *Vindiciae* had been a ritual word or a word compensating the rite. It seems that the lexical cluster around the verb *possidere* had not yet reached this semantic field.

However, I think that this usage of the word *vindiciae* has then rapidly lost its dominion, and has precociously become the object for antiquarian research. Already for Lucilius *vindiciae* was perhaps a somewhat archaic word to evoke poesy. And the fragment of Cincius *Vindiciae olim dicebantur illae, quae ex fundo sumptae in ius adlatae erant* is enough to disclose his curiosity for an obsolete usage of words³⁰. So, his attention is concentrated on a ritual function³¹ to represent the thing in the court. He is indifferent whether it represents the object of litigation itself or an advantageous position of defendant.

On the contrary, the fragment of Servius, though very corrupted, reveals his technical interest. It insists upon the singular form *vindicia* (*singulariter formato vindiciam esse ait*), and contains a citation from the Twelve Tables, which seems to tell something about the obligation of the losing party to pay some money. We saw this payment in the Gaian text too. Naturally Servius had an antiquarian erudition³² as well as a juristic formation, and he was no less active in the antiquarian field than in the jurisprudence. So it is improbable that he simply accepted some traditional doctrine. He by himself discovered the Decemvirate phrase *si vindiciam falsam tulit*. Because he perhaps had a sympathy for the linguistic theory of *analogia* as is found in Varro³³, he didn't like too much the shift of meaning from the procedural one to

²⁹ If Lucilius is a poet of aphorism in a republican pungent spirit, the defense of public and sacred domain against private occupation can belong to it. His friendship is a kind of republicanism: cf. RASCHKE 1987, p. 299ff.; LEFÈVRE 2001, p. 139ff.; GÄRTNER 2001, p. 90ff. (*contra*).

³⁰ Cf. MOATTI 1997, p. 138, 242.

³¹ The scholars often point out the relation of the prosperous antiquarianism to the political climate of the early Principate. I think we might add one more factor, that the Romans were far more ritualist than the Greeks, proportionately to the respective natures of political system. The Roman ritualism and antiquarianism were sign of the political system still alive. So, the antiquarianism itself suffers from a certain sclerosis (even if its idiosyncrasy was accentuated) in the very years of the early Principate. MOMIGLIANO 1990, p. 69, wrote: «But there was never another Varro [...] erudition became compilation, and compilation led to summaries, excerpts, scholia [...]».

³² Cf. SCHIAVONE 1987, p. 128.

³³ Cf. DELLA CORTE 1981², p. 177ff.; COLLART 1963, p. 119ff.

the occupational one. For him perhaps the singular form is proof of the original meaning in civil procedure, while the plural form is compatible with use of the word for units of occupation. For Servius, *vindicia* would be landmark of the archaic procedure of *rei vindicatio* (<q>*ua de re controversia est, ab eo quod vindicatur*). Servius as a jurist of prestige wanted to correct a too generic comprehension of the antiquarians who were too inclined to accept the word usage to give meaning exclusively to the real estates.

The singular form arouses association with the formula *vindictam inposui*, though we ask whether *vindicta* and *vindicia* are functionally identical or not. It is certain that Servius wanted to reject with his singular form the antiquarian confusions which consider *vindiciae* as possessions of land even in the procedural context. For him it was not countable and so the singular form was more suitable, because it meant a decisive procedural moment. Obviously, even if Servius was polemical, the problem was not actual, for it was only antiquarian issue. But it is logically possible that behind this possible insistence lay a certain crisis for that procedural moment. The reason why he transferred battle ground to the theoretical one, was perhaps that he was detecting difficult problems which obstructed to determine a clear point of this procedural moment (problem of *litis contestatio*) in his contemporary judicial organization.

2.3. We have an interesting text of Gellius (20.10): *cum adversario simul manu prendere et in ea re sollemnibus verbis vindicare, id est 'vindicia'*³⁴. With this singular form, its source can be presumed to belong to a relatively recent layer of the juristic treatises of linguistic taste. Yet the text starts with questioning meaning of an ancient expression *ex iure manum consertum* found in the formula *cum lege agitur et vindiciae contenduntur*. This shows that the narrator encountered in his antiquarian curiosity for the usage of words this plural form *vindiciae*, and then he discovered instead the singular form when consulting some recent literature. The narrator asked the question to a renowned grammarian, but he sent it on to the jurists, because he thought the problem was to be treated only by an expert, active in the praxis of legal advice (*rem enim doceo grammaticam, non ius respondeo*). The narrator points out that the same expression is found in *Annales* of Ennius as well. But the grammarian answers that Ennius too refers here to a legal term. The narrator himself consults the jurists or their treatises.

The answer he found was an anthropological view, almost identical to that of Cincius. One thing is that the exchange of real physical forces is ritualized in the court and founds the civil procedure. Another thing is that force (*manus*)³⁵, or seizure of a land piece, in the territory or far from the city center, or its gesture, is transformed into verbal rite at the city center or in the court (*sollemnibus verbis*). But this juristic-antiquarian source confuses these two. It invents

³⁴ HOTOMANUS 1564, p. 255, starting from this phrase, arrives at the conclusion: «Vindicias autem nihil aliud tum fuisse, quam possessionem, nos multis verbis in Institutionum commentariis docuimus».

³⁵ As for *manus* NOAILLES 1942b, p. 1ff. is fundamental. The author insists on the rituality ruling out any factor of physical force.

an improbable exegesis upon *ex iure*, mixing the linguistic and the jurisprudence. This is a typical *bricolage* of the antiquarian, somewhat analogous to certain Varronian linguistic pseudo-explications of *analogia*. A centrifugal movement of *ex iure* is associated to a centrifugal expansion of the praetorian jurisdiction to the provinces, which forces the plaintiff to accompany the defendant to the place where lies the object of litigation, then to return to the court dragging the defendant. The base of this interpretation is a naive logic which wants to explain a symbolic act by such a naturalistic reason as distance, while the semiological function of rite is in general more complex, sometimes quite arbitrary. In particular, such an interpretation lacks a sense of criticism discerning the distinction between a poetical expression *ex iure* to be perhaps read according to the theory of *anomalia* and a technical and ritual expression *in iure* to be applied in a mechanically rigorous way. The Stoics would have considered this type of explication as infantile³⁶. *Aliquid stat pro aliquo* is not valid³⁷. This juristic-antiquarian source could cite the text of the Twelve Tables, and *si qui in iure manum conserunt* is accepted as an authentic fragment of the Decemvirate Laws. But we remember that we find *ex iure*, not *in iure*, in the verse of Ennius. He opposes *ex iure manum consertum* to *sed magis ferro*. That is, he says «outside the court, not a ritualized battle of force, but a true battle with arms». So we see here a reverse process, what might be called de-ritualization. Ennius returns from rite to myth. His poetical irony consists in resurrecting a frozen juristic formula and animating it in a vivid (perhaps etiological) myth.

In sum, this is a precious testimony of the situation of the antiquarian erudite sources around *vindicial/vindiciae* from the early Principate to the Antonine era. We find a complicated confusion. Two puzzles of labyrinth are entangled, *vindicia* or *vindiciae*, *in iure* or *ex iure*, oscillation between force and ritual, whence pseudo-theoretical explication of *vindicia* in reference to force (*vis*) and judgement (*dicere*), perhaps canonical still in our textbooks³⁸. It is highly probable that the couple of *ex iure* and *vindiciae* had been original. If so, *ex iure* had meant *in iure* in the later diffused text of the Twelve Tables. This phrase had indicated probably that the simulated battle had to observe the rules of ritual (*ex* in the sense of authority), or a battle became ritual only through an observance of rules. Ennius, knowing this meaning, poetically played with multivocality of the word *ex*. Yet his sophisticated gesture sheds time light on the mechanism of ritualization, or myth-ritual relationship. This dynamism would be interpreted accidentally through a real and historical situation that the equivocality of *vindiciae* could not be sustained anymore because the substantial possessions gained too much. This conceptual discrepancy would be represented by an image of the landholding being quite a long way off. And the procedural *vindiciae* as well had to be in its

³⁶ Cf. Eco 1984, p. 27ff.

³⁷ NOAILLES 1942b proposed a distinction between *manus iniectio iudicati* and *manus iniectio vocati*, which are not too present in the texts. So his concept of ritualization followed *aliquid stat pro aliquo* naturalist-wise.

³⁸ It is out of range for this article to examine the acceptances in the modern literature of this pseudo-theory or the text of Gellius itself. This is too familiar in the textbooks and the laymen citations.

turn corrected into *vindicia* in order to recover its distinctive identity, as we saw in Servius, and consequently *in iure* was introduced as authentic wording, because the procedural *ex iure* had been taken over by a meaning perhaps derived from poetical origins³⁹ and certainly filled up with substantial possession. Such a pastiche makes us know about a transitional moment in which the substantial possession (even if there was not yet this word) took departure from immediate context of the judicial system. We can suppose that arriving at this stage the Romans could not maintain usage of the word *vindiciae*. In other words, *vindiciae* had originally been a hinge bridging between two conceptual worlds of procedural and substantial possessions (*ante litteram*). It is difficult to determine the chronology of this juristic source⁴⁰. But we certainly witness decoupling of the substantial possession away from the dualism in the age of Gracchi, as the word *possessio* prevails in a new-fashioned *lex agraria*⁴¹. Thus *vindiciae* became an antiquarian and poetical word.

2.4. In contrast Gaius discovered a little more detailed procedural figure of *vindiciae* even in comparison with Servius. He did not need to insist on the singular form. He could use *vindiciae* in the procedural context. We can now question a little more specifically, from what source Gaius obtained this information. For, as we'll see soon, there must have been some vehicle of tradition besides the texts of the Twelve Tables (present in every step of these traditions), even if close to these. Servius too must have known this vehicle, but, because it had been disguised with another marker, he must not have become aware that it was the very source of what he was expert of. Perhaps Gaius reached this source.

Vindiciae, in its plural form, appears in *Enchiridion* of Pomponius (D. 1.2.2.24). Certainly, the passage is in the orbit of the Twelve Tables. But the impression is slightly distant from what is given by the juristic-antiquarian traditions we saw above.

D. 1.2.2 is not monolithic⁴². It has a tripartite structure. The three parts are in conflict against one another, rather than systematically integrated, and are not well-harmonized, though all depart from the origins of the respective subjects. The point of view of the first part is characterized by the sources of law, so it starts narration with *legis actiones* and then passes to their interpretations (though not forgetting to recall the very founding of the political

³⁹ As if the *anomalía* theory (arbitrariness) were proved.

⁴⁰ The text does not clearly reveal the chronology. *Itaque id quod ex iureconsultis quodque ex libris eorum didici inferendum his commentariis exstimavi* makes possible all kinds of conclusion. We may characterize «tralatizisch».

⁴¹ This was our hypothesis in the article previously cited.

⁴² Cf. КОБА 2017, p. 460ff. Then we have now at last a serious work on this text: NASTI 2021, p. 137ff. Nasti hypothesizes that the first section is a Polybian derivation and the tripartite system (in particular the transition to the magistrates = the second section) is Aristotelian. The model might be such, but the content is rather mosaic. It is possible too that the incipit of the first section is of antiquarian strand of the «Publizistik» type where Polybius as well as *The Athenian Constitution* were poured in. But a concentration on *legis actiones* in the following has diverse flavour. Instead the enumeration of the eponymous magistrates in the second section is a preferred genre of the early Greek antiquarianism as is well known, even if the Aristotelian school gave some contributions for a further development, and the Roman Annalistic was *grosso modo* under this inspiration, in contrast to the Catonian *Origines*.

system, viz. Romulus). Instead, the second part narrates from the foundation of the Republic, and then it traces vicissitudes of the magistrates holding *imperium*. The third concentrates its attention on the history of jurisprudence, where the first jurist was Coruncanius, as specialized member of the *nobiles*, and the role of Appius Claudius Caecus is drastically reduced, while in the first part he was decisive as the patron of Gn. Flavius publishing the rituals, viz. *legis actiones*, who has no presence in the third part.

And our text is placed amid in the second part, perhaps escaping an involvement in the contentions about the jurisprudence, visible in the first and third parts (the polemic around Ap. Claudius Caecus). We can imagine its source as essential recapitulation of the annalistic traditions, deprived of the etiological details. The second book of the Ciceronian *de re publica* belongs to the same genre. It was a fruit of the antiquarian, or philosophically learned⁴³, research of new look on the Annalistic materials, and an old hypothesis of the Varronian current⁴⁴ cannot be ruled out. In any way this is distinct from the juristic-antiquarian current we saw above.

The narrative arrives inevitably at the moment of the Decemvirate Revolution. It suddenly loses equilibrium precipitating to a brief but colorful etiology (abandoning a dry line of publicistic antiquarianism). As if the author has discovered for the first time the curious origins of a rite. After the first good Decemvirate, the second and bad one leads to the revolution. There was a certain Verginius who triggered an explosion. He protested against Appius Claudius monopolizing *imperium* for the constitutional change, for this dictatorial magistrate deprived Verginius of the *vindiciae* of his daughter giving it to a certain Claudius, a puppet of the dictator himself, though he by himself had introduced in the Twelve Tables the rule to oblige the magistrate to give the *vindiciae* to her father in such a hypothesis. Verginius killed his own daughter in order to frustrate Appius to appropriate her. This tragedy stirred up the indignations of the people and a revolution was inevitable.

It seems perhaps that this would be a simple *causa liberalis*, and no more than this⁴⁵. But we confirmed the parallelism between *causa liberalis* and *legis actio*, in the Gaian text. We can read this Pomponian text in the same way. *Vindicias secundum eum dixisse* tells that Appius has given *vindiciae* to the puppet. *Secundum eum* seems to mean simply «following the assertion of the puppet», but this is an expression of short circuit, and the real meaning is «following the mode which he requested». For the text distinguishes clearly two modes of obtaining *vindiciae*, *secundum libertatem* and *secundum servitutem*, the second of which was wanted by the puppet, and so by Appius Claudius. This *partitio* is perfectly corresponding to the divergence between *in personam* and *in rem* in Gaius⁴⁶.

⁴³ Cf. FERRARY 1984.

⁴⁴ Cf. BRETONE 1982², p. 225f.

⁴⁵ Cf. FRANCIOSI 1961, p. 54.

⁴⁶ It is well recognized that *causa liberalis* and *legis actio in rem* share a common procedure (cf. NICOLAU 1933, p. 98). But historical relationship between them has not been much investigated, except FRANCIOSI 1961, p. 212f., who argued that *causa liberalis* is a late derivation of the general *legis actio in rem*. He refutes the existence of *causa liberalis* in the age of *Decemviri*. He presupposes the parity of the parties which *causa liberalis* inherits from *legis actio*.

If so, a hypothesis emerges. The source of this part thought very probably that this affair was the instituting *exemplum* of not only *causa liberalis* but also of *legis actio* or *rei vindicatio* and, in consequence, of the civil procedure *tout court*. *Causa liberalis* and *rei vindicatio* had the same roots. The first qualification seems to prevail in the text. But it says that what should have been qualified as the first (*causa liberalis*) was twisted to be qualified as the second (*rei vindicatio*) exactly by an arbitrary intervention of Appius Claudius. The text thinks that from the very first there had been born a bifurcate procedure, and the bifurcation itself⁴⁷ is keenly stressed here. We can assume that a common stem marked from the beginning by bifurcation was instituted. Before it there had been, if any, only arbitration for the conflicts where two parties revendicated dependent persons. The story seems to record the affair as debut of *causa liberalis*. Perhaps this is due to the fact that (the later differentiated) *causa liberalis* had conserved better the essence of this procedure than (the later differentiated) *in rem*. Though two branches were differentiated from a common archetype (Bifurcation and differentiation were two related but distinct things), the meaning of the *vindiciae* had been remembered more strongly in *causa liberalis* than in *in rem*, because rather there than here had been dramatically far more thrilling⁴⁸ the problem which of the parties retains the object in the interim phase. If the object is a daughter, what is the situation of *causa liberalis*, Appius Claudius can consume his object of carnal desire already in this interim phase. If the object is a simple thing, recovery is possible either with restoration or with money.

We must add one more thing. The text says: *quod ipse ex vetere iure in duodecim tabulas transtulerat*. This has been interpreted in the sense that the Twelve Tables were a compilation of various ancient rules. But it is evident that this phrase is related to the next: *utpote cum Brutus, qui primus Romae consul fuit, vindicias secundum libertatem dixisset in persona Vindiciis Vitellorum servi*. It was this at least which had been a direct *exemplum* to the Verginian tale. Naturally the Vindicius affairs were very political and exceptional, and had nothing to do with a civil procedure. So we can presume that, despite Pomponius, the Vindician *exemplum* had not contained any element of option between *in libertatem* and *in servitutem* or *in personam* and *in rem*. Notwithstanding Pomponius nominated the Vindician affair as *exemplum*. If so, we must guess that this source for Pomponius presupposes a virtual evolution from one stage to another at the moment of the Twelve Tables, and it considers that the civil procedure or the civil law itself (*ius*) was born from this evolution⁴⁹. The key moment was *vindiciae*. Probably its meaning was transformed drastically from dismantlement of seditions factions to rescue of a suppressed individual. The very pseudonymous form of *Vindicius* orders us to interpret in this direction. We are quite certain again saying that the vehicle of antiquarian memory of the ritual origins

⁴⁷ We saw this attitude in Gaius too.

⁴⁸ My reference is Plautus, at least his *Rudens*.

⁴⁹ In other words, we may say also that this passage alludes to two diachronic layers, political system (the Republican Revolution) and civil procedure (the Decemvirate Revolution), just as otherwise Livy (or others too) is conscious of two diachronic steps Lucretia/Verginia.

sticked to *exempla* of *causa liberalis*, which had been perhaps remainder left behind after the great separation of the civil procedure in the strict sense that would be since then highly differentiated and developed, though we can recognize various new phases as well of *causa liberalis* above all in Plautus, while in the civil procedure the origins were fallen into oblivion so that we saw the word *vindiciae* or *vindicta* given various confused explications, though the substance of its juristic moment was never forgotten.

3. Verginia

3.1. So, our historical analysis must be concentrated on the traditions around Verginia⁵⁰. In the age of Cicero, the story of Verginia was not only much known, but also reproduced in various genres of literature (Cic., *Rep.*, 2.63: *celebrata monumentis plurimis litterarum*). It is very probable that the core of story had been Annalistic, because Cicero places the affairs «sixty years after» the Republican Revolution (*De fin.*, 2.66), and Diodorus Siculus who is normally faithful to old layers of annalistic traditions records it even if briefly⁵¹. We saw also that Pomponius arranged this story according to the chronological order of eponymous magistrates.

Cicero gives two different names to father of Verginia (*Decimus Verginius*: *Rep.* 2.37 and 62, *Lucius Verginius*: *De fin.*, 2.20), and Diodorus did not like to name her. In the Ciceronian texts the derivation *virgo* > *Verginia* is emphasized, and a speculation «*virgo* > *Verginia* > *Verginius*» has more chances than the opposite that presupposes a derivation from the real patrician *gens* *Verginii* who were visibly present in the first republican years in the Annalistic memory. This father *Verginius* is very probably *ad hoc* champion of the plebeian movement⁵².

We are inclined to a hypothesis that this father had been substantially anonymous in the origins. An *exemplum iuridicum* usually has the parties named such as Titus/Caius, Agerius/Nigerius etc. In any way this story had been an insertion in the chain of Annalistic facts in which real names were recorded, even if every Annalistic fact was potentially an *exemplum*. If so, the story was not born in this year. It is possible that its formation was gradual, even if it can be dated *grosso modo* in these years or a little later. This heterogeneity of the story inside the Annalistic narration evokes doubt why the formation of this rite was placed at this precise moment. We can guess that the Annalistic events around this date had been suitable as etiolo-

⁵⁰ The doctrines consider the Verginian *exemplum* as significant only for *causa liberalis* (cf. NICOLAU 1933, p. 99). While FRANCIOSI 1971, p. 7f. does not admit any source value to the text of Livy even for *causa liberalis*, WATSON 1975, p. 168f. denies even the nature of *causa liberalis* for this *exemplum*. The scholars have naturally discussed about the interim possession (cf. NOAILLES 1942a, p. 122ff.), but they have considered it only as logical and technical consequence of the fact that *causa liberalis* was derivation from *legis actio in rem*. They have not been aware of decisiveness of this problem. *A fortiori*, they did not notice that this very story had created this decisive principle of possession and had illustrated the significance of *legis actio* itself, or the civil procedure itself. One of its reasons is that they have ignored importance of myth-ritual relationship in the sources, and of source problems in their fields of research.

⁵¹ Diod. Sic. 12.24.

⁵² This does not exclude real existence of the plebeian *Verginii*, but this father needs not to be one of its members. At most he became such a *posteriori*.

gy, or etiological environment, of the rite. If so, this etiological reason is considerably credible, because it is very probable that they unanimously considered such a setting very cogent, and, if so, there must be a reality behind this type of solid conviction. We are not informed of any dissension about the chronology of the Verginian story.

3.2. In order to make approach to this reality, however, we need to embark on analysis on the level of myth⁵³ leaving ritual for a while. A ritual has normally an etiological myth, and this myth also stands in relations to other myths. But we must face a complication. In our specific case, these myths are not distinguished from political facts. Presumably in Greece myths were transformed into such a high literatures as epic and lyric and tragedy, while historical facts were investigated by special critical examination. On the contrary, though the Roman Annalistic too narrates a sort of political history with a certain grade of attention to exclude false traditions, tendency to make *exemplum* is so strong in the source materials that the Annalistic writers remain in halfway between myth and history, and they conserved in their narration sometimes also direct mythical counterpart to specific rite as in the case of Verginia⁵⁴.

So, before analysing *exemplum iuridicum* and extracting its original form, we must survey on one set of traditions of etiological myth. Fortunately the tale of Verginia left three detailed versions for us besides the large part of them to be considered now lost. Our *exemplum iuridicum* probably constituted historical reality through variety and tensions between diverse versions of its etiology, thus mediating social dynamism.

3.3. We have the Verginian tale in Livy⁵⁵ and in Dionysius⁵⁶, but there is another one, not at Rome but, at Ardea, in Livy⁵⁷. This version casts on the scene an anonymous girl. Though, for the reason that its place is Ardea, it is not always counted as another version of the tale of Verginia, coincidence with other versions is too evident.

In all three versions the girl is plebeian. It is interesting that Diodorus describes Verginia as a «noble» young girl⁵⁸. We should not presume that the Diodorean version is always old and authentic⁵⁹. While it is highly probable that «noble» means *nobilis* in the sense of the new patricio-plebeian aristocracy, it is possible that Diodorus adopts here a version following a

⁵³ MOMIGLIANO 1957, p. 112f. had pointed out importance of analysis on these semi-mythical tales. He added: «The story of Verginia presupposes many legal subtleties that cannot come from a poem». We think that this character derived from its original form of *exemplum iuridicum*, but it does not preclude some further literary development of etiology, if not in epic.

⁵⁴ Besides this genre there seems to have been no veritable Roman myth. We have only cult and etiology. If Dionysius realized that «Roman religion was substantially lacking in myth» (cf. GABBA 1991, p. 120), this is due to such a peculiar relationship of myth/ritual.

⁵⁵ Liv. 3.44ff.

⁵⁶ D.H. 11.28ff.

⁵⁷ Liv. 4.9.1ff.

⁵⁸ εὐγενοῦς παρθένου.

⁵⁹ Cf. TÄUBLER 1921, p. 140; VON UNGERN-STERNBERG 1986, p. 91ff. *Contra* Appleton 1924, p. 620ff.

literary cliché more diffused in Greece than in Rome, in which a young plebeian suitor for a patrician girl gets successful result⁶⁰. Given unanimity among the main versions, it is ruled out that there existed a patrician girl version in Rome and in Latium. It was not an issue whether the girl patrician or plebeian was. Nevertheless, Diodorean version is not of no value. If this was *interpretatio Graeca*, it was not without reason. If we observe a presence of some version also in the sphere of Magna Graecia, we can assume Greek influence. If in Rome there was no version of patrician girl of Greek type and if we find here only versions of plebeian girl, this contrast is evidently pertinent. We can easily imagine that some people in Rome adapted a genre of Greek tales for promoting a new version of similar social transformation in their society, but they modified the original model very significantly. Modifying differences were presumably proportionate to those between the Greek and Roman versions of this tale, and such traditions, created in such a manner, were later discovered by the Greek historians, in an erroneous analogy, and then they were collected by Fabius Pictor etc. with corrections, which poured in Livy and Dionysius⁶¹.

If we direct our eyes to inner variations, we soon notice that, while two extensive versions of Livy and Dionysius have a clear point of view philo-plebeian, the tale of the Ardean girl⁶² is firmly philo-patrician. At Ardea too, there was a plebeian girl who had two suitors, one patrician, the other plebeian. The patrician (*nobilis*) boy is tempted purely by beauty of the girl (*nulla re praeterquam forma*), as had been Appius Claudius (we read a similar expression in Livy⁶³). This means that the patrician boy does want nothing other than the girl herself, nor her fortune nor her status. The *optimates* support him, while the plebeian boy is backed by force of the plebeian men, in particular of the *tutores* who form homogeneous union (*eiusdem corporis*), usually associated through agnatic kinship, probably for absence of father. Instead, her mother is a great *arriviste*, and prevails over the whole affair. It is very logical that her choice is patrician boy⁶⁴.

The conflict was going to be resolved in the court (*uentum in ius est*), where that mother was triumphant, but at the last moment plebeian supporters did not accept the decision, and crashed the court by their military force (*sed vis potentior fuit*). Thus, there was born civil war. The plebeians invited the Volscians, and the patricians requested military intervention of Rome. Victory of the patrician side was assured thing.

⁶⁰ It seems that this type of traditions were connected with the girls' initiation (marriage) rites (cf. DOWDEN 1989). The traditions relating to the social overturn in the process of late archaic democratization was often contained tales of marriage of aristocratic girls with humble men and of dropping down to territory of aristocratic boys (the best analysis is VIDAL-NAQUET 1981, p. 267ff.). We have this type of tales at Cumae, one of the epicenters of Greek impact on Rome. One of such tales, the daughters of Proitos and Melampous, was diffused in Magna Graecia too. Cf. MONTEPAONE, Koba 1996, p. 357ff.

⁶¹ This perspective is opened up, as is too well known, by Momigliano. A synthesis can be read in: GABBA 1991, p. 9ff.

⁶² DE SANCTIS 1907, p. 47ff. saves this tradition, while PAIS 1906, p. 185ff.; ID. 1915, p. 205ff. discards it as a «doublet» of the Verginian tale.

⁶³ Liv. 3.44.4: *forma excellentem*. His motive is not ascendant but descendant. Appius desired nevertheless to snatch away the girl. This was a perverseness.

⁶⁴ Liv. 3.44.5: *nobilis superior iudicio matris esse, quae quam splendidissimis nuptiis iungi puellam uolebat*.

In the Roman versions, wickedness of the patrician ambition to acquire a plebeian girl is emphasized. There appears no triumphant mother. A male solidarity among the plebeians is praised. Their indignation will bring about a great revolution. The tale has no room for the Volscians. The main theme is father/daughter tie, and plebeian couple's tragedy. Such is the fundamental antithesis.

However, we soon see that an aspect is shared. Though its nature is opposite, a nucleus is formed in both cases. The one was composed of mother/daughter/patrician young boy. The other was to be composed of father/daughter/plebeian young boy. Conflict of versions has a clear focus sharing an axis. We may suppose that an entity to be born is commonly viewed in perspective amid controversy, and we expect that its subsistence will depend upon tension between two vectors tugging from the opposite sides. If not, antithesis of versions might have not been conserved.

The Ardean version shows that an individualist patricio-plebeian marriage union, triumphant against the plebeian collectivism to be merged into tribalism, could be more adequately represented on the side of the Allied Latin cities than at the center of Rome, as well as that these cities faced the same problem in linkage to equivalent social upheaval at Rome. This angle of representation will have its vehicle of transmission in the milieu of Camillus in antithesis to Manlius Capitolinus, which will reach even till the traditions of Aeneas cycle⁶⁵. Ardea is toponomastically symbol of this strain of traditions. The equilibrium between two vectors is translated into center/periphery relationship between Rome and Ardea. And Ardea metonymizes rather the mainstream.

3.4. Then we must analyse differences between Livy and Dionysius in a more detailed way. A first glimpse is enough to make recognize that, while, as is usual, the Dionysian version is expanding in a dramatic style and with long speeches which belong to some tradition of Greek historiography, the Livian text is ritualizing with its succinct narration which is otherwise very obscure. But plot is the same even in some absurd and incomprehensible details. So these two historians were following the same bundle of sources. This cluster had surely contained different elements, ritual and narrative, and the individualities of two historians amplified respective preferred components found in the sources. Thus, we can detect here a mixed herd of traditions even though we have substantially only one source at disposal.

⁶⁵ Liv. 4.7.10ff. refers to Licinius Macer who discovered some names of the eponymous magistrates who were not present in the *Fasti*, nor in the old Annalistic, when he consulted the treaty between Rome and Ardea (a. 444) and *Libri Linteii* in custody of the temple of Iuno Moneta. The affair is a secret pact between the Roman senate and the city of Ardea to give a privilege for the latter in the arrangements after her territorial conflict with Aricia. Ardea occupies a post of spear for the reform, and it conserves this role in the Camillus affairs (it offers him asylum) as well as in the Latin War. Cf. MOMIGLIANO 1942, p. 111ff. We must consider also an antithesis between the two Latins, those of Aricia (Diana Nemorensis) and those of Ardea (Iuno Regina), related to Iuno Moneta too. We stand automatically amid the traditions around Aeneas as well. Cf. SORDI 1960; EAD. 1964; EAD. 1988. It is possible that Licinius Macer was anti-Camillian and anti-Ardean/philo-Arician. He perhaps wanted to detect some irregularity in the mandate to conclude the treaty. TMCP must have been already in perspective, and the eponymous system must not have been so solid in these years.

For both historians, father Verginius is plebeian, and the fiancé Icilius is such too. Livy says that this Icilius was an *ex-tribunus plebis* (Liv. 3.44.3: *tribunicio, uiro acri et pro causa plebis expertae uirtutis*), as if he were a type a little out of date, but according to Dionysius he was a son of a *tribunus plebis* (D.H. 11.28)⁶⁶, as if he were reborn fresh.

Livy prefers a qualified presence of mother of Verginia (*Perinde uxor instituta fuerat liberique instituebantur*). But for Dionysius she had been dead (28.4: ἦν γὰρ ὀρφανὴ μητρὸς ἢ πατρὸς). So Appius Claudius can not but approach to the nurses (πρὸς τὰς τροφούς αὐτῆς γυναῖκας) tempting them utilizing mechanism of reciprocity⁶⁷.

In Dionysius, a band of ruthless men (τῶν ἀναιδεστάτων) led by M. Claudius tries to seize the girl (ἐπιλαμβάνεται τῆς παρθένου). This challenge is blocked by a crowd gathering up there (πολλοῦ συνδραμόντος ὄχλου). M. Claudius has recourse to the court (ἐπὶ τὴν ἀρχὴν). According to Dionysius, soon appear «the men genealogically related to the girl» (οἱ συγγενεῖς τῆς κόρης), and they protest and accuse the act of snatching away the girl. First, maternal uncle (ὁ πρὸς μητρὸς θεῖος τῆς παρθένου) P. Numitorius, with his company (φίλους τε πολλοὺς ἐπαγόμενος καὶ συγγενεῖς), and then Icilius, nominated as fiancé by her father (ὁ παρὰ τοῦ πατρὸς ἐνεγγυημένος τὴν κόρην), with his powerful comrades (χεῖρα περὶ αὐτὸν ἔχων νέων δημοτικῶν καρτερᾶν), come up (cognatic collectivity as if an alibi). But Livy arranges so that the nurse calls to the crowd. In the first phase some *aduocati puellae* must defend Verginia (44.11). The male collectivity was not present till later, after the *decretum* of Appius (45.4: *Adversus iniuriam decreti*), so not until the Verginian side is fallen into échec because of absence of father. Numitorius and Icilius enter on stage as substitutes of him.

In the Dionysian version (11.29), in response to the protest of the collectivity, M. Claudius told a complicated story in which a baby came out to arrive in the hands of Verginius, with a curious supplement, not congruent, discussing on postponement of trial and interim problem. Numitorius refutes it with a substantial argumentation (30). Two issues, the temporary holding of Verginia and her final belonging, are mingled in both speeches. The Appian response to the first issue stirs up indignation among the plebeians (31). Icilius, supported by this outrage, protests violently (31.3ff.). His cause is completely political, alleging violation of people's liberty.

Though Livy too probably follows a similar source, he arranges the affair a little differently⁶⁸. In the first phase the still anonymous Verginian side immediately⁶⁹ claims postponement

⁶⁶ Livy denigrates Icilius as militant of the ancient plebeian movement, while for Dionysius he belongs to a new generation to form a conjugal unit individually even if they must be reintegrated in a traditional solidarity.

⁶⁷ We find in the Diodorean version too χρήμασι. So we can suppose that this element belongs to Greek color inside the Annalistic tradition. Political solidarity is opposite to reciprocity meaning corruption.

⁶⁸ GABBA 1991, p. 93ff., treated a general difference between Dionysius and Livy, but we'll point out a more specific one. The antithesis in all probability had existed among the sources, but their preferences too were not casual.

⁶⁹ In 44.11 there is a discontinuity, as I'll discuss again. The Verginian side had been claiming necessary presence of father, but this claim slipped meantime into another one aiming at holding of Verginia's person. Logically speaking, i) an impossible presence of father causes an échec for ii) the standing (as defendant) of the Verginian side, and this results in iii) the conversion of interim possession to the Claudian side, what creates serious problem on the chastity of the girl.

of the trial for the reason of father's absence, not answering to the substantial arguments of M. Claudius (3.44.11f.). Thus, the phase is specified as deciding the interim possession. In this phase, as I said, for the first time Numitorius and Icilius are on stage (45.4). In substance Icilius is the sole speaker⁷⁰, and the issue is limited to temporary holding of Verginia.

The most striking difference is to be found in the scene of Appian volte-face. Appius at last concedes the interim possession to the Verginian side. In Dionysius this volte-face is due to collective pressure advocated by Icilius (32.3)⁷¹. On the contrary in Livy he does so for the sake of father (46.3: *Verginio absenti et patrio nomine et libertati*). Certainly in Dionysius too, Appius calculates to be able to take advantage of father's absence even in the trial postponed. And in Livy too, after the decision, a series of redundant layers, probably superimposed, follow to overturn the situation. And these layers suggest effects of collective pressures. Notwithstanding, the contrast at the point of Appian decision leaves no doubt.

In Dionysius a climax is whether they can or not call back this father in time from a military campaign (33). Appius hindered it with every means. Solidarity resisting to it was admirable. The Livian text is extremely obscure (46.5-8). There is vestige of multiple insertions in the tradition, suggesting that the solidarity of youth between city and soldiers abroad was converted to a relation of indirect support justifying Icilius's eligibility to defend the person of Verginia.

Dionysius concludes the tale with the trial (11.34) full of substantial arguments produced by the Verginian collectivity. This is much redundant because similar arguments had been exhibited in precedent phases too. But in Livy, in the day of sentence, the scene is totally ritualized without any agonical feature, any argumentation. The ritual presence of *matronae* occupies the scene so impressively (47.1: *comitantibus aliquot matronis*; 47.3: *Comitatus muliebris plus tacito fletu quam ulla uox mouebat*; 47.6: *circumstantibus matronis*; 47.8: *a globo mulierum*; 48.5: *filiam ac nutricem prope Cloacinae*; 48.8: *Sequentes clamitant matronae eamne liberorum procreandorum condicionem, ea pudicitiae praemia esse?*)⁷². This last part is evidently linked to the cults of various Iunos whose temples will be constructed in the mid-republican period⁷³, as well as to the Aenean cycle of the traditions. And we'd like to remind that this cult aspect in opposition to mythical loquacity is anticipated already in the introduction of this section in Livy (mother, nurse etc.). In any way here again we return to some neighborhood of Ardean cycle.

Neither in Livy nor in Dionysius is clear this logical chain. We suppose, already in some canonical version, a confusion had been accomplished.

⁷⁰ Probably already in the source Icilius had taken role to defend the interim possession differently from Numitorius speaking for the substantial cause. For Dionysius too adopts this division of tasks, though he obscures this Icilius's task giving a generically political color to his speech.

⁷¹ χαρίζεσθαι δ' ὑμῖν βουλόμενος. A gesture ironically compromising versus the agnatic relatives.

⁷² These *matronae* are plebeians. But the patricians must not have renounced such a cardinal status (cf. BOËLS-JANSSEN 2010, p. 106ff.), and so such a tradition as in Liv. 10.23.3-10 was born. A certain patrician Verginia was excluded from the association of *matronae* for the cult of *Pudicitia* because she had been married with a plebeian. Cf. EAD. 1993, p. 278.

⁷³ As well as about the Aenean legend, we must wait for another occasion in order to discuss on this phase of history of religion. We have a rich literature.

In sum, we find a vector antithetical to the other (the Ardean version), in its turn composed of two antithetical elements. A male, even if no more agnatic, solidarity among the plebeian men and youth (Dionysius), and a texture interwoven in a well-articulated manner by cognatic conjunction (Livy). The first motive too is not discarded. It had been surely present in the original source. It evidently contributed to foster subsequent layers re-venticating and reinforcing the interim possession of Verginia, even in the Livian ritualizing version.

3.5. As we observed, these versions have clear focus at a central issue. It's the nature of something represented by the new patricio-plebeian marriage union⁷⁴. They considered this as structural core. And this subsists only in an extremely delicate balance of factors. For the simplicist Ardean version, this union is *sans appel* positive condemning the agnatic solidarity with its tribal linkage contiguous to Volscians. Even for this version the patrician boy should come down near the girl or rather near her mother, in contrast to Appian attitude to snatch away the girl to an obscure haunt of his band. But now, for the agnatic collectivity, the formation of this unity means to be cut into fragments losing their proud horizontal solidarity⁷⁵. If we consider the old patrician tendency to stick to a (even if different) sort of iron unity shown at Cremera and represented or condemned now by an image of unaccomplished or false articulation between Appius and Marcus Claudii, we must attribute the same échec to the side of the patricians as well as to that of the plebeians⁷⁶.

The tale of Verginia, being viewed as a whole, points out Achilles's tendon of this new articulation of the social structure. The autonomy of this newly created unity represented by the mixed marriage may be easily false. M. Claudius seems to be independent from Appius Claudius only in appearance, and it is not the Verginian side but the Claudian side that is a not articulated collectivity. A state of no articulation between judge (Appius) and one party (Marcus) has grotesque effects on the impression.

The Dionysian version and the Livian one are opposing themselves to one another. The issue is remedy to this ambiguity. The former says that the ancient solidarity, adapted to the new

⁷⁴ This does not mean that real unity was historically formed only through this type of union. We should not commit short circuit to haste to arrive at the thesis of formation of the patricio-plebeian *nobiles* through marriage though we have such a tradition as the genealogy of Licinius Stolo.

⁷⁵ The traditions about Siccius (Liv. 3.43; D.H. 11.25ff.) left a certain memory of fear that one might be cut away solitarily from the plebeian rank of solidarity. According to Livy, Siccius is dispatched for exploration with other soldiers, and he is killed by these in disguise of an ambush. According to Dionysius, on the contrary Siccius is tempted by offer of a secret task with a special remuneration, so a reciprocity undermines a solidarity. But it is possible that the very spirit of solidarity among the plebeians had been inspired by the first wave coming from Magna Graecia in the first Republican years, as Momigliano once emphasized, and, though once this spirit had been fallen out of date, the reaction contributed to give a precious element to the Twelve Tables. Cf. HUMBERT 2009, p. 28ff.

⁷⁶ Momigliano underlined since his early years the plebeian initiative in reformation of the Roman society under the Greek influence (culminating article is MOMIGLIANO 1967, p. 297ff.). I can add only one point. The temple of Ceres and the Ardean mother perhaps represent two different stages of the plebeian cultural revolution. Meantime a schism happened among the plebeians.

regime, should reinforce independence of the newly created unity⁷⁷. This would be the plebeian movement reborn. On the contrary, the latter highlights a peculiar mode of strengthening solidarity of the unity itself. This mode would be characteristically Roman and ritualistic by nature. This was the new rite said to be introduced by the Twelve Tables as I'll argue soon. Another cardinal element would be a moral firmness of mother, *matrona*, sanctioned by cults and religions.

In these versions it is not explicit that the real issue is territorial, or how a new territorial organization⁷⁸ attained is. But they certainly presuppose it, as various factors show, for example, the motif of descending of a patrician youth, unity to be created by a plebeian mother, the organization of *matronae* and its cult forms, etc. We can expect that one of the consequences of this social transformation⁷⁹ will be a well-articulated landholding, in contrast to that depending on some collective guarantee such as *clientela*⁸⁰.

The story of Verginia was presumably very actual and active in one time. It drove a structural change of the Roman society with efficacy. The Annalistic traditions date this change in the second half of the fifth century. I think we may give confidence to this date, for they think of an entire corpus of the traditions aiming all at the Twelve Tables. These are *in toto* etiology of the Decemvirate Revolution. The story of Verginia itself is incorporated into this comprehensive etiology.

3.6. It is very probable that stimulus for the Decemvirate legislation came from the Greek world, or from Magna Graecia, exactly as the tale of Verginia itself was inspired by, and adapted from, the Greek counterpart. The recent studies recognizing anew the reformative significance of this legislation are convincing⁸¹. It is possible too that rather the plebeians were central to accept this impulse from abroad. The reason why the patrician initiative seems to be predominant in the traditions is that a complimentary counter-version was representative in the very plebeian vehicle of transmission. They needed logically a patrician wicked initiative, though both initiative and reaction were theirs. In any way our hypothesis is that behind this legislation there was a total transformation of the Roman society mediated also by the Vergin-

⁷⁷ CELS-SAINT-HILAIRE 1991, p. 27ff. places the tale of Verginia in an immediate context of *conubium*, but both Icilius and Verginia are plebeians despite the Diodorean version, so we have here no tragedy of prohibited marriage between the two classes. The act to institute the authentic civil procedure and the problem of the mixed marriage are related in a not simple manner.

⁷⁸ I owe this problematic entirely to E. Lepore. So here «territorial» has a meaning very particular.

⁷⁹ There are innumerable theories proposing the vicissitudes experienced by the Roman society till the mid-republican years. Here we based our hypothesis on the contributions of Momigliano, and I'd like to be associated to the problem-setting of MASSA-PAIRAULT *et al.* 1990. But we renounce confrontation with other opinions.

⁸⁰ Speculation is inevitable. But it would be too rough to discuss on private ownership of land in general, even specifically in contrast to the collective one as by *gentes*. The criterium whether the concept of possession is functioning or not is one of the watersheds to determine the quality of private ownership.

⁸¹ DUCOS 1979 was a turning point. And now we have HUMBERT 2005 and CURSI 2018, besides Humbert 2018, at last overcoming a sort of primitivism, and acknowledging to the Twelve Tables a status of Enlightened work to make the fundamental law, whose creation of positive institutions is discussed in a new dimension. I'd like to only add that the creation of the concept of possession was included in it, and I want to only know why this was so important.

ian complex of myth and ritual. And in this perspective, I think we must include among the related legislative attempts at least *lex Valeria* and *lex Canuleia*.

As for the latter, the story of the Ardean girl is evidently an illustration of its intention. This law (or precisely *plebiscitum*) was a supplement of the Twelve Tables, though these seem to have contained prohibition of the patricio-plebeian *conubium*⁸² and so we must suppose a very complex reality behind. I am not yet prepared to tackle this reality.

On the *lex Valeria*, even if I can add nothing serious to rich literature, it is inevitable to discuss minimally, for the tale of Verginia is etiology for it as well. The reaction triggered *secessio*, and this *secessio* brought about *lex Valeria*. The key factor was plebeian solidarity. The Roman versions of the Verginian tale themselves represent indispensable plebeian solidarity balancing an instability of the newly created structure, even if it had to grow up still more considerably. This *lex Valeria*⁸³ is certainly related to *tribunicia potestas*⁸⁴. It is plain that this power consists in a solidarity operative in emergency as in the case of Verginia, though it was going to be institutionalized. It is evident that this impact of reactionary solidarity created such criminal procedures as *provocatio ad populum*, prosecution by the tribunes and *vadimonium* (its *exemplum iuridicum* is the case of K. Quinctius)⁸⁵.

Naturally solidarity and protection of an individual are at odds. But at the same time a collision between these two could have been propulsion to create new quality of society and new institutions. It is understandable that the etiological function of the tale of Verginia was double and articulated syntagmatically into two parts, establishment of an institution and complimentary reaction to it⁸⁶, and this reaction too was to be institutionalized, its nature of rescue in emergency being intact⁸⁷. We must perhaps interpret the Decemvirate regime itself,

⁸² *Conubium* in the Twelve Tables is a problem. HUBBERT 1999, p. 281ff. thinks that the prohibition is a consequence of rather recent closing of the patrician class, and the regulation was indulgent without effect. TONDO 1993, p. 64 maintains that the mixed marriage had been possible but the patricians had to close the blood in order to prevent that the plebeians might get access to *auspicium*. If we take into account the Verginian tale, we can guess, in addition, of presence of an extremist wing of the plebeians advocating the closure. But nothing is certain.

⁸³ Too obviously we can not discuss here on the relationship between *provocatio ad populum* and *lex Valeria*, nor does it make sense to cite only a few contributions among too vast literature. We can say at least as following. While the first *provocatio*, even if it's a real figure, does not have technical aspect, establishing only generically the public power on the basis of the people, the second one has acquired a specific function in the criminal procedure. This function is parallel to the interventions of *tribuni plebis* to block for a moment the prosecution, based upon *concilia plebis* or *comitia tributa*.

⁸⁴ Notoriously we have no convergence on the birth of *tribuni plebis*. The scholars swing between the first and the second *secessiones*, and some maintain a much later appearance. Here I opt temporally for the hypothesis that this institution was consolidated only with the second *lex Valeria* after the effects of the first *secessio* had been once extinguished and the plebeian movement had been once clandestine. This hypothesis is approximately identical with that of DE MARTINO 1972², p. 343. And POMA 1984 traces well the political vicissitudes and she recognized the officializing of *tribunicia potestas* and *lex Valeria* as an ending. I regret only that she estimated negatively the Greek influence and the tale of Verginia.

⁸⁵ I'd like to have an occasion to investigate this field. For the present, I follow *grosso modo* Bernardo Santalucia (his various works since SANTALUCIA 1989) who is critical to a revisionist and primitivist trend.

⁸⁶ Perhaps we must see behind the seemingly absurd tradition of double legislation such a dynamism.

⁸⁷ These mechanical effects have two prerequisites. A political system including a judiciary system in which there is no room of corruption (illustrated by the adhesion of Appius and Marcus Claudii). Two dimensions represented here by a patricio-plebeian dualism which is capable to be translated into that between city and territory. This second moment regards closely the classical problem what the *plebs* is. Here I have no space to discuss it except a few words on a recent very important

which includes *lex Valeria*, as resulting out of a double process and a tension between them⁸⁸. Due to this tension, there might have been in the Decemvirate legislation an aspect perceived as menacing for the plebeian sensitivity, and this aspect triggered *secessio*, and created *tribunicia potestas* in order to consolidate mechanical balance.

3.7. In the second half of the Fifth Century, the term of possession did not yet exist, and in the civil procedure, fresh creature, *vindicatae* or *vindicta* had acquired vital importance in a ritual language. On the other side the principle of possession permeated the entire society in parallel to its transformation. And *lex agraria*, or perhaps *ager publicus* as well, was consequence of this principle. The concept of possession was not born on the *ager publicus*, but this was born on the concept of possession.

Because I discussed on *lex agraria* elsewhere, I here only recapitulate it from the point of view specific to this article. The complex of institutions *lex agraria* was emancipated from the myth of *ager publicus* already since G. Tibiletti and E. Gabba⁸⁹. This is not a primitive common domain, but the land to be divided among *coloni*, in the viratine colonization. Early examples of the agrarian law were dismissed by Gabba's solid source criticism⁹⁰. We encounter a real figure of *lex agraria* only since the end of the Fifth Century⁹¹, a little earlier than the *lex Licinia de modo agrorum*. A second candidate for the role of *ager publicus*-like object had been the so-called *ager occupatorius*. But this is too de-mystified excellently by D. Mantovani⁹².

The historical context of its emerging is clear. As E. Gabba noted, Rome had interest to a viratine colonization. She had to dismantle the existing occupations of conquered land and

work, LANFRANCHI 2015. This author, with his conservative and sound source criticism, tried to reassess the tribunes in the first Republican years and placed them in the context of demographical movement in Italy, with his prosopography in a manner like Friedrich Münzer. I think only that he did not need to preclude the economic and judicial factors other than political rising of the peripheral people. The *plebs* is a complex reality in transformation and differentiation. I regret that Lanfranchi did not emphasize a shift in the age of the Decemvirate. The linkage with the societies of the Latin Allies and the surrounding peoples is not simple.

⁸⁸ The observation of Humbert 1990, p. 263ff. is very important. Humbert criticized certain Romanists sticking to the norms of the Twelve Tables neglecting the whole plebeian movement and the historical situation.

⁸⁹ TIBILETTI 1948; ID. 1949. As I referred, Tibiletti did not demolish the *ager publicus* theorem completely. His main line of argumentation was the distinguishing *ager occupatorius* from *ager compascuus*. Gabba (cited *infra*) succeeded it liquidating substantially that theorem in so far as it concerns the historical cases, even if he did not explicitly deny an ancient existence of *ager compascuus*.

⁹⁰ For example, GABBA 1978, 250ff.; ID. 1964, p. 29ff. We must discard anachronistic duplications attributed to the regal age and to the republican revolution (that of Sp. Cassius). In addition, cf. BOTTERI 1992, p. 45ff.; GABBA 1992, p. 407f.

⁹¹ It was so shocking the flash of *lex Sempronia* that every halation was possible to cause duplications, though, as Momigliano admits, there must have been a serious problem of *frumentatio* for settlers already in the very first years of the Republic. We can confirm that the Annalistic narration ceased to speak of *lex agraria* about in the year of 470. The chronological point of restart is the year 424 (Liv. 4.36.2). SERRAO 1981, p. 51ff. and SANTILLI 1981, p. 281ff. acknowledge the reality of the first agrarian laws. But Santilli did not look over an evolution in which TMCP come to assume the role to agitate the people with the hope to acquire land. HERMON 2001 too noticed this *caesura*, but then interpreted it as sign of change in character of *lex agraria*. The natures of sources are different as well! MANZO 2001 tried to rehabilitate all the traditions but in vain (without discussing the source values).

⁹² MANTOVANI 1997, p. 578ff. concentrated his attention to *novo more* and *in spem colendi*, weak points of Tibiletti, concluding that *ager occupatorius* is phantomatic.

to furnish the veterans and their settlements with money (*agri publici dividendi coloniarumque deducendarum et vectigali possessoribus agrorum imposito in stipendium militum erogandi aeris*). These *possessores agrorum* are never those who occupied public domain, simply because Livy does not write *ager publicus*. Probably they were ex-owners of the conquered land. The conflict between Ardea and Aricia had been precluded (Liv. 3.71.4ff. = a. 446). There emerges the agenda to re-organize the territory for the city where Rome intervened, in conformity to the new regime. The criterium was whether the occupations have a necessary quality or not. If not, those are to be confiscated to be distributed among the veterans. The good occupants are confirmed but have to pay *tributum* which will be financial resource for *stipendium* to the veterans⁹³. The dissension about criterium causes tumult and almost civil war. Ardea was symbol of orthodox interpretation of the criterium, while Aricia and the Arician alliance was flag of plebeian counterbalancing with solidarity of soldiers viz. veterans. The former was more conservative, indulgent vis-à-vis ex-occupants of land in the allied cities. The latter claimed expulsion in order to have more room to be re-distributed. This contention produces such a Livian expression as: 4.52.2: *si iniusti domini possessione agri publici cederent* (a. 410). *Agri publici* does not give us any illusion except some echoes of the Gracchan agrarian reforms. The meaning is simply the land destined to the division. *Iniusti domini* is anachronistic too being affected by the wording of *dominium*. They are simply obstinate occupants of land. And use of the term *possessio* is scarcely justified except for the purpose to suggest that it is the principle of possession *ante litteram*, *id est* whether it is a well articulated piece of land or a big conglomerate one, what mattered here in this age.

We must wait for the case of Veii as the first effective *lex agraria*, even if this also then fails because of the Gallian invasion. I suspect whether the first accomplished *lex agraria* was not *lex Licinia de modo agrorum*⁹⁴. This time, *lex* was not *ad hoc*, but the law maker intended to organize the entire territory according to one criterium, represented in the sources as 500 *iugera*, even if this figure is dubious.

It is clear that *lex agraria* was guided by the same ideal as what we comprehend from the Verginian corpus of the mythical traditions. That is, the well-articulated and stable unity, *par excellence* of land, and a *prima facie* respect of it. They thought obviously that only this quality could weave the new social texture.

4. *Exemplum iuridicum*

4.1. Let us now reconstruct the original *exemplum iuridicum* out of the tale of Verginia, and so we'll return to legal discourse. Two steps are necessary. First, we must take into account

⁹³ Cf. GABBA 1977, p. 23. In these years the mechanism *tributum-stipendium* was born. Cf. NICOLET 1976.

⁹⁴ It is very recently that the ancient thesis in favour of ownership as object of restriction regenerated. cf. ROSELAAR 2010, p. 104ff. But this is not convincing for me.

that the common source itself despite the differences between Livy and Dionysius had been contaminated by an intrinsic narrative inclination of the Annalistic in contrast to purely antiquarian sources⁹⁵. Nevertheless it is useful to measure differences between Livy and Dionysius, because these are expected to be proportionate to distances between the antiquarian core and the final contaminated Annalistic form, given the Dionysian disposition to amplify dramatic feature and the Livian bookishness to return to an archaic dry chronicle. Thus we can calculate the narrative bias disturbing the ritual preciseness. This is an operation to examine synchronic penetrations. Second, we need to peel out covering layers accumulated over a nucleus. This is sheerly diachronic analysis on the text.

Let us for a moment review the Dionysian story. Not only M. Claudius but also Numitorius and Icilius had tendency to mingle two issues, interim and final, in one speech⁹⁶. They repeat it in interim and final procedures. M. Claudius has already imposed a false *aut aut* whether he retains Verginia (29.4: διεγγυᾶν τὸ σῶμα) while waiting her father or the trial is immediate without him (29.4: ταχεῖαν... τὴν διάγνωσιν). Correspondingly Numitorius, preferring the presence of father (30.3: τὴν μὲν δίκην τὸν πατέρα ἀπολογήσεσθαι), but for his inevitable absence, is forced to defend her body in interim phase (τὴν δὲ τοῦ σώματος ἀντιποίησιν). The issue is at most one aspect of general procedural justice of father's presence at trial. We are not explained why this so necessary is. In any way the presence of father is his facultative right. This is sharply contrasting to the Livian presupposition that an emergency is born out of the rule that only father has capacity to defend. His presence is an urgent prerequisite. Without understanding this problem, the Dionysian story has to introduce father's absence awkwardly. In consequence the interim problem too appears lacking organic integration to the context, and so this principle was re-absorbed into a total justice discussed in a full range. Even when Appius Claudius admits the priority of defendant and, at the same time, he says that father's absence modifies the rule into the opposite sense, converting the interim possession from the defendant to the plaintiff (31.1-2)⁹⁷, the formulation of this last logic, in this version, has no technical precision. The value urged by the Verginian side is integrated into a political liberty. So only

⁹⁵ Cf. MOMIGLIANO 1960, p. 310ff.; GABBA 1967, 135ff.

⁹⁶ NOAILLES 1942a, p. 108: «il fait plaider les avocats au fond». Dionysius largely anticipates substance of trial in the phase before the interim sentence. Two parties argue in a full range. The argument of M. Claudius is simple. It is principle of belonging of an object (mine should belong to me: 29, 1: κύριος αὐτῆς; ἔστιν ἐμῆ). He justifies his claim with a legitimate mode (ὄν τρόπον) of acquisition (cf. D. 41.2). His father possessed a pregnant female slave, who had been friend of Mrs. Verginius. The slave had promised to donate to her the baby to be born, while informing the master, M. Claudius, of a false fact that the baby was born dead. So the baby is his, thanks to a double principle (ἐπὶ τὸν κοινὸν ἀπάντων νόμον) of belonging, mother/baby, patron/slave. The reply of Numitorius is more articulated. He praises parentage. Father Verginius is brave soldier. Mother Numitoria has great virtue. Verginia has her fiancé Icilius, champion of the people. Fifteen years have passed without any problem, above all without any contention brought by M. Claudius. After this very substantial debate, comes out that procedural sentence.

⁹⁷ ἐκεῖνο μέντοι δίκαιον ἡγοῦμαι, δεῦν ὄντων τῶν ἀντιποιοῦμένων, κυρίου καὶ πατρός, εἰ μὲν ἀμφοτέροι παρήσαν, τὸν πατέρα κρατεῖν τοῦ σώματος μέχρι δίκης. ἐπεὶ δ' ἐκεῖνος ἄπεστι, τὸν κύριον ἀπαγαγεῖν ἐγγυητὰς ἀξιοχρέους δόντα καταστήσειν ἐπὶ τὴν ἀρχὴν ὅταν ὁ πατὴρ αὐτῆς παραγένηται. Here is no intermediary step of justification found in Livy (see *infra*, *neminem alium cui dominus possessione cedat*, fresh but incontestable at this historical moment, even for the Verginian side.

fierce resentment of the people and Icilius's political speech representing this resentment (31) eventually overturns the Appian decision (32), as I already pointed out.

According to Livy (3.44ff.), when M. Claudius seized the girl, immediately this action was ritualized in a language of archaic flavour *manum iniecit*⁹⁸. At the same moment *in forum* acquires a certain ritualistic signification, which will be however soon cancelled by an etiological and so mythical expression: *ibi namque in tabernaculis litterarum ludi erant*. This text is conscious of tension between two levels of myth and ritual⁹⁹. The substantial argument of M. Claudius, *serua sua natam servamque*, is only for turning away the affair from the collision of forces, and in fact M. Claudius says: *nihil opus esse multitudine concitata*. The girl had been freed from physical force (*iam a vi tuta erat*), when he passed over to the ritual (*se iure grassari, non vi*). He pretends to be an *adsertor*. He accomplishes ritualized act of *in ius vocatio* (*vocat puellam in ius*), as if, however, the girl herself is the defendant. Differently from Dionysius, Livy adopts the version in which it is M. Claudius who insisted on the court abandoning from the beginning exercise of force.

And Appius the judge immediately demands for the Verginian side to produce *auctores*¹⁰⁰ who shall attend to Verginia (*auctoribus qui aderant ut sequerentur*). In parallel M. Claudius simulates to enter in trial for a while, but soon gives it up for an alleged reason of father's absence in the adversary side. We notice here that *auctores* corresponds to the sign to move on to the trial. This *auctores* will be replaced in multiple ways as *spondentes* or *propinqui*, but we can receive a clear suggestion from the order of Appius that there is a pre-requisite to stand as defendant in the court. A side-effect is that the problem of father's absence is introduced not too unnaturally even though some awkwardness remains as a script.

A deliberately vague Verginian side (*aduocati*¹⁰¹ *puellae*) does not meanwhile bring forward any substantial refutation, instead they limit their discourse strictly to the procedural problem. They say soon that the absence of her father requires postponement of the trial¹⁰². The text commits one more slipp, because they immediately argue on the interim holding of the person of Verginia. This rupturing cliff¹⁰³ is really standing out. Superficially it is logical that

⁹⁸ The scholars had considered the tale of Verginia as illustrating *legis actio per manus iniunctionem*, and APPLETON 1924, p. 617 criticized it well (cf. NICOLAU 1933, p. 100ff.). Then this tale entered in the orbit of *causa liberalis*. As a matter of fact, I think, that action was exercised for *nexum*, and so the stratum is different.

⁹⁹ I don't mean that Dionysius ignored this distinction. His reflections on rituals are in general very acute, in particular in the comparisons of Greek and Roman versions. Only that he was not too competent in the legal rites, what teaches us of the peculiarities of these.

¹⁰⁰ Cf. Cic. Caec. 10, 27. *Auctores* is a factor anticipating morphologically the standing of the party.

¹⁰¹ *Aduocati* is here not parallel to *auctores* because these should be adjuvant to father, not daughter. In any way this is not technical indicating an amorphous status of the Verginian side. But the term *aduocati* itself is another thing. This may stand in morphological orbit of civil procedural party (KASER 1966, p. 161f.). I don't know whether Livy deliberately used this term to distinguish such forms as *auctores* and *spondentes* from somehow more un-ritualistic ones or not.

¹⁰² NOAILLES 1942a, p. 125ff. with reason interprets this postponement as the means for introducing the intermediary sentence in the dramaturgy.

¹⁰³ I already have *supra* alluded to it as a proof of the same source used by Livy and Dionysius. The text is 44.11: *Aduocati puellae, cum Verginium rei publicae causa dixissent abesse, biduo adfuturum si nuntiatum ei sit, iniquum esse absentem de liberis dimicare, postulant ut rem integram in patris aduentum differat* and the following 44.12: *lege ab ipso lata uindictas det secundum libertatem, neu patiatuirginem adultam famae prius quam libertatis periculum adire*.

a postponement creates an interim problem. But sudden raising of the problem of postponement by inventing awkwardly father's absence is quite unnatural, as is seen in Dionysius too (so perhaps canonical in the genre of Annalistic), even though in Livy such parallel signs as *auctores*, *aduocati* etc. secretly compensate absurdity. Evidently this is a setting for dramatizing the central issue of interim possession. And thus now emerges the crucial problem of the interim possession¹⁰⁴, which is translated into *fama* of the girl (44.12: *neu patiatur virginem adultam famae prius quam libertatis periculum adire*)¹⁰⁵. Father-daughter is perfect illustration of compactness to be respected *a priori*. Very differently from Dionysius, Livy from this point on never makes any party discuss about substantial problem of the status of the girl.

So, we may conclude that Livy turned away to some degree from a narratological necessity (liberated thanks to a forced and abrupt introduction of father's absence) to a direction of reproducing ritual, at the very point where Dionysius went on expanding debate on justice in a continuity between narratological and rhetorical. If so, we can presume that there had been problem of the standing (that only father is eligible), a vital consequence of which had been interim possession, and then, in order to dramatize thrill and tension in this problem, father's inevitable absence and chastity of a girl were invented in the etiology.

And if we uncover this dramaturgy, we attain *exemplum* where for the first time the standing as defendant was questioned as vital. So vital was it that the chastity of a girl depended upon it. This position of defendant meant an absolute advantage but was given not unconditionally. The condition was illustrated by necessary presence of no other than father. What is the substance of this formal requisite? We have formulated a hypothesis in the previous section.

4.2. Yet, the Livian text seems to betray our hypothesis. It reproduces never linearly the exemplary case. Diachronic overturnings are accumulated at the very point of great counterattack of the plebeians, in response to the perverted escalation of the interim sentence of Appius.

The decision of Appius in Livy is more specific. *Aduocati puellae* had anticipated the phrase *secundum libertatem*. The Appian *decretum* as well is not lacking in technical sophistication. It says that in the case of revindicated liberty of person, (given implicitly that anyone can stand to defend this liberty¹⁰⁶) whoever takes action for it holds the interim possession (*in is*

¹⁰⁴ APPLETON 1924, p. 601 says that, if father were not absent, the problem of the interim possession would not have emerged, because Verginia had been since fifteen years ago his daughter «paisiblement, publiquement». But this is a later acquisition by *causa liberalis* differentiated. Before this time, the principle of possession itself still had to be established. And it must have been possible for M. Claudius to grasp her *a priori* as his own slave thanks to his apparent and false articulation in the group around Appius (*clientela*). Father-daughter relationship, instead, was the very symbol of an authentic articulation, and then not symbol but reality to be protected.

¹⁰⁵ According to APPLETON 1924, p. 600ff. this element is peculiar to *causa liberalis*. He was right on the real level or on the (diachronically most recent) surface of the text, but at the same time this element assumes a semiotic function to symbolize possession in a narratological dramatization, even if retrospectively, or on the diachronically lower, chronologically upper, layers.

¹⁰⁶ This is, as we all know, the key principle of *causa liberalis*, which will result an ideal, *vindex libertatis*. *Rudens* of Plautus illustrates this idea.

enim qui adserantur in libertatem, quia quivis lege agere possit, id iuris esse), but in the case of a daughter only her father can do it, if the adversary is qualified (*in ea quae in patris manu sit, neminem alium cui dominus possessione cedat*)¹⁰⁷. We must not look over that on the adversary too a condition is imposed¹⁰⁸, what is never seen in the Dionysian text. This is the core of the *exemplum iuridicum*, though the formulation is anachronistic. It is fundamental that even the Verginian side cannot but accept this condition, though in Dionysius this principle itself is absurd. It is in order to clear this barrier, the entrance to trial, not to get the substance of trial as in Dionysius, that Icilius *et socii* must soon call back her father.

And the traditions will seek alternative satisfactions of this condition diachronically. The Appian logic is upside-down, heaping up lower on upper. So, the plebeian counter-attacks, correcting absurdity, can convincingly and calmly accumulate diachronic antidotes. In fact, if everyone is eligible as agent for a person's liberty, it should be *a fortiori* so for a presumable daughter of a citizen. But Appius says that, though everyone is eligible for a person's liberty, for a daughter no one but her father can be eligible. This is pure non-sense. Appius is saying something logically absurd. The diachronic steps must have been such that first came a qualification of the standing *tout court* and then to this was added the next layer that, yet for a daughter, a presumable father had the standing as defendant unconditionally (maybe this had been an immediate exception imposed by the plebeian side), and finally was attained the comprehensive exception that, if for a presumable free person, anyone was eligible. This final stage was called *causa liberalis*¹⁰⁹. The Appian decree is fabricated in the narrative as something so perverse as to facilitate the counter-attack of this second layer or that final exception by the plebeian side, to which we see further ramified versions being attached.

Icilius tries to turn over the rule (45.4ff.), on the base of two foundations of liberty, *tribunicia potestas* and *provocatio*. The text of Livy indulges here a little¹¹⁰. Appius, though affirming that he does never concede to the political claims (46.3: *non petulantiae suae*), admits finally the interim possession by the Verginian side in so far as *Verginio absenti et patrio nomine et libertati*. Father's privilege illustrates the meaning of the standing in a synchronic opposition in the image though it represents logically a next diachronic layer.

¹⁰⁷ This reversed argument of Appius seemed «astuce profonde» (APPLETON 1924, p. 596). But the text, and so the etiology, premeditates a confusion of different diachronic strata, incarnated in the malice of Appius. Appleton interprets it honestly in the sense that Appius rejected *causa liberalis* exactly because Verginia was under *patria potestas*. But this interpretation is too ingenuous.

¹⁰⁸ The merit of the Livian version is that it leaves us a technical formulation of this condition otherwise than in a narrative illustration with father-daughter relationship. *Neminem alium cui dominus possessione cedat* is naturally a later anachronistic expression. «Even a veritable owner is inferior in so far as it concerns possession» is tautology besides that the term *dominium* is later one as well as the word *possessio*. But the phrase catches abstractly essence of the pre-requisite for one to be able to acquire the standing.

¹⁰⁹ NICOLAU 1933, p. 179ff. can be said to have seen only this phase neglecting the trunk of the tradition. FRANCIOSI 1961 too, dating the birth of *causa liberalis* in the Fourth Century BC (the slavery was developed during the Samnite War), discarded the tale of Verginia.

¹¹⁰ While APPLETON 1924, p. 607ff. estimates the pressure made by Icilius, NOAILLES 1942a, p. 109 attributes his intrusion to a confusion of Livy. For me, a diachronic piling up was translated into a mosaic of narrative.

On the text the scene is gradually transformed into that of searching after father, as the defendant in the trial. The text is once more twisted so that the *sponsores* are demanded (46.7: *cum instaret adsertor puellae ut vindicaret sponsoresque daret*), and Icilius claims a satisfaction of condition (*atque id ipsum agi diceret Icilius*). Surprisingly the soldiers in the legion announce their indirect eligibility as guarantors. At last Appius concedes officially the standing to the relatives (*vindicatur Verginia spondentibus propinquis*)¹¹¹. In this part the text is in great confusion. This might be construed to be a consequence of diachronic piling up of layers. I repeat, all these layers seem to stand by the side of the solidarity of Dionysian taste.

In Livy the trial is nominal¹¹². The tale of Verginia exists only as *exemplum* for instituting a new preliminary procedure. And we thought that this must have been a reactive version. That is, this tale itself was created by the side repelling the introduction of a new procedure. Only that this reaction was constructive because it contributed to check its abuse to simulate falsely the qualification fulfilled. In other words the opposite side too accepts this new obligatory qualification to be able to a party in this procedure in the court. Juristically speaking theirs was not refutation but exception. So in this point the Livian version is better than the Dionysian one.

In conclusion, it is probable that the original *exemplum iuridicum* was the following. Two parties litigate claiming ownership (still simple allocation or attribution¹¹³) for something. But before the trial, the standing was now requested. The standing was represented in a ritual form. The parties should be articulated into two, *auctores* and *reus/actor*, pledging themselves that they are not any more conglomerate. And A grasped the object X¹¹⁴, and B took back it, with a simulated force. Again, both A and B were obliged to be a clearly articulated unity¹¹⁵.

¹¹¹ These relatives must be agnatic.

¹¹² The final sentence was in favor of M. Claudius, and this triggered the second *secessio*. While Dionysius described this sentence as long and substantial one, for Livy the sentence was laconic, whence had been born the thesis of a second interim sentence (PUCHTA 1893¹⁰, p. 477, nt. 1 and SCHWEGLER 1858, p. 52ff.). It is perhaps due to more importance in Rome of the possession than some justice of belonging that the procedure *in iure* had more weight proportionately to scarcity of *apud iudicem* (trial). Roman Law is technical and scarcely political.

¹¹³ It is obvious that in Dionysius we listen to some notes of the basic concept of ownership in Greece, where the ownership was decided ultimately by the political system, in an archaic phase perhaps by some Hesiodic communities as was depicted about the early sales in: PRINGSHEIM 1950. It is dubious whether the Decemvirate found in the Roman territory such an ownership. The episode at Cremera suggests inexistence at least of the community of Hesiodic type. So, even if under the *clientela* there must have been some types of individual attribution of land, the Decemvirate must have been obliged to experience virtually two steps in one moment, Greek type imported, and Roman idiosyncratic type engined with possession.

¹¹⁴ The starting point should be *manus iniectio* and *in ius vocatio*. But in this case we have encountered a difficulty. Who is summoned? Livy says as if Verginia herself was summoned (VAN OVEN 1950, p. 172ff. tried to overcome this difficulty and to connect the tale to the text of Gaius. But the concept of possession was neglected as well as the stratification of various institutions.). This seemed to be contradiction. Yet we must consider that we are still in a stage where *in rem* and *in libertatem* are not differentiated. In so far as a person matters, the choice continued to be always problematic, as we can see in numerous scenes of Plautus and Terentius.

¹¹⁵ *Manus iniectio, mancipium, nexum* etc. are formally all absent in the tale of Verginia (except in a relatively later layer of *patris manus*). These elements were maybe derived from a stage of early differentiation of *in rem* where the formality was still vivid, and the ambiguity of personal liberty still remained (in particular in the field of debt). However, as BONFANTE 1888-1889 strikingly shows, the idea of articulation of the unity and its core with the single head can be illustrated by the concept of *manus*. This is the same structure as what I identify behind the concept of possession, and I'd like to underline that this structure depends upon the new court and its rituality and publicity visible in *mancipatio*. This is one of the

This status was this time represented by close relationship between A/B and X. It is presumed that A does not construct sufficiently compact unity with X because B is closer to it, so A must simulate to once insert himself between B and X. This challenge of A should be repulsed by the counter-gesture of B to grasp X intimately¹¹⁶. This is an ordeal for B. But if he overcomes it ritually, he will be protected. Now this new qualification itself was barrier for B *et socii*, the plebeians. Their traditional solidarity was no more useful. On the other side A's qualification was false. The judgement on such a qualification is inevitably ambiguous because it is *par excellence* morphological. This factor justified a vast reaction to produce exceptions by the side of B. It reinforced the newly born institution.

4.3. If we put this *exemplum iuridicum* once more in the context of a complex cluster of mythical traditions, we can say that a historical situation created the concept of interim possession in ritual or procedure, and the people began to conceive something to be guarded through this institution, symbolized by chastity of Verginia. Linkage with myth makes us suppose this value to be rooted in the social reality outside the procedure as well¹¹⁷. What should be guarded will be called «possession» in later vocabulary.

Corollaries of the birth of this value¹¹⁸ are numerous. The civil procedure itself is a first corollary¹¹⁹. And *vice versa*. The concept of possession is logical consequence to civil procedure. The procedural examination of the standing (of the defendant) distinguishes civil procedure from other solutions (for example arbitration, transaction, ADR) of litigations. So the civil procedure has its criterium, as well as in the distinction of plaintiff and defendant, in the differentiation of the two stages, pre-trial and trial, *in iure* and *apud iudicem*¹²⁰. The former will evolve to become *litis contestatio*. It is marvelous that this system, apparently very technical, has the same roots with the institution and the idea of the liberty of person.

meanings of the tale of Verginia. Without such a ritualistic framework linked to a true political system, Bonfante's *signoria* would be a Cyclopic monster.

¹¹⁶ We discussed in Gai. Inst. about a seeming symmetry and a delicate asymmetry.

¹¹⁷ Another task is to investigate the antecedent phase before this change. One hint is available in a diachronic comparability with the Lucretian myth (Liv. 3.44.1). A natural hypothesis would be that the republican political liberty (Lucretia) is modified into a civil one (Verginia). In the Verginian *exemplum* the existence of a judicial court is presupposed. Its corruption too is thematized.

¹¹⁸ This conclusion is not so distant from what some scholars argue. DIOSDI 1970, p. 48ff. depicts the history from gens to family, and to individual (the stage of the Twelve Tables), and Luigi Capogrossi Colognesi reached a similar conclusion (for example, CAPOGROSSI COLOGNESI 1980, p. 29ff.), even if he preferred ownership to possession, and *lex Licinia* to the Decemvirate legislation. MAGDELAIN 1987, p. 23 tried to recognize an absolute ownership in the structure of *mancipatio* and its publicity (*Quirites*) which, we think, the tale of Verginia certainly presupposes. I questioned only how about the problem of possession. It is certain that the Roman society overcame the territorial structure symbolized by Cremera and *gentes et clientes*, I prefer, rather with the concept of possession than by a generic ownership, though out of the new system springs out a sort of ownership, without name, *meum esse*.

¹¹⁹ So we think that in a sense Civil Law itself, and, if speaking extremist-wise, Roman Law itself, was born not in a prehistorical age but in a historically specific age. I can dare to say it was only being encouraged by the very Romans themselves.

¹²⁰ As for the birth of this dualism, there exists no contribution convincing. Among various speculations LÉVY-BRUHL 1960, p. 102ff. is interesting in assuming a *provocatio* (that would be *apud iudicem*) against a regal procedure with *sacramentum*.

We understand that possession is the principle to regulate the violence, for the criteria of *vis* are given by this conception¹²¹. Violence means collective force, and that they are not capable to form articulated unities, and the principle of possession dismantles this collectivity gradually through civil procedure prevailing. If the civil society signifies autonomous pacific state of it without any controlling power, its secret is the concept of possession.

There remains the problem of conformity¹²² of our *exemplum iuridicum* to the fragments or the fragmentary contents of the Twelve Tables, for example collected by Riccobono¹²³. But it is impossible to accomplish here this investigation in front of too much literature¹²⁴ and too uncertain materials. I'd like to return here not too later.

5. Conclusion

We have arrived at a temporary conclusion that we can place the origins of the concept of possession in the age of *Decemviri*, indicated by the word of *vindiciae* or *vindicta*, with a charter myth of Verginia and its ritualized form as *exemplum iuridicum*. The birth of this concept accompanied that of the civil procedure *tout court*, defined by a necessary qualification imposed upon the adversary parties, in particular the standing of defendant, conceived according to the principle of possession, as criterium. It was consequence of a total transformation of the Roman society in that age. But obviously its historical significance is enormous, actual even nowadays.

Naturally we need to corroborate this hypothesis with many investigations in many dimensions, on the Annalistic traditions, on the archaeological data, etc. A detailed comparison with the Greek process of democratization is as well absolutely indispensable. We must trace later evolutions of this institution, in particular the step-up in the age of Appius Claudius

¹²¹ LABRUNA 1971 is a milestone to have tackled this field of investigation. His research was directed to the situation dominated by violence in the Gracchan Age which necessitated *interdictum vi*. I guess that a transformation of the concept of possession and an ill function of it were involved in this great confusion, but it is out of question that the concept of possession itself had been a decisive firewall for violence not to extend. We must suppose that its evolved figure visible in *Pro Caecina* was only a final point.

¹²² *Si in ius vocat* as the initial phrase of the Twelve Tables (Cic., *De leg.*, 2.4.9) coincides with the starting point of the Verginian procedure. KASER 1966, p. 48ff. thought that *in ius vocatio* was valid only for *actio in personam* and for *causa liberalis*, of which an example was the initial step of the Verginian procedure. But, as I have argued, this differentiation cannot be applied *a priori* to the Verginian *exemplum*.

¹²³ NOAILLES 1942a, p. 110ff. traced well this conformity. He maintained that in the procedure there were two moments, first to expect a voluntary acceptance of the summon, and second to compel it by force if it is not accepted. But this is the case only when it begins to matter debt (*nexum*), where *condemnatio* justifies treating a person as *res*, and so there is a need to seize a free debtor into slavery. I consider this phase as slightly later. In the litigation of Verginian type the summon is automatic with a Livian generic «*in ius vocatio*». The defendant wants to be present by all means because otherwise he loses his loved one.

¹²⁴ Recent studies, such as cited above (nt. 65), are very suggestive (above all, FIORI 2018, p. 45ff.), therefore I'd like to return not too later in order to compare this analysis on the tale of Verginia with the results of these contributions (another reason is that these studies at last show a new level of source criticism even though different from the one that I have here practiced). I can add that above all CURSI 2018 is representative of the directions to trace concrete historical evolutions after the Decemvirate legislation.

Caecus, the appearance of specialized litigation on the possession and its combination with *interdictum*, the revolutionary change in the Gracchan age, the developed figure visible in the Ciceronian speeches, and that complicated problematic called *dominium*.

References

- APPLETON 1924 = CH. APPLETON, *Trois épisodes de l'histoire ancienne de Rome: les Sabines, Lucrèce, Virginie*, in *Revue historique de droit français et étranger* 4^e série 3 (1924), pp. 193-271, pp. 592-670.
- BEKKER 1884 = E.I. BEKKER, *Zu den Lehren von L.A. sacramento, dem Utipossidetis und der Possessio*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung* 5 (1884), pp. 136-165.
- BIRKS 1985 = P. BIRKS, *The Roman Law Concept of dominium and the Idea of Absolute Ownership*, in *Acta Juridica* 1 (1985), pp. 1-38.
- BOËLS-JANSSEN 2010 = N. BOËLS-JANSSEN, *Le statut matronal, enjeu du conflit entre plèbe et le patriciat?*, in *Revue des études latines* 88 (2010), pp. 106-123.
- BOËLS-JANSSEN 1993 = N. BOËLS-JANSSEN, *La vie religieuse des matrons dans la Rome archaïque*, Rome 1993 (Publications de l'École Française de Rome, 176).
- BONFANTE 1888-1889 = P. BONFANTE, *Res Mancipi e nec Mancipi*, fasc. I, Roma 1888, fasc. II, Roma 1889 (= *Forme primitive ed evoluzione della proprietà romana* ["Res Mancipi" e "res nec Mancipi"], in *Scritti giuridici varii*, vol. II, *Proprietà e servitù*, Torino 1918, pp. 1-326).
- BOTTERI 1992 = P. BOTTERI, *La définition de l'ager occupatorius*, in *Cahiers du Centre Gustave Glotz* 3 (1992), pp. 45-55.
- BRETONE 1982² = M. BRETONE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, II ediz., Napoli 1982.
- CAPOGROSSI COLOGNESI 1980 = L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Alcuni problemi di storia romana arcaica: ager publicus, gentes e clientes*, in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano "Vittorio Scialoja"* 83 (1980), pp. 29-65.
- CELS-SAINT-HILAIRE 1991 = J. CELS-SAINT-HILAIRE, *Virginie, la clientèle et la liberté plébéienne: le sens d'un procès*, in *Revue des études anciennes* 93 (1991), pp. 27-37.
- COLLART 1963 = J. COLLART, *Analogie et anomalie*, in *Varron: six exposés et discussions*, Genève 1963 (Entretiens sur l'Antiquité classique, 9), pp. 119-140.
- CURSI 2018 = M.F. CURSI (a c. di), *XII Tabulae. Testo e commento*, voll. I-II, Napoli 2018.
- CUQ 1894 = E. CUQ, *Recherches sur la possession à Rome sous la République et aux premiers siècles de l'Empire*, in *Nouvelle revue historique de droit français et étranger* 18 (1894), pp. 5-59.
- DELLA CORTE 1981² = F. DELLA CORTE, *La filologia latina dalle origini a Varrone*, II ediz., Firenze 1981.
- DE MARTINO 1972² = F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, II ediz., vol. I, Napoli 1972.
- DE SANCTIS 1907 = G. DE SANCTIS, *Storia dei Romani*, vol. II, Torino 1907.
- DIÓSDI 1970 = G. DIÓSDI, *Ownership in Ancient and Preclassical Roman Law*, Budapest 1970.

- DOWDEN 1989 = K. DOWDEN, *Death and the Maiden: Girls' Initiation Rites in Greek Mythology*, London 1989.
- DUCOS 1979 = M. DUCOS, *L'influence grecque sur la loi des XII Tables*, Paris 1979.
- ECO 1984 = U. ECO, *Semiotica e filosofia del linguaggio*, Torino 1984.
- FALCONE 1996 = G. FALCONE, *Ricerche sull'origine dell'interdetto uti possidetis*, in *Annali del Seminario Giuridico della Università di Palermo* 44 (1996), pp. 5-360.
- FERRARY 1984 = J.-L. FERRARY, *L'archéologie du de re publica* (2, 2, 4-37, 63): *Cicéron entre Polybe et Platon*, in *The Journal of Roman Studies* 74 (1984), pp. 87-98.
- FIORI 2018 = R. FIORI, *Il processo privato*, in M.F. CURSI (a c. di), *XII Tabulae. Testo e commento*, vol. I, Napoli 2018, pp. 45-149.
- FRANCIOSI 1961 = G. FRANCIOSI, *Il processo di libertà in diritto romano*, Milano 1961.
- GABBA 1978 = E. GABBA, *Per la tradizione dell'heredium romuleo*, in *Rendiconti Istituto Lombardo* 112 (1978), pp. 250-258 (= *Roma arcaica. Storia e storiografia*, Roma 2000, pp. 228-234).
- GABBA 1964 = E. GABBA, *Studi su Dionigi da Alicarnasso. III. La proposta di legge agraria di Spurio Cassio*, in *Athenaeum* 42 (1964), pp. 29-41 (= *Roma arcaica. Storia e storiografia*, Roma 2000, pp. 129-139).
- GABBA 1967 = E. GABBA, *Considerazioni sulla tradizione letteraria sulle origini della Repubblica*, in *Les origines de la république romaine. Neuf exposés suivis de discussions*, Genève 1967 (Entretiens sur l'antiquité classique, 13), pp. 135-169 (= *Roma arcaica. Storia e storiografia*, Roma 2000, pp. 25-50).
- GABBA 1977 = E. GABBA, *Esercito e fiscalità a Roma in età repubblicana*, in *Armées et fiscalité dans le monde antique. Paris 14-16 octobre 1976*, Paris 1977 (Colloques nationaux du Centre National de la Recherche Scientifique, n. 936), pp. 13-33 (= *Del buon uso della ricchezza. Saggi di storia economica e sociale del mondo antico*, Milano 1988, pp. 117-132).
- GABBA 1991 = E. GABBA, *Dionysius and the History of Archaic Rome*, Berkeley 1991.
- GABBA 1992 = E. GABBA, *Storia e politica nei Gromatici*, in O. BEHREND, L. CAPOGROSSI COLOGNESI (Hrsg.), *Die römische Feldmeßkunst. Interdisziplinäre Beiträge zu ihrer Bedeutung für die Zivilisationsgeschichte Roms*, Göttingen 1992, pp. 398-409.
- GÄRTNER 2001 = U. GÄRTNER, *Lucilius und die Freundschaft*, in G. MANUWALD (Hrsg.), *Der Satiriker Lucilius und seine Zeit*, München 2001, pp. 90-110.
- GIGLIO 2018 = F. GIGLIO, *The Concept of Ownership in Roman Law*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung* 135 (2018), pp. 76-107.
- HERMON 2001 = E. HERMON, *Habiter et partager les terres avant les Gracques*, Rome 2001 (Collection de l'École française de Rome, 286).
- HEUSS 1981 = A. HEUSS, *Barthold Georg Niebuhrs wissenschaftliche Anfänge. Untersuchungen und Mitteilungen über die Kopenhagener Manuscripte und zur europäischen Tradition der lex agraria (loi agraire)*, Göttingen 1981.
- HOTOMANUS 1564 = *De legibus XII tabularum tripartita* FRANC. HOTOMANI *Iurisconsulti Commentatio*, Lugduni 1564.

- HUMBERT 1990 = M. HUMBERT, *La crise politique du V^e siècle et la législation décenvirale*, in *Crise et transformation des sociétés archaïques de l'Italie antique au V^e siècle av. J.-C. Actes de la table ronde de Rome (19-21 novembre 1987)*, Rome, 1990 (Publications de l'École française de Rome, 137), pp. 263-287.
- HUMBERT 1999 = M. HUMBERT, *Le conubium des patriciens et des plébéiens: une hypothèse*, in C. BONTEMES (éd.), *Nonagesimo anno. Mélanges en hommage à Jean Gaudemet*, Paris 1999, pp. 281-303.
- HUMBERT 2005 = M. HUMBERT (a c. di), *Le dodici tavole. Dai Decemviri agli Umanisti*, Pavia 2005.
- HUMBERT 2009 = M. HUMBERT, *La c.d. libertà associativa nell'epoca decenvirale: un'ipotesi a proposito di XII Tab. VIII.27*, in *Annali del Seminario Giuridico della Università di Palermo* 53 (2009), pp. 27-53.
- HUMBERT 2018 = M. HUMBERT, *La loi des XII Tables. Edition et commentaire*, Rome 2018.
- KASER 1949 = M. KASER, *Das altrömische Ius. Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer*, Göttingen 1949.
- KASER 1971² = M. KASER, *Das römische Privatrecht*, 1. Abschn., 2. Aufl., München 1971.
- KASER 1956 = M. KASER, *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*, 2. Aufl., Köln-Graz 1956.
- KASER 1966 = M. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1966.
- KOBA 1999 = A. KOBA, *Per una nuova stratigrafia delle tradizioni sulla legge agraria romana*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 65 (1999), pp. 269-284.
- KOBA 2017 = A. KOBA, *Due indizi per la critica delle fonti dell'Enchiridion pomponiano*, in *Studi Senesi* 129-3, 2017, pp. 460-486.
- LABRUNA 1971 = L. LABRUNA, *Vim fieri veto. Alle radici di una ideologia*, Napoli 1971.
- LANFRANCHI 2015 = T. LANFRANCHI, *Les tribuns de la plèbe et la formation de la République romaine. 494-287 avant J.-C.*, Rome 2015 (Bibliothèque des Écoles françaises d'Athènes et de Rome, 368).
- LAURIA 1953 = M. LAURIA, *Possessiones. Età repubblicana*, Napoli 1953.
- LEFÈVRE 2001 = E. LEFÈVRE, *Lucilius und die Politik*, in G. MANUWALD (Hrsg.), *Der Satiriker Lucilius und seine Zeit*, München 2001, pp. 139-149.
- LÉVY-BRUHL 1960 = H. LÉVY-BRUHL, *Recherches sur les actions de la loi*, Paris 1960.
- MAGDELAIN 1987 = A. MAGDELAIN, *Les XII tables et le concept de ius*, in O. BEHREND, C. LINK (Hrsg.), *Zum römischen und neuzeitlichen Gesetzesbegriff. 1. Symposium der Kommission "Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart" vom 26 und 27. April 1985*, Göttingen 1987, pp. 14-29.
- MANTOVANI 1997 = D. MANTOVANI, *L'occupazione dell'ager publicus e le sue regole prima del 367 a.C.*, in *Athenaeum* 85 (1997), pp. 575-598.
- MANZO 2001 = A. MANZO, *La lex Licinia de modo agrorum. Lotte e leggi agrarie tra il V e IV secolo a.C.*, Napoli 2001.
- MASSA-PAIRAULT et al. 1990 = F.-H. MASSA-PAIRAULT et al., *Crise et transformation des sociétés archaïques de l'Italie antique au V^e siècle av. J.-C. Actes de la table ronde de Rome (19-21 novembre 1987)*, Rome 1990 (Publications de l'École française de Rome, 137).

- MOATTI 1997 = C. MOATTI, *La raison de Rome. Naissance de l'esprit critique à la fin de la République*, Paris 1997.
- MOMIGLIANO 1942 = A. MOMIGLIANO, *Camillus and Concord*, in *The Classical Quarterly* 36 (1942), pp. 111-120 (= *Secondo contributo alla storia degli studi classici*, Roma 1960, pp. 89-104).
- MOMIGLIANO 1952 = A. MOMIGLIANO, G. C. Lewis, *Niebuhr e la critica delle fonti*, in *Rivista Storica Italiana* 64 (1952), pp. 208-221 (= *Contributo alla storia degli studi classici*, Roma 1955, pp. 249-262).
- MOMIGLIANO 1957 = A. MOMIGLIANO, *Perizonius, Niebuhr and the character of early Roman tradition*, in *The Journal of Roman Studies* 47 (1957), pp. 104-114 (= *Secondo contributo alla storia degli studi classici*, Roma 1960, pp. 69-88).
- MOMIGLIANO 1960 = A. MOMIGLIANO, *Linee per una valutazione di Fabio Pittore*, in *Rendiconti Accademia dei Lincei, Classe di Scienze morali, storiche e filologiche serie VIII*, vol. XV, fasc. 7-12 (1960), pp. 310-320 (= *Terzo contributo alla storia degli studi classici e del mondo antico*, I, Roma 1966, pp. 55-58).
- MOMIGLIANO 1967 = A. MOMIGLIANO, *L'ascesa della plebe nella storia arcaica di Roma*, in *Rivista Storica Italiana* 79 (1967), pp. 297-312 (= *Quarto contributo alla storia degli studi classici e del mondo antico*, Roma 1969, pp. 437-454).
- MOMIGLIANO 1990 = A. MOMIGLIANO, *The Classical Foundations of the Modern Historiography*, Berkeley 1990.
- MONTEPAONE, Koba 1996 = C. MONTEPAONE, A. Koba, *Il mito di Melampo come paradigma di "mobilità" sociale (a proposito di Erodoto, IX 33-35)*, in C. MONTEPAONE (a c. di), *L'incidenza dell'antico. Studi in memoria di Ettore Lepore*, III, Napoli 1996, pp. 357-379.
- NASTI 2021 = F. NASTI, *Greek Thought and Roman Jurists: A Preliminary Survey on Pomponius's Enchiridion*, in F. NASTI, A. SCHIAVONE (eds.), *Jurists and Legal Science in the history of Roman law*, London 2021, pp. 137-158.
- NICOLAU 1933 = M. NICOLAU, *Causa liberalis. Étude historique et comparative du procès de liberté dans les législations anciennes*, Paris 1933.
- NICOLET 1976 = C. NICOLET, *Tributum. Recherches sur la fiscalité directe sous la République romaine*, Bonn 1976.
- NOAILLES 1941 = P. NOAILLES, «*Vindicta*», in *Revue historique de droit français et étranger* 4^e série 19-20 (1940-1941), pp. 1-57.
- NOAILLES 1942a = P. NOAILLES, *Le procès de Virginie*, in *Revue des études latines* 20 (1942), pp. 106-138.
- NOAILLES 1942b = P. NOAILLES, «*Manum injicere*», in *Revue historique de droit français et étranger* 4^e série 21 (1942), pp. 1-34.
- NORTH 2007 = J.A. NORTH, *Why does Festus quote what he quotes?*, in F. GLINISTER et al. (eds.), *Verrius, Festus, & Paul. Lexicography, Scholarship, & Society*, London 2007, pp. 49-68.
- PAIS 1906 = E. PAIS, *Ancient Legends of Roman History*, London 1906.
- PAIS 1915 = E. PAIS, *Storia critica di Roma*, vol. II, Roma 1915.

- POLLOCK, WRIGHT 1888 = F. POLLOCK, R.S. WRIGHT, *An Essay on Possession in Common Law*, Oxford 1888.
- POMA 1984 = G. POMA, *Tra legislatori e tiranni. Problemi storici e storiografici sull'età delle XII Tavole*, Bologna 1984.
- PRINGSHEIM 1950 = F. PRINGSHEIM, *The Greek Law of Sale*, Weimar 1950.
- PUCHTA 1893¹⁰ = F. PUCHTA, *Cursus der Institutionen*, 1. Bd., 10. Aufl., Leipzig 1893.
- RASCHKE 1987 = W.J. RASCHKE, *Arma pro amico – Lucilian Satire at The Crisis of the Roman Republic*, in *Hermes* 115 (1987), pp. 299-318.
- RAWSON 1985 = E. RAWSON, *Intellectual Life in the Late Roman Republic*, London 1985.
- ROSELAAR 2010 = S.T. ROSELAAR, *Public Land in the Roman Republic a Social and Economic History of Ager Publicus in Italy, 396–89 BC*, Oxford 2010.
- SANTALUCIA 1989 = B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Milano 1989.
- SANTILLI 1981 = A. SANTILLI, *Le agitazioni agrarie dal 424 alla presa di Veii*, in F. SERRAO (a c. di), *Legge e società nella repubblica romana*, vol. I, Napoli 1981, pp. 281-306.
- SCHIAVONE 1987 = A. SCHIAVONE, *Giuristi e nobili nella Roma repubblicana*, Roma-Bari 1987.
- SCHWEGLER 1858 = A. SCHWEGLER, *Römische Geschichte*, 3. Bd., Tübingen 1858.
- SERRAO 1981 = F. SERRAO, *Lotte per la terra e per la casa a Roma dal 485 al 441 a.C.*, in Id. (a c. di), *Legge e società nella repubblica romana*, vol. I, Napoli 1981, pp. 51-180.
- SORDI 1960 = M. SORDI, *I rapporti romano-ceriti e l'origine della civitas sine suffragio*, Roma 1960.
- SORDI 1964 = M. SORDI, *Virgilio e la storia romana del IV secolo*, in *Athenaeum* 42 (1964), pp. 80-100.
- SORDI 1988 = M. SORDI, *Il mito troiano e l'eredità etrusca di Roma*, Milano 1988.
- SPAGNUOLO VIGORITA 2003 = T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Il processo civile*, in A. SCHIAVONE (a c. di), *Diritto privato romano. Un profilo storico*, Torino 2003, pp. 63-174.
- STOLFI 2018 = E. STOLFI, *Commento ai testi. Iuris civilis libri XVIII*, in J.-L. FERRARY, A. SCHIAVONE, E. STOLFI, *Quintus Mucius Scaevola. Opera*, Roma 2018, pp. 183-358.
- TÄUBLER 1921 = E. TÄUBLER, *Untersuchungen zur Geschichte des Decemvirats und der Zwölftafeln*, Berlin 1921.
- TIBILETTI 1948 = G. TIBILETTI, *Il possesso dell'ager publicus e le norme de modo agrorum sino ai Gracchi* (cap. I-III), in *Athenaeum* 26 (1948), pp. 173-236.
- TIBILETTI 1949 = G. TIBILETTI, *Il possesso dell'ager publicus e le norme de modo agrorum sino ai Gracchi* (cap. IV-VI), in *Athenaeum* 27 (1949), pp. 3-41.
- TONDO 1993 = S. TONDO, *Presupposti ed esiti dell'azione del trib. pl. Canuleio*, in *Convegno sul tema: Bilancio critico su Roma arcaica fra Monarchia e Repubblica. In memoria di Ferdinando Castagnoli (Roma, 3-4 giugno 1991)*, Roma 1993 (Atti dei Convegni Lincei, 100), pp. 43-73.
- UNGERN-STERNBERG (VON) 1986 = J. VON UNGERN-STERNBERG, *The Formation of the "Annalistic Tradition": The Example of the Decemvirate*, in K.A. RAAFLAUB (ed.), *Social Struggles in Archaic Rome. New Perspectives on the Conflict of the Orders*, Berkeley-Los Angeles-London 1986, pp. 77-104.

VAN OVEN 1950 = J.C. VAN OVEN, *Le procès de Virginie d'après le récit de Tite Live*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 18 (1950), pp. 159-190.

VIDAL-NAQUET 1981 = P. VIDAL-NAQUET, *Esclavage et gynécocratie dans la tradition, le mythe, l'utopie*, in ID., *Le chasseur noir. Formes de pensée et formes de société dans le monde grec*, Paris 1981, pp. 267-288.

VILLEY 1993⁹ = M. VILLEY, *Le droit romain: son actualité*, 9^e éd., Paris 1993.

WATSON 1975 = A. WATSON, *Rome of the XII Tables*, Princeton 1975.

***Ad municipalem*: una formulazione in bilico tra legislazione e giurisprudenza**

Giovanni Cossa

Dipartimento di Giurisprudenza, Siena

Abstract (Italiano)

L'espressione '*Ad municipalem*' è molto rara nelle fonti giuridiche romane: essa compare nella legislazione giustiniana ma anche come titolo di una breve opera attribuita a Paolo. L'esame di quest'ultima, a partire dai pochi testi in tema di *excusatio tutelae*, diviene funzionale all'indagine sull'origine e sul valore di tale espressione: ciò porta a confrontarsi con la complessiva ricostruzione offerta in merito da Grelle, e a sottoporne a verifica i presupposti sulla base dello studio esegetico dei frammenti.

Parole chiave: *Ad municipalem*, Paolo, libri singulares, *excusatio tutelae*

Abstract (English)

The expression 'Ad municipalem' is very rare in Roman legal sources: it appears in Justinian legislation but also as the title of a small work attributed to Paul. The examination of this one, starting with the survey on the few surviving texts concerning excusatio tutelae, becomes functional to the investigation of the origin and value of that expression: this leads to a meditation about the overall reconstruction offered by Grelle in this regard, and to the verification of its assumptions on the basis of the exegetical study of the fragments.

Keywords: *Ad municipalem*, Paul, libri singulares, *excusatio tutelae*

1. Il punto di arrivo e, al tempo stesso, di partenza

Sono ormai trascorsi quasi vent'anni dalla pubblicazione di un breve ma significativo saggio di Francesco Grelle sulla terminologia adottata dalla normativa giustiniana per riferirsi alla composita materia del diritto vigente nei *municipia*¹, a partire dall'impostazione del titolo digestuale *Ad municipalem et de incolis* (D. 50.1). In quel saggio si tracciava un suggestivo

¹ GRELLE 2003, p. 32 ss.

parallelo fra la specifica opzione lessicale e la presenza, nel patrimonio dei titoli ricondotti a giuristi del principato, di un'opera monografica attribuita a Paolo sotto il nome, appunto, di *Ad municipalem*, che si è tradizionalmente ritenuta afferente al medesimo ambito.

Volendone ripercorrere per sommi capi il tracciato logico, la ricognizione su Digesto, *Codex* e *constitutiones* coeve conduce l'Autore a evidenziare come il lemma '*municipalis*' venisse ivi usato con valore di sostantivo, e non di aggettivo cui sottintendere un *nomen* (in particolare '*lex*')². Tale valore troverebbe riscontro nella costruzione con la particella '*ad*' – adoperata nel contesto di const. Tanta 8c in modo del tutto equivalente al ben più diffuso '*de*'³ – e sarebbe espressivo di un'usanza riferibile a un'età senz'altro posteriore all'inizio del III secolo d.C. Esso risulta del tutto estraneo al vocabolario di Paolo⁴, mentre ricorre, invece, in testi imperiali emanati a partire dagli anni Venti del IV secolo da Costantino e Valentiniano⁵. In esse, però, '*municipalis*' non viene a designare il complessivo diritto di una comunità locale (il *municipium*), bensì i *municipes*, cioè gli individui che le appartengono⁶, quasi in forma di personificazione simbolica⁷. A costoro ci si riferirebbe invero anche nei diversi passaggi di *Tanta*/Δέδωκεν⁸, così da far concludere che pure nella rubrica di D. 50.1 la forma al singolare non rappresenterebbe una deviazione dal quadro generale. Quella forma, al contempo, sarebbe motivata dal desiderio di richiamarsi a un «precedente della letteratura giurisprudenziale», ossia al *liber singularis* paolino⁹. La denominazione di quest'ultimo, d'altronde, parrebbe denunciare un'origine molto vicina alle *constitutiones* tardo antiche che recano per prime l'accezione in parola. Con la seguente conclusione: che «l'operetta pseudopaolina proviene dalla stessa area geografica e dagli stessi ambienti nei quali si formano i funzionari della cancelleria occidentale che nella prima metà del quarto secolo si esprimono con la stessa, insolita accezione di '*municipalis*' come sostantivo»¹⁰. Tale esito presuppone ovviamente il rifiuto dell'autenticità

² GRELLE 2003, p. 36 ss. dà notizia anche delle voci di quanti – tra cui, con maggiore convinzione, SAVIGNY 1850, p. 354 ss. – avevano invece data per scontata l'elisione di '*lex*', specialmente nella titolazione della sezione digestuale. In relazione alla letteratura giurisprudenziale, TALAMANCA 2001, spec. p. 143 ss. ha passato in rassegna le molteplici testimonianze in cui il sintagma '*lex municipalis*' (o '*municipii*') si atteggiava a una peculiare normativa locale.

³ *Cetera autem omnia, quae ad municipales vel de decurionibus et muneribus vel publicis operibus vel nudinis et pollicitationibus ac diversis cognitionibus et censibus vel significatione verborum veteribus inventa sunt quaeque regulariter definita, in se recepit quinquagesimus, totius consummationis perfectus*. In proposito, si rinvia alla bibl. citata in COSSA 2018, p. 153 s. nt. 152.

⁴ Il giurista lo utilizza solo in quanto aggettivo e, anzi, quando ha necessità di menzionare una legge municipale, ricorre alla locuzione '*lex municipii*', come in (9 *ad ed.*) D. 3.4.6 pr.

⁵ Si tratta di C.Th. 8.12.3 (di Costantino, del 323) e poi di C.Th. 12.1.62 (di Valentiniano, del 364).

⁶ Sui profili semantici dei termini '*municipes*' e '*municipium*' si può rinviare a TALAMANCA 2006, spec. p. 489 ss., con richiamo delle rispettive definizioni antiche al fine di enuclearne i tratti distintivi. Cfr., nella stessa visuale, HUMBERT 2006, p. 3 ss.

⁷ Dati che si evincono da TLL s.v. *municipalis*, p. 1647 e da VIR s.v. *municipalis*, p. 2034 (su cui cfr. GRELLE 2003, p. 40). Si tratta di un'accezione che parrebbe coerente con l'uso che se ne fa nelle disposizioni di contorno alla pubblicazione dei *Digesta*: vd. *supra*, nt. 3. Un elenco dei modi per designare gli statuti locali, poi, in CRAWFORD 1998, p. 40 ss.

⁸ In breve, GRELLE 2003, p. 32 ss. rileva una certa divergenza di formulazioni tra la versione in greco di const. Δέδωκεν 8c (ὅπερ τε πολιτῶν), quella in latino di const. Tanta 8c (*ad municipales*) e infine la sua trasposizione in C. 17.2.8c (*pro municipalibus*): egli parla in proposito di «varianti d'autore indotte da motivi più o meno riconoscibili, talora semplicemente stilistici».

⁹ Così GRELLE 2003, p. 36.

¹⁰ GRELLE 2003, p. 48.

dell'*Ad municipalem*: vi si perviene non solo per via linguistica ma, congiuntamente, grazie a un esame – per quanto dichiaratamente sommario – del contenuto dei pochissimi passi tràditi, essenziale per affermarne la composizione in età (quanto meno) tardo-antica.

Si tratta – è indubbio – di un approccio molto interessante, in grado di gettare nuova luce sulla genesi e la natura di uno scritto giurisprudenziale di cui si è sempre lamentata una conoscenza nebulosa e insoddisfacente. Vi si riesce non tanto affrontandolo in modo diretto, o meglio facendo di questo la componente principale del metodo critico, bensì partendo da elementi esterni alla sostanza dello scritto, e attinenti piuttosto a quella che viene considerata la sua cornice compositiva. Occorre da subito riconoscere l'importanza di una simile prospettiva, che arricchisce la percezione dello storico ben oltre i limiti di una tradizione testuale – come in questo caso – assai confusiva¹¹. Nonostante ciò, proprio la parte relativa ai *fragmenta* si rivela sin troppo 'cursoria' rispetto al resto dell'indagine, e consiglia pertanto di tornare sul vaglio delle testimonianze, per ricavarne gli strumenti essenziali a stabilire la paternità dell'opera che le trasmette.

Ai rilievi linguistici esposti si può comunque aderire senza particolari remore: in effetti, sembra proprio che l'espressione '*ad municipalem*' fosse autosufficiente e in sé completa, e non nascondesse alcuna 'caduta'. Ricorrere cioè all'elisione di '*lex*' sarebbe stato poco congruo tanto nel nome di uno scritto giurisprudenziale, quanto nella formulazione di un titolo digestuale. Per il primo versante, il giudizio è assai influenzato dal completo isolamento del sintagma in questione nel panorama delle titolazioni a noi note: dato, questo, che non andrà sottostimato neppure nella logica del discorso sulla paternità¹². Tuttavia, se si amplia lo sguardo scorrendo l'elenco dei lavori accolti nel Digesto¹³, non si osserva alcuna crasi ipoteticamente paragonabile alla nostra¹⁴: un indizio sufficiente a testimoniare che, anche nel caso in esame, non vi sarebbe stato imbarazzo a esplicitare la parola 'legge'. Ma l'impressione che non si sia realizzata alcuna contrazione si corrobora anche grazie alla ricognizione dei *tituli* digestuali, per i quali è lecito giungere alla medesima conclusione¹⁵. La forma tràdita, insomma, si spiega molto meglio nel

¹¹ È tuttavia un invito che non ha trovato particolare seguito, specialmente negli studi sulla materia municipale, benché non siano certo mancati negli ultimi decenni i lavori su tale argomento. Essi si concentrano, però, sugli statuti locali oppure su istituti in essi riconosciuti e applicati. Si possono ricordare, tra gli altri, GALSTERER 2006, p. 31 ss.; GRELE 2006, p. 411 ss.; HUMBERT 2006, p. 3 ss.; MAININO 2006, p. 369 ss.; TALAMANCA 2006, p. 443 ss. (sulla base però di studi già presentati in ID. 2001, spec. p. 39 ss.); LAFFI 2007, spec. p. 187 ss. (con vari saggi); GONZÁLEZ 2012, p. 97 ss.; DAS GRAÇAS PINTO DE BRITTO 2014; LAMBERTI 2018, p. 463 ss. Per il periodo anteriore, mi sembra sufficiente rinviare alla puntuale ricognizione bibliografica svolta da LAMBERTI 2000, p. 248 ss. Un approccio diverso, incentrato sulla riflessione metodologica circa le difficoltà e le opportunità di uno studio critico degli statuti cittadini, è proposto ora da LAMBERTI 2017, p. 93 ss.

¹² Vd. *infra*, § 4.

¹³ Che si potrebbe suggerire di integrare con quello dell'*Index Florentinus*, anche se in tal modo non si aggiungerebbero elementi effettivamente probanti. I titoli in esso segnati, ma esclusi dalla compilazione, generano infatti molti sospetti circa la loro esistenza (in più, il fatto che alcuni siano in greco li rende meno utili allo scopo qui assunto).

¹⁴ In tutti i casi in cui si manifesta l'esigenza del termine '*lex*', esso è compiutamente tramandato nelle *inscriptiones*; e solo apparentemente si rivelano marginali i commentari a leggi identificate dal nome del promotore, o quelli più generici (come l'*Ad legem vicesimam hereditatium* di Macro), nei cui titoli ci si aspetterebbe forse meno la caduta lessicale. Cfr., comunque, la lista di Krüger in appendice a MOMMSEN 1870.II, p. 59* ss.

¹⁵ Cfr. MOMMSEN 1870.II, p. 68* ss.

modo suggerito da Grelle, ossia come una metatesi del canovaccio espressivo ricorrente nelle *constitutiones* imperiali, e con il medesimo retroterra semantico.

Non pare invece compiutamente documentabile già sul piano della compilazione l'ulteriore idea, per quanto intrigante, che a ciò abbia concorso l'intestazione del trattatello ascritto a Paolo. A questo passaggio argomentativo si frappone una lacuna nella selezione dei commissari, che non escerpirono alcun brano da quel libro: il poco che ne conosciamo è, infatti, tutto estraneo alla tradizione digestuale. Tale assenza, anzi, potrebbe addirittura documentare che nello spoglio non si fosse stati in grado di leggere l'*Ad municipalem*, ormai materialmente indisponibile¹⁶. E non inganni che esso venga menzionato, in modo all'apparenza contrastante, nell'*Index Florentinus* (XXV.43): notoriamente, quest'ultimo deve essere reputato una lista preliminare, che forse indicava il materiale librario esistente nella biblioteca imperiale prima dell'inizio delle operazioni, ma comunque indipendente da queste e non riferibile a coloro che vi attesero¹⁷. Quel richiamo non depone, perciò, per la conoscenza diretta da parte di Triboniano e dei suoi collaboratori, né tantomeno per l'altro presupposto implicito della tesi di Grelle, ossia che costoro ne ritenessero attendibile la paternità¹⁸. In definitiva, risulta difficilmente dimostrabile che avessero scelto di ricalcare una rubrica su un'opera che poi non recepirono, e che probabilmente neppure avevano potuto visionare¹⁹.

Esplorati i limiti di questo (pur fecondo) *iter* logico 'a ritroso' (dal lessico giustiniano indietro verso la letteratura giuridica anteriore), occorre recuperare davvero la forma e il contenuto della monografia. Merita, però, soffermarsi rapidamente sulle ragioni per cui quel piccolo trattato sui *municipes* richieda tanta attenzione. La principale è, senza dubbio, determinata dal suo formato: si tratta di un *liber singularis*, ossia un testo pensato per essere conchiuso nello spazio di un solo *volumen*²⁰. Come noto, la categoria in questione ha suscitato numerosi interrogativi, di tipo formale e sostanziale, che spesso si sono risolti in generali affermazioni di falsa attribuzione, con un giudizio di origine tarda e compilatoria per molti degli scritti che ne

¹⁶ È questo un corollario del criterio di 'massima resa' che sembra di poter ricavare dalla compilazione: in altre parole, si sarebbe cercato di inserirvi *fragmenta* ricavati dal maggior numero possibile di scritti giuridici, così da rendere un'immagine più completa del lavoro. Su questo aspetto rinvio a COSSA 2018, p. 549.

¹⁷ È opportuno accedere all'idea, cioè, che l'*Index* non si identificasse con quello che pure Giustiniano afferma di aver premesso alla sua impresa letteraria (cfr. const. Tanta 20). Esso, peraltro, parrebbe andato incontro a un percorso compositivo articolato in più momenti: l'accorpamento di 'blocchi' diversi avrebbe interessato, in particolare, le liste dei *μυνόβιβλα*. Proprio la possibilità di isolare, nell'ambito di quei *libri* non sfruttati nella stesura finale, gruppi omogenei di titoli fa pensare a una rassegna di materiale bibliografico 'posizionato' accanto sugli scaffali della biblioteca, e poi venuto meno tutto insieme. Nel presente caso, in effetti, seguendo l'ordine dell'*Index*, si osserva che lo stesso destino dell'*Ad municipalem* (*Ind. Flor.* XXV.43) hanno avuto il *De officio praetoris tutelaris* (XXV.40, a noi reso manifesto solo da due passi dei *Fragmenta Vaticana*), il *De extraordinariis criminibus* (XXV.41) e l'*Ad formulam hypothecariam* (XXV.42: Ὑποθηκάρια). Ho argomentato più ampiamente tale conclusione – qui solo sintetizzata – in COSSA 2018, p. 496 ss., spec. p. 523 ss., a seguito di una disamina centrata appunto sui *libri singulares*.

¹⁸ Se dietro l'adattamento della rubrica si celava l'intento di richiamarsi a un precedente giurisprudenziale, è chiaro che il meccanismo autoritativo non avrebbe funzionato con un lavoro di cui si avvertiva la natura spuria.

¹⁹ Questo rilievo, di contro, non costituisce un vero impedimento agli occhi di GRELLE 2003, p. 36.

²⁰ Indipendentemente dal fatto che l'etichetta di '*libri singulares*' fosse invalsa, per ragioni editoriali, solo in un'età posteriore a quella dei *prudentes* che li avevano scritti: cfr. COSSA 2018, pp. 75 ss. e 104 ss.

fanno parte²¹. Tali esiti sono stati particolarmente frequenti in relazione alla produzione che va sotto il nome di Paolo, entro cui si assiste a un'insolita moltiplicazione di $\mu\omicron\nu\delta\beta\iota\beta\lambda\alpha$ ²². Tra di essi l'*Ad municipalem* appartiene – lo si è già segnalato – al novero di quelli che ci sono pervenuti solo per vie esterne al Digesto²³, il che evidentemente ne rende ancor più problematico l'inquadramento.

Non sono mancate, infatti, ricostruzioni critiche assai radicali: anzi, solo una minoranza di studiosi inclina per ascriverlo direttamente a Paolo²⁴. Ci si divide, piuttosto, tra chi lo reputa un estratto dal libro I dell'*Ad edictum*²⁵, e chi si attiene all'idea – più comune al complessivo indirizzo di studi riguardante gli altri *libri singulares* paolini²⁶ – di un centone tardo-antico composto da brani di eterogenea provenienza, non necessariamente tutti del nostro giurista²⁷. Del resto, non si può negare che simili sospetti si appoggino, nel nostro caso, su rilievi di una certa consistenza già a livello di strategia compositiva: si tratta cioè di un titolo del tutto privo di eguali nella letteratura giurisprudenziale romana. Il suo 'taglio' potrebbe, al limite, trovare una rispondenza nelle sezioni iniziali dei commentari all'editto, il cui ordine interno – secondo la ricostruzione di Lenel²⁸ – prendeva le mosse dalle competenze dei magistrati «*qui in municipio colonia foro iure dicundo praesunt*», oppure forse nelle monografie *de officio proconsulis*, in segmenti espositivi privi però di una sistematica prestabilita²⁹. L'isolamento 'di genere', insomma, contribuisce accrescere le perplessità riguardo all'autenticità dello scritto.

La maggior parte di esse, tuttavia, si origina nel momento in cui si prende contatto con i due eserti, veicolati – come già segnalato – da una raccolta esterna al *Corpus iuris civilis*, ossia i *Fragmenta Vaticana*: sono Frag. Vat. 237 e 243. Essi offrono all'interprete molti lati di difficile comprensione, al di là del mero contenuto, tanto che appare opportuno analizzarli individualmente, sempre con l'obiettivo di risalire alla paternità dell'*Ad municipalem*. Questo ritorno alla letteratura giurisprudenziale mi sembra un passaggio fondamentale per contestualizzare, dopo

²¹ Cfr., in generale, COSSA 2018, p. 3 ss. (ora anche ID. 2022, spec. p. 7 ss.)

²² Si veda la rassegna in COSSA 2018, p. 28 ss.

²³ Cfr. COSSA 2018, p. 35 e nt. 106.

²⁴ L'idea che si trattasse di un'opera originale si trova, in forma più o meno implicita, nella letteratura più risalente, e viene recuperata da pochi studiosi in tempi più recente: cfr., tra gli altri, FITTING 1908², p. 93; BERGER 1918, p. 709; SCHANZ, HOSIUS, KRÜGER 1922³, p. 210; WENGER 1953, p. 516 nt. 300; DONATUTI 1966, p. 167; HÖBENREICH 1997, p. 123 ss. (altra bibl. in BETANCOURT 1997, p. 108).

²⁵ Si veda l'opinione espressa da SCHULZ 1968, p. 351 e poi accolta (con prudenza) da LIEBS 1997, p. 156 ss.

²⁶ Cfr. la revisione delle posizioni critiche su quei particolari lavori in COSSA 2018, p. 16 ss.

²⁷ Cfr. già EBRARD 1917, p. 144. Su questa linea si sono posti, ad esempio, WIEACKER 1975², p. 422 e GRELE 2001, p. 323 (suggerendo però l'eventualità di una genesi a partire dal *De officio proconsulis* di Paolo; cfr. ID. 2003, spec. p. 45 ss.). Accenna a tali tesi, da ultimo, LICANDRO 2020, p. 490 nt. 217.

²⁸ Cfr. LENEL 1927³, p. 51 ss.

²⁹ Il caso del *De officio proconsulis* di Paolo è senz'altro singolare, stante la sua consistenza ridotta (due libri) e la scarsa sopravvivenza nella compilazione (cfr. LENEL 1889.I, c. 1145 nn. 1061-1065). Se prendiamo però il 'modello' – almeno ai nostri occhi – del genere letterario, ossia il lavoro di Ulpiano in dieci volumi, la sezione sul diritto municipale doveva incastrarsi nella prima metà, pur se non subito in apertura bensì dal libro III al V, a parere di LENEL 1889.II, c. 969 ss. nn. 2158-2176 (oppure all'inizio del VI, se si segue MANTOVANI 1993-94, p. 207 ss.; cfr. MAROTTA 2004, p. 195). Lo stesso potrebbe dirsi per Venuleio Saturnino, pur se la dimensione più ridotta (quattro libri) impone di sospendere il giudizio (cfr. LENEL 1889.II, c. 1216 ss. nn. 42-51): in merito si veda poi COSSA 2011, p. 107 ss., spec. p. 130 ss.

l'opera, anche il suo titolo, e valutare quella trama di relazioni con la legislazione tardo-antica da cui si sono prese le mosse.

2. Un gruppo di esenzioni per i mercanti di derrate alimentari

Il primo testo è Frag. Vat. 237 e spicca, oltre che per la sede di provenienza, anche per l'identità con due passi della medesima raccolta tardo-antica e per la parziale sovrapposibilità a una testimonianza contenuta nella compilazione giustiniana. Sul piano formale, intanto, non si segnalano rilevanti incongruenze stilistiche; il che peraltro non esclude – come si vedrà – la possibilità di alcune modifiche rispetto a un dettato autentico, ma vuole significare che la loro incidenza si è determinata solo nella fase della trasmissione del testo. *L'inscriptio* riportata nel manoscritto dei *Fragmenta* è comunque chiara³⁰, così come il dettato, facilmente integrabile nelle minime lacune documentali:

*(Paul<us> libro singular<i> a>d municipalem)*³¹. *Urbici autem pistores a collegarum quoque filiorum tu<t>elis excusantur. Sed et si qui in foro suario negotiantur, si a duabus parti<bus> patrimonii annonam iuvent, a tutelis habent excusationem.*

L'impianto 'bipartito' della fonte è immediatamente percepibile, con la cerniera avversativa (*sed*) che palesa qualche difficoltà a tenere unite le due previsioni, sebbene entrambe vertano sul medesimo istituto: l'*excusatio tutelae*, ossia la motivata esenzione dall'incarico di assistenza al minore³². Si tratta, molto sinteticamente, della dispensa dal *munus tutelae*³³, concessa dal magistrato su istanza del nominato e sulla base di ben precisate circostanze, le quali spaziano da ragioni di interesse pubblico a vicende e utilità solo private³⁴. L'ambito toccato nel nostro passo è, senza dubbio, il primo, visto che l'astensione da compiti di assistenza personale consentiva di non intaccare la disponibilità personale (di tempo e risorse) a impegnarsi nello svolgimento di compiti assai importanti per l'approvvigionamento della capitale dell'impero³⁵.

³⁰ Cfr. BETANCOURT 1997, pp. 109 e 203.

³¹ *L'inscriptio* presenta delle cadute, non complicate da integrare, secondo la generalità degli editori: cfr. MOMMSEN 1890, p. 73; e BETANCOURT 1997, pp. 108, 141, 203.

³² Istituto su cui, peraltro, possediamo altri *libri singulares* di Paolo: il *De excusationibus* e, per attinenza tematica, il *De officio praetoris tutelaris*. Su entrambi si rinvia a COSSA 2022, risp. pp. 59 ss. e 107 ss.

³³ La qualifica della gestione pupillare in tal senso e la sua evoluzione, rispetto all'originario inquadramento come '*officium*', sono frutto di un passaggio collocabile appunto all'altezza dell'età severiana: cfr., in sintesi, VIARENGO 2015, p. 180 ss.

³⁴ Circa le *excusationes* si vedano, in generale, almeno DEBBASCH 1956, p. 55 ss.; GUZMÁN 1976, p. 127 ss.; ALBANESE 1979, p. 464 ss.; MASIELLO 1983, p. 79 ss.; FAYER 1994, p. 448 ss.; CHEVREAU 2014, p. 139 ss.; VIARENGO 2015, p. 69 ss. (poi EAD. 2021a, p. 36).

³⁵ Un impegno che, per quanto attinente alla sfera professionale individuale, intercettava comunque in modo non marginale l'utilità collettiva, tanto da poter generare interferenze con l'esercizio di un onere segnato dai medesimi tratti, quale la *tutela*. Si avvertiva il rischio di essere assorbiti da altro incarico e, in qualche modo, si delineava una gerarchia tra funzioni diverse. Si vedano, sull'attinenza al 'pubblico' delle *excusationes*, CRACCO RUGGINI 1976, p. 77 ss.; ALBANESE 1979, p. 468; VIARENGO 2015, p. 73 ss. (cfr. già DE ROBERTIS 1971.II, p. 114 ss. e poi SCEVOLA 2012.II, p. 181 ss.).

La prescrizione iniziale, infatti, consente ai membri della congregazione dei fornai dell'Urbe di esimersi dall'esercizio, altrimenti obbligatorio, della tutela nei confronti dei figli dei colleghi³⁶. L'angolo visuale è, dunque, quello del *pistor* che, chiamato a occuparsi degli affari di un impubere, si sia schermato facendo valere l'*excusatio*. Per costui si stabilisce, però, una duplice delimitazione soggettiva del raggio di operatività della specifica causa di giustificazione, calibrata sull'appartenenza al *collegium*³⁷ dei *pistores* della città di Roma³⁸: l'esonero può essere richiesto solo da parte e nei confronti dei suoi membri³⁹.

Al di là della disciplina specifica, che non suscita particolari interrogativi, nella logica del presente contributo è più interessante la perfetta identità testuale rispetto a (Paul. *l.s. de cogn.*) D. 27.1.46.1 e, pur in maniera più sintetica, all'*incipit* di (Ulp. *de off. praet. tut.*) Frag. Vat. 235⁴⁰. Quest'ultimo passo, del resto, è più articolato e contribuisce a incrementare le nostre

³⁶ Hanno letto il passo, sotto vari profili, RUDORFF 1833, p. 129 e nt. 33; WALTZING 1895-96.II, p. 90 (e nt. 3), p. 404 ss.; VISCONTI 1931, p. 525 ss.; MUTH 1945, p. 229 ss.; CHASTAGNOL 1953, p. 17 (e nt. 1); DEBBASCH 1956, p. 93 nnt. 66 e 67; JONES 1970, p. 82; DE ROBERTIS 1971.II, p. 118; LIEBS 1977, p. 330 nt. 148; ALBANESE 1979, p. 468 nt. 192; AUSBÜTTEL 1982, p. 104; HERZ 1988, p. 163; SIRKS 1991, p. 323, 364 ss.; DE FILIPPI 1997, p. 75 ss.; CRAWFORD 1998, p. 41; GRELLE 2003, p. 42 ss.; DIOSONO 2007, p. 84; WOJCIECH 2010, p. 190 ss.; VIARENGO 2015, p. 75 nt. 17.

³⁷ Col termine '*collegium*' – e spesso anche col sinonimo '*corpus*' (su cui ORESTANO 1968, p. 172 ss.; CRACCO RUGGINI 1976, p. 63 ss., spec. p. 85 ss.; AUSBÜTTEL 1982, p. 16 ss.; DE SALVO 1992, p. 237 ss.; PENDÓN MELÉNDEZ 2002, p. 204 ss.; GROTEN 2015, p. 180 ss., da valutare con cautela; PERRY 2016, p. 137 ss.) – si intendeva genericamente riferirsi ad associazioni tra privati «caratterizzate [...] da grande libertà di movimento e determinazione e che [...] riuscirono ad ottenere in progresso di tempo il riconoscimento di una, sia pure assai limitata, capacità giuridica» (DE ROBERTIS 1959, p. 484). Esse comprendevano, dunque, organizzazioni dall'oggetto assai disparato, tra cui quelle che perseguivano finalità economiche, e in particolare di tutela degli interessi degli esercenti specifiche professioni (cfr., *ex multis*, WALTZING 1895-96.I, p. 85 ss.; DE ROBERTIS 1971.II, p. 5 ss.; CRACCO RUGGINI 1976, p. 63 ss.; AUBERT 1999, p. 49 ss.; VERBOVEN 2017, p. 173 ss.). Benché simili finalità costituissero solo una *species* del *genus* degli scopi effettivamente perseguibili dai *collegia*, è da credere che le immunità per i *tutores* – delle quali qui ci si occupa – si rivolgesse principalmente ai collegi di natura professionale. Ciò emerge costantemente dagli *exempla* che le fonti ci tramandano: basti menzionare i *fabri*, i *navicularii*, i *pistores*, i collaboratori dell'*annona*. Del resto, sono da soppesare attentamente due fattori. In *primis*, vi era stata un'evoluzione semantica «dal primitivo significato di *collegium* – nato con finalità di carattere privato, extraeconomiche, culturali e 'sociali' – a quello di associazione professionale» (DE SALVO 1992, p. 238), con la conseguenza di una crescente attenzione delle strutture pubbliche (cfr. WALTZING 1895-96.I, p. 153 s.; CRACCO RUGGINI 1976, spec. p. 67 ss.; VERBOVEN 2017, spec. p. 176 ss.). In *secundis*, l'esenzione dalla gestione tutelare era – come segnalato – connessa proprio allo svolgimento di servizi e mestieri legati in qualche modo all'interesse collettivo.

³⁸ La congregazione dei fornai (o mugnai, visto che il termine risultava di vasta portata: cfr. WACKE 2006, p. 1055 ss.) era tecnicamente composta dai proprietari dei mulini, ma in corso di tempo andò a comprendere anche chi svolgesse solo la connessa attività di panificazione, magari in un *pistrinum* altrui (sulla cui configurazione come spazio produttivo cfr. almeno WACKE 2006, spec. p. 1057 s.): la distinzione è sottesa alla precisazione formulata in (Paul. *l.s. de cogn.*) D. 27.1.46 pr. su coloro che esercitano in proprio (*Qui in collegio pistorum sunt, a tutelis excusantur, si modo per semet pistrinum exercent: sed non alios puto excusandos quam qui intra numerum sunt*). Sul *collegium pistorum* cfr. WALTZING 1895-96.II, p. 78 ss.; VISCONTI 1931, p. 518 ss.; HUG 1950, spec. p. 1826 ss.; HERZ 1988, spec. p. 110 ss., 268 ss.; SIRKS 1991, p. 322 ss.; FUJISAWA 1995, spec. p. 175 ss.; HÖBENREICH 1997, p. 119 ss.; PENDÓN MELÉNDEZ 2002, p. 326 ss.; VERBOVEN 2017, p. 188.

³⁹ Tale misura favorevole rappresentava una delle molte che interessavano i *pistores*, e assumeva poi nella pratica varie sfaccettature. Se l'astensione verso i figli di colleghi si consentiva unicamente a coloro che esercitassero l'attività in questione a Roma, tutti i consociati che la praticassero nel proprio *pistrinum* erano addirittura sollevati da quel *munus* in via generale, senza limitazioni entro il *collegium* (cfr. D. 27.1.46 pr.). Per altro verso, con riferimento alla partecipazione alle associazioni lavorative, l'esenzione rispetto ai *filiu collegiarum* riguardava ogni tipo di lavoratore che potesse dirsi membro: così (Paul. *l.s. de cogn.*) D. 27.1.42 (*Plane ultra centesimum miliarum ab urbe filiorum collegiarum suorum tutelam suscipere non coguntur*).

⁴⁰ Il primo testo recita: *Urbici autem pistorum a collegiarum quoque filiorum tutelis excusantur*. Il secondo aggiunge a questa frase: *quamvis neque decuriales neque qui in ceteris corporibus sunt excusentur*. Su entrambi cfr. almeno RUDORFF 1833, p. 128 s.; WALTZING 1895-96.II, p. 404 s. (e nt. 3); VISCONTI 1931, p. 525 s.; DEBBASCH 1956, p. 80 nt. 85, 93 nnt. 66 e 67;

conoscenze sulle prerogative dei mugnai in tema di *excusatio*⁴¹. Esso, infatti, ribadisce la natura puntiforme dell'esclusione⁴², adducendo poi una costituzione di Adriano quale fondamento legislativo⁴³, e infine ricordando gli sviluppi successivi – per volere di Caracalla, dapprima insieme al padre, in seguito da solo – entrambi in senso estensivo, verso un numero maggiore di beneficiari⁴⁴, o altrimenti di casi affini⁴⁵.

A fronte di tale concorrenza di notizie, si pone un problema di relazioni sostanziali, e ancor prima editoriali, tra il § 237 e il 235, nonché fra questo e D. 27.1.46.1, stante una fisionomia profondamente alterata e, in misura non certo secondaria, la presenza di *inscriptiones* all'ap-

CERVENCA 1974, p. 181 nt. 153; GUZMÁN 1976, p. 130 nt. 10; LIEBS 1977, p. 330 nt. 148; ALBANESE 1979, p. 468 nt. 192; AUSBÜTTEL 1982, p. 104; HERZ 1988, p. 170; SIRKS 1991, p. 320 ss. (e Id. 1998, p. 336 ss.); DE FILIPPI 1997, p. 75 ss.; HÖBENREICH 1997, p. 126 ss.; GRELE 2003, p. 42 ss.; SORACI 2006, p. 429; VIARENGO 2015, p. 77 ss.

⁴¹ Il testo infatti prosegue: *Et ita Hadriano rescripto ad Claudium Iulianum praefectum annonae significatur, quam epistulam quodam rescripto ad Vernam et Montanum pistorum imperator noster cum patre interpretatus est et ad pistorum pertinere, cum in eo negotio frumentum agentibus daretur a collegarum filiorum tutelis vacatio. Plus etiam imperator noster induisit, ut a tutelis, quas susceperant ante quam pistorum essent, excusarentur; sed hoc ab ipso creatis pistoribus praestitit et ita Marco Diocae praefecto annonae rescriptis. Invero, la forma della frase da 'Et ita' non è perfettamente lineare, benché il senso possa percepirsi nei suoi tratti generali (vd. *infra*, nt. 44).*

⁴² Marcando la differenza rispetto ai *decuriales* – funzionari pubblici il cui dovere risulta ribadito già in (Ulp. *l.s. de exc.*) Frag. Vat. 142 – e ai membri degli altri *collegia*. Tale ultima precisazione dovrebbe servire a isolare la posizione di privilegio dei *pistores*, specialmente in rapporto ad altre categorie pur implicate nello svolgimento di compitiannonari (si consideri in proposito il caso dei *mensores frumentarii* riferito in [Paul. *l.s. de exc.*] D. 27.1.26, su cui cfr. COSSA 2022, 204 ss.): a essi, tra gli altri, si riferirebbe Frag. Vat. 235 secondo SIRKS 1991, p. 321). Singolarmente, ma non correttamente, SORACI 2006, p. 429 interpreta la concessione come se fossero gli stessi *pistores* a non dover essere membri di altre corporazioni né *decuriales*, per godere della *vacatio*.

⁴³ Mentre più incerto è se possa considerarsene la vera e propria base normativa, a causa del verbo impiegato, che sembra comunque richiamare un atto con intento chiarificatorio. In effetti, 'significare' non ricorre, nel panorama delle fonti giurisprudenziali che lo utilizzano in relazione a provvedimenti imperiali, per indicare un intervento di innovazione, bensì piuttosto a una voce d'autorità tesa a ostendere e delucidare la portata di una regola già esistente: in tal senso, NICOSIA 2005, p. 238 ss., concentrandosi su Gaio ma con richiamo di Frag. Vat. 235 a p. 240 nt. 12 (cfr. già ALBANESE 2004, p. 24).

⁴⁴ Si tratta, però, di un'interpretatio autoritativa del principe dai contorni di non semplice definizione (anche a causa di una forma tutt'altro che esemplare: vd. il cenno *supra*, in nt. 41). Per SIRKS 1991, p. 321, 'negotium' rivestirebbe il significato di 'smercio privato' del *frumentum*, così che la previsione imperiale avrebbe infine ricompreso tutti i *pistores*. Tuttavia, l'opzione semantica appare vaga per quel lemma, a meno di non connettervi profili di territorialità (del pari, DE FILIPPI 1997, p. 76 s. finiva per svalutare l'intervento severiano, leggendovi una tautologica reiterazione priva di reale forza innovatrice). Secondo CORIAT 1997, p. 486, una norma di Adriano avrebbe concesso ogni esenzione dal *munus* per i *pistores* e non solo da quello relativo ai figli dei colleghi: la fonte (insieme ai §§ circostanti) non sembra però autorizzare una simile interpretazione. Forse è più probabile – fermo restando il requisito della residenza a Roma, e contemporaneamente approfittando della qualifica di '*frumentum agentes*' (ossia guardando, con VIARENGO 2015, p. 79, a «tutti i *pistores* che lavoravano il frumento pubblico»; cfr. già WALTZING 1895-96.II, p. 404 e HERZ 1988, p. 170) – che grazie al chiarimento del *princeps* fossero ormai da contemplare quei *pistores* di Roma che comunque, pur nell'ambito di più ampio respiro, trattassero anche il grano per l'annona. Tale è infine la soluzione da preferire (diversamente, invece, SIRKS 1991, p. 321), considerando che la dispensa dalla tutela dei *fili collegarum* non appare connessa ad altri presupposti, come potevano essere quelli richiesti per l'ufficio in generale da D. 27.1.46 pr. (vd. *supra*, nt. 38) e Frag. Vat. 233 (vd. *infra*, nel testo). In tal modo, si sterilizza ogni possibile conflitto con l'esclusione dal beneficio, che sarebbe stata mantenuta per i mugnai di Ostia stando a (Ulp. *de off. praet. tut.*) Frag. Vat. 234. In realtà, la previsione di quest'ultimo passo è più generica e non si riferisce al dovere verso i figli dei consociati: *Sed Ostienses pistorum non excusantur, ut Philumeniano imperator noster cum patre rescriptis*. Si parla di *excusatio* in termini ampi, e quindi di una misura che va collegata al disposto di Frag. Vat. 233 e D. 27.1.46 pr. Anzi, qui la mancata assimilazione dei *pistores Ostienses* può trovare fondamento sulla loro estraneità al meccanismo dell'*annona urbis*, la cui inerenza invece giustifica l'inclusione, per la dispensa verso i figli altrui, dei *pistores* «*cum in eo negotio agentibus daretur*» (cfr. anche PAVIS D'ESCURAC 1976, p. 264 s.; HERZ 1988, p. 170 s.; HÖBENREICH 1997, p. 235).

⁴⁵ Come quello delle tutele già assunte prima di entrare nel *corpus* (cfr. ancora, per tutti, VIARENGO 2015, p. 79, con accenno alle problematiche connesse all'interpretazione dell'ultima parte di testo, qui marginali).

parenza decettive. In base a queste ultime il Frag. Vat. 235 proverrebbe dal *liber singularis de officio praetoris tutelaris* di Ulpiano⁴⁶, D. 27.1.46.1 dal *De cognitionibus* paolino, mentre Frag. Vat. 237 appunto dal nostro *Ad municipalem*. Il rapporto tra le due altre fonti menzionate – qui non esplorabile in ogni sua implicazione⁴⁷ – può essere riassunto in due considerazioni: è ragionevole ritenere che circolassero due difformi varianti del medesimo materiale, di cui quella verosimilmente più antica era trasmessa, in forma estesa, dai *Fragmenta*; i redattori di questa erano però incorsi in un errore (o si erano conformati a una *falsa lectio*) circa l'attribuzione a Ulpiano, avendolo sostituito a Paolo⁴⁸. Credo che entrambe le affermazioni possano trovare riscontro nel momento in cui si inserisce nell'equazione anche *Frag. Vat. 237*.

La situazione, intanto, si mostra ulteriormente complicata dalla seconda frase di quel testo, con cui si introduce una distinta regola: essa appare aggregata sulla base di una semplice assonanza tematica, imperniata sul nesso tra *excusatio* ed esercizio di una *negotatio* confluyente nell'*annona*. La costruzione è, peraltro, segnata da più di un'inesattezza sintattica⁴⁹, che non depone a favore della genuinità globale del brano, senza comunque pregiudicarne la comprensione. In sintesi, la dispensa dall'assunzione dell'*onus* spetta altresì ai commercianti di carne suina localizzati nell'apposito *forum*⁵⁰, qualora partecipino al funzionamento dell'*annona* con almeno i due terzi dei propri beni. Il precetto sarebbe in sé piuttosto chiaro, esprimendo pure la *ratio* dell'agevolazione, insita nella disponibilità a investire nell'approvvi-

⁴⁶ In realtà, la rubrica del § 235 recita '*Item*', invitando perciò a risalire a quella di Frag. Vat. 234, di per sé lacunosa ma integrata costantemente come '*Ulp<ianus> lib<ro> s<upra> s<cripto>*', libro che sarebbe appunto indicato al § 233 come '*De officio praetoris tutelaris*'. Non è peraltro escluso che quest'ultimo passo sia, a sua volta, da riportare piuttosto al *De cognitionibus* paolino, per assonanza con D. 27.1.46 pr.: tale soluzione appare anzi decisamente coerente (vd. pure *infra*, nel testo). Si dovrebbe, pertanto, arretrare fino a Frag. Vat. 232 (così, MOMMSEN 1890, p. 72; cfr. BETANCOURT 1997, pp. 137, 183, 185, mentre aveva confuso i titoli WIEACKER 1975², p. 422).

⁴⁷ Mi devo qui limitare a esporre esclusivamente gli esiti ricostruttivi ultimi di un'analisi che si è rivelata necessario presupposto a COSSA 2022 (in cui, a p. 8, si dà conto sinteticamente delle relative argomentazioni, che troveranno congruo spazio in un lavoro autonomo di prossima pubblicazione).

⁴⁸ Ha tradizionalmente prevalso la tesi per cui l'archetipo dovesse essere unitario, ossia riferibile a un solo giurista, e di conseguenza l'imprecisa attribuzione fosse imputabile all'estensore dei *Fragmenta Vaticana*: cfr. MOMMSEN 1890, p. 72; SCHILLER 1953, p. 79 nt. 101; SCHULZ 1968, p. 449 nt. 8; DE FILIPPI 1997, p. 75 ss., spec. p. 79. Di contro, si esprimevano per il rispetto delle *inscriptiones*, dunque preferendo ascrivere i frammenti a due autori distinti, i quali avevano consultato la medesima fonte (che poteva identificarsi anche con uno dei due), LENEL 1889.II, c. 965 n. 2133; KRÜGER 1912², p. 247 nt. 191; DELL'ORO 1960, p. 90 nt. 21; HÖBENREICH 1997, pp. 124 nt. 294 e 128 nt. 316. Gli argomenti in favore della prima soluzione sono, in sintesi, i seguenti: da un lato, la sovrapposibilità pressoché completa dei brani, quale ostacolo alla tesi di una semplice coincidenza; dall'altro, l'assenza di un ragionevole interesse dei giustiniani a elidere la parte che solo Frag. Vat. 235 trasmette. Quindi, sembra che il collazionatore tardo-antico disponesse di una delle due varianti in circolazione, quella più completa, ma cadesse in equivoco sull'attribuzione di essa. Cfr. appunto i cenni in COSSA 2022, p. 8.

⁴⁹ Il primo dei due '*si*' è palesemente posticcio, in quanto fallace sotto il profilo grammaticale: trasforma in una protasi quella che, in realtà, dovrebbe essere un'apodosi, senza la quale il periodo è privo di una principale. Lo dimostra anche il paragone con la versione corretta di Frag. Vat. 236 (vd. *infra*, nel testo). GRELLÉ 2003, p. 43 segnala anche l'eccezionalità dell'espressione '*si a duabus partibus*', sintomo di «pessima qualità del rimaneggiamento».

⁵⁰ A proposito di tale corporazione e del suo ruolo, anche in connessione all'approvvigionamento dell'Urbe, basti il rinvio a WALTZING 1895-96.II, p. 89 ss.; CHASTAGNOL 1953, p. 13 ss.; HERZ 1988, p. 162 ss.; SIRKS 1991, p. 363 ss.; PENDÓN MELÉNDEZ 2002, p. 336 ss. Sul *forum suarium*, che nelle fonti giuridiche è nominato solo un'altra volta (e sempre da Ulpiano: [*l.s. de off. praef. urbi*] D. 1.12.11), cfr. MUTH 1945, p. 227 ss.; HERZ 1988, p. 277 ss.; ROBINSON 1992, p. 132. Vd. ulteriori accenni *infra*, in ntt. 53 e 88.

gionamento pubblico⁵¹. Senonché, ancora una volta, esso si ritrova, identico formalmente ma integrato da alcune precisazioni, nel passaggio subito antecedente. Frag. Vat. 236⁵² fornisce infatti un quadro storico e giuridico più completo, con il ricordo di un rescritto di Settimio Severo e Caracalla che avrebbe imposto la certificazione del proprio *status* di coadiutori qualificati dell'*annona populi Romani*⁵³. Come se ciò non bastasse a sollevare pressanti interrogativi, l'*inscriptio* di tale § rimanda al *De officio praetoris tutelaris* di Ulpiano tramite la catena di rinvii ai brani precedenti⁵⁴. Frag. Vat. 237, in definitiva, è il frutto dell'assemblaggio dei due eserti che lo precedono, assunti con sembianze assai 'compatte'⁵⁵, ma viene ricondotto a un'opera e a un giurista diversi.

Per conferire un senso plausibile a un simile intreccio, conviene partire dalle somiglianze testuali, che paiono in grado di svelare una sottesa continuità diacronica. Chiara è la linea di tradizione che unisce Frag. Vat. 237 a D. 27.1.46.1 ma credo che, al contempo, da essa vada tenuta ben separata quella espressa in Frag. Vat. 235 (per la divergenza di autore e di contenuti). Non emergono elementi sufficienti a far ricostruire in termini unitari un cammino editoriale che arrivi fino alle soglie dell'età di Giustiniano, e magari assorba in sé i tre brani. E, allora, la presenza di un doppio, disomogeneo dettato all'interno del medesimo titolo dei *Fragmenta* è di per sé sufficiente a disegnare quella bipartizione, che va spiegata in seno alle vicissitudini compositive della silloge. In effetti, è plausibile che quest'ultima sia stata il prodotto di una serie stratificata di stesure, sedimentatesi a partire dai decenni di apertura del IV secolo d.C. fino alla pubblicazione conclusiva (forse prima dell'inizio del V, ma certo anteriormente al *Codex Theodosianus*)⁵⁶. In essa, ripetizioni come quella esaminata

⁵¹ In questo, non si osservano percepibili discrasie rispetto a quanto avveniva con altri esercenti professioni similari: in primo luogo, appunto i *pistores*, ma, ancor più da vicino, i *navicularii* – «*qui urbis serviunt*» si dice nelle fonti – ai quali si chiedeva un impegno molto alto, in proporzione al proprio patrimonio, nel trasporto annonario (cfr., per tutti, SIRKS 1991, p. 45 ss. e DE SALVO 1992, spec. p. 69 ss.; di recente, anche ROHDE 2018, p. 145 ss.). Per le altre figure *qui annonam urbis adiuvant*, e sono dunque gratificate con la medesima esenzione, cfr. in breve VIARENGO 2015, p. 87 ss.

⁵² (Item [Ulp. de off. praet. tut.]). *Sed et qui in foro suario negotiantur, si duabus partibus bonorum annonam iuvent, habent excusationem litteris allatis a praefecto urbis testimonialibus negotiationis, ut imperator noster et divus Severus Manilio Cereali rescripserunt, quo rescripto declaratur ante eos non habuisse immunitatem, sed nunc eis dari eam quae data est is qui annonam populi Romani iuvant.*

⁵³ Era necessaria, in sintesi, una *littera* del *praefectus urbi* – in quanto titolare della giurisdizione sul *forum suarium*, secondo (Ulp. *l.s. de off. praef. urbi*) D. 1.12.1.11 – che accertasse la fattiva partecipazione al commercio di carne per le esigenze della città, e dunque il correlativo contratto col *fiscus* per i due terzi del proprio patrimonio. Si tratta, probabilmente, di un privilegio introdotto proprio dalla costituzione dei due imperatori, e non semplicemente irregimentato con la previsione del requisito di una certificazione probatoria. Sul citato statuto, più ampiamente, si vedano VIGNEAUX 1896, p. 301; WALTZING 1895-96, II, p. 90; PAVIS D'ESCURAC 1976, p. 272; AUSBÜTTEL 1982, p. 104; HERZ 1988, p. 163; SIRKS 1991, pp. 364 e 366; DE FILIPPI 1997, p. 77; HÖBENREICH 1997, p. 126 nt. 306; RUCIŃSKI 2009, p. 99 s.; WOJCIECH 2010, p. 189 ss.; VIARENGO 2015, p. 87 s. D'altra parte, il fatto che il passo sia geminato con Frag. Vat. 237 induce a servirsi, per la datazione del contenuto di quest'ultimo, proprio del rescritto e del suo destinatario: vd. *infra*, nt. 69.

⁵⁴ In virtù dello stesso procedimento ermeneutico che si applica a Frag. Vat. 235: vd. *supra*, nt. 46.

⁵⁵ Frag. Vat. 237, appunto, «risulta composto, in forma abbreviata, dal contenuto di due precedenti frammenti Vat. 235 e 236» (DE FILIPPI 1997, p. 76). Cfr. HÖBENREICH 1997, p. 127 nt. 316 e GRELLÉ 2003, p. 42.

⁵⁶ Tale ultimo termine si desume dalla mancata utilizzazione del *Codex* nei *Fragmenta Vaticana*, ma si potrebbe forse arretrare, in quanto l'ultima *constitutio* che vi era citata risale al 369 o al 372 (in Frag. Vat. 37). La tesi di un avvio della tradizione prima del 320 d.C. (o più precisamente nel 318) – pur non unanime, se si valuta la letteratura ricordata in COSSA

non sono isolate⁵⁷, e minano la fiducia nelle capacità critiche di chi abbia coordinato la redazione definitiva⁵⁸.

D'altra parte, credo che siamo di fronte a un'imperfezione che supera la semplice disattenzione di un copista, quale pure traspare dall'accostamento così stridente dei due §§. Non accorgersi della *geminatio* avrebbe, cioè, denotato solo una repressibile svista, con un mero errore materiale⁵⁹; quando però si colgono le tracce di un'attività creativa nella combinazione di due passi altrimenti autonomi⁶⁰, la vicenda assume contorni più complessi. La soluzione più consona, dunque, è quella della preesistenza di una duplice linea di tradizione, che poi si è congiunta nella redazione finale dei *Fragmenta*: si è perciò indotti a chiedersi quale delle due varianti si mantenesse maggiormente fedele all'originale dottrina giurisprudenziale. Nel rapporto tra il Frag. Vat. 237 e il § 235, da un lato, o il § 236, dall'altro, credo che la preferenza non possa mai cadere sulla stesura abbreviata e visibilmente composita⁶¹.

C'è, *in primis*, una constatazione di tipo formale, fondata sulla maggiore attendibilità di una versione 'lunga', e più puntuale, rispetto a una più sintetica⁶²: la dilatazione posteriore è sempre un fenomeno meno probabile e non facilmente giustificabile, o comunque da contestualizzare in relazione alle fonti disponibili⁶³. Nel caso dei *Fragmenta Vaticana*, invero, il procedimento impiegato dall'anonimo collazionatore si è piuttosto manifestato, in genere, con un accorciamento dei contenuti originali: e ciò si può verificare, in particolar modo, proprio nel titolo *De excusatione*, che contiene i §§ qui in esame⁶⁴. Pertanto, la più marcata rispondenza al pensiero dell'autore sfruttato sembra da ravvisarsi nelle formulazioni di Frag. Vat. 235 e 236, che sarebbero allora incorse in 'tagli' successivi. L'entità di questi denuncia un intento

2018, p. 112 s. nt. 79 – risale a MOMMSEN 1890, p. 12, ed è stata accolta da SCHULZ 1968, p. 555 s.; BETANCOURT 1997, p. 482 ss.; DE FILIPPI 1997, p. 16 ss.; DE GIOVANNI 2008, p. 273; COMA FORT 2014, p. 33 s. (cfr. già LIEBS 1989, p. 64 s., ove ulteriore bibl.).

⁵⁷ Ne offiva un'ampia rassegna DE FILIPPI 1997, p. 83 ss., includendo il caso in oggetto tra le «ripetizioni di uno stesso argomento, ma da parte di autori diversi». Quella esaminata, d'altronde, è arricchita da un'ulteriore peculiarità, cioè dalla 'fusione' di due *fragmenta* distinti (e immediatamente contigui). Cfr. già FELGENTRÄGER 1935, p. 36 ss.

⁵⁸ DE FILIPPI 1997, p. 88 individuava la causa dell'incongruenza registrata tra i §§ 235 e 237 nella tradizione testuale dei brani che confluivano nella silloge.

⁵⁹ Una simile disattenzione, forse, avrebbe potuto essere emendata in qualche passaggio editoriale successivo: sarebbe stato effettivamente grave, finanche per un oscuro estensore privo di particolari attitudini creative, copiare a poca distanza contenuti perfettamente identici senza intervenire.

⁶⁰ E Frag. Vat. 235 e 236 lo sono senza dubbio, per ragioni sia sostanziali (si occupano di categorie professionali diverse) che formali (abbiamo la prova che circolassero distintamente proprio nella medesima raccolta giurisprudenziale).

⁶¹ Come avviene anche, del resto, nel caso di Frag. Vat. 235 e D. 27.1.46.1. Cfr. DE FILIPPI 1997, p. 75 ss. e GRELLE 2003, p. 42 s.

⁶² Oltre a non registrare l'*«autem»*, Frag. Vat. 235 aggiunge anzitutto una specificazione finale alla proposizione, con la quale si ribadisce il carattere di eccezionalità della concessione, adducendo a metro di paragone la condizione, non egualmente favorevole, dei *decuriales* e dei membri degli altri *collegia*. Cfr. in merito SIRKS 1991, p. 320 s.; DE FILIPPI 1997, p. 76 ss.; GRELLE 2003, p. 42 s.; VIARENGO 2015, p. 77 s. Al § 235, poi, il discorso si amplia in maniera incomparabile con la citazione del provvedimento di Adriano che avrebbe introdotto questo privilegio (vd. *supra*, nel testo).

⁶³ Avendo qui a disposizione un riscontro doppio proprio nei *Fragmenta Vaticana*, si deve escludere che il taglio sia dovuto a Triboniano: il quale comunque non avrebbe avuto concreto interesse a eliminare una sezione del testo che aggiungeva elementi essenziali per la sua comprensione.

⁶⁴ Sui vari interventi di questo tipo, riscontrabili nel compendio, si veda almeno DE FILIPPI 1997, p. 75 ss.

semplificatorio perfettamente compatibile con l'esigenza di fornire soluzioni immediatamente comprensibili ai destinatari, che si immaginano in questo frangente legati alla pratica giudiziaria quotidiana⁶⁵.

Se poi coordiniamo tale conclusione con la storia editoriale della silloge nel suo complesso, il quadro inizia a chiarirsi. V'è sicuramente una *lectio minor* diffusa anteriormente alla stesura finale di quel compendio, che in esso viene recepita e, molto probabilmente, arriva fino a Giustiniano, per essere da lui accolta (in D. 27.1.46.1)⁶⁶. Sarei portato a ritenere, inoltre, che tale versione circolasse proprio sotto la denominazione di *Ad municipalem*: in tal senso, non è da sottovalutare la sua menzione nell'*Index Florentinus*, a segnalare la sopravvivenza fino all'età della compilazione. Se quel titolo era presente nei cataloghi del materiale librario di Costantinopoli (indipendentemente dal fatto che i commissari poi l'avessero o meno consultato)⁶⁷, la notizia dei *Fragmenta* acquista maggiore stabilità. Ne esce rinforzato il legame tra la denominazione dell'opera spogliata e la specifica fisionomia della variante che vi era inclusa: verosimilmente, esse circolavano insieme.

Sull'età in cui tale variante sia venuta alla luce non v'è però certezza alcuna: neppure è possibile respingere l'ipotesi estrema che sia stato proprio uno degli editori dei *Fragmenta Vaticana* a darle forma per la prima volta (per accoglierla nel suo scritto)⁶⁸, per quanto appaia estremamente inverosimile un errore tanto grossolano. Tra l'altro, un percorso creativo che si sostanzia nell'aggiunta, in corso d'opera, di dottrine via via più sintetiche (e di immediata utilizzazione), assume un senso ancora maggiore nel quadro della scrittura progressiva di quella raccolta. Nel ritoccarne i contenuti si sarebbe comprensibilmente cercato di semplificarli: non accorciando e sostituendo i passi preesistenti (altrimenti non si spiegherebbe il salto di autore tra Frag. Vat. 235-236 e Frag. Vat. 237), bensì integrandoli con nuove versioni più confacenti alla destinazione pratica (che però si rinvenivano ora sotto il nome di Paolo).

⁶⁵ Quando l'interesse si concentra sulla nuda parte precettiva di una regola, cade l'esigenza di ricostruirne il contesto genetico: all'avvocato interessa capire a quale norma sia necessario conformarsi, e non da quanti decenni lo si debba fare. D'altronde, il profilo storico sarebbe forse rimasto rilevante per gli studenti di diritto, potendosene così desumere, di riflesso, che la versione di Frag. Vat. 237 non fosse indirizzata principalmente a costoro. Nondimeno, possono muoversi due osservazioni. In primo luogo, la mutilazione, sia per Frag. Vat. 235 che per il § 236, non sembra esser stata eseguita in maniera tanto accurata, anche nella prospettiva di un operatore della prassi, se essa ha travolto aspetti non secondari della disciplina delle *excusationes* di specie (ad esempio, la necessità della *littera* per i *suarii*). In secondo luogo, la finalità di utilizzazione giudiziaria, alla base della creazione di Frag. Vat. 237, non si estende automaticamente a tutta l'opera, nella quale convivono appunto passi più esaustivi, come i §§ precedenti: in essi si mantiene una trattazione più ariosa, compatibile eventualmente con scopi didattici. Sulla destinazione dei *Fragmenta*, che va comunque valutata nel complesso dei materiali, si rinvia alle riflessioni di DE FILIPPI 1997, p. 51 ss. (cfr. i cenni in DE GIOVANNI 2008, 273).

⁶⁶ Non reputo plausibile, invece, che i commissari conoscessero pure la variante più corposa: lo dimostra la scelta di estrema sintesi che traspare da D. 27.1.46.1, in cui non vi sarebbe stato motivo di elidere nozioni comunque rilevanti per l'applicazione della disciplina (vd. i cenni *supra*, in nt. 63). È più agevole pensare che quella linea di tradizione sia stata l'unica sopravvissuta fino al VI secolo (perlomeno in Oriente).

⁶⁷ Su questo aspetto, inerente alla natura dell'*Index*, vd. *supra*, § 1. L'ipotesi di una lettura del discorso sul *μὴ νόβηλον* anche da parte dei giustinianeî implicherebbe, ovviamente, di riflettere sulle ragioni per cui costoro abbiano poi deciso di non servirsene nel proprio lavoro. Vi si tornerà *infra*, al § 4.

⁶⁸ Mi riferisco a uno di quelli intervenuti nelle distribuzioni più avanzate, ovviamente, ma il discorso varrebbe naturalmente anche se si volesse imputare tale pratica al primo autore della raccolta.

È conseguente pensare che l'intervento si sia risolto in una maldestra integrazione del testo con una notizia reperita altrove – appunto nell'*Ad municipalem* – e non verificata nel contesto dell'opera⁶⁹.

Circa l'origine si può certo discutere: a fronte di coloro che ne sostengono addirittura l'anteriorità alla comparsa dei *Fragmenta Vaticana*⁷⁰, inclinerei però per una lettura 'progressiva', in forza della quale l'equivoco compositivo sarebbe motivato da un nuovo materiale intervenuto proprio nel passaggio tra le varie stesure. Nulla impedirebbe, in effetti, di supporre che la versione di Frag. Vat. 237 esistesse anche *ex ante*, ossia prima della redazione originaria della raccolta. Tuttavia, anche se così fosse, essa comunque non vi fu inserita subito, a differenza di quella più estesa, trasfusa nei §§ 235 e 236 (senz'altro anteriore, dunque, al consolidamento del florilegio tardo-antico): pertanto, mi pare più lineare supporre che la più breve versione sia stata resa conoscibile, e quindi 'composta' quando un'edizione della raccolta già era disponibile. Di conseguenza, occorre segnare una demarcazione tra la storia del materiale incorporato nei §§ in questione e quella dell'opera a cui di volta in volta esso viene attribuito. Se per la composizione dell'*Ad municipalem* si immagina un'aggiunta posteriore alla prima aggregazione dei *Fragmenta*, allora se ne può indurre la circolazione (e forse anche la creazione) in un periodo seguente⁷¹. Questo, però, non comporta che si assuma come necessario lo stesso esito per le dottrine che vi furono riversate, come avverte anzitutto la loro controversa attribuzione, contestata tra due autori.

Al riguardo, parlare di una scelta tra Paolo e Ulpiano presuppone di aver già escluso che vi potesse essere una trattazione parallela (e indipendente) in entrambi e, quindi, un recupero del secondo da parte del primo⁷². In effetti, l'ipotesi per cui entrambi i giuristi avrebbero incluso nelle rispettive scritture un dettato pressoché indistinguibile, magari l'uno ispirandosi all'altro, non appare granché persuasiva⁷³: a causa della totale identità delle parole impiegate⁷⁴, nonché della presenza aggiuntiva della rubrica digestuale, che prende posizione per uno dei due

⁶⁹ Cfr. DE FILIPPI 1997, p. 77.

⁷⁰ Così DE FILIPPI 1997, p. 78: «già prima della raccolta vaticana circolavano copie rispettivamente dell'*ad municipalem* e del *de cognitionibus* profondamente alterate». Rimandando, circa il *De cognitionibus*, ai cenni in COSSA 2022, p. 8 (ove si conclude comunque per la natura apocrifa anche di quel *liber*), a me pare invece che propendere per la composizione storicamente stratificata dei *Fragmenta Vaticana* e poi presumere che l'inesattezza venisse compiuta nella prima redazione, e mai eliminata, incontri maggiori obiezioni della tesi opposta, anche in relazione alla progressiva tendenza del collazionatore all'abbreviazione.

⁷¹ Vd., più approfonditamente, *infra*, § 4.

⁷² Non, con ogni probabilità, nel senso inverso, vista la differente dimensione del materiale: è intuitivo supporre che chi citi possa facilmente abbreviare, ma non altrettanto ampliare il discorso riferito.

⁷³ Benché essa sia stata una possibilità non trascurata dagli studiosi, tra cui si veda DELL'ORO 1960, p. 90 (ma mi pare che anche la notazione di SIRKS 1991, p. 323 debba essere intesa in tal senso; cfr. già MUTH 1945, p. 229 s.).

⁷⁴ È quanto meno singolare che venissero usate le identiche espressioni da parte di due maestri, rispetto ai quali è assai nota l'assenza di reciproche citazioni espresse: si veda, dal lato di Ulpiano, HONORÉ 2002³, p. 128 ss., spec. p. 137 s. Una singolare applicazione di questa vicendevole esclusione si osserva nello schema sinottico dei numerosi richiami ad altri *prudentes* nei due commentari *ad edictum*: cfr. in merito LUCHETTI 2018, p. 42 ss. Certo, i due autori conoscevano bene le rispettive produzioni – e non sono isolati i richiami impliciti che gli interpreti hanno potuto individuare in esse –, ma qui si tratta di interi brani (per quanto brevi) ripetuti, quasi come se vi fosse stata una 'copiatura', il che sposta più verosimilmente l'indagine verso la loro tradizione esterna.

*prudentes*⁷⁵. Sono cautamente convinto, cioè, che ci troviamo di fronte a versioni distinte, di cui solo una dovrebbe incarnare l'originale, quella correttamente attribuita. Ma quale?

È chiaro che giudicare meno affidabile la variante di Frag. Vat. 237 spinga a depotenziare anche la connessa notizia dell'attribuzione: ne risulterebbe, perciò, che il materiale sui *pistores urbici* e sui *suarii* fosse di Ulpiano, all'interno del *liber singularis de officio praetoris tutelaris*, e che le vicende posteriori ne segnassero il passaggio sotto altri *nomina*⁷⁶. Tuttavia, un simile affidamento sarebbe probabilmente mal riposto: la successione delle iscrizioni nei *Fragmenta Vaticana* appare ben lontana dall'essere impeccabile⁷⁷, tanto che un errore va forse individuato già in Frag. Vat. 233, e specialmente in quel riferimento a Ulpiano da cui si fa discendere la sequenza di «Item» fino al nostro §⁷⁸. Ne consegue che tale catena non riesca a offrire particolari garanzie nemmeno per Frag. Vat. 235 e 236. Tradizionalmente, infatti, il primo è stato ricollocato nel *De cognitionibus* di Paolo, in virtù della corrispondenza con D. 27.1.46.1, e ha trascinato il secondo con sé⁷⁹. La medesima corrispondenza – in quanto 'triunivoca' – pesa, dunque, in qualche misura a favore della veridicità di Frag. Vat. 237 e della sua *inscriptio*: se i commissari di Triboniano conoscevano quel materiale come paolino, era in dipendenza della predominante (se non probabilmente ormai unica) notizia in tal senso. Si sarebbe autorizzati a ipotizzare, insomma, che alla base di essa stesse la corretta indicazione dell'autore dei passi, cui i compilatori ritennero naturale adeguarsi. Per quanto rimanga incertezza su alcuni profili⁸⁰,

⁷⁵ La forma semplificata in cui ci è giunto Frag. Vat. 237 ammetterebbe pure che Paolo, in origine, citasse Ulpiano senza che il collazionatore lo menzionasse. Ma così non si elidrebbe comunque l'errore dall'opera di quest'ultimo, aprendosi poi il confronto con D. 27.1.46.1, senza poter facilmente spiegare perché i giustinianeî avessero avallato lo scambio di paternità.

⁷⁶ Riteneva HÖBENREICH 1997, p. 127 s. nt. 316 che l'archetipo fosse ulpiano, riferendosi anzitutto a Frag. Vat. 235 e 236. La variante del § 237 sarebbe stata assorbita poi da Paolo nell'*Ad municipalem* (replicato in D. 27.1.46.1). Si tratta, però, di una soluzione che non chiarisce perché nel Digesto si parli invece del *De cognitionibus* (e che, in ultima analisi non tiene conto dell'eventualità che il $\mu\omicron\nu\acute{o}\beta\iota\beta\lambda\omicron\nu$ sui *municipes* non fosse di mano paolina: vd. le conclusioni *infra*, al § 4).

⁷⁷ Si rinvia all'accurato vaglio delle *inscriptiones* in BETANCOURT 1997, spec. p. 99 ss. (ma cfr. anche, con specifico riguardo alle imprecisioni, DE FILIPPI 1997, p. 75 ss.).

⁷⁸ Un fenomeno che si fa sentire particolarmente nel tratto da Frag. Vat. 231 in avanti: cfr. COSSA 2022, p. 62 s. nt. 127. Vd. anche i cenni *supra*, in nt. 46 (e *infra*, § 4).

⁷⁹ Cfr. già MOMMSEN 1890, 72, il quale manteneva poi l'*Item* di Frag. Vat. 236, con l'effetto di traslarne il referente da Frag. Vat. 234 (e prima da Frag. Vat. 232), e dunque da Ulpiano a Paolo. L'hanno seguito SCHILLER 1953, p. 79 nt. 101; SCHULZ 1968, p. 449 nt. 8; DE FILIPPI 1997, p. 79. GRELE 2003, p. 43 ha, dal canto suo, suggerito che l'errore fosse sull'autore, ma non sul titolo: col che si dovrebbe puntare sul *De officio praetoris tutelaris* di Paolo. Tale soluzione, peraltro, non è incompatibile con quanto si giunge ad affermare in questa sede, ossia che i materiali dell'*Ad municipalem* erano di Paolo, ma non da lui inseriti nel *liber*, che non compose personalmente (vd. poi *infra*, § 4).

⁸⁰ Mi muoverei, infatti, con più cautela in riferimento alla sede di Frag. Vat. 236, tanto perché la sua ricollocazione avviene in sostanza per soli indizi indiretti, quanto per altre valutazioni di tipo formale. Quando si chiamano in causa i *principes*, nel § 236 si legge «*imperator noster et divus Severus*», che compare solo in testimonianze di mano ulpiana: (21 *ad Sab.*) D. 30.41.3 e (*de off. praet. tut.*) Frag. Vat. 191. Si tratta di una circostanza non decisiva, sia per la rarità delle occorrenze – la quale, invero, potrebbe specularmente costituire un argomento a favore – sia perché il § 191 presenta la medesima *inscriptio* con «Item» che spinge a risalire addirittura a Frag. Vat. 173 per incrociarne lo scritto di riferimento. Inoltre, quel passo ha un contenuto molto simile a Frag. Vat. 247, che però è ascritto a Paolo, e al suo libro I *editionis secundae de iurisdictione tutelari* (su cui gravano molti sospetti di confezione postuma: cfr. COSSA 2022, p. 111). Un simile groviglio non rende semplice accedere a soluzioni materialmente inattaccabili (per la bibl. più risalente sui due passi citati si veda ELIA 1985, p. 368 s. nt. 31; poi almeno BETANCOURT 1997, p. 103 ss. e DE FILIPPI 1997, p. 72 s.). Anzi, continuando per quella via, si sarebbe tentati di estendere, in maniera forse spropositata, i ragionamenti lessicali. Infatti, passando a Frag. Vat. 235, si trova una formula decisamente più comune (*imperator noster cum patre*); ma ciò non inganni,

si può in definitiva accogliere la paternità di Paolo anche in relazione al contenuto di Frag. Vat. 237⁸¹.

Non appare decisivo per operare una distinzione da Ulpiano, comunque, il regime sostanziale, per quanto coerente col complessivo quadro delle esenzioni attribuite ai membri dei *collegia* in ragione della loro contribuzione alle pratiche annonarie⁸²: esse costituiscono un panorama disciplinare idoneo a far da sfondo alle previsioni su fornai e macellai. In più, i due passi paralleli tornano utili anche per un più puntuale sforzo di contestualizzazione (sul presupposto, naturalmente, di un'identità originaria rispetto a Frag. Vat. 237): a parte il limite rappresentato dagli anni Dieci del IV secolo⁸³, Frag. Vat. 235 e 236 forniscono interessanti spunti per risalire al *tempus post quem*. Dal primo testo si trae un palese riferimento al regno di Caracalla⁸⁴, anzi al periodo dopo la morte del padre: ciò, per conferire un significato di evoluzione normativa alla 'scomparsa' della sua menzione in occasione del riferimento finale nel testo⁸⁵. Siamo perciò nel periodo dal 211 al 217 d.C.⁸⁶. E analogo intervallo si ottiene, altresì, grazie al secondo frammento, ove l'espressione usata non lascia margini di dubbio: «*imperator noster et divus Severus*» delimita l'azione di Caracalla in veste di unico *princeps*⁸⁷. La cornice temporale in cui quelle righe furono scritte, allora, è perimetrata, e può essere calata ugualmente su Frag. Vat. 237⁸⁸.

In coerenza rispetto all'affermata necessità di scindere le sorti del materiale da quelle del 'contenitore', però, suddetta datazione non si applica automaticamente a quest'ultimo. In altre parole, la questione della provenienza dall'*Ad municipalem* non è risolta, e non può esserlo sulla scorta del solo testo al vaglio: ove si proceda a una lettura sistematica insieme a *Frag.*

perché tra tutte le numerose attestazioni, quelle non ulpiane sono solamente in Modestino ([2 *de exc.*] D. 27.1.6.6 e [3 *de exc.*] D. 27.1.10.8), che però cita proprio Ulpiano, e in (Paul. *l.s. de lib. dand.*) D. 40.8.7 (cfr. COSSA 2017, p. 250 ss.). Può bastare quest'ultimo passo a farci pensare che non si trattasse di una consuetudine stilistica solo ulpiana? Forse no, qualora si consideri che, comunque, vi sono molte formulazioni equivalenti per indicare la stessa coppia imperiale (o altre), le quali non presentano analoghe perspicuità e potrebbero attenuare il peso dell'opzione stilistica (cfr. VIR s.v. *imperator*, p. 420 ss.).

⁸¹ *Contra*, sul postulato della creazione tardo-antica sia dell'opera che dei suoi testi, WIEACKER 1975³, p. 422 e LIEBS 1997, p. 157.

⁸² Cfr., per tutti, WALTZING 1895-96.II, p. 394 ss.; DE ROBERTIS 1971.II, spec. p. 117 ss.; LANGHAMMER 1973, p. 266 s.; ALBANESE 1979, p. 468 e nt. 192; LÓPEZ HUGUET 2013, p. 584; VIARENGO 2015, p. 77 ss.

⁸³ Quel limite deriva dall'implausibilità che oltre la prima stesura dei *Fragmenta Vaticana* si fossero creati i rispettivi testi nella variante estesa: per motivi di tecnica compositiva non è logico pensare, infatti, che sia quest'ultima sia quella più sintetica irrompessero insieme nel tessuto della collazione al tramonto della sua storia redazionale.

⁸⁴ Pur in mancanza di esplicita designazione, che l'imperatore in questione sia Caracalla si ricava dalla figura del destinatario della sua decisione: quel Q. Marcio Dioga identificato a *Leptis Magna*, ad esempio, da PAVIS D'ESCURAC 1976, p. 356 (cfr., adesivamente, HÖBENREICH 1997, p. 127 nt. 314 e VIARENGO 2015, p. 79, nt. 36).

⁸⁵ Riferimento alla *excusatio* per chi avesse assunto la tutela anteriormente alla funzione di *pistor*. In questa direzione guarda VIARENGO 2015, p. 79 (cfr. già HERZ 1988, p. 170; SIRKS 1991, p. 322; HÖBENREICH 1997, p. 129 s.).

⁸⁶ Parlava del 213 d.C., per esempio, LIEBS 1997, p. 174, riferendosi però nel complesso al *De cognitionibus*, da cui sarebbe stato tratto il testo. Non condivisibile appare invece la retrodatazione di WOJCIECH 2010, p. 190.

⁸⁷ A ciò non può aggiungersi, in questo caso, il dato prosopografico relativo al postulante (*Manilius Cerealis*) la cui esistenza in quel torno di anni si desume soltanto dalla fonte in oggetto: cfr. JÖRS 1892, p. 34 nt. 1 e PEACHIN 1990, p. 108 s.

⁸⁸ E, naturalmente, a D. 27.1.46.1. In senso concorrente, si potrebbe segnalare la menzione del *forum suarium*, che le poche iscrizioni ci attestano come istituito a partire dalla fine del II o dall'inizio del III secolo: cfr. MUTH 1945, p. 227 ss.

Vat. 243⁸⁹, poi, si può fortemente dubitare che la sede autentica di questi passi fosse proprio lo scritto in esame, benché esso probabilmente ne fosse divenuto il collettore in un'età più avanzata di quella del giurista.

Di *Frag. Vat. 237*, semmai, si potrà segnalare l'attinenza (indiretta ma evidente) alla legislazione municipale: l'accoglimento delle istanze di *excusatio* era, infatti, di competenza anche dei magistrati cittadini, i quali avevano del resto la titolarità della nomina dei tutori⁹⁰. Come entrassero in questioni municipali i membri dei *collegia* contemplati non è facile a dirsi, ma forse semplicemente in forza della propria origine, che li sottoponeva dunque a una giurisdizione locale⁹¹. Visto che tale argomento è affrontato anche nell'altra testimonianza superstita, si deve ritenere che, qualunque fosse la prospettiva dell'autore dell'*Ad municipalem*, essa dovesse contemplare sicuramente quell'istituto nella sua declinazione territorialmente circoscritta. Non è detto, però, che questo fosse l'approccio valorizzato anche nell'esposizione originaria, da cui si trassero i brani. La localizzazione di *pistores* e di *suarii* a Roma, infatti, lascia intravedere la possibilità di un'interpretazione meno vincolata ai regimi giuridici vigenti esclusivamente nelle città periferiche, e magari più condizionata dalla generale tematica delle esenzioni dalla tutela, ovunque applicabili⁹².

3. La povertà come causa di giustificazione

Dai *Fragmenta Vaticana* arriva anche l'unico altro passo di cui ci è attestata l'appartenenza all'*Ad municipalem*⁹³. Per esso si ripropongono, dunque, le medesime questioni dipendenti dalla contestata sede extradigestuale, alle quali si accompagnano – in forma relativamente più lieve che per *Frag. Vat. 237* – quelle legate alle interferenze con altri passaggi equivalenti. Manca questa volta un brano puntualmente corrispondente al nostro, ma in compenso si moltiplica il numero di quelli che gli si avvicinano. Rinveniamo tali brani a cavallo fra la stessa compilazione dell'anonimo tardo-antico, quella ulteriore delle *Pauli sententiae* e, infine, il Digesto (coinvolgendo peraltro scritti riferiti ad autore diverso). Un panorama così articolato non facilita certo la ricerca e l'isolamento degli archetipi di un testo⁹⁴, che recita:

⁸⁹ Vd. *infra*, § 3.

⁹⁰ Sono varie le *leges* date alle singole province che, presentando il medesimo schema, si diffondono in merito alle procedure di assegnazione dei tutori al livello municipale: si rinvia a VIARENGO 2015, p. 37 ss. (e vd. *infra*, § 4). Cfr. GRELLE 2003, p. 45, e soprattutto ID. 2006, p. 411 ss., ove ricognizione delle fonti in prospettiva storica, a partire soprattutto dalla *lex Iulia et Titia* (spec. p. 427 ss., per l'età che ci interessa). ELIA 1985, p. 355 ss. giungeva alla conclusione che, a partire dalla metà del III secolo, le prerogative dei magistrati municipali fossero venute progressivamente riducendosi: a favore, ad esempio, dei *praefecti*. Un simile assunto sarebbe prezioso per individuare un ulteriore limite temporale rispetto alla composizione di *Frag. Vat. 237* (più coerente, infatti, in uno scenario anteriore), ma non è condiviso da GRELLE 2006, p. 431 ss. e SCIUTO 2007, p. 369 ss.

⁹¹ Così ancora GRELLE 2003, p. 45.

⁹² Vd. in merito anche *infra*, § 4.

⁹³ Nessun dubbio sull'*inscriptio*: cfr. BETANCOURT 1997, pp. 109 e 203 (mentre WIEACKER 1975², p. 422 parlava erroneamente di opere non connesse immediatamente alla nostra: *De adulteriis* di Paolo e *De excusationum* di Ulpiano).

⁹⁴ Lo evidenzia GRELLE 2003, p. 46.

(*Paul<us> lib<ro> singulari ad municipalem*). *Paupertas quoque solet tribuere excusationem, quod oneri tutelae impar esse videatur.*

Non sorgono particolari problemi quanto alla sostanza giuridica⁹⁵: lo stato di indigenza è causa di *excusatio tutelae*, poiché l'incarico risulterebbe troppo gravoso per il non abbiente. Si tratta di un'affermazione non priva di senso logico, benché alquanto vaga; sul versante sintattico, però, non emergono elementi sufficienti a sospettarne la fisionomia⁹⁶. Peraltro, giudico non influente l'utilizzo del sostantivo 'onus' – nonostante che esso marcasse ormai il passaggio da una concezione esclusivamente 'familiare' della tutela all'idea di un dovere esigibile sul piano sociale⁹⁷ – proprio per sottolineare la gravosità economica del compito e la necessità di intraprenderlo con una certa solidità patrimoniale alle spalle. Tuttavia, per quanto in effetti i requisiti della *paupertas* assunta a parametro sembrano indeterminati⁹⁸ (in ossequio alla semantica generale del termine, comprensiva di tutte le forme di assenza o scarsità di risorse)⁹⁹, quella nozione doveva in ogni modo consentire – individuando appunto il soggetto 'indigente' – di collegare alla sua sussistenza una conseguenza giuridica di rilievo quale la dispensa dalla gestione degli affari di un pupillo¹⁰⁰. A maggior ragione, laddove si pensi che tale causa di esen-

⁹⁵ Cfr. RUDORFF 1833, p. 52 e nt. 4; FERRINI 1900, p. 143, nt. 1; SOLAZZI 1916, p. 165 nt. 1; LEVY 1945, p. 32; DEBBASCH 1956, p. 87 e nt. 34; ALBANESE 1979, p. 471 e nt. 205; FAYER 1994, p. 455 e nt. 251; DE FILIPPI 1997, pp. 79, 89; GRELLI 2003, p. 46 s.; HUMFRESS 2006, p. 198 nt. 31 (con indicazione erronea).

⁹⁶ L'espressione «*tribuere excusationem*», per quanto non frequente, riceve comunque accoglienza nelle fonti giurisprudenziali: si ricordano (Herm. 1 iur. ep.) D. 50.5.11, (Ulp. *de off. praet. tut.*) Frag. Vat. 186, 191 e 196 (ma anche [Call. 4 *de cogn.*] D. 27.1.17.1 con l'analogo «*immunitatem*»). Essa – poi confermata in I. 1.25.6, che si ricorderà *infra*, nel testo – non può dunque destare sospetti. Quanto alla proposizione subordinata, l'uso di «*quod*» + congiuntivo obliquo indica che la causa esposta viene presentata come 'soggettiva' (cfr. almeno FUCECCHI, GRAVERINI 2016², p. 179), anche se non è dato sapere qui se l'opinione sia dello scrivente o altrui (benché forse la prima alternativa avrebbe visto l'uso dell'indicativo). Eccessiva e infondata – in virtù del preciso parallelo in D. 27.1.40.1 e PS. 2.27.5 (vd. *infra*, nel testo) – pare la natura (predicata da WIEACKER 1975², 422) di «*salzlos*» e «*unsicher*» per la motivazione: non condividerei però i giudizi di disvalore sul segmento «*esse videatur*» che la fondano.

⁹⁷ Si veda, in sintesi, sul punto – che implicherebbe di approfondire anche la posizione della *tutela* rispetto ai *munera* – VIARENGO 2015, p. 173 ss. (con indicazione delle fonti in cui compare 'onus'). Cfr. già GUZMÁN 1976, p. 175.

⁹⁸ HUMFRESS 2006, p. 183 s. segnala come i *prudentes* antichi non avessero mai mostrato un particolare interesse alla definizione (giuridica o economica) dello *status* di povertà. Lo rileva parimenti CORBO 2006, p. 1: «qualsiasi tentativo di stabilire un limite alla soglia di povertà risulta, in definitiva, convenzionale; lo *status* della povertà, infatti, non è definibile solo in relazione alla possibilità di soddisfare determinati bisogni, ma spesso interagisce con situazioni di disagio riscontrabili anche in campi diversi». In riferimento al frammento in esame, tuttavia, credo si possa restringere la nozione al profilo patrimoniale, a causa del nesso con una consona amministrazione degli affari pupillari. Addirittura, DEBBASCH 1956, p. 87 nt. 34 supposeva che la dimostrazione incombente sui *pauperes* non si dovesse limitare all'inconsistenza economica, ma dovesse comprendere la prova che si viveva del solo lavoro; tuttavia, ciò non è affatto esplicitato nelle fonti in esame.

⁹⁹ L'ampio significato di '*paupertas*' è stato osservato, in chiave diacronica tra fonti latine e patristiche, da LECLERCQ 1967, p. 293 ss. Quella latitudine, del resto, si riconosce anche in fonti giuridiche, benché di età più avanzata (cfr. CORBO 2006, p. 5): si pensi al molteplice uso del termine in questione, nell'alveo di una folta presenza del 'lessico della povertà', nel Codice Teodosiano (in merito rinvio a CORBO 2006, p. 11 ss. ed EAD. 2012, p. 165 ss., ove pure bibl.).

¹⁰⁰ Secondo HUMFRESS 2006, p. 198, nonostante l'assenza di definizioni generali del parametro, «Roman legal experts were interested in 'case-specific' instances of poverty in so far as they impinged on certain specific juridical contexts». Invero, la *paupertas* era indicata come causa di esenzione da altri *munera* anche in testi diversi: cfr. (Ulp. 3 *op.*) D. 50.4.4.1-2 e (Paul. 1 *sent.*) D. 50.5.10.3, su cui vd. *infra*, nt. 102. Cfr., per tutti, KÜBLER 1933, p. 649; LANGHAMMER 1973, p. 275; CHARBONNEL 1974, p. 194 ss.; ALBANESE 1979, p. 471 e nt. 205; SIRKS 1989, p. 91.

zione aveva durata probabilmente temporanea, essendo destinata a venir meno nel momento in cui si fosse riusciti a emanciparsi dalla condizione di indigenza¹⁰¹. Del resto, il concetto si ritrova espresso – come anticipato – in una pluralità di altre fonti (non necessariamente paoline), alimentando la convinzione che potesse trattarsi di una regola diffusa tra i *prudentes*¹⁰².

Una netta indicazione in tal senso si ottiene, anzitutto, leggendo (Paul. 2 *sent.*) D. 27.1.40.1, già riprodotto in PS. 2.27.5, ove l'immunità (qui '*vacatio*') discende precisamente dalla povertà¹⁰³. Anzi, la concorrenza di notizie sembra rendere assai sensato che questa prescrizione possa derivare proprio dal repertorio del nostro giurista, secondo una ben delineata linea di tradizione che la trasporta dal tempo della composizione delle *Sententiae* sino a Giustiniano. L'accoglimento di tale linea giustificerebbe indirettamente, inoltre, la scelta dei commissari di non recepire insieme la testimonianza proveniente dall'*Ad municipalem*¹⁰⁴. È pur vero che le due versioni (delle *Sententiae* e di Frag. Vat. 243) differiscono in modo lieve per costruzione sintattica, ma l'anticipazione della frase subordinata, nella prima, non riesce a offuscare una matrice evidentemente comune¹⁰⁵. Parimenti, la divergenza tra la '*vacatio*' e l'*excusatio*' non può stupire, visto che nelle fonti entrambi i termini coprono ambiti di significato sovrapponibili¹⁰⁶. Sin qui, si potrebbe concludere per l'esistenza di una mano paolina dietro al materiale, ponendosi poi un mero problema di attribuirlo a un'opera piuttosto che all'altra, e dunque di ricostruire il senso diacronico del cammino testuale¹⁰⁷. La trama dei confronti, tuttavia, è ben più fitta.

¹⁰¹ Ciò, in conformità a quanto avveniva per le *excusationes* dai *munera vel honores*, secondo le notizie fornite da (Ulp. 3 *op.*) D. 50.4.4.1: *Deficientium facultatibus ad munera vel honores qui indicuntur excusatio non perpetua, sed temporalis est: nam si ex voto honestis rationibus patrimonium incrementum acceperit, suo tempore, an idoneus sit aliquis ad ea, quae creatus fuerit, aestimabitur*. Cfr. almeno LEVY 1945, p. 32 e HUMFRESS 2006, p. 199.

¹⁰² Quanto a Paolo, si potrà proporre il duplice dato – del valore giustificante della *paupertas* e, al contempo, della sua effettiva concessione alle sostanze concrete del soggetto, con decadenza della pretesa di *excusatio* in caso di arricchimento *medio tempore* – emergente da (1 *sent.*) D. 50.5.10.3 (= PS. 1.1a.21): *Auctis post appellationem medio tempore facultatibus paupertatis optentu non excusantur*.

¹⁰³ *Paupertas, quae operi et oneri tutelae impar est, solet tribuere vacationem*.

¹⁰⁴ Pur se si avverte che potrebbero averla cagionata anche circostanze diverse: tra di esse non annovererei, però, la scarsa convinzione dei commissari circa l'origine e la genuinità della versione di Frag. Vat. 243: vd. *infra*, § 4. Al limite, si potrebbe suggerire che, nei fatti, la versione delle *Sententiae* fosse semplicemente la più completa a disposizione, come manifestato dal recupero che si fa del § immediatamente precedente: D. 27.1.40pr. corrisponde, infatti, a PS. 2.27.4.

¹⁰⁵ Le somiglianze sono sottolineate da GRELLE 2003, p. 44.

¹⁰⁶ Come è indiscutibile che, per indicare l'esenzione dalla tutela si impiegavano indifferentemente altri vocaboli, quali '*privilegium*' e '*beneficium*' (guardando più all'effetto di favore e alla portata eccezionale della concessione), e pure, in virtù di un'assimilazione semantica ormai perfezionata nel tardo principato, '*immunitas*' (che, in senso tecnico, indicherebbe però un privilegio assoluto e permanente, fissato con provvedimento normativo di tipo generale: lo si legge, ad esempio, in [Paul. *l.s. de cogn.*] D. 48.19.5.1). Cfr. ALBANESE 1979, p. 464 (e nt. 175, ove un elenco delle rispettive occorrenze). Per l'equivalenza si vedano altresì FAYER 1994, p. 448 e VIARENGO 2015, p. 57. Non si può, invece, concordare con GRELLE 2003, 44, quando da tale disarmonia lessicale fa discendere un «diverso inquadramento sistematico dell'esonero per chi è afflitto da *paupertas*»: in assenza di esplicite precisazioni circa tale ipotetica distinzione teorica, occorre attestarsi sulla convergenza semantica dei due vocaboli, semmai distinguibili perché, della rinuncia all'incarico, l'uno (*excusatio*) valorizza il profilo della causa giustificativa, mentre l'altro (*vacatio*) quello dell'effettivo non esercizio.

¹⁰⁷ Sembra difficile, dunque, muovere all'identificazione di quei «percorsi paralleli» suggeriti da GRELLE 2003, p. 44: identificazione operata sulla scorta di una sopravvalutazione delle modeste differenze lessicali tra i due passi. Non rilevava la parentela CHIAZZESE 2018, p. 62.

Lo stesso contenuto appena osservato si ricava almeno da altre due fonti¹⁰⁸, che si collocano ancora in *loci* distinti formalmente e cronologicamente. Da un lato, abbiamo Frag. Vat. 240 dal *De officio praetoris tutelaris* di Ulpiano¹⁰⁹, dall'altro, D. 27.1.7 che questi avrebbe inserito nel $\mu\omicron\nu\acute{o}\beta\iota\beta\lambda\omicron\nu$ *de excusationibus*¹¹⁰. Il loro dettato, tuttavia, non collima con quello degli escerti ascritti a Paolo, tanto per l'impianto formale, quanto per l'ampiezza delle informazioni offerte¹¹¹: per un verso, sono proprio le parole a essere difformi¹¹², per un altro, l'introduzione del rescritto dei *divi fratres* ne arricchisce il contesto normativo. Appare più opportuno, pertanto, ragionare in termini di concorrenza di fonti, piuttosto che di assimilazione o di derivazione¹¹³: in altre parole, non credo che le due diciture siano scaturite da un modello giurisprudenziale comune (tale non considerando, appunto, la norma imperiale), ma che entrambe abbiano riferito il medesimo principio autonomamente¹¹⁴. Anzi, tra le due varianti sembra ovviamente quella ulpiana a mostrare una maggiore continuità con il testo del *rescriptum*, benché non

¹⁰⁸ In realtà, a quelle viene tradizionalmente accostato anche Frag. Vat. 185, che recita (lacunosamente): *Item (Ulp. de off. praet. tut.). Imp. ... rescripsit L. Titio adfirmanti impare<m per rusticitatem se alie>nis negotiis gerendis esse, rusticitatem posse excusationem mereri. Paupertas pla<ne dat excusationem>*. La parte finale, che qui interessa, è integrata appunto in forza di Frag. Vat. 240 (vd. subito *infra*, nel testo): cfr. MOMMSEN 1890, p. 63; GUALANDI 1963.II, p. 178; BETANCOURT 1997, p. 184 (dando conto anche di ricostruzioni alternative). Rispetto ai casi di interferenza più volte incontrati, qui il quadro critico è quanto meno attenuato dalla comune sede dei passi, cioè il *De officio praetoris tutelaris* ulpiano. Sopito il dubbio sull'autore del testo (per cui cfr. almeno COSSA 2018, p. 48 s. nt. 126; ID. 2022, p. 107 ss.), rimane comunque ineliminabile l'ennesima sfasatura compositiva interna ai *Fragmenta*, nei quali non è raro trovare simili ripetizioni, indice di una redazione non certo lineare (vd. i cenni *supra*, in nt. 57). CHIAZZESE 2018, p. 62 era oltremodo prudente sulla possibilità di instaurare un nesso tra Frag. Vat. 185 e Frag. Vat. 240 (mentre certo se ne era mostrato, ad esempio, SCARLATA FAZIO 1939, p. 52; all'opposto, lo aveva escluso MAYER-MALY 1982, p. 317).

¹⁰⁹ (*Item*). *Paupertas plane dat excusationem, si quis imparem se oneri iniuncto possit docere, idque divorum fratrum rescripto continetur*. Per il completamento dell'*inscriptio* occorre risalire a Frag. Vat. 238 (*Ulp<ianus> de officio p<rae>toris libro singulari*): cfr. BETANCOURT 1997, p. 185 s.

¹¹⁰ *Paupertas sane dat excusationem, si quis imparem se oneri iniuncto possit probare, idque divorum fratrum rescripto continetur*.

¹¹¹ Invece esso è, nonostante minime divergenze lessicali («*plane*» per «*sane*», ad esempio), sostanzialmente omogeneo, tanto che si può concordare con GUALANDI 1963.II, p. 60, il quale parlava di «varianti di amanuense» (cfr. anche CHIAZZESE 1931, pp. 303 e 308). Il vero problema sarebbe, piuttosto, capire perché in I. 1.25.6 Giustiniano sembri essersi affidato alla versione dei *Fragmenta* e non a quella ripresa nel Digesto: vd. *infra*, nt. 136.

¹¹² A parte l'inevitabile menzione della *paupertas*, si usa «*dare*» per «*tribuere*» – cambio in sé probabilmente non così rilevante – e soprattutto si introduce l'elemento della *probatio*, che aveva forse riscontro nel rescritto introduttivo (vd. *infra*, nel testo).

¹¹³ Escludeva trattarsi di ripetizione, in senso stretto, DE FILIPPI 1997, p. 89.

¹¹⁴ Rimane qui ai margini il problema della discrepanza tra il titolo indicato nei *Fragmenta* e quello riferito dai *Digesta*, in quanto inerente solo alla trasmissione delle opere ulpiane. Si tratta di un rapporto assai nebuloso, che spesso è stato interpretato nel senso dell'antiorità del *De officio praetoris tutelaris* e della creazione postuma del *De excusationibus*: in merito, si veda la letteratura ricordata in COSSA 2018, p. 48 ss. nt. 126 (e poi ID. 2022, p. 59 ss.). Sui due passi, peraltro, si addensano anche ulteriori ipotesi di trasmissione, poiché alcuni autori ritengono – sulla base della vicinanza a (Mod. 2 *de exc.*) D. 27.1.6.19 – che D. 27.1.7 fosse addirittura contenuto nel *De excusationibus* modestiniiano, da cui sarebbe stato reso autonomo a opera dei giustiniani: cfr. SCHULZ 1968, p. 449; VOLTERRA 1970, p. 590; MASIELLO 1983, p. 44. Per inciso, in tale ricostruzione rimane insoluto il problema del perché i commissari non abbiano svolto una simile attività di 'separazione formale' in tutti i casi in cui la citazione del giurista anteriore si stagliava in modo chiaro (ossia, ad esempio, era riferita in latino). E appunto, volendo davvero attribuire un valore pregnante a quella vicinanza espositiva – come se i compilatori avessero accostato i due testi poiché già ipoteticamente affiancati nell'opera di derivazione –, non si capisce perché avrebbero dovuto marcare formalmente la cesura tra le due citazioni che Modestino aveva messo di seguito. Cfr., in proposito, VIARENGO 2007, p. 2811; EAD. 2021b, p. 164 s.; COSSA 2022, p. 298 nt. 984.

lo citi direttamente¹¹⁵. Grazie a essa otteniamo, oltre a un punto di riferimento temporale¹¹⁶, anche l'opportunità di aprire uno spiraglio sulla procedura di accertamento, che avrebbe fatto logicamente gravare l'*onus probandi* della condizione di indigenza su chi, chiamato alla *tutela*, la volesse ostendere come causa di esenzione¹¹⁷. Sono dell'opinione, in definitiva, che la vicenda delle testimonianze trādite sotto il nome di Paolo meriti di essere analizzata separatamente da quella degli omologhi ulpiane¹¹⁸.

Restringendo così il campo in forza dell'isolamento di un materiale paolino autosufficiente, ci si può limitare a indagare sul rapporto delle *Sententiae* – da cui discende la copia digestuale – con l'*Ad municipalem*, e poi anche con i *Fragmenta Vaticana*. In proposito, appare comunque difficile stabilire quale sia la voce più aderente al modello¹¹⁹: si parte, infatti, da una pressoché totale identità dei due brani. A livello dei 'contenitori', poi, non si può riporre affidamento nell'anteposizione temporale di una raccolta all'altra, scontandosi le incertezze circa la storia editoriale di entrambe. In primo luogo, dei *Fragmenta Vaticana*: se il loro contesto genetico dovette rispecchiare le tappe di un graduale arricchimento della stesura originaria, databile intorno ai primi decenni del IV secolo¹²⁰, non mi pare che sia però consentito fissare il momento dell'ingresso nel tessuto narrativo di Frag. Vat. 243 senza margini di dubbio. D'altronde, neppure per le *Pauli sententiae* si dispone degli elementi per affermare la composizione autografa da parte di Paolo¹²¹: anzi, la tendenza prevalente è ormai di guardare piuttosto a un periodo più avanzato, pur riconoscendo che la gran parte dei materiali provenissero dalla produzione del maestro severiano¹²². Quanto alla datazione precisa, dovendosi respingere un'equivalente creazione 'progressiva'¹²³, si potrebbe propendere con cautela per un consolidamento intorno alla fine del III sec. d.C.¹²⁴.

¹¹⁵ Il verbo '*continere*', presente sia in Frag. Vat. 240 che in D. 27.1.7, denota più un riferimento sostanziale alle disposizioni del rescritto, che una riproduzione delle parole: tanto è vero che nei rispettivi incisi, esplicativi della disciplina, si adottano due vocaboli distinti ('*docere*' e '*probare*').

¹¹⁶ Su questo aspetto, vd. meglio *infra*, nel testo.

¹¹⁷ Cfr. GUZMÁN 1976, p. 187; FAYER 1994, p. 455 nt. 251; HUMFRESS 2006, p. 199; CHEVREAU 2014, p. 146 (e nt. 33).

¹¹⁸ Si percepisce qui la differenza rispetto a quanto si riscontra in merito al rapporto tra Frag. Vat. 235-236 e Frag. Vat. 237: vd. *supra*, § 2.

¹¹⁹ Taluni studiosi, comunque, si sono cimentati nell'impresa: cfr., ad esempio, LEVY 1945, p. 32, il quale sosteneva l'antiorità di Frag. Vat. 243, in evidente armonia – benché egli non si occupasse di PS. 2.27.5 – con la tesi di una articolata stratificazione di stesure sulla base originaria delle *Pauli sententiae*, che si sarebbero protratte per secoli (tesi su cui cfr. ora RUGGIERO 2017, p. 21 ss., nonché p. 418 ss. per disvelarne «aporie e limiti»).

¹²⁰ Vd. *supra*, § 2.

¹²¹ Così, di recente, RUGGIERO 2017, spec. p. 50, la quale, pur non sentendosi di «scartare a priori l'ipotesi che proprio Paolo abbia redatto un'opera denominata *Sententiae*», rileva comunque l'impossibilità di affermarlo con sicurezza.

¹²² Cfr., per tutti, ancora RUGGIERO 2017, p. 444 s.

¹²³ Essa era stata sostenuta da LEVY 1945, p. VII s., ma viene oggi abbandonata in virtù degli indizi di persistenza e stabilità del testo iniziale nella sua circolazione tardo-antica occidentale: cfr., in sintesi, la rassegna di argomenti esposti e accolti da RUGGIERO 2017, spec. p. 99 ss.

¹²⁴ Relativamente alle posizioni manifestatesi nella giusromanistica in merito si rinvia a RUGGIERO 2017, p. 20 ss., con la schematizzazione in tre principali correnti: coloro che hanno riconosciuto la paternità paolina *tout court*, coloro che l'hanno avversata (chi sotto il profilo solo formale, chi anche sotto quello dei contenuti), e infine coloro che separano il prodotto letterario dal materiale che vi è confluito (deponendo per la genuinità di quest'ultimo). Per tale tesi intermedia, che recentemente ha incontrato numerosi fautori (come registrato da LICANDRO 2018, p. 357), si può rinviare in particolare

Ne discende che, con molta verosimiglianza, per entrambe le attestazioni è necessario scindere il discorso sulla paternità dei materiali da quello relativo alle sillogi di provenienza¹²⁵: quest'ultimo, alla fine, potrebbe influire in qualche misura sui presenti tentativi di ricostruzione. Qualora le *Sententiae* fossero autografe di Paolo – il che non è tuttavia dimostrabile, tantomeno appoggiandosi al nostro testo¹²⁶ –, ciò varrebbe a garantire loro (e alle informazioni veicolate) la necessaria antecedenza; siccome, però, è ugualmente (se non più) probabile che siano state aggregate in un periodo successivo, è meglio trattarle alla stregua di collettori di regole giuridiche 'coagulate' in circostanze distinte rispetto all'ideazione dei rispettivi contenuti. Per Frag. Vat. 243, del resto, si aggiunge il nodo dell'indicazione di un *Ad municipalem*, che è il vero fattore in grado di allargare la diatesi tra le due notizie: una divergenza tra titoli che garantisce pochi appigli per una scelta. In realtà, quando si trattino *Sententiae* e *Fragmenta* come due collazioni equivalenti (per origine apocrifia), il vero *quid pluris* arriva proprio dalla rubrica di Frag. Vat. 243, ove è rammentato un titolo, l'unico di cui l'incerta genesi non nasconde comunque l'antiorità almeno alla stesura finale della raccolta che lo ospita. Tenendo perciò conto dell'inequivoco influsso esercitato dalle *Pauli sententiae* sulla redazione digestuale (che incontra quindi lo stesso giudizio)¹²⁷, si dovrebbe concludere che fossero appunto i *Fragmenta* a restituire l'immagine più fedele della sede in cui era inserita *ab initio* la pronuncia sull'*excusatio* dei *pauperes*: ossia, appunto, l'*Ad municipalem*.

Senonché, una visione (nei limiti del possibile) 'sistematica' di quest'ultimo libro, che tenga conto altresì delle incisive perplessità concernenti Frag. Vat. 237, induce a porre subito in discussione tale deduzione. I *Fragmenta Vaticana* – più volte apparsi 'claudicanti', se non direttamente fallaci, soprattutto in materia di *inscriptiones*¹²⁸ – non possono rappresentare un riferimento di per sé sufficiente. In aggiunta, il passo in esame non è certo prodigo di spunti a conforto della propria genuinità: il suo dettato è talmente scarno, soprattutto se confrontato con l'elaborazione ulpiana, che è difficile sottrarsi all'impressione di una riduzione posteriore a uso dei pratici¹²⁹. Lo stato delle nostre conoscenze si riduce, insomma, a questo: a un'opinione giurisprudenziale recepita in una silloge di dubbia creazione e scarsa attendibilità, espressa in una forma 'semplificata' (condivisa peraltro con una variante della versione alternativa). Non sorprende che ci manchi la capacità di comprendere quale sia, tra quelle paoline, la *lectio* più

a MAROTTA 2007, p. 59 ss. (primo di una serie di contributi in materia) e DE GIOVANNI 2008, p. 173 s. Su questo punto si tornerà poi *infra*, in nt. 141.

¹²⁵ Alla stregua di quanto proposto in relazione a Frag. Vat. 237: vd. già *supra*, § 2 e poi *infra*, § 4.

¹²⁶ Non si potrebbe certo giungere a tale conclusione semplicemente sulla base della concordanza tra PS. 2.27.5 e Frag. Vat. 243, la cui risalenza a Paolo è anzi proprio il *thema probandum*.

¹²⁷ Se essa indica in *inscriptio* quale opera di provenienza una collazione postuma, logica vuole che non vi si possa fondare l'argomentazione della genuinità paolina dell'una o dell'altra versione.

¹²⁸ Basti il riferimento a quanto accade con Frag. Vat. 233 o Frag. Vat. 237 (per entrambi vd. *supra*, § 2). Qui, peraltro, non v'è alcun dubbio sull'*inscriptio*, che risulta perfettamente leggibile nel manoscritto (cfr. BETANCOURT 1997, p. 203), facendo così cadere le questioni di tradizione materiale.

¹²⁹ In questa direzione non manca di risaltare la rinuncia – ove fosse stata presente nell'ipotetico originale, come lascerebbe pensare il parallelo ulpiano – alla menzione legislativa, che farebbe il paio con quella (doppia) 'tagliata' da Frag. Vat. 237 (vd. *supra*, § 2). Sottolinea questo dato GRELLE 2003, p. 45.

antica: anzi, essa potrebbe esser stata inizialmente inclusa in una trattazione del tutto difforme dai titoli a noi noti (e posseduti dai compilatori)¹³⁰. Lasciando perciò da parte il discorso in ordine alle *Pauli sententiae*, che complica ulteriormente la vicenda, possiamo provare a portare il ragionamento sull'*Ad municipalem* a ulteriori conseguenze: in particolare, tenendo ancor più distinto il giudizio sul materiale da quello sull'opera¹³¹.

Il primo, pertanto, va formulato in base a valutazioni sostanziali: esse depongono per l'accoglimento della paternità paolina, in forza di riscontri interni ed esterni alla produzione di questo maestro. Quei riscontri rendono plausibile che l'attenzione di Paolo per il tema delle *excusationes* si fosse concentrato anche sulla causa di povertà. Individuare la sede precisa – senza escludere *a priori* che si trattasse di ipotetiche *Sententiae* autografe, ma aprendosi all'eventualità più concreta che si debba guardare a trattazioni di fattura meno controversa – implica di districarsi nella selva di *tituli* ricondotti a Paolo, dedicati a quell'istituto (*De excusationibus tutelarum*, *De iurisdictione tutelari*, *De officio praetoris tutelaris*)¹³² e non solo (*De cognitionibus*, *Ad municipalem*). Tutti presentano agganci tematici col frammento, ma nessuno ci si mostra nelle fonti come più idoneo a contenerlo (tranne l'*Ad municipalem* per ragioni di *inscriptio* ovviamente: esso, però, come il *De cognitionibus*, non offre in sé garanzie di autenticità). In ogni caso, un passo come il nostro – per quanto meno probabile, *ratione materiae* – potrebbe anche rimandare alle più articolate trame dei commentari maggiori, sia per connessione con la materia tutelare, che per ricaduta nelle prescrizioni sui *municipia*¹³³.

Non si dimentichi, infatti, che la versione di Frag. Vat. 243 viene ricavata da un lavoro (genericamente) rivolto alla legislazione municipale – che si può assumere come circolante nel IV secolo¹³⁴ –, e che invero in quel contesto essa trovava probabilmente spazio sulla scorta della competenza dei magistrati locali a occuparsi dell'investitura dei *tutores*. Vi sono, inoltre, margini per inserire un minimo parametro cronologico, facendo appello alla correlativa, ma più feconda, indicazione di D. 27.1.7 e di Frag. Vat. 240. Il riferimento da parte di questi ultimi passi a un rescritto di Marco Aurelio e Lucio Vero vale a fissare un *tempus post quem* per l'analisi dei *prudentes* circa il valore della *paupertas*¹³⁵. Quel termine può essere poi spostato leggermente in avanti, se si coordina la lettura con I. 1.25.6¹³⁶: lì, riprendendo il medesimo principio,

¹³⁰ In effetti, possiamo presumere che, quale fonte per questo brano, i giustiniani conoscessero soltanto le *Sententiae*, che hanno citato, e non l'*Ad municipalem*, per quanto elencato nell'*Index Florentinus*.

¹³¹ Ciò che non facevano WIEACKER 1975², p. 422 e LIEBS 1997, p. 157, denunciando la natura spuria anche dei testi tramandati nell'*Ad municipalem*.

¹³² Su queste opere si rinvia ancora a COSSA 2022, pp. 59 ss. e 107 ss.

¹³³ In specie, si potrebbe pensare all'*Ad edictum*, che avrebbe contenuto entrambe le discipline, come si evince da LENEL 1927³, risp. pp. 314 ss. e 51 ss.

¹³⁴ Oltre all'*inscriptio* dei *Fragmenta*, la menzione nell'*Index Florentinus* ci indirizza verso tale esito (vd. meglio *infra*, § 4).

¹³⁵ Circa il riferimento alla *constitutio* si vedano SCARLATA FAZIO 1939, p. 52; GUALANDI 1963.I, pp. 104, 109, 538, 563, e II, pp. 90 e 178; LUCHETTI 1996, p. 119 s. nt. 157; ARCARIA 2003, p. 58 s. nt. 48; ZOZ 2007, pp. 31 s. e 136.

¹³⁶ *Sed et propter paupertatem excusationem tribui tam divi fratres quam per se divus Marcus rescripsit, si quis imparem se oneri iniuncto possit docere*. Il modello è chiaramente rappresentato da Ulpiano, benché alcune variazioni formali intervengano insieme all'aggiunta legislativa; ma – singolarmente – si tratta della versione di Frag. Vat. 240 (e quindi potenzialmente del *De officio praetoris tutelaris*), e non di quella del *De excusationibus*, recepta in D. 27.1.7. Tale circostanza – spesso trascurata

si soggiunge che lo stesso Marco Aurelio, individualmente, aveva confermato la disposizione progressa¹³⁷. Se nemmeno tale intervento può essere datato con esattezza, comunque il quadro cronologico è coerente con l'ipotesi di creazione del testo, poi passato in Frag. Vat. 243, in un periodo posteriore. In aggiunta, l'intreccio con le attestazioni di Ulpiano depone fortemente a favore di una datazione non successiva all'età dei Severi.

4. Conclusioni sull'opera e sul suo titolo

L'analisi dei due frammenti, dunque, non restituisce molte certezze, ma solamente indizi di relativa coerenza. Entrambi consentono di affermare che le dottrine sulle *excusationes* dovrebbero essere di mano paolina, ma non paiono avere legami originari con l'*Ad municipalem*, la cui storia editoriale risulta slegata dalla composizione dei passi. Quindi, nulla ci trasmette l'immagine di Paolo quale autore del *μυνόβιβλον*, quale sede autentica di Frag. Vat. 237 e 243: il che sembra coincidere con le conclusioni di Grelle, che vanno ulteriormente vagliate con attenzione al piano generale dell'opera.

Simili indizi possono essere aggiunti, infatti, alle poche informazioni già messe in luce *ex ante*¹³⁸: la menzione nell'*Index Florentinus* – di cui però si è sottolineata la limitata incidenza sul piano ricostruttivo – e la contemporanea assenza dalle *inscriptiones* digestuali. Affiorano, così, due distinte linee d'indagine: l'una verso l'età giustiniana, per inquadrare la monografia alla luce della sua immagine tarda, e l'altra verso i secoli di attività della *scientia iuris*, per chiarire quanto indietro ci si possa spingere inseguendo la sua genesi. È appena il caso di precisare come neanche la prima via, solo in apparenza meno pertinente, meriti di essere trascurata nella logica di un'indagine sull'autenticità dell'*Ad municipalem*.

Quanto alla percezione dei commissari, dunque, una volta ammesso che la presenza nell'*Index* testimoni la possibile esistenza di quel tomo nella biblioteca di Costantinopoli anteriormente all'inizio dei lavori¹³⁹, occorre porsi un duplice interrogativo. Anzitutto, se sia verosimile che i giustiniani, pur avendolo a disposizione, non abbiano mai impiegato l'*Ad municipalem*; di seguito, per quale motivo, nella scelta tra due varianti del medesimo passo ugualmente sfruttabili, non si recuperasse mai quella ricavabile dal nostro scritto (è soprat-

dagli studiosi: cfr., ad esempio, FERRINI 1900, p. 141, il quale semplicemente segnalava l'ascendenza dei *Fragmenta* sulle *Institutiones* (poi LEVY 1945, p. 32), ma trovando in Marciano la fonte del § giustiniano – dovrebbe ricondurci al nodo dei rapporti tra le varie opere ulpiane in questione, su cui mi limito ai cenni svolti *supra*, in nt. 114. LUCHETTI 1996, p. 118, peraltro, attribuiva la presenza diffusa di riferimenti a *constitutiones* imperiali nel titolo *De excusationibus* del manuale giustiniano (I. 1.25) proprio al corposo recupero di materiali della scienza giuridica severiana.

¹³⁷ LUCHETTI 1996, p. 119 s. e nt. 157 segnalava come l'unica altra menzione del secondo *rescriptum* fosse nella *Parafrasi* di Teofilo, escludendo piuttosto che – come invece ipotizzato da GUALANDI 1963.II, p. 178 nt. 125 – il provvedimento del solo Marco Aurelio fosse quello già menzionato (in modo per noi incompleto: *Imp. ... rescripti*) da Frag. Vat. 185, per il quale vd. *supra*, nt. 108: per Luchetti, invece, si dovrebbe guardare alla prima normazione, insieme al fratello.

¹³⁸ Vd. *supra*, § 1.

¹³⁹ Vd. ancora *supra*, § 1.

tutto il caso dell'interferenza tra Frag. Vat. 243 e [Paul. 2 *sent.*] D. 27.1.40.1)¹⁴⁰. Il secondo quesito può avere un senso solo in caso di risposta affermativa al primo: risposta che, però, non viene così scontata. Immaginare una preferenza per la migliore lezione offerta dalle *Sententiae*, sarebbe la conseguenza di una vera e propria presa di posizione filologica dei giustiniani: la quale può essere recisamente esclusa. È una supposizione indimostrabile, e verosimilmente sguarnita di fondamenti critici e storici, quella per cui i compilatori soppesassero l'autenticità effettiva delle opere al momento di deciderne il destino editoriale¹⁴¹.

In definitiva, riterrei consigliabile attenersi alla massima prudenza circa l'effettiva portata delle operazioni compiute in sede di spoglio. Si può essere convinti, cioè, che nel VI secolo fosse arrivata almeno la notizia di un'opera intitolata come *'Ad municipalem'*¹⁴²: di essa non siamo in grado di ricostruire il contenuto in alcun modo, né di sapere se comprendesse i due frammenti del manoscritto vaticano, visto che dall'*Index Florentinus* in avanti non ne rimane più traccia¹⁴³. Se davvero quegli stessi frammenti vi erano inclusi, la loro preterizione nel Digesto potrebbe essere ragionevolmente spiegata in due modi (almeno)¹⁴⁴: o quale sintomo della volontà di evitare duplicazioni tra testi che si leggevano in due fonti distinte¹⁴⁵, selezionando quella più attendibile o esaustiva; oppure come risultato del recupero

¹⁴⁰ Si sono esaminate le differenze tra quei passi, lievi ma decisive per riconoscere l'ascendenza del frammento giustiniano *supra*, al § 3. Allo stesso modo, non può assimilarsi a tale raffronto quello tra Frag. Vat. 237 e D. 27.1.46.1 (che è, piuttosto, modello di Frag. Vat. 235): vd. *supra*, § 2.

¹⁴¹ Avevo già espresso forti remore ad accettare quell'eventualità – in dipendenza dalla connessa presunzione di un'autentica mentalità 'filologica' nei compilatori – in COSSA 2018, p. 517 ss., ove anche una critica dell'idea che la selezione venisse effettuata sul discrimine della tradizione diretta delle opere spogliate, rispetto alla lettura tramite altri autori per quelle non impiegate (come era stato sostenuto, ad esempio da PETERS 1913, p. 74 ss., nell'ambito della più ampia tesi sui cosiddetti 'predigesti'). Si può aggiungere, nello specifico, che non si dà prova che le *Pauli sententiae* fossero giudicate al tempo di Triboniano maggiormente 'paoline' dell'*Ad municipalem* (ove conosciuto). A tal fine non mi sembra sufficiente che esse siano inserite nell'*Index Florentinus* (XXV.11) e ripetutamente sfruttate nella compilazione (cfr. LENEL 1889.I, cc. 1297 ss. nn. 1914-2054). Né – a mio modo di vedere – sarei propenso a riconoscere il valore probatorio che altri attribuiscono a (Paul. 4 *sent.*) D. 38.10.9, in relazione al supposto riconoscimento, da parte di Paolo, della propria mano nel *De gradibus et adfinibus*: vd. da ultimo COSSA 2018, p. 122 ss. per tutta la questione (sulla quale si sono consolidate le varie posizioni ricordate *supra*, in nt. 124).

¹⁴² Così WIEACKER 1975², p. 422.

¹⁴³ Per assurdo, si potrebbe anche ipotizzare che la versione dell'*Ad municipalem* fosse diversa da quella in mano al redattore dei *Fragmenta Vaticana*, e non riportasse cioè Frag. Vat. 237 e Frag. Vat. 243: motivo per cui i giustiniani non li avevano recuperati. Però, rimane singolare che non esista nemmeno un altro estratto della prima: si sarebbe scelto di relegare nell'oblio una trattazione, che avrebbe potuto al contrario garantire una pur minima 'esposizione' del retrostante lavoro di consultazione, solo sacrificando un testo tra i molti delle *Sententiae*. È ben più plausibile che il *μυρόβιβλον* non fosse stato consultato. Cfr. in merito i corrispondenti dubbi di GRELLE 2003, p. 41 nt. 36.

¹⁴⁴ Si tralasciano, peraltro, altre interpretazioni meno persuasive. Oltre alla suggestione in base a cui la scelta sarebbe stata orientata da motivazioni 'filologiche' (vd. *supra*, nel testo), si dovrebbe rifiutare anche una potenziale spiegazione improntata a criteri 'stilistici', ossia alla migliore forma della variante riferita dalle altre opere. Per Frag. Vat. 237, la sovrapposizione perfetta a D. 27.1.46.1 lo esclude *in nuce*, mentre l'assenza da tutto il Digesto di un riferimento ai *suarii* rafforza l'impressione che i due passi non siano stati posti a confronto: altrimenti, per esigenze di completezza, si sarebbe dovuta recepire la notizia dell'*Ad municipalem* (vd. subito *infra*, nel testo). Di contro, per Frag. Vat. 243 non si potrebbe con leggerezza sostenere che la versione di D. 27.1.40.1 sia in qualche misura migliore sul piano stilistico.

¹⁴⁵ Così introducendo davvero un'eccezione all'accennato principio compilatorio di 'massima resa', visto che il *De cognitionibus* (per Frag. Vat. 237) e le *Sententiae* (per il § 243) venivano già 'rappresentati' nella compilazione. D'altra parte, non mancano neanche le duplicazioni di brani perfettamente, o largamente, sovrapponibili all'interno dei *Digesta*: per inciso, sulle ragioni per cui ciò sia avvenuto posso rinviare a COSSA 2018, p. 547 ss.; cfr. poi MATTIOLI 2019, p. 5 ss.

dell'unica che era rimasta fruibile al momento della cernita¹⁴⁶. L'impressione è che si debba prediligere proprio quest'ultima soluzione, in considerazione dell'imperfetta simmetria tra D. 27.1.46.1 e Frag. Vat. 237, che sancisce un'ulteriore figura di *excusatio*, assente dal primo (e dal Digesto in generale)¹⁴⁷. La maggiore completezza della stesura esclusa, dall'*Ad municipalem*, induce a pensare che quest'ultimo, per quanto forse presente nei cataloghi librari impiegati all'avvio dei lavori (quando si redasse l'*Index Florentinus*), non si sia poi effettivamente potuto leggere¹⁴⁸.

L'approccio più fecondo al problema passa, dunque, attraverso le due enunciazioni dei *Fragmenta Vaticana*. Il che non agevola certo gli interpreti, costretti a confrontarsi – lo si è visto – con brani fortemente problematici. Si è osservato come sia per Frag. Vat. 237 che per Frag. Vat. 243 occorra tenere separato il giudizio sul contenuto da quello sul 'contenitore'. Dal versante sostanziale, in entrambi i casi sembra che le regole trasmesse siano compatibili con il regime giuridico delle *excusationes* in età severiana: in tale direzione convergono altresì i molti parallelismi con notizie di epoca coeva, sia per quanto riguarda la partecipazione alle funzioni annuarie tramite l'adesione a un *collegium* professionale (dati ascritti però a Ulpiano), sia per lo stato di indigenza (che si riconduce *in primis* allo stesso Paolo)¹⁴⁹. Quanto all'identità storica dell'autore, invece, la situazione è assai più complessa, benché passibile di essere ricostruita unitariamente per i due frammenti.

Frag. Vat. 237 presenta una struttura visibilmente composita – oserei dire rabberciata – data dall'unione della parte iniziale, e direttamente precettiva, dei due passi che lo precedono. Proprio nella sintesi si può cogliere il tratto distintivo di una manipolazione che incide sulla versione tradita – a cui dunque risultano più fedeli i §§ 235 e 236 – e la adatta ai bisogni di una prassi meno esigente sotto il profilo teorico. A tale processo di semplificazione sarebbe da collegare la scomparsa dei riferimenti normativi, che nei corrispettivi attribuiti a Ulpiano introducono chia-

¹⁴⁶ Il fatto che la rassegna dei $\mu\omicron\nu\upsilon\beta\iota\beta\lambda\alpha$ paolini – che costituisce quasi una 'sezione' autonoma dell'elenco – fosse stata accorpata al resto dell'*Index* praticamente 'in blocco', magari senza essere stata controllata nel dettaglio in rapporto alle specifiche *inscriptiones*, potrebbe aver costituito la principale causa delle discrasie tra Indice e Digesto, nella misura in cui alcuni tomi presenti nella lista non sarebbero poi risultati materialmente consultabili, perché mancanti. Cfr. COSSA 2018, spec. p. 534 ss.

¹⁴⁷ Quella dei *suarii*: vd. *supra*, § 2.

¹⁴⁸ Vd. *supra*, § 1 per una sintesi del fenomeno. Una spiegazione del genere viene prospettata, incidentalmente, anche da GRELLE 2003, p. 41, contestando la tesi di WIEACKER 1975², p. 59 ss. per cui il materiale presente nell'elenco preliminare, ma introvabile nel tessuto della compilazione giustiniana, sarebbe stato giudicato inutile dai commissari, e pertanto scartato. Non si può respingere in astratto la plausibilità di una simile motivazione, ma nel caso di specie essa non regge, in quanto non supera l'obiezione che la rilevanza dell'*Ad municipalem* sarebbe qui testimoniata dalla mancanza di una precisa indicazione nel Digesto della *excusatio* dei *suarii*, rammentata solo da Frag. Vat. 236 (rilievo che mi sembra trascurato anche da GRELLE 2003, p. 41 nt. 36). Che poi quella causa di esenzione non avesse più rilievo al tempo di Giustiniano, e quindi sarebbe stata conseguentemente preterita, non è giustificazione accettabile, a fronte della presenza nel Digesto di previsioni che riguardano figure parimenti irrilevanti per il diritto orientale del VI secolo (come i *pistores urbici*, anzitutto).

¹⁴⁹ Ciò può dirsi, anzitutto in merito a Frag. Vat. 237, la cui aderenza a Frag. Vat. 235, da un lato, e a D. 27.1.46.1, dall'altro, non lascia spazio a resistenze che non siano incentrate sulla paternità del dettato (vd. *supra*, § 2). Ma vale anche per Frag. Vat. 243, in forza dell'identità con D. 27.1.40.1 e PS. 2.27.5 (e non solo, entrando in gioco pure Frag. Vat. 240 e D. 27.1.7: vd. *supra*, § 3).

rimenti sulle evoluzioni delle varie discipline¹⁵⁰. Frag. Vat. 243 non si discosta da tale scenario, pur nella maggiore articolazione dei paralleli individuabili: quelli che verosimilmente provengono dalla medesima tradizione (D. 27.1.40.1 e PS. 2.27.5) non hanno la significativa addizione del dato normativo, che invece si osserva in testi contigui, ancora attribuiti a Ulpiano (almeno Frag. Vat. 240 e D. 27.1.7)¹⁵¹. Il dato di sintesi, allora, esprime la posteriorità e il minor grado di vicinanza all'originale degli enunciati ricondotti all'*Ad municipalem*¹⁵²: esso si rivela, pertanto opera non autentica, al di là di chi tra Paolo e Ulpiano si voglia considerare l'autore dei brani.

Ciò conduce intanto a domandarsi quando e da chi sia stato composto il *liber* e, al contempo, da quale scritto siano stati ripresi i precetti che vi sono confluiti. Nei fatti, una sua contestualizzazione di massima sarebbe possibile solamente valorizzando la progressione delle stesure dei *Fragmenta Vaticana*. In merito, si è ammessa la possibilità di un successivo intervento redazionale compiuto su un canovaccio preesistente: senza le necessarie destrezza e consapevolezza, ma con l'effetto di introdurre qualcosa che – in forma leggermente distonica – già c'era¹⁵³. Al momento in cui si consolida il testo finale dei *Fragmenta*, poi, l'imprecisione si cristallizza e si trasmette ai posteri. Ora, mi sembra più difficile che un simile errore abbia avuto luogo già negli stadi iniziali dell'attività di collazione, ossia almeno nella prima redazione: si sarebbe trattato infatti di una svista clamorosa, e potenzialmente oggetto di correzione nelle successive versioni. Con maggiore verosimiglianza, lo collocherei in un momento intermedio o finale del cammino editoriale della silloge: sempre comunque in uno dei passaggi di integrazione del testo. Come conseguenza, si potrebbe ancorare la redazione dell'*Ad municipalem* a tale successione di scritture della raccolta tardo-antica, datandolo cioè dopo gli anni Venti del IV secolo d.C. (prima stesura dei *Fragmenta Vaticana*) ed entro la fine di quello o l'inizio del successivo (con l'edizione finale)¹⁵⁴. È in tale intervallo temporale che dovrebbe aver iniziato a circolare la nuova variante dei passi esaminati, quella più sintetica rispetto al precedente, destinata a essere poi assorbita nei *Fragmenta*. L'ipotesi, naturalmente, si regge sul presupposto che tale versione sia venuta alla luce insieme all'*Ad municipalem*: purtroppo, la sua indimostrabilità impedisce di potervi riporre esclusivo affidamento¹⁵⁵.

¹⁵⁰ Cfr. GRELLE 2003, pp. 43 e 45, ove si attribuisce un giusto risalto alla constatazione dello sfolgimento delle citazioni di provvedimenti imperiali. Si ricorda che Frag. Vat. 235 menziona un duplice intervento adrianeo a mezzo di rescritti, mentre Frag. Vat. 236 un equivalente atto di Settimio Severo e Caracalla. Si potrebbe peraltro sottolineare che i 'tagli' sono stati effettuati con modalità alquanto approssimative, visto che nella parte caduta di entrambi i passi recanti la notizia completa erano comunque contenute precisazioni, che sarebbero risultate utili anche agli operatori di epoca tarda (come i richiami alle tutele intraprese prima dell'attività di *pistor* in Frag. Vat. 235, oppure al meccanismo necessario delle *litterae* di accertamento in Frag. Vat. 236).

¹⁵¹ Vd. su tutto ciò *supra*, § 3.

¹⁵² Da una diversa ma concorrente prospettiva, la frequenza di citazioni legislative si rivela invece un significativo tratto sintomatico dei *libri singulares* paolini: cfr. in proposito COSSA 2022, spec. p. 15 ss.

¹⁵³ Vd. *supra*, § 2 e nt. 56.

¹⁵⁴ Concordo con chi – come DE FILIPPI 1997, p. 77 – reputa che le modifiche si siano determinate al di fuori del processo creativo di quel compendio, per venire poi in esso recepite: troppa negligenza si addosserebbe all'estensore che facesse seguire a due brani consecutivi un terzo con la foggia di una superflua sintesi degli stessi. Vd. già *supra*, § 2.

¹⁵⁵ D'altronde, non fornisce idonea prova nemmeno la tesi che suggerirebbe l'emersione di un siffatto esemplare ancor prima dell'inizio del percorso editoriale dei *Fragmenta* (cfr. DE FILIPPI 1997, p. 78).

Tuttavia, una conferma dell'inquadramento prospettato giunge dal (già formulato) rilievo sulla titolazione stessa dell'opera, con il valore sostantivato dell'aggettivo 'municipalis', privo del sostegno di un termine quale il consueto 'lex'¹⁵⁶. La pertinenza a un periodo tardo (a partire dagli anni Venti del IV secolo) coincide, forse non a caso, con l'età ipotizzata per la prima redazione dei *Fragmenta*. Ma, anche non enfatizzando troppo tale circostanza, è comunque lecito collegare l'usanza lessicale a un determinato periodo storico, avanzato rispetto a quello dei Severi, e allontanare sempre di più il nostro *liber singularis* dalla prospettiva di un'auto-grafia paolina¹⁵⁷.

La scelta onomastica impone, del resto, una riflessione sul contenuto effettivo dell'opera. Una volta che si sia appurato un raggio semantico riferibile a un'epoca avanzata, occorre trarne le debite conseguenze e supporre che il trattato intendesse assumere come argomento di studio proprio il soggetto residente nel municipio, piuttosto che il complessivo ordinamento di quest'ultimo. Non sfugge che, in pratica, fra il primo caso e il secondo vi sarebbe stata una divergenza limitata: perlomeno non maggiore di quella che corre tra affrontare delle norme e degli istituti dal punto di vista dei destinatari o da quello dell'autorità emittente. E, tuttavia, non credo che tale alterità vada sottovalutata: porre al centro il *municeps* avrebbe, anzitutto, escluso che si trattassero, se non occasionalmente e in ragione delle inevitabili interferenze, i profili organizzativi delle varie strutture amministrative locali, oppure le funzioni dei singoli magistrati¹⁵⁸. È, in sostanza, qualcosa più di un problema di approcci, con conseguenze visibili anche in rapporto alla finalità del lavoro¹⁵⁹: collocare al centro il cittadino della comunità provinciale svela altresì una particolare attenzione alla destinazione operativa dello scritto. Ci si prefigura come fruitore privilegiato l'individuo che si muove sulla scena della società e del diritto – specialmente nel ruolo di titolare di uffici municipali e di attore di procedimenti – e si confronta con gli istituti che ne regolano il funzionamento: la gestione e la ricusazione dell'incarico tutelare ne sono un vivace esempio. E, pertanto, un *Ad municipalem* con un taglio così adesivo alla pratica doveva incontrare assai più apprezzamento presso la platea degli avvocati e, in generale, degli operatori (non solo del processo), che verso altre tipologie di lettori (penso, ad esempio, agli studenti di diritto)¹⁶⁰. Dal combinato di titolo e frammenti,

¹⁵⁶ Vd. *supra*, § 1.

¹⁵⁷ Vd. poi *infra*, nel testo, per un'ulteriore puntualizzazione in merito.

¹⁵⁸ Una trattazione che, invece, le *leges municipii* sembra contenessero regolarmente. Emblematico l'esempio delle *tabulae* dello statuto municipale di Irni, sulle quali si può consultare, *ex multis*, LAMBERTI 1993, p. 32 ss. Per una sintetica rassegna sul contenuto di molte leggi municipali a noi pervenute si rinvia, in sintesi, a GALSTERER 2006, p. 35 ss.

¹⁵⁹ Ed è, altresì, un motivo di discriminazione rispetto ad altre opere che affrontavano le medesime materie, ma da un punto di vista diverso. In tema di tutela, ad esempio, troviamo un *De officio praetoris tutelaris*, che già nel nome e nella conseguente impostazione denuncia l'intento di porsi dal lato dell'autorità e non del suo interlocutore privato (cfr., in merito, COSSA 2022, p. 109 s.).

¹⁶⁰ Una simile caratteristica – è bene puntualizzarlo – non implica che il *liber singularis* debba essere di necessità considerato frutto di una stagione giuridica avanzata, più legata al soddisfacimento di interessi concreti, ed estranea alle vette teoriche dell'elaborazione giurisprudenziale del principato. Quell'esigenza di venire incontro a un pubblico dagli 'appetiti' più specifici non può certo dirsi estranea alla scrittura dei *prudentes*, e ancor meno lo è a Paolo: il repertorio di *μονόβιβλα*, in gran parte autentici, può testimoniare appunto un lato significativo del suo profilo autoriale, come si propone in COSSA 2022, p. 17 ss.

allora, potrebbe emergere l'immagine di un testo congegnato non certo come un commentario lemmatico a qualche statuto cittadino, ma quale raccolta di precetti e discipline valevoli nelle realtà lontane da Roma.

Solo riflesso è, dunque, il legame alla legislazione (e all'organizzazione) dei *municipia*, che credo a questo punto sia indispensabile intendere astrattamente, al di là delle differenze contenute nei singoli statuti conferiti alle varie comunità¹⁶¹. Ciò si desume, tra l'altro, dall'assenza di specificazioni di sorta, come pure dall'argomento logico per cui avrebbe avuto veramente scarsa rilevanza una monografia dedicata a una sola realtà locale, in un panorama di entità cittadine assai articolato¹⁶². Dopo aver escluso che ci troviamo di fronte al commento a un provvedimento ben individuato, e aver disgiunto – in qualche misura – il genere letterario da un preciso referente materiale¹⁶³, si può discutere su quale ne fosse l'effettivo contenuto. Al di là delle varie congetture¹⁶⁴, la carenza di lavori omologhi si aggiunge alla scarsa visuale che ci è permessa dai due frammenti superstiti. In base a essi, in effetti, si potrebbe senz'altro arguire che una parte della trattazione fosse dedicata alle procedure di nomina e dispensa dei *tutores*: poiché la competenza dei magistrati municipali in questa materia è certificata da numerose fonti concordanti¹⁶⁵, non ne rimarremmo sorpresi. Li saremmo però costretti a fermarci, non avendo ulteriori appigli per delineare quell'*Ad municipalem* tardo-antico, finanche nelle dimensioni¹⁶⁶.

¹⁶¹ Non è questa la sede per mettere a punto una revisione complessiva delle problematiche inerenti alla legislazione degli ordinamenti municipali, che implicherebbe un confronto tra le varie *leges* epigrafiche a noi pervenute (di cui si veda una rassegna ragionata in LEPORE 2010, p. 54 ss.), risalendo verso la ricostruzione di presunti modelli generali quali una *lex Iulia municipalis* o una *lex Flavia* omonima. Su tutto ciò esiste una letteratura estremamente vasta e diversificata, che non conviene ripercorrere neppure per sommi capi. Circa l'ammissibilità di una 'legge municipale' unitaria che, sotto il principato, regolasse uniformemente le istituzioni di ogni città – secondo modalità prospettate per primo da D'ORS 1953, p. 156 ss. – si è mostrato scettico GALSTERER 1987, p. 181 ss., riconoscendo semmai, accanto alle statuizioni peculiari delle singole collettività, l'esistenza di normative di carattere generale, ma soltanto per disciplinare in modo armonico alcuni istituti o procedure sensibili, destinate poi a ottenere varie specificazioni in relazione alle diverse contingenze locali (cfr. anche ID. 2006, p. 31 ss.). L'Autore sottolineava come gli accenni dei *prudentes* severiani a una *lex municipalis* non dovessero essere intesi se non in senso astratto, in mancanza di un vero paradigma esistente (cfr. anche MANTOVANI 1993-94, p. 208 nt. 15, con integrazione di fonti). Una ricognizione sui tratti essenziali della vicenda critica si legge in LAMBERTI 2000, p. 242 ss., con appoggio alla tesi di Galsterer (ma già EAD. 1993, p. 201 ss.); poi cfr. EAD. 2017, spec. p. 95 s.

¹⁶² Un panorama che è tratteggiato, per l'età di Costantino, da FELICI 2015, p. 1063 ss., spec. p. 1074 s. (e nt. 24 con folta bibl.): del resto, è a quell'età (almeno) che si deve riportare l'*Ad municipalem*.

¹⁶³ Il che porterebbe – a mio parere – a elidere del tutto l'eventualità che l'*Ad municipalem* si strutturasse come una sorta di commento lemmatico a un testo di legge. Poca utilità avrebbe dimostrato tutta l'apertura teorica che è sottesa a quel tipo di prodotto letterario, dovendo qui attenersi piuttosto a una nuda aderenza a quanto fosse necessario per la pratica giuridica. Su tale perspicua finalità si è già pronunciato GRELLE 2003, p. 46.

¹⁶⁴ Si muove con prudenza GRELLE 2003, 45 s., benché arrivi a delineare la «trama di un discorso complessivo sulla condizione municipale e gli oneri a essa inerenti».

¹⁶⁵ Una simile attribuzione dei magistrati municipali, che aveva radici ben salde nel principato (la *lex Iulia et Titia*, secondo Gai. 1.185), è stata analizzata da GRELLE 2006, p. 411 ss. (ma cfr. LANGHAMMER 1973, p. 83 s.; ELIA 1985, p. 355 ss.; NÖRR 2001, p. 1 ss.; GAGLIARDI 2006, p. 484 ss.; SCIUTO 2007, p. 349 ss.; VIARENGO 2015, p. 33 ss. e nt. 12, ove ulteriore bibl. con le poche voci dissonanti). Questa competenza non era venuta meno, evidentemente, neanche nel tardo impero, come emerge da GRELLE 1960, p. 216 ss. Sotto altra visuale, è opportuno ricordare che in molte delle leggi provinciali, a noi giunte per via epigrafica, si riscontra la presenza di un *caput* dedicato alla materia tutelare: ad esempio, il capo XXIX della *lex Salpensana* e della *lex Irnitana* o il CIX della *Ursonensis*.

¹⁶⁶ Non prendeva partito TALAMANCA 1976, p. 129 nt. 96, benché parlasse di «opera di Paolo». Sembra però uno sterile gioco anche solo tentare una ricostruzione contenente le materie normalmente oggetto di giurisdizione municipale, dal

Spostando nuovamente la lente sui materiali, rimarrebbe semmai da verificare la loro provenienza originaria, per quel che concerne l'opera e l'autore. La circostanza che rinveniamo i passi tramandati in un titolo legato a contesti municipali non comporta automaticamente che, *ab initio*, questa fosse la loro sede: anzi, tenderei proprio a escluderlo. Benché quella fosse una materia che i *prudentes* non avevano disdegnato di affrontare¹⁶⁷, vi si oppone l'assenza di altre eventuali produzioni monografiche in tema, nonché il riflesso sistematico dei passi paralleli: il dettato di *Frag. Vat.* 237 e 243 è duplicato in testi che, in maniera più o meno attendibile, sono ricondotti a titoli completamente differenti (*De officio praetoris tutelaris*, *De excusationibus*, *De cognitionibus*, *Sententiae*)¹⁶⁸. In concreto, se separiamo i frammenti dalla rubrica isolandone il disposto, il nesso col diritto municipale si opacizza¹⁶⁹: esso è già labile per la fattispecie della situazione di *paupertas*, nella quale potevano in effetti incorrere anche i cittadini delle comunità provinciali¹⁷⁰; ma diviene sensibilmente forzato quando si torni all'*excusatio* 'professionale' dei *pistores* dell'Urbe¹⁷¹.

Un simile rilievo, insomma, spingerebbe a distanziare il tema della *lex municipalis* dai due brani, in relazione alla sede di origine e, al tempo stesso, a depotenziare le tesi che rincorrono la collocazione autentica dei materiali nelle sole trattazioni rivolte a quella normativa. Tesi che non sono da respingere *in toto* – anche in considerazione della tendenziale struttura casistica delle opere giurisprudenziali, entro cui si potevano seguire percorsi espositivi per noi difficili da seguire –, ma si rivelano quanto meno parziali¹⁷². Ritengo, pertanto, poco attendibile che

momento che l'assenza di modelli rendeva ammissibile finanche l'adesione a schemi espositivi che non contenessero tutte le medesime materie. Né appare persuasiva l'idea che, all'opposto, vi fossero affrontati esclusivamente gli istituti tutelari, soprattutto per l'incongruenza della titolazione (meno pesanti, seppur convergenti, appaiono gli argomenti di GRELLE 2003, p. 46). Così, ad esempio, la suggestione di LICANDRO 2018, p. 362 sull'accoglienza nell'*Ad municipalem* di PS. 2.14.1, in forza di una connessione molto debole, non potrebbe avere fondamento, se si conviene sul 'movimento' in senso inverso dimostrato a proposito di un frammento delle *Sententiae* ben più contiguo (ossia PS. 2.27.5): vd. *supra*, § 3.

¹⁶⁷ Basti, in proposito, il rinvio alla sintetica revisione di GRELLE 2001, p. 319 ss.

¹⁶⁸ Questo vale al di là della presunta autenticità di quei titoli. Tra di essi, peraltro, le *Sententiae* presentano un tessuto e un oggetto più composito e generale, così assumendo logicamente minor valore ai fini del ragionamento qui prospettato.

¹⁶⁹ In sostanza, la lettura proposta dubitativamente da GRELLE 2003, p. 45 – che i *negotiatores* fossero cioè originari dei *municipia* – aiuterebbe potenzialmente a collegare le prescrizioni a una narrazione incentrata sulla *lex municipalis*, ma sarebbe recessiva di fronte alla prevalenza dell'istituto dell'*excusatio*.

¹⁷⁰ Lenunciazione di *Frag. Vat.* 243 (e conseguentemente di D. 27.1.40.1 e PS. 2.27.5) è piuttosto vaga, consentendo la lettura in un senso e nell'altro. Anche l'aggiuntiva menzione del *rescriptum* in D. 27.1.7 e *Frag. Vat.* 240 (o dei *rescripta* in I. 1.25.6), altrettanto anodina, non è in grado di mutare il giudizio.

¹⁷¹ I fornai coinvolti nel provvedimento di esenzione sono espressamente quelli '*urbici*'. Inoltre, se si guarda alla versione più lunga, in *Frag. Vat.* 235, i *rescripta* di Adriano sono indirizzati al *praefectus annonae*, con chiaro aggancio ancora a una realtà romana; vi è inoltre la distinzione dai *decuriales*, che vale forse a segnare ulteriormente la distanza dalle istituzioni locali, in quanto a trattamento degli oneri (mentre non credo che possa leggersi come richiamo alla caratteristica di *municipes* dei *pistores* che, pur non appartenenti alle curie, erano dispensati dalla tutela, per la concorrente presenza dei membri di differenti *corporae*). Quanto ai commercianti di carni suine, è vero che un *forum suarium* poteva esistere anche in ogni città provinciale, accompagnato magari dall'associarsi di quanti vi commerciassero carne (cfr., per tutti, SIRKS 1991, p. 365 ss.). Tuttavia, l'unico di cui abbiamo notizie era posizionato nella capitale dell'impero in Campo Marzio, con attribuzione della relativa competenza giurisdizionale al *praefectus urbi* (citato appunto in *Frag. Vat.* 236; vd. poi *supra*, nt. 53): quindi, il collegamento con le attribuzioni dei magistrati municipali sarebbe sinceramente temerario.

¹⁷² Ciò vale, senza dubbio, per la ricordata posizione di SCHULZ 1968, p. 351 (e LIEBS 1997, p. 156 s.) sull'*Ad edictum*, come pure per quella di GRELLE 2001, p. 323 sul *De officio proconsulis*. Vd. *supra*, § 1 e nt. 25.

l'*Ad municipalem* fosse un puro estratto dell'*Ad edictum* o di altre opere che contenessero una sezione dedicata ai *municipia*¹⁷³. Rimane così in piedi l'idea del florilegio, frutto dell'arbitrio di un ignoto autore, che agglutinava *sententiae* e *opiniones* paoline inerenti (anche lontanamente) al *ius* delle città. È un'idea che, peraltro, rende pressoché vano (o almeno infecondo) il tentativo di individuarne l'architettura interna¹⁷⁴, mentre forse più accessibile, per quanto assai arduo, risulta il compito di isolare le possibili opere di derivazione: il primo passo sta certamente nell'individuazione dell'autore effettivo di quei contenuti, che – come più volte ribadito – le fonti fanno oscillare tra Paolo e Ulpiano.

Anzitutto, merita tenere per ferme le risultanze delle indagini sui frammenti. Così, la notizia più favorevole al nostro giureconsulto arriva da Frag. Vat. 243: una volta che si sia accertata la marcata corrispondenza alla voce delle *Sententiae*, da un lato, e che si sia disgiunta la variante riconducibile a Ulpiano, dall'altro, nulla vieta di ascrivere il primo corno della tradizione – quello che lega Frag. Vat. 243 a D. 27.1.40.1 (e PS. 2.27.5) – a Paolo, attestando dunque l'esattezza dell'*inscriptio* quanto a paternità (ma, di converso, anche l'errore sulla titolazione)¹⁷⁵. L'assunto dovrebbe riverberarsi poi su Frag. Vat. 237, per il quale invero le resistenze sono più robuste: c'è da tenere in conto pure l'evenienza che, considerando l'*Ad municipalem* una sorta di 'collage' spurio di materiali preesistenti, non è automatico concludere che essi fossero ripresi tutti dal medesimo giurista. Contro tale suggestione deporrebbe, oltre alla presunzione semplice fornita dall'attribuzione a Paolo nelle rubriche dei *Fragmenta Vaticana*, anche la loro omogeneità, che però si scontra con quelle dei §§ anteriori. Poiché la versione sicuramente anteriore si identifica con quelle di Frag. Vat. 235 e 236, che passano come ulpiane, l'unico modo per tornare a Paolo è porre in discussione la veridicità delle relative rubriche¹⁷⁶. Non sarebbe, d'altronde, un'ipotesi troppo precaria, ma si rinsalderebbe

¹⁷³ In particolare, del *De officio proconsulis*, in cui la regolamentazione delle istituzioni locali costituiva «un tratto distintivo del genere letterario» (MANTOVANI 1993-94, p. 207 nt. 14). Circa quello di Ulpiano, peraltro, TALAMANCA 1976, p. 132 suggeriva che la disciplina della *tutela* fosse inquadrata in quella più ampia dei *munera civiilia*. Purtroppo dell'esemplare paolino poco può dirsi, essendo esse salvati solo cinque escerti digestuali: cfr. LENEL 1889.II, c. 1145 nn. 1061-1065 (ove non si arrischiava neppure una ripartizione in sezioni tematiche). Al suo interno, però, almeno D. 50.12.7 riguardava profili giuridici municipali, confermando l'impressione che lo spazio dedicato potesse essere ben maggiore.

¹⁷⁴ Non si dispone, invero, dei mezzi per andare oltre un generico accostamento tra l'ipotesi di Frag. Vat. 237 e quella del § 243, nel segno del condiviso richiamo a ipotesi di *excusatio*. Ma le cause sono ben distinte, né ve n'è una che sembri astrattamente da anteporre nella esposizione dell'*Ad municipalem*, come imponderabile è il punto in cui eventualmente si posizionassero. Per quanto riguarda l'unico parallelo proponibile, quello del *liber singularis de excusationibus* di Ulpiano, Lenel 1889.II, c. 899 collocava D. 27.1.7 in *incipit*, nel quadro dei passi superstiti, e quindi prima di tutte le altre cause di esenzione. Tuttavia, vi sono due considerazioni che mettono in guardia da troppo facili assimilazioni. Innanzi tutto, la scelta di Lenel era motivata, verosimilmente, dall'avvertita esigenza di 'incastrare' (senza interromperla) nella lunga sequenza dei brani provenienti dai *Fragmenta Vaticana* (dal § 123 al 170) le ulteriori testimonianze digestuali: l'esito, che riduce queste ultime a mere componenti 'interstiziali', non sembra però obbligato. Inoltre, lo schema espositivo di una monografia concentrata sulle *excusationes* poteva ben essere difforme rispetto a quello di un lavoro sul complesso delle leggi municipali, intuitivamente destinato a confinare in uno spazio più ristretto (e non necessariamente centrale) quell'istituto.

¹⁷⁵ Si tratta – è bene ricordarlo – di un errore nella prospettiva della ricerca palinogenetica dei lavori di Paolo, ma che non può essere caricato, come tale, sulle spalle del collazionatore dei *Fragmenta*: egli probabilmente inseriva un § che leggeva in un testo circolante sotto la dicitura '*Ad municipalem*'.

¹⁷⁶ O, a *fortiori*, dello scritto che riferiscono, vale a dire il *De officio praetoris tutelaris*: è giusto segnalare che esso è comunque sospettato di essere il prodotto di un'aggregazione più tarda (cfr. bibl. in COSSA 2018, p. 48 s. nt. 126). Vd. anche *infra*, nt. 181.

anzi con quanto si ricava dall'analisi comparativa di D. 27.1.46.1 e Frag. Vat. 233¹⁷⁷, dalla quale si trae un'impressione di esigua affidabilità per le attribuzioni dei *Fragmenta* in generale, e in particolare nel segmento interessato (Frag. Vat. 233–235). Se i passi che lo compongono dovessero transitare tutti sotto Paolo¹⁷⁸, allora, logica vorrebbe che lo facesse anche Frag. Vat. 236, per le sue affinità con il § 237¹⁷⁹.

Portando simili ragionamenti a ulteriori conseguenze, si perviene a migliori precisazioni: Frag. Vat. 233 e seguenti verrebbero, infatti, attratti verso Paolo, ma nel *liber singularis de cognitionibus* e non nell'*Ad municipalem*. Tuttavia, sappiamo che il primo titolo deve essere considerato, con tutta probabilità, spurio, ossia composto in un'epoca posteriore a chi ne è indicato quale autore¹⁸⁰. Ma, se questa è la conclusione anche per il secondo, non ha molto senso discutere se i due brani esaminati venissero dall'uno o dall'altro: quale che fosse, avremmo comunque un risultato inappagante da un punto di vista critico¹⁸¹. Entrambi i titoli costituirebbero un filtro invalicabile in grado di schermare la provenienza dei materiali: la scelta potrebbe ricadere o su una delle opere specifiche in tema di *tutela* (o meglio su quelle che al giurista possano davvero ascrivarsi)¹⁸², o sull'*Ad edictum* perché contenente precetti sull'istituto, o anche sul *De officio proconsulis* per la prospettiva 'municipale', o infine a un qualsiasi libro di soluzioni casistiche. E allora, una residua speranza sarebbe offerta, tornando alla prospettiva sistematica, solo dal parallelo potenzialmente proveniente da un lavoro paolino estraneo al cortocircuito informativo appena descritto: le *Sententiae* di D. 27.1.40.1. Purtroppo, però, anch'esse sono di difficile contestualizzazione storica: le recenti posizioni 'genuiniste' circa i materiali non riescono a eliminare la consistente eventualità che il prodotto letterario sia frutto di una costruzione apocrifa¹⁸³, e ci tolgono ulteriore terreno sotto i piedi.

L'ultimo approccio praticabile è, infine, di tipo indiretto e prende le mosse dalla datazione dei singoli testi, poi rifusi in Frag. Vat. 237 e 243, pur se va preliminarmente precisato che – non avendo evidenza che essi derivassero dalla stessa fonte – l'analisi deve essere condotta anzitutto separatamente. Inoltre, è necessario avvalersi delle varianti più complete dei frammenti studiati (anche quando non circolassero sotto il titolo di *Ad municipalem*). Si può perciò

¹⁷⁷ Vd. i cenni *supra*, al § 2.

¹⁷⁸ Come sostiene la letteratura tradizionale, a partire da MOMMSEN 1890, p. 72 fino a DE FILIPPI 1997, p. 74.

¹⁷⁹ Al riguardo, oggettivamente le cautele devono essere maggiori – e lo stesso MOMMSEN 1890, p. 72 se ne avvedeva – perché l'unico argomento praticabile, oltre alla sovrapposizione formale con il testo che segue, sta nella possibilità che l'«Item» dell'*inscriptio* non sia da riferire alla concatenazione di citazioni a partire dall'ultima al *De officio praetoris tutelaris* di Ulpiano (Frag. Vat. 232), bensì appunto a un'opera paolina, in base alla rivisitata attribuzione.

¹⁸⁰ Vd. *supra* nel testo (e cfr. ancora COSSA 2022, p. 8).

¹⁸¹ Chiaramente, lo stesso non avverrebbe laddove ci si mantenesse aderenti alla notizia dei *Fragmenta* per il § 233, ossia alla paternità ulpianea, perché forse quel *De officio praetoris tutelaris* avrebbe qualche margine di essere ricondotto al giurista designato come autore (vd. *supra*, nt. 114). Ma l'apparenza di stabilità di quel risultato non può superare gli argomenti che allontanano i passi in questione da Ulpiano.

¹⁸² Cfr., in sintesi, COSSA 2022, p. 6 s. In breve, è difficile ammettere la paternità paolina per il *De iurisdictione tutelari editio secunda*, mentre essa dovrebbe potersi provare per il *De officio praetoris tutelaris* e, con un minor grado di solidità, per il *De excusationibus tutelarum*.

¹⁸³ Vd. *supra*, § 3.

determinare un intervallo corrispondente agli estremi del regno di Caracalla, tra il 211 e il 217 d.C. Infatti, da Frag. Vat. 235 si desume una redazione sotto quell'imperatore (*noster*)¹⁸⁴, che nel secondo brano si accompagna al '*divus Severus*'¹⁸⁵. Per la fattispecie della povertà come scusante dall'*onus tutelae*, invece, non si può essere così precisi, per quanto si legge nella linea 'paolina'; da quella 'ulpiana', piuttosto si desume un *tempus post quem* rappresentato dall'età dei *divi fratres*, oppure addirittura da quella del solo Marco Aurelio¹⁸⁶. Quindi un periodo seguente al 180 d.C.: poco indicativo parlando di Paolo, ma almeno non incompatibile con una sua paternità.

Alla fine della ricognizione sulla monografia, che ha accertato l'estraneità del progetto compositivo rispetto alla figura di quel giurista, possiamo tornare a indagare le possibili relazioni tra la sua denominazione e i titoli del Digesto. In particolare, sono due gli aspetti della proposta di Grelle con cui ora occorre confrontarsi a partire dal $\mu\nu\nu\omicron\beta\iota\beta\lambda\omicron\nu$, ossia da una prospettiva opposta a quella dell'Autore: da un lato, il contesto genetico dell'opera e, dall'altro, la sua incidenza sulla composizione del *titulus* digestuale D. 50.1.

Quanto al primo quesito, non abbiamo ottenuto elementi idonei a porre in discussione la supposizione circa la provenienza geografica e sociale del suo ideatore, che veniva legato addirittura «agli stessi ambienti nei quali si formarono i «funzionari della cancelleria occidentale» della prima metà del IV secolo¹⁸⁷. Se nella tradizione orientale – di cui ovviamente dobbiamo reputare massima espressione il Digesto – ci si affidò a lezioni dei testi non collimanti con quelle incluse nell'*Ad municipalem* (e ciò vale sia per Frag. Vat. 237 che per il § 243), è plausibile che queste ultime non fossero così diffuse come in Occidente, dove tradizionalmente si colloca la creazione dei *Fragmenta Vaticana*¹⁸⁸. Pur se non si può escludere del tutto che una copia della monografia circolasse in Oriente, cosa di cui parrebbe fornire una spia l'*Index Florentinus*, la sua soccombenza a fronte di altre tradizioni induce comunque a spostarne cautamente l'origine nell'altra *pars imperii*. Abbastanza intuitiva sarebbe, poi, la precisazione relativa all'«ambiente» di provenienza, naturalmente se inteso in senso lato. Difficilmente si potrebbe negare che il punto d'incontro dei funzionari imperiali e dell'anonimo collazionatore sia da individuarsi, a monte, nella comune formazione scolare o, a valle, nell'ambiente dei tribunali e della prassi giuridica: in uno di questi due scenari si può incorniciare la prima diffusione del sostantivo '*municipalis*'.

¹⁸⁴ Vd. *supra*, § 2.

¹⁸⁵ Precisamente da questi riferimenti temporali FITTING 1908², p. 93 desumeva, con un processo logico induttivo poco probante, la composizione paolina. Egli arrivava a fissare gli ultimi anni del regno comune di quegli imperatori come limite anteriore per la redazione, ma ciò va senz'altro escluso perché il fatto di celebrare la divinità di Settimio Severo mostra come si scrivesse già dopo la sua morte.

¹⁸⁶ Vd., in generale, *supra*, § 3. Si può ricordare che la più avanzata fissazione del termine dipende dalla scelta – opinabile, ma comunque non priva di fondamento – di ricondurre a quel filo di tradizione testuale anche I. 1.25.6, che oltre al *rescriptum* di Marco Aurelio e Lucio Vero (di cui si apprende in Frag. Vat. 240 e D. 27.1.7), ne ricorda uno emanato solo dal primo. Tuttavia, in termini concreti, cambierebbe poco quanto a fissazione del *tempus post quem*: dal momento che l'appellativo di '*divi*' poté essere conferito ai *fratres* solo dopo la morte del secondo, e più longevo, Marco Aurelio (cfr. KIENAST 2004, pp. 138 e 144), la data sarà sempre quella del 180 d.C.

¹⁸⁷ Cfr. GRELLE 2003, p. 48.

¹⁸⁸ Cfr., per tutti, DE GIOVANNI 2008, p. 273.

Circa la seconda, e più avanzata, congettura di Grelle, quella dell'influenza dell'opera giurisprudenziale sulla scelta di costruire un titolo *Ad municipalem et de incolis*, ho invece già segnalato alcune perplessità di tenore sistematico¹⁸⁹. A esse non apporta nulla di contraddittorio l'esame dei frammenti ascritti a Paolo, che anzi conferma – come osservato – la distanza dalla visione e dall'attività dei commissari. Non è sicuro che essi conoscessero direttamente l'*Ad municipalem*, né i suoi contenuti, e non può dimostrarsi in alcun modo che ne fossero suggestionati a livello terminologico. Almeno, non più di quanto lo sia chi attinge a un patrimonio lessicale generalmente condiviso. Esclusivamente in questa prospettiva, allora, si può valorizzare l'eventuale legame – solo obliquo – tra il nome del *liber singularis* e quello della sezione digestuale. Un legame che esiste, cioè, meramente in relazione a un vocabolario comune di ambito tecnico-giuridico: con un uso linguistico specifico che al tempo dei *Fragmenta* si stava probabilmente affermando, mentre per Giustiniano era ormai tanto ricorrente da poter essere pacificamente adottato nei testi legislativi.

Concluderei, dunque, constatando che la vicenda dell'*Ad municipalem*' – inteso come prodotto letterario, ma ancor prima come locuzione – si gioca tutta, per un verso, entro la cornice della tarda antichità e, per un altro, sul terreno delle disposizioni imperiali. Nessun tassello del mosaico qui restaurato è in grado di farci risalire ai contesti di scrittura giurisprudenziale del principato. L'unico aggancio sta nella probabile derivazione del materiale accolto nei *Fragmenta Vaticana*, ma la sua ricollocazione in un disegno espositivo profondamente nuovo e marcatamente altro già nella scelta del titolo depotenzia del tutto le connessioni con gli originali, fino a farne evaporare ai nostri occhi le linee di ascendenza. La mano di Paolo riesce talora ad affiorare quando si scavi sotto la crosta del rifacimento posteriore, ma non possiede più le qualità distintive che ne segnarono la creazione iniziale: quelle qualità che sarebbero utili per intuire se egli si dedicasse *ex professo* alla normativa locale, in un'opera autonoma rispetto a quelle più note. Nell'ambito dell'ancora inesausto compito di delineare i precisi confini del suo lascito¹⁹⁰, dunque, la complessiva indagine critica (su contenuti, forme e tradizione) conduce a depennare una voce alla lista dei suoi scritti 'minori', e contestualmente ad aggiungerla all'infinita massa dei lavori compilativi con cui i secoli dal IV in avanti hanno contribuito a infoltire il patrimonio della letteratura giuridica romana.

Bibliografia

ALBANESE 1979 = B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo 1979.

ALBANESE 2004 = B. ALBANESE, *Nota su Gai 1.7 e sulla storia del ius respondendi*, in *AUPA* 49 (2004), pp. 19-26, poi in ID., *Scritti giuridici*, IV, a c. di G. FALCONE, Torino 2006, pp. 1083-1090.

¹⁸⁹ Vd. *supra*, § 1.

¹⁹⁰ A una parte del quale ci si sforza di adempiere in COSSA 2022, p. 3 ss. (ma cfr. già ID. 2017, p. 237 ss.).

- ARCARIA 2003 = F. ARCARIA, *Oratio Marci. Giurisdizione e processo nella normazione di Marco Aurelio*, Torino 2003.
- AUBERT 1999 = J.J. AUBERT, *La gestion des collegia: aspects juridiques, économiques et sociaux*, in *Cahiers du Centre Gustave-Glotz* 10 (1999), pp. 49-69.
- AUSBÜTTEL 1982 = F.M. AUSBÜTTEL, *Untersuchungen zu den Vereinen im Westen des römischen Reiches*, Kallmünz 1982.
- BERGER 1918 = A. BERGER, s.v. *Iulius Paulus* (382), in *Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*, X.1, Stuttgart 1918, pp. 690-752.
- BETANCOURT 1997 = F. BETANCOURT, *El libro anónimo "de interdictis". Codex Vaticanus Latinus n° 5766*, Sevilla 1997.
- CERVENCA 1974 = G. CERVENCA, *Studi sulla cura minorum. 2. In tema di excusationes dalla cura minorum*, in *BIDR* 77 (1974), pp. 139-219.
- CHARBONNEL 1974 = N. CHARBONNEL, *Les "munera publica" au III^e siècle* (Thèse pour le Doctorat), Paris 1974.
- CHASTAGNOL 1953 = A. CHASTAGNOL, *Le ravitaillement de Rome en viande au V^e siècle*, in *Revue historique* 210 (1953), pp. 13-32.
- CHEVREAU 2014 = E. CHEVREAU, *L'évolution de la tutelle romaine à travers le mécanisme de l'excusatio tutelae*, in *Fundamina* 20 (2014), pp. 139-149 (= EAD., *The Evolution of Roman Guardianship through the Mechanism of excusatio tutelae*, in U. YFTACH, M. FARAGUNA [eds.] *Ancient Guardianship: Legal Incapacities in the Ancient World* [Jerusalem, 3-5.11.2013], Trieste 2017, pp. 189-202).
- CHIAZZESE 1931 = L. CHIAZZESE, *Confronti testuali. Contributo alla dottrina delle interpolazioni giustiniane. Parte generale*, Cortona 1931.
- CHIAZZESE 2018 = L. CHIAZZESE, *Confronti testuali. Contributo alla dottrina delle interpolazioni giustiniane. Parte speciale (Materiali)*, a c. di G. FALCONE, Palermo 2018.
- COMA FORT 2014 = J.M. COMA FORT, *La jurisprudencia de la Antigüedad Tardía. Las bases culturales y textuales del Digesto*, in D. MANTOVANI, A. PADOA SCHIOPPA (a c. di), *Interpretare il Digesto. Storia e metodi*, Pavia 2014, pp. 23-73.
- CORBO 2006 = C. CORBO, *Paupertas. La legislazione tardoantica*, Napoli 2006.
- CORBO 2012 = C. CORBO, *Poveri*, in L. DE GIOVANNI (a c. di), *Società e diritto nella tarda antichità*, Napoli 2012, pp. 159-179.
- CORBIAT 1997 = J.-P. CORBIAT, *Le Prince législateur. La technique législative des Sévères et les méthodes de création du droit impérial à la fin du Principat*, Rome 1997.
- COSSA 2011 = G. COSSA, *Il De officio proconsulis di Venuleio Saturnino: nascita di un genere letterario*, in E. STOLFI (a c. di), *Giuristi e officium. L'elaborazione giurisprudenziale di regole per l'esercizio del potere fra II e III secolo d.C.*, Napoli 2011, pp. 107-153.
- COSSA 2017 = G. COSSA, *Note sui libri singulares di Paolo. I. Le monografie in tema di manumissioni*, in *BIDR* 111 (2017), pp. 237-259.
- COSSA 2018 = G. COSSA, *Per uno studio dei libri singulares. Il caso di Paolo*, Milano 2018.

- COSSA 2022 = G. COSSA (a c. di), *Iulius Paulus. Libri singulares*, I, Roma-Bristol 2022.
- CRACCO RUGGINI 1976 = L. CRACCO RUGGINI, *Collegium e corpus: la politica economica nella legislazione e nella prassi*, in G.G. ARCHI (a c. di), *Istituzioni giuridiche e realtà politiche nel tardo impero (III-V sec. d.C.). Atti di un incontro tra storici e giuristi (Firenze, 2-4 maggio 1974)*, Milano 1976, pp. 63-94.
- CRAWFORD 1998 = M.H. CRAWFORD, *How to create a municipium: Rome and Italy after the Social War*, in *Bulletin of the Institute of Classical Studies* suppl. 71 (*Modus Operandi. Essays in Honour of Geoffrey Rickman*), Oxford 1998, pp. 31-46.
- DAS GRAÇAS PINTO DE BRITTO 2014 = M. DAS GRAÇAS PINTO DE BRITTO, *Los municipios de Italia y de España: ley general y ley modelo*, Madrid 2014.
- D'ORS 1953 = A. D'ORS, *Epigrafía jurídica de la España romana*, Madrid 1953.
- DE FILIPPI 1997 = M. DE FILIPPI, *Fragmenta Vaticana. Storia di un testo normativo*, Bari 1997.
- DE GIOVANNI 2008 = L. DE GIOVANNI, *Istituzioni scienza giuridica codici nel mondo tardoantico. Alle radici di una nuova storia*, Roma 2008.
- DE ROBERTIS 1959 = F.M. DE ROBERTIS, s.v. "Collegium", in *Novissimo Digesto Italiano*, III, Torino 1959, pp. 484-487.
- DE ROBERTIS 1971 = F.M. DE ROBERTIS, *Storia delle corporazioni e del regime associativo nel mondo romano*, I-II, Bari 1971.
- DE SALVO 1992 = L. DE SALVO, *Economia privata e pubblici servizi dell'Impero romano. I corpora naviculariorum*, Messina 1992.
- DEBBASCH 1956 = Y. DEBBASCH, *Excusatio tutoris*, in L. CHEVAILLER, Y. DEBBASCH, J.L. GAY, *Varia. Études de droit romain*, II, Paris 1956, pp. 55-153.
- DELL'ORO 1960 = A. DELL'ORO, *I libri de officio nella giurisprudenza romana*, Milano 1960.
- DIOSONO 2007 = F. DIOSONO, *Collegia. Le associazioni professionali nel mondo romano*, Roma 2007.
- DONATUTI 1966 = G. DONATUTI, *Due questioni relative al computo del tempo*, in *BIDR* 69 (1966), pp. 155-191, poi in ID., *Studi di diritto romano*, II, a c. di R. REGGI, Milano 1977, pp. 953-990.
- EBRARD 1917 = F. EBRARD, *Die Digestenfragmente ad formulam hypothecariam und die Hypothekenzereption*, Leipzig 1917.
- ELIA 1985 = F. ELIA, *Il diritto dei magistrati municipali alla datio tutoris in età imperiale. Sua diffusione e contrazione*, in *Quaderni catanesi di studi classici e medievali* 7 (1985), pp. 355-390.
- FAYER 1994 = C. FAYER, *La familia romana*, I. *Aspetti giuridici e antiquari*, Roma 1994.
- FELGENTRÄGER 1935 = W. FELGENTRÄGER, *Zur Entstehungsgeschichte von Fragmenta Vaticana*, in *Freiburger Rechtsgeschichtliche Abhandlungen* 5 (1935), pp. 27-42.
- FELICI 2015 = M. FELICI, *Appunti sulla politica municipale nell'età di Costantino*, in *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana*, XVII, Roma 2015, pp. 1063-1100.
- FERRINI 1900 = C. FERRINI, *Sulle fonti delle "Istituzioni" di Giustiniano*, in *BIDR* 13 (1900), pp. 101-207, poi in ID., *Opere*, II, Milano 1929, pp. 307-413.
- FITTING 1908² = H. FITTING, *Alter und Folge der Schriften römischer Juristen von Hadrian bis Alexander*, Halle 1908².

- FUCECCHI, GRAVERINI 2016² = M. FUCECCHI, L. GRAVERINI, *La lingua latina. Fondamenti di morfologia e sintassi*, Firenze 2016².
- FUJISAWA 1995 = A. FUJISAWA, *I «pistores» nel primo impero*, in *Acme* 48 (1995), pp. 169-181.
- GAGLIARDI 2006 = L. GAGLIARDI, *Mobilità e integrazione delle persone nei centri cittadini romani. Aspetti giuridici*, I. *La classificazione degli incolae*, Milano 2006.
- GALSTERER 1987 = H. GALSTERER, *La loi municipale des Romains: chimère ou réalité?*, in *RHDFE* 65 (1987), pp. 181-203.
- GALSTERER 2006 = H. GALSTERER, *Die römischen Stadtgesetze*, in L. CAPOGROSSI COLOGNESI, E. GABBA (a c. di), *Gli Statuti Municipali*, Pavia 2006, pp. 31-56.
- GONZÁLEZ 2012 = J. GONZÁLEZ, *La lex Flavia municipalis y los municipia Hispaniae*, in *Vespasiano e l'impero dei Flavi. Atti del convegno (Roma, 18-20 novembre 2009)*, Roma 2012, pp. 97-109.
- GRELLE 1960 = F. GRELLE, «*Datio tutoris*» e organi cittadini nel basso impero, in *Labeo* 6 (1960), pp. 216-225, poi in ID., *Diritto e società nel mondo romano*, a c. di L. FANIZZA, Roma 2005, pp. 25-38.
- GRELLE 2001 = F. GRELLE, *I giuristi, il diritto municipale e il Codex Gregorianus*, in *Iuris Vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, IV, Napoli 2001, pp. 319-342, poi in ID., *Diritto e società nel mondo romano*, a c. di L. FANIZZA, Roma 2005, pp. 473-496.
- GRELLE 2003 = F. GRELLE, *Ad municipalem*, in *Labeo* 49 (2003), pp. 32-48, poi in ID., *Diritto e società nel mondo romano*, a c. di L. FANIZZA, Roma 2005, pp. 517-537.
- GRELLE 2006 = F. GRELLE, *La datio tutoris dei magistrati municipali*, in L. CAPOGROSSI COLOGNESI, E. GABBA (a c. di), *Gli Statuti Municipali*, Pavia 2006, pp. 411-441 (= in *SDHI* 72 [2006], pp. 61-91).
- GROTEN 2015 = A. GROTEN, *Corpus und universitas. Römisches Körperschafts- und Gesellschaftsrecht: Zwischen griechischer Philosophie und römischer Politik*, Tübingen 2015.
- GUALANDI 1963 = G. GUALANDI, *Legislazione imperiale e giurisprudenza*, I-II, Milano 1963.
- GUZMÁN 1976 = A. GUZMÁN, *Dos estudios en torno a la historia de la tutela romana*, Pamplona 1976.
- HERZ 1988 = P. HERZ, *Studien zur römischem Wirtschaftsgesetzgebung. Die Lebensmittel Versorgung*, Stuttgart 1988.
- HÖBENREICH 1997 = E. HÖBENREICH, *Annona. Juristische Aspekte der stadtrömischen Lebensmittelversorgung im Prinzipat*, Graz 1997.
- HONORÉ 2002² = T. HONORÉ, *Ulpian. Pioneer of Human Rights*, Oxford 2002².
- HUG 1950 = A. HUG, s.v. *Pistor*, in *Pauly's Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*, XX.2, Stuttgart 1950, pp. 1821-1831.
- HUMBERT 2006, *Municeps et Municipium: définition et histoire*, in L. CAPOGROSSI COLOGNESI, E. GABBA (a c. di), *Gli Statuti Municipali*, Pavia 2006, pp. 3-29.
- HUMFRESS 2006 = C. HUMFRESS, *Poverty and Roman Law*, in M. ATKINS, R. OSBORNE (edd.), *Poverty in the Roman World*, Cambridge 2006, pp. 183-203.
- JONES 1970 = A.H.M. JONES, *The Caste System in the Later Roman Empire*, in *Eirene* 8 (1970), pp. 79-96, poi in ID., *The Roman Economy. Studies in Ancient Economic and Administrative History*, ed. P.A. BRUNT, Oxford 1974, pp. 396-418.

- JÖRS 1892 = P. JÖRS, *Untersuchungen zur Gerichtsverfassung der römischen Kaiserzeit*, estr. da *Festgabe der Göttinger Juristen-Fakultät für Rudolf von Jehrung zum fünfzigjährigen Doktor-Jubiläum am VI. August MDCCCXCII*, Leipzig 1892.
- KIENAST 2004³ = D. KIENAST, *Römische Kaisertabelle. Grundzüge einer römischen Kaiserchronologie*, Darmstadt 2004³.
- KRÜGER 1912² = P. KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Litteratur des Römischen Rechts*, München-Leipzig 1912².
- KÜBLER 1933 = B. KÜBLER, s.v. *Munus*, in *Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*, XVI.1, Stuttgart 1933, pp. 644-651.
- LAFFI 2007 = U. LAFFI, *Coloniae e municipi nello stato romano*, Roma 2007.
- LAMBERTI 1993 = F. LAMBERTI, «*Tabulae Irnitanae*». *Municipalità e «ius Romanorum»*, Napoli 1993.
- LAMBERTI 2000 = F. LAMBERTI, *La 'maggiore età' della «lex Irnitana»*. *Un bilancio di diciotto anni di studi*, in *MEP* 3 (2000), pp. 237-256.
- LAMBERTI 2017 = F. LAMBERTI, *Riflessioni sulla riedizione di leges municipii e coloniae*, in S. LOHSSE, S. MARINO, P. BUONGIORNO (Hrsgg.), *Texte wiederstellen, Kontexte rekonstruieren. Internationale Tagung über Methoden zur Erstellung einer Palingenesie (Münster, 23-24. April 2015)*, Stuttgart 2017, pp. 93-112.
- LAMBERTI 2018 = F. LAMBERTI, *Ius Latii e leges municipii di epoca Flavia*, in *Gerión* 36 (2018), pp. 463-479.
- LANGHAMMER 1973 = W. LANGHAMMER, *Die rechtliche und soziale Stellung der Magistratus Municipales und der Decuriones in der Übergangsphase der Städte von sich selbstverwaltenden Gemeinden zu Vollzugsorganen des spätantiken Zwangsstaates (2.-4. Jahrhundert der römischen Kaiserzeit)*, Wiesbaden 1973.
- LECLERCQ 1967 = J. LECLERCQ, *Pour l'histoire du vocabulaire latin de la pauvreté*, in *Parole de l'Orient* 3 (1967), pp. 293-308.
- LENEL 1889 = O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I-II, Lipsiae 1889.
- LENEL 1927³ = O. LENEL, *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, Leipzig 1927³.
- LEPORE 2010 = P. LEPORE, *Introduzione allo studio dell'epigrafia giuridica latina*, Milano 2010.
- LEVY 1945 = E. LEVY, *Pauli Sententiae. A Palingenesia of the opening titles as a specimen of research in West Roman vulgar law*, Ithaca 1945.
- LICANDRO 2018 = O. LICANDRO, *Rec. a I. RUGGIERO, Ricerche sulle Pauli Sententiae*, in *SDHI* 84 (2018), pp. 355-366.
- LICANDRO 2020 = O. LICANDRO, *La Constitutio Antoniniana del 212 d.C. e il paradigma urbano. Una "diversa" lettura di P. Gissen 40.I*, in *Annuario della Scuola Archeologica di Atene e delle Missioni Italiane in Oriente* 98 (2020), pp. 467-494.
- LIEBS 1977 = D. LIEBS, *Privilegien und Ständezwang in den Gesetzes Konstantins*, in *RIDA* 24³ (1977), pp. 297-351.

- LIEBS 1989 = D. LIEBS, *Recht und Rechtsliteratur*, in R. HERZOG (Hrsg.), *Restauration und Erneuerung. Die lateinische Literatur von 284 bis 374 n. Chr. (Handbuch der lateinischen Literatur der Antike, V)*, München 1997, pp. 55-73.
- LIEBS 1997 = D. LIEBS, *Jurisprudenz*, in K. SALLMANN (Hrsg.), *Die Literatur des Umbruchs. Von der römischen zur christlichen Literatur 117 bis 285 n. Chr. (Handbuch der lateinischen Literatur der Antike, IV)*, München 1997, pp. 83-217.
- LÓPEZ HUGUET 2013 = M.L. LÓPEZ HUGUET, *Clasificación general de los munera locales y exposición de las principales causas de su exención*, in A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN (dir.), G. GEREZ KRAEMER (ed.), *Hacia un derecho administrativo y fiscal romano*, II, Madrid 2013, pp. 566-587.
- LUCHETTI 1996 = G. LUCHETTI, *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, Milano 1996.
- LUCHETTI 2018 = G. LUCHETTI, *Paolo e i commentari edittali di epoca severiana: il legame con il passato*, in *Iulius Paulus. Ad edictum libri I-III*, a c. di G. LUCHETTI, A.L. DE PETRIS, F. MATTIOLI, I. PONTORIERO, Roma 2018, pp. 37-55.
- MAININO 2006 = G. MAININO, *Riflessioni intorno al caput XXIX della lex Irnitana*, in *SDHI* 72 (2006), pp. 369-387.
- MANTOVANI 1993-94 = D. MANTOVANI, *Il 'bonus praeses' secondo Ulpiano. Studi su contenuto e forma del 'De officio proconsulis' di Ulpiano*, in *BIDR* 96-97 (1993-1994), pp. 203-267.
- MAROTTA 2004 = V. MAROTTA, *Ulpiano e l'impero*, II. *Studi sui libri de officio proconsulis e la loro fortuna tardoantica*, Napoli 2004.
- MAROTTA 2007 = V. MAROTTA, *Eclissi del pensiero giuridico e letteratura giurisprudenziale nella seconda metà del III secolo d.C.*, in *Annaeus* 4 (2007), pp. 53-86 (= in *Studi storici* 4 [2007], pp. 927-964).
- MASIELLO 1983 = T. MASIELLO, *I libri excusationum di Erennio Modestino*, Napoli 1983.
- MATTIOLI 2019 = F. MATTIOLI, *Ricerche sui capita geminata*, I. *I digesta di Giuliano e i libri ad edictum di Paolo*, Bologna 2019.
- MAYER-MALY 1982 = T. MAYER-MALY, *Rusticitas*, in *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, I, Milano 1982, pp. 309-347.
- MOMMSEN 1870 = T. MOMMSEN (a c. di), *Digesta Iustiniani Augusti seu Pandectae*, I-II, Berlinii 1870.
- MOMMSEN 1890 = T. MOMMSEN (a c. di), *Fragmenta Vaticana. Mosaicarum et Romanarum legum collatio*, in P. KRÜGER, T. MOMMSEN, G. STUEMUND (a c. di), *Collectio librorum iuris anteiustiniani in usum scholarum*, Berlinii 1890, pp. 3-106.
- MUTH 1945 = R. MUTH, *Forum suarium*, in *Museum Helveticum* 2 (1945), pp. 227-236.
- NICOSIA 2005 = G. NICOSIA, *Iura condere*, in *AUPA* 50 (2005), pp. 225-245 (= in *Polis* 2 [2006], pp. 267-276).
- NÖRR 2001 = D. NÖRR, *Zur Palingenesie der römischen Vormundschaftsgesetze*, in *ZSS* 118 (2001), pp. 1-72, poi in *Id.*, *Schriften 2001-2010* (Hrsgg. T.J. CHIUSI, H.-D. SPENGLER, J. PARICIO), Madrid-Barcelona-Buenos Aires 2012, pp. 33-104.

- ORESTANO 1968 = R. ORESTANO, *Il «problema delle persone giuridiche» in diritto romano*, I, Torino 1968.
- PAVIS D'ESCURAC 1976 = H. PAVIS D'ESCURAC, *La préfecture de l'annone. Service administratif impérial d'Auguste à Constantin*, Rome 1976.
- PEACHIN 1990 = M. PEACHIN, *Prosopographic Notes from the Law Codes*, in *Zeitschrift für Papyrologie und Epigraphik* 84 (1990), pp. 105-112.
- PENDÓN MELÉNDEZ 2002 = E. PENDÓN MELÉNDEZ, *Régimen jurídico de la prestación de servicios públicos en derecho romano*, Madrid 2002.
- PERRY 2016 = J.S. PERRY, *Collegia and their Impact on the Constitutional Structure of the Roman State*, in P.J. DU PLESSIS, C. ANDO, K. TUORI (edd.), *The Oxford Handbook of Roman Law and Society*, Cambridge 2016, pp. 137-147.
- PETERS 1913 = H. PETERS, *Die oströmischen Digestenkommentare: die Entstehung der Digesten*, Leipzig 1913.
- ROBINSON 1992 = O.F. ROBINSON, *Ancient Rome. City Planning and Administration*, London-New York 1992.
- ROHDE 2018 = D. ROHDE, *Die Getreideversorgung Roms und die navicularii*, in K. WOJCIECH, P. EICH (Hrsgg.), *Die Verwaltung der Stadt Rom in der Hohen Kaiserzeit. Formen der Kommunikation, Interaktion und Vernetzung*, Paderborn 2018, pp. 145-166.
- RUCIŃSKI 2009 = S. RUCIŃSKI, *Praefectus urbi. Le gardien de l'ordre public à Rome sous le Haut-Empire Romain*, Poznań 2009.
- RUDORFF 1833 = A.A.F. RUDORFF, *Das Recht der Vormundschaft*, II, Berlin 1833.
- RUGGIERO 2017 = I. RUGGIERO, *Ricerche sulle Pauli sententiae*, Milano 2017.
- SAVIGNY 1850 = F.K. VON SAVIGNY, *Der römische Volksschluss der Tafel von Eraklea*, in Id., *Vermischte Schriften*, III, Berlin 1850, pp. 279-373.
- SCARLATA FAZIO 1939 = M. SCARLATA FAZIO, *Principii vecchi e nuovi di Diritto privato nell'attività giurisdizionale dei Divi Fratres*, Catania 1939.
- SCEVOLA 2012 = R. SCEVOLA, 'Utilitas publica', I. *Emersione nel pensiero greco e romano - II. Elaborazione della giurisprudenza severiana*, Padova 2012.
- SCHANZ, HOSIUS, KRÜGER 1922³ = M. SCHANZ, C. HOSIUS, G. KRÜGER, *Geschichte der römischen Literatur bis zum Gesetzgebungswerk des Kaisers Justinian*, III. *Die Zeit von Hadrians 117 bis auf Konstantin 324*, München 1922³.
- SCHILLER 1953 = A.A. SCHILLER, *The jurists and the praefects of Rome*, in *BIDR* 57-58 (1953), pp. 60-97.
- SCHULZ 1968 = F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, trad. it. Firenze 1968.
- SCIUTO 2007 = P. SCIUTO, *I limiti alla competenza dei magistrati municipali in materia di datio tutoris*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, VII, Milano 2007, pp. 349-391.
- SIRKS 1989 = B. SIRKS, *Munera publica and exemptions (vacatio, excusatio and immunitas)*, in *Studies in Roman Law and Legal History in Honour of Ramon d'Abadal I de Vinyals on the Occasion of the Centenary*, Barcelona 1989, pp. 79-111.

- SIRKS 1991 = B. SIRKS, *Food for Rome. The legal structure of the transportation and processing of supplies for the imperial distributions in Rome and Constantinople*, Amsterdam 1991.
- SIRKS 1998 = B. SIRKS, *Archives used with or by corpora. Working for the Annona of Rome and Constantinople*, in *La mémoire perdue. Recherches sur l'administration romaine*, Rome 1998, pp. 325-343.
- SOLAZZI 1916 = S. SOLAZZI, *Tutor suspectus*, in *BIDR* 28 (1916), pp. 131-188, poi in Id., *Scritti di diritto romano*, II, Napoli 1957, pp. 101-146.
- SORACI 2006 = C. SORACI, *Dalle frumentationes alle distribuzioni di pane. Riflessioni su una riforma di Aureliano*, in *Quaderni catanesi di studi antichi e medievali* 5 (2006), pp. 345-437.
- TALAMANCA 1976 = M. TALAMANCA, *Gli ordinamenti provinciali nella prospettiva dei giuristi tardoclassici*, in G.G. ARCHI (a c. di), *Istituzioni giuridiche e realtà politiche nel tardo Impero (III-V sec. d. C.). Atti di un incontro tra storici e giuristi (Firenze, 2-4 maggio 1974)*, Milano 1976, pp. 95-246.
- TALAMANCA 2001 = M. TALAMANCA, *Particolarismo normativo ed unità della cultura giuridica nell'esperienza romana*, in *Diritto generale e diritti particolari nell'esperienza storica. Atti del Congresso internazionale della Società italiana di Storia del diritto (Torino, 19-21 novembre 1998)*, Roma 2001, pp. 10-276.
- TALAMANCA 2006 = M. TALAMANCA, *Aulo Gellio ed i 'municipes'. Per un'esegesi di 'noctes Atticae' 16.13*, in L. CAPOGROSSI COLOGNESI, E. GABBA (a c. di), *Gli Statuti Municipali*, Pavia 2006, pp. 443-513.
- VERBOVEN 2017 = K. VERBOVEN, *Guilds and the Organisation of Urban Populations During the Principate*, in K. VERBOVEN, C. LAES (eds.), *Work, Labour and Professions in the Roman World*, Leiden-Boston 2017, pp. 173-202.
- VIARENGO 2007 = G. VIARENGO, *Iura e leges in un giurista tardo classico*, in Φύλα. *Scritti per Genaro Franciosi*, IV, Napoli 2007, pp. 2775-2824.
- VIARENGO 2015 = G. VIARENGO, *Studi sulla tutela dei minori*, Torino 2015.
- VIARENGO 2021a = G. VIARENGO, *Introduzione*, in G. VIARENGO, B. STOLTE, A. MAFFI (a c. di), *Herennius Modestinus. Excusationum libri VI*, Roma-Bristol 2021, pp. 35-48.
- VIARENGO 2021b = G. VIARENGO, *Commento ai testi*, in G. VIARENGO, B. STOLTE, A. MAFFI (a c. di), *Herennius Modestinus. Excusationum libri VI*, Roma-Bristol 2021, pp. 121-201 (*passim*).
- VISCONTI 1931 = A. VISCONTI, *Il "collegium pistorum" nelle fonti giuridiche romane e medievali*, in *Rendiconti del Reale Istituto Lombardo di Scienze e Lettere* 64 (1931), pp. 517-534.
- VOLTERRA 1970 = E. VOLTERRA, *L'opera di Erennio Modestino de excusationibus*, in *Studi in onore di Gioacchino Scaduto*, III, Padova 1970, pp. 583-604, poi in Id., *Scritti giuridici*, V, Napoli 1993, pp. 305-326.
- WACKE 2006 = A. WACKE, *Molinos y tabonas: evolución histórica y derecho romano*, in *Liber amicorum. Juan Miquel. Estudios romanísticos con motivo de su emeritazgo*, Barcelona 2006, pp. 1051-1086.
- WALTZING 1895-96 = J.-P. WALTZING, *Étude historique sur les corporations professionnelles chez les Romains depuis les origines jusqu'à la chute de l'Empire d'Occident*, I-II, Louvain 1895-96.

WENGER 1953 = L. WENGER, *Die Quellen des römischen Rechts*, Wien 1953.

WIEACKER 1975² = F. WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen*, Göttingen 1975².

WOJCIECH 2010 = K. WOJCIECH, *Die Stadtpräfektur im Prinzipat*, Bonn 2010.

ZOZ 2007 = M.G. ZOZ, *Le costituzioni imperiali nella giurisprudenza. Fonti giuridiche e diritto delle persone*, Trieste 2007.

LE TRADIZIONI GIURIDICHE

Bluhmesche Massentheorie und konkurrierende Modelle

Fragen zur Rolle von *libri institutionum* und *regularum**

Christian Baldus¹, Robin Repnow²

¹ Institut für geschichtliche Rechtswissenschaft, Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Heidelberg, Deutschland

² Institut für geschichtliche Rechtswissenschaft, Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Heidelberg, Deutschland

Abstract (Italiano)

La teoria delle masse suscita sempre quesiti aperti, e lo stesso si può dire circa le spiegazioni concorrenti. È centrale in tale quadro dove si possano trovare punti di partenza per ulteriori ricerche. L'articolo tratta tali possibili approcci sotto il profilo metodologico. Di particolare interesse si presentano i vari *libri institutionum* e *regularum* nella genesi della compilazione nonché il ruolo di "tipi d'opere" (nel senso di Schulz) e di stratificazioni storiche nel *ius* per la divisione delle masse.

Parole chiave: Masse bluhmiane, *libri institutionum*, *libri regularum*, tipi d'opere, *ius civile*, *ius honorarium*

Abstract (English)

The article points out some questions to which the mass theory established by Bluhme, as well as competing approaches, has not yet provided satisfactory answers, and outlines possible methodological starting points for further research. Particular emphasis is placed on the treatment of the various libri institutionum and regularum within the compilation process, as well as on the role of literary genres and the dichotomy between ius civile and ius honorarium.

Keywords: Mass theory, *libri institutionum*, *libri regularum*, literary genres, *ius civile*, *ius honorarium*

* Um anlassbezogene Ergänzungen bereinigte Weiterentwicklung der Vortragsfassung (3.12.2021). Die Verfasser danken Frau Akad. Mitarbeiterin Elisabeth Dux (Heidelberg) für kritische Lektüre.

1. Einleitung

Im Dezember 2021 fand an der Universität Lissabon eine internationale Tagung zur Bluhmeschen Massentheorie¹ statt². Ihr Ziel bestand nicht in einer umfassenden Überprüfung der Massentheorie. Eine solche wäre bereits technisch nicht möglich gewesen, weil nur ein Großprojekt alle möglicherweise relevanten Korrelationen in den Quellen erfassen könnte, von der exegetischen Aufarbeitung auch nur ausgewählter Stellen ganz zu schweigen. Außerdem steht seit der grundlegenden Studie von Mantovani³, also seit über 30 Jahren, fest: Es gibt nicht als statistische Zufälle erklärbar Muster in den Inskriptionenfolgen, für die Bluhmes Theorie eine vielleicht nicht verifizierbare, aber auch nicht falsifizierte Erklärung liefert.

Das bedeutet: Die “Massen” sind zunächst einmal mathematische Konstruktionen auf der Grundlage von Nähebeziehungen zwischen Texten in ihrer justinianischen Anordnung. Alles Weitere ist ungesichert. Es gibt durchaus Zweifel an Bluhmes Theorie, aber kein Gegenmodell, das sich wissenschaftsgeschichtlich⁴ durchgesetzt hätte, wobei die beiden existierenden Fundamentalkritiken aufeinander aufbauen, aber ein ganz unterschiedliches Schicksal erlitten haben.

Das Ziel der Tagung bestand daher darin, anhand ausgewählter Texte bzw. Textkorpora – insbesondere den verschiedenen *libri institutionum* und *regularum* – und in Auseinandersetzung mit der Wissenschaftsgeschichte zu untersuchen, welche Erkenntnisse zur Entstehung der Digesten 200 Jahre nach Bluhme möglich und welche Fragen noch offen sind. Die folgenden Erwägungen greifen einige auf der Tagung geführten Grundsatzdiskussionen auf. Sie wollen nicht mehr sein als Hinweise auf denkbare Fragen an alle Modelle und auf einzelne Bedingungen für die Möglichkeit, solchen Fragen zielführend nachzugehen.

Den Ausgangspunkt bildet die Frage, was in der Vergangenheit formulierte Alternativvorschläge zur heutigen Debatte beitragen können (2.). Nach einem kurzen Überblick über die Rolle des prätorischen Edikts, das für alle Modelle – wenn auch in unterschiedlicher Weise – bedeutsam ist, (3.) werden sodann einige Fragen formuliert (4.) und für *libri institutionum* und *regularum* konkretisiert (5.). Daraufhin werden mehrere auf den ersten Blick naheliegende Antworten diskutiert (6.), bevor schließlich einige Schlussfolgerungen gezogen werden (7.).

¹ Grundlegend BLUHME 1820. – Auch über den eingebürgerten Begriff “Massentheorie” (statt, historisch vielleicht besser, “Reihenentdeckung”) lässt sich streiten, vgl. PUGSLEY 2020, S. 1138-1143.

² Ausführlicher Tagungsbericht: REPNOW 2022. Einige Tagungsbeiträge werden in den Heften 6.1 und 6.2 (2021, Publikation 2022) sowie 7.1 und 7.2 (2022, Publikation 2023) der Zeitschrift *Interpretatio Prudentium* veröffentlicht. Bereits anderweitig publiziert: PEZZATO 2022. Zur Einordnung in das Lissabonner Forschungsprogramm vgl. bereits BALDUS 2020a. Dort sind auch einige der im Folgenden zu entwickelnden Gedanken in portugiesischer Sprache ausgeführt.

³ MANTOVANI 1987 – von den Rezensionen vgl. namentlich KAISER 1991 –, vgl. auch ID. 1993. Von anderen Autoren vgl. aus neuerer Zeit insbesondere HONORÉ 2010; ID. 2011; PUGSLEY 1995; ID. 2000; ID. 2014; ID. 2020.

⁴ Für einige wissenschaftsgeschichtliche Stichproben vgl. die Beiträge im Heft 2.1 (2017) der Zeitschrift *Interpretatio Prudentium*, namentlich BALDUS/BLANCH NOUGUÉS/NITSCH/VARVARO 2017; EHMER 2017; EHRENHARD-DICKESCHIED 2017 und KELLER 2017; nunmehr auch einige Beiträge der Lissabonner Tagung 2021, namentlich FUNK 2022; PARICIO 2022; QUEIROZ DE MORAES 2022; RAINER 2023 und SILVA SANTOS 2023. Vgl. weiterhin MANTOVANI 1997 sowie auch die Ausführungen im Haupttext unter 2. und 4.

2. Zur Debatte im 19. Jh.

Die, soweit ersichtlich, erste grundsätzliche Kritik an Bluhmes Thesen wurde im Jahr 1830 von Gottlieb August Reimarus formuliert⁵. Sein Gegenmodell weist auf tatsächlich existierende Mängel in der Methode Bluhmes hin und ist seinerseits, soweit bekannt, nie Gegenstand einer umfassenden Analyse gewesen⁶. Es soll hier daher kurz referiert werden.

Reimarus' Modell kann sich darauf stützen, dass die Sabinusmasse und die Ediktsmasse enger untereinander verflochten sind als mit der Papiniansmasse. Sein Schwachpunkt ist die allenfalls indizielle Begründbarkeit der These, mit der dieser unterschiedliche Verflechtungsgrad erklärt wird: Sabinus- und Ediktsmasse seien ursprünglich für die Institutionen gedacht gewesen und erst später, unter diversen Verschiebungen ganzer Materialblöcke, für die Digesten verwertet worden, wohingegen die Papiniansmasse ein solches Schicksal nicht erlitten habe, sondern von vornherein und gesondert für die Digesten erhoben worden sei⁷. In diesem Zusammenhang stellt sich auch die bekannte (und ungelöste⁸) Frage, warum die mittleren Teile der Ediktskommentare⁹ in der Sabinusmasse stehen und nicht etwa in der Ediktsmasse.

Reimarus meint, sie seien (und zwar großzügig) deswegen zur Sabinusmasse geschlagen worden, weil die Arbeit der Kompilatoren bei dieser begonnen habe: Die Sabinuskommentare, «welche die Hauptlehren des strengen Civilrechts umfaßten», seien am geeignetsten gewesen, um «dem neuen Elementarwerk, den Institutionen, zum Grunde gelegt zu werden»¹⁰ (auf diese Begründung wird unter 6. zurückzukommen sein). «Damit jedoch Einseitigkeit vermeiden würde», hätten die Kompilatoren sogleich auch thematisch passende Teile der Ediktskommentare beigezogen¹¹. Die Auswahl dieser Teile erkläre sich aus «ihrer augenscheinlichen Beziehung zu den Justinianischen Institutionen»¹². Insgesamt geht Reimarus' Ansatz also von einer ursprünglich didaktischen Zielsetzung der Arbeiten aus.

Die verbleibenden Texte aus Ediktskommentaren seien ebenfalls thematisch sortiert und um Elemente aus der Sabinusmasse ergänzt worden, um thematische Lücken der Sabinuskommentare füllen zu können. Bei der Verschiebung des Mittelteils der Ediktskommentare sei man zunächst zu großzügig verfahren und habe vor allem am Ende dieses Teils sukzessive Material zur Ediktsmasse zurückgeschoben¹³.

⁵ REIMARUS 1830. Für eine Zusammenfassung des Modells siehe sogleich im Haupttext.

⁶ Zur zeitgenössischen Diskussion sowie zur bibliographischen Verbreitung der Schrift vgl. BALDUS/BLANCH NOUGUÉS/NITSCH/VARVARO 2017.

⁷ REIMARUS 1830 passim, speziell zur Papiniansmasse v.a. S. 99ff.

⁸ Eine Heidelberger Dissertation hierzu ist in Arbeit. Vgl. zu dem Thema aus neuerer Zeit COSSA 2020 sowie bald DUX 2023.

⁹ Nach der BLUHME/KRÜGER-Zählung Nr. 4-9: Ulp. 26-52 (*in. ed.*), Paul. 28-48 (*in. ed.*), Gai. 9-18 *ed. prov.*, Paul. 6-8 *brev.* und die beiden gaianischen Teilwerke *ad edictum* zum Erbrecht.

¹⁰ REIMARUS 1830, S. 69f.

¹¹ REIMARUS 1830, S. 70.

¹² REIMARUS 1830, S. 76, vgl. die Tabelle S. 48-60 (Konkordanz der *inst. Iust.* mit den Digesten und den Gai. *inst.*).

¹³ REIMARUS 1830, S. 70ff.

In der Konsequenz sei strukturell zwischen Digestentiteln zu unterscheiden, in denen die Ediktsmasse führe, und solchen, in denen die Sabinusmasse voranstehe: Im ersten Fall (Edikt vor Sabinus) seien die an zweiter Stelle stehenden Texte aus der Sabinusmasse nur der Überrest («Ausschuß»), den man «dort nach vorläufigem Entwurfe nicht brauchen zu können glaubte», im zweiten (Sabinus vor Edikt) seien die Ediktsmassentexte nicht aus dem Mittelteil der Kommentare, und sie seien als denkbare Ergänzungsmaterial zur Sabinusmasse betrachtet worden¹⁴. Dieser Hypothese folgend, müsste man also weiter fragen, in welchen Titeln die jeweils zweite Reihe von vornherein vorgesehenes und in welchen sie rückverschobenes Material enthält (immer unterstellt, die Rückverschiebungen lassen sich identifizieren)¹⁵.

Das führt zu einer weiteren Komplikation: Reimarus stellt zunächst die Hypothese auf, es müsse wegen des strukturellen Unterschiedes zwischen den Digestentiteln aus der Massenfolge je «zweyerlei» Sabinus- und Ediktsmassen geben¹⁶, nämlich in unterschiedlicher Strukturierung je nach Position im Titel: In der jeweils zweiten Masse erschienen kaum längere Zitatreihen aus demselben Kommentarbuch¹⁷. Hier ließe sich fragen, warum es nicht Spezialprobleme gegeben haben soll, die durchaus zu solchen längeren Reihen geführt haben könnten. Reimarus jedenfalls zieht die Konsequenz, dass «die ursprüngliche Sabinus-Masse allemal dort den Vorrang im Titel hat, wo ihr Fragmente aus dem mittleren Theil der Edict-Commentare beygegeben sind; die ursprüngliche Edict-Masse aber mit den anderen nicht zur Sabinus-Masse gezogenen zwey Drittheilen der Edict-Commentare in den übrigen Titeln voransteht»¹⁸. Er stellt sodann eine Tabelle auf, die Kommentarzitate nach dem Prinzip auswählt, dass mehr als ein Zitat aus dem jeweils verwerteten Kommentarbuch im Digestentitel stehen muss¹⁹.

Die zentrale Abweichung von Bluhme, was das Erarbeitungsmodell für die kompilatorische Arbeit angeht, liegt darin, dass Reimarus nicht von einer individuellen Entscheidung über die Massenfolge Titel für Titel ausgeht: Vielmehr sei es bei der Vorentscheidung über die Voranstellung der einen oder anderen Masse geblieben, die jeweils zweite sei folglich von vornherein Nachtrag²⁰ und ohne größere Kürzungen bei der Endredaktion übernommen worden (dies ausdrücklich gegen Bluhme²¹).

¹⁴ REIMARUS 1830, S. 76. – Zur strukturellen Unterscheidung zwischen Titeln, in denen die Ediktsmasse. und solchen, in denen die Sabinusmasse führt, vgl. auch WIEACKER 1935, S. 293f.

¹⁵ Dieser Aspekt mag zu den Details gehören, für die REIMARUS 1830, S. 90f. auf eine (dann ausgebliebene) weitere Diskussion mit Bluhme verweist.

¹⁶ REIMARUS 1830, S. 76f.

¹⁷ REIMARUS 1830, S. 77.

¹⁸ REIMARUS 1830, S. 77. – In der modernen Literatur zählt HONORÉ 2010, S. 98ff. die Sabinusmasse in 58% der Digestentitel als «Anfangsmasse», die Ediktsmasse in 38 % der Titel (und die Papiniansmasse in 4% der Titel). Diese Zahlen kommen freilich dadurch zustande, dass HONORÉ bestimmte Quellen ganz am Anfang einzelner Titel als «Einführungstexte» einordnet, sodass erst aus den darauffolgenden (umfangreicheren) Texten resultiert, welche Masse die Anfangsmasse sein soll.

¹⁹ REIMARUS 1830, S. 78.

²⁰ REIMARUS 1830, S. 91; im Folgenden Einschränkungen, insbesondere zu Digestentiteln ohne korrespondierenden Ediktstiel.

²¹ Vgl. REIMARUS 1830, S. 92.

Damit verlagert²² sich das Problem von der Endredaktion auf die Anlage der Titel und letztlich auf die Frage, welche Rolle die Ediktsordnung für die Kompilation spielte: Die Kompilatoren müssten im Vorhinein eine bestimmte Vorstellung davon gehabt haben, welche Titel sie bilden und wie sie diese thematisch zuschneiden wollten (auch dies eine Abweichung von Bluhme²³) sowie welche Teile der Sabinus- und Ediktskommentare für bestimmte Materien besonders ertragreich seien. Diese Vorstellung müsste sich speziell an denkbaren Gründen für die Isolierung des Mittelteils der Ediktskommentare erweisen lassen.

Bevor folglich kurz das Edikt und die Kommentare dazu in den Blick zu nehmen sind, lässt sich bereits feststellen, dass die von Reimarus' Bluhme-Kritik aufgeworfenen Fragen ganz anderer Art sind als diejenigen, die von der Prädigstenlehre (näher unter 4.) ausgehen. Zwar ist Reimarus' Schrift in gewisser Weise Wegbereiterin der Prädigstenlehre, doch liegen die Schwierigkeiten, soweit sie uns hier interessieren, ganz anders. Denn die Prädigstenlehre postuliert die Existenz für die Kompilatoren nutzbarer Sammlungen, sodass sie nicht primär nach dem Blick der Kompilatoren auf die Werke der klassischen Juristen und auf das Edikt fragen muss.

3. Das prätorische Edikt im Blick des 6. Jh.

Letztere Frage führt in Bereiche, über die kaum sichere Aussagen möglich sind: Was konnte ein Jurist des 6. Jh. mit dem Edikt²⁴ und seiner Ordnung²⁵ anfangen? Justinians geradezu plakative Hochschätzung des Ediktsredaktors Julian²⁶ ist bekannt, und ohne Zweifel betrachtete der Kaiser das Edikt als gegenüber der bis zur *const. Omnem* geltenden Studienordnung als vorzuzugswürdig²⁷. In der *const. Deo Auctore* bestimmte Justinian daher, dass sich der Aufbau der Digesten einerseits am Codex, andererseits am Edikt orientieren solle²⁸. Der justinianische

²² Das Problem sieht REIMARUS 1830 selbst, s. S. 92f. und weiter. Dort auch die Gedanken, die später zur Prädigstenlehre ausgebaut wurden.

²³ BLUHME 1820, S. 262, 287 geht davon aus, dass die Kompilatoren vor dem Exzerpieren kein «vollständiges Schema aller Titel entworfen» haben, «da zu Vieles erst durch den Inhalt der excerpierten Stellen bestimmt werden konnte». Sie hätten vielmehr erst beim Exzerpieren die ausgewählten Fragmente unter Rubriken gesetzt, die sie «aus dem Codex, aus dem Edict oder im Nothfall aus der excerpierten Schrift selbst entlehnt» hätten. Nach Ende des Exzerptionsvorgangs hätten sie «verglichen, was so unter dieselbe Rubrik zusammengetragen war» und auf diese Weise ihre Titel gebildet. Für ein bereits von Anfang an vorliegendes Schema der Titel dagegen etwa KRÜGER 1922, S. 70f.; WIEACKER 1935, S. 293, 295, 306; HONORÉ 1978, S. 149.

²⁴ Das er möglicherweise nur mehr durch die Vermittlung der spätklassischen Ediktskommentare kannte.

²⁵ Oder – in den polemischen Worten von MOMMSEN 1858, S. 321 – seiner «Unordnung». – Zum sog. Ediktssystem vgl. BLANCH NOUGUÉS 1998; REPNOW/STUMPF 2020, S. 317–320 mwN.

²⁶ Vgl. *const. Tanta 18 (legum et edicti perpetui subtilissimus conditor)*; weiterhin Iust. C. 4.5.10.1 (*adducit Salvium Iulianum summae auctoritatis hominem et praetorii edicti ordinatorem*).

²⁷ *Const. Omnem 1: et primi anni hoc opus legentibus tradebatur non secundum edicti perpetui ordinationem, sed passim et quasi per saturam collectum et utile cum inutilibus mixtum.*

²⁸ *Const. Deo Auctore 5: tam secundum nostri constitutionum codicis quam edicti perpetui imitationem.* – Allgemein zur Bedeutung der justinianischen Konstitutionen zum Verständnis des Kompilationsprozesses LUCHETTI 2023 und PEZZATO 2022.

Codex orientierte sich indes seinerseits im Aufbau an den Codices Theodosianus, Gregorianus und Hermogenianus. Dieses sog. Codexsystem²⁹ beruhte auf dem ab dem 2. Jh. nachweisbaren Digestensystem^{30, 31} das wiederum in weiten Teilen dem Aufbau des prätorischen Edikts entsprach³². Im Ergebnis verlangte Justinian von den Kompilatoren also gewissermaßen eine doppelte Orientierung am Edikt³³. Diese programmatischen Aussagen des Kaisers zeigen, dass das Edikt als Ordnungsmodell im Raum stand – aber nicht, wie weit daraus etwas für Erwartungen hinsichtlich einzelner Sachthemen folgte.

Justinian legte Wert darauf, dass im Detail von der Ediktsordnung auch abgewichen werden konnte³⁴ – schon angesichts der prozessualen Umbrüche konnte es gar nicht anders sein. Zudem behandeln die Digesten zahlreiche Materien, zu denen es im Edikt kaum Anknüpfungspunkte gab. In der Tat weichen die Digesten im Detail stärker vom Aufbau des Edikts ab, als es Justinians programmatische Aussagen vermuten lassen³⁵.

Wie die Kompilatoren die Titel bildeten und welche Reihenfolge sie den Titeln gaben, hängt allerdings nicht zwangsläufig mit den hier vor allem interessierenden Fragen nach der Masseneinteilung, dem Ablauf des Exzerptionsvorgangs und der Anordnung der Fragmente innerhalb der Titel zusammen³⁶. Welche Rolle konnte das Edikt insoweit spielen?

Soweit Digestentitel inhaltlich mit einer Ediktsrubrik und in der Folge mit einem zusammenhängenden Sinnabschnitt in den Ediktskommentaren korrespondieren, hätte es nahe gelegen, in den entsprechenden Titeln die Ediktsmasse voranzustellen und einen Ediktskommentar als „Leitwerk“ des entsprechenden Titels zu wählen. Insoweit ist es – jedenfalls wenn man nicht Reimarus’ Theorie folgt – überraschend, dass in der Mehrzahl der Titel nicht die Edikts-, sondern die Sabinusmasse vorne steht³⁷.

Innerhalb der einzelnen Titel stehen die Fragmente Bluhme zufolge grundsätzlich in der von ihm postulierten Lese- und Exzerptionsreihenfolge (es sei denn, es liegt eine Versetzung vor). Das heißt: Finden sich in einem Titel mehrere Fragmente aus Ediktskommentaren, so stehen diese im Zweifel in der Originalreihenfolge. Wenn die Fragmente sich im Original auf unterschiedliche Ediktsbestimmungen bezogen, dann dürfte insoweit also ein Einfluss des Ediktsaufbaus auf die Inskriptionenfolge der Digesten vorliegen. In den meisten Fällen dürften verschiedene Fragmente aus *libri ad edictum*, die innerhalb eines Titels stehen, aber eher derselben Ediktsrubrik zuzuordnen sein. In diesem Fall spiegelt

²⁹ Dazu LIEBS 2017, S. 409-443; vgl. auch RIEDLBERGER 2020, S. 135, 139.

³⁰ Zum Digestensystem LIEBS 2017, S. 409-413; REPNOW/STUMPF 2020, S. 321f., jeweils mwN.

³¹ LIEBS 2017, S. 413-435.

³² LIEBS 2017, S. 411; REPNOW/STUMPF 2020, S. 321.

³³ Ähnlich LIEBS 2017, S. 437f. mit dem einschränkenden Hinweis, dass für Justinian, wie aus seiner Anweisung hervorgehe, Codex- und Ediktsystem «nicht ein und dasselbe» waren.

³⁴ Vgl. const. Tanta 5: *in vetustioris quidem edicti ordinatione in loca devia et multo distantia devagantes*.

³⁵ LIEBS 2017, S. 438f., der die Bezugnahme aufs Edikt im Ergebnis lediglich als «klassizistisches Lippenbekenntnis» sieht.

³⁶ Dies gilt umso mehr dann, wenn die Entscheidung über Zuschnitt und Reihenfolge der Titel – wie von BLUHME angenommen (siehe oben Fn. 23) – erst nach Abschluss des Exzerptionsvorgangs getroffen wurde.

³⁷ Siehe oben Fn. 18.

die Abfolge der Fragmente also nur die vom jeweiligen Kommentator³⁸ gewählte Binnensystematik.

Weitere Aufklärung könnte aus der Analyse einzelner Textkorpora folgen, doch stellt sich immer da, wo nicht Ediktskommentare im jeweiligen Digestentitel führen (oder wenigstens substantiell verwertet sind), das Problem von *argumenta e silentio* und Zirkelschlüssen: Wir wissen dort, wo am Edikt orientierte Texte nicht prägen, nicht, warum sie dies nicht tun.

Lässt sich trotzdem etwas zum heute möglichen Erkenntnisstand hinsichtlich der Plausibilität der konkurrierenden Modelle sagen?

4. Offene Fragen

Reimarus' These, dass die Papiniansmasse getrennt von den anderen beiden Massen verarbeitet wurde, erscheint angesichts der geringeren Zahl von Verflechtungen zwischen der Papiniansmasse und den beiden anderen Massen als zwischen diesen beiden untereinander auf den ersten Blick nicht unplausibel. Auch der Gedanke, dass die Kompilatoren die Titel ohne eigentliche Endredaktion jeweils ausgehend von einer als inhaltlich zentral betrachteten Masse zusammenstellten, ließe sich mit dem Befund in den Digesten jedenfalls in Einklang bringen. In der Tat gibt es genug Stellen, deren Nebeneinander in bestimmten Digestentiteln sich unter der Annahme einer systematischen Endredaktion nicht erklärt. Für nähere Erkenntnisse müsste man Reimarus' Gedanken an größeren Quellenkorpora vollständig auf Plausibilität untersuchen³⁹. Die Erklärung, die Reimarus selbst für seine Thesen findet, nämlich dass die Edikts- und die Sabinusmasse für die Institutionen erhoben worden seien, ist allerdings rein spekulativ, da sie sich auf keinerlei Anhaltspunkte in den Quellen stützen kann. Auch in der Sache mutet sie aus verschiedenen Gründen eher unplausibel an; hierauf wird zurückzukommen sein.

Einfacher als das komplizierte Modell von Reimarus ist die Prädigestenlehre, die in Reimarus punktuell einen Vorläufer findet und erstmals bei Hofmann und Peters voll entfaltet wird⁴⁰. Identifiziert man die Massen mit präexistierenden Sammlungen (worin genau diese bestanden haben sollen, ist je nach Spielart der Prädigestenlehre unterschiedlich), so fallen die Fragen aus der Zeitnot der Kompilatoren weg. Doch gibt es erstens für die Existenz derartiger Sammlungen ebenso wenig Quellenbelege wie für den von Reimarus angenommenen Plan, die Institutionen aus der Sabinus- und der Ediktsmasse zu entwickeln, und zweitens

³⁸ Es ist aber denkbar, dass die verschiedenen Ediktskommentatoren sich im Aufbau der Erläuterungen zu einzelnen Bestimmungen aneinander orientierten, vgl. etwa REPNOW/STUMPF 2020, S. 329 (in Bezug auf Sabinuskommentare, doch der Gedanke lässt sich ohne Weiteres übertragen). Vgl. auch im Haupttext unter 6.

³⁹ Vgl. die gedanklichen Ansätze bei REIMARUS 1830 selbst (S. 76f.).

⁴⁰ Grundlegend HOFMANN 1900 und PETERS 1913; in der zweiten Hälfte des 20. Jh. CENDERELLI 1983; zuletzt ID. 2005; zur Wissenschaftsgeschichte MANTOVANI 1997; HONORÉ 2010, S. 10; EHRENHARD-DICKESCHIED 2017; EHMER 2017, S. 89-91.

werden die Webfehler der Digesten dann erst recht erklärungsbedürftig, wenn die Kompilatoren lediglich Vorsortiertes bearbeiten mussten⁴¹.

Somit ist Bluhme nicht widerlegt, aber Fragen bleiben. Es ist insbesondere offen, ob man, wenn man die Massentheorie akzeptiert, weiter auf die Existenz von Unterkommissionen schließen kann (“Kommissionentheorie”). Dass die Massen von unterschiedlichen Unterkommissionen bearbeitet wurden, ist keine notwendige Konsequenz der Annahme dreier Massen, sondern vielmehr lediglich eine plausible, aber nach derzeitigem Kenntnisstand nicht beweisbare *Erklärung* für die Existenz der Massen⁴². Dass die Arbeit in irgendeiner Form aufgeteilt und organisiert wurde⁴³, liegt nahe, aber je genauer ein Modell dafür sein will, desto größer wird das Risiko zeitbedingter Rückprojektionen⁴⁴ – das im entstehenden preußischen Beamtenstaat des frühen 19. Jh. sicher nicht geringer war als heute.

Damit ist auch offen, inwieweit die Bruchlinien zwischen den Massen und die Abweichungen von einer als regelmäßig angenommenen Inskriptionenfolge in den einzelnen Titeln (“Versetzungen”) die Kompilatoren besonders deutlich bei der Arbeit zeigen. An den Bruchlinien fransen die Massengrenzen oft aus; wo die Werke, bei denen sich fragt, ob sie noch zur ersten oder schon zur zweiten Masse gehören, insgesamt nur in wenigen Digestentiteln erscheinen, kann die Bestimmung der Massengrenze mangels belastbarer statistischer Grundlage geradezu aleatorisch werden⁴⁵. Die Versetzungen sind – neben Widersprüchen und Doppelungen innerhalb der Digesten – vermutlich der wichtigste Ansatzpunkt für weitere, über Statistisches hinausführende Analysen (darauf ist am Ende dieses Beitrags zurückzukommen). Je klarer wir hier sähen, desto besser könnten wir wohl Justinianisches von Klassischem⁴⁶ unterscheiden.

Eine wichtige Frage – die auch für viele Beiträge der Lissabonner Tagung zentral ist – besteht folglich darin, ob die Einordnung eines bestimmten Passus in einen bestimmten Digestentitel und dann, innerhalb des Titels, in einen bestimmten Massenzusammenhang eine nachvollziehbare inhaltliche Entscheidung erkennen lässt – oder eher raffende Zusammenstellung, die Zeitmangel durchscheinen lässt. Unterstellt man, dass Interpolationen umso weniger wahrscheinlich sind, je weniger Zeit und Aufmerksamkeit die Kompilatoren auf ein Fragment verwendeten, so gilt: Je deutlicher ein solches Raffen, desto größer die Chance, substantiell unveränderten klassischen Text zu finden.

⁴¹ Zur Kritik der Prädigestenlehre vgl. aus neuerer Zeit insbesondere DIÓSDI 1971; PARICIO 1984; MANTOVANI 1997 sowie bald PARICIO 2022 und RAINER 2023. Zu weiteren Forschungsperspektiven vgl. EHMER 2017, S. 114–116.

⁴² Zu möglichen Alternativszenarien vgl. bereits BLUHME 1820, S. 270: «Es ließe sich freilich denken, daß der ganzen Trichotomie kein gleichzeitiges, sondern ein successives Verhältnis zum Grunde gelegen habe, und daß alle Schriften nicht von verschiedenen Compilatoren neben einander, sondern von denselben nach einander excerptirt wären.» Vgl. auch WIEACKER 1935, S. 306 Fn. 2 und 307 Fn. 2 sowie EHMER 2017, S. 116.

⁴³ Dazu bald RAINER 2023.

⁴⁴ Vgl. hierzu auch PUGSLEY 1995, S. 18.

⁴⁵ Dazu demnächst LOHEIDE 2023.

⁴⁶ Zur Legitimität der Rede von der Klassik BALDUS 2021.

5. Insbesondere: Institutionenliteratur und Digestenentstehung

Ein in diesem Zusammenhang herauszustellender Aspekt, der bei der Lissabonner Tagung besondere Berücksichtigung fand, ist die Rolle der verschiedenen *libri institutionum* und *regularum*. Beide konzentrieren sich in auffälliger Weise in der Sabinusmasse⁴⁷. Zufall kann statistisch ausgeschlossen werden. Das führt zu der Frage, ob es für diese Konzentration einen inhaltlichen Grund gibt oder ob andere Erwägungen der Kompilatoren denkbar sind.

Es ist diese Frage, an der die Rekonstruktionen von Bluhme und Reimarus zu signifikant unterschiedlichen Ergebnissen führen können (wohingegen die Prädigestenlehre auch insofern einen Leerverweis darstellt⁴⁸): Ging es, wie von Reimarus angenommen, ursprünglich darum, ein Institutionenwerk zu schaffen, so lag es nahe, das zu tun, was später tatsächlich geschah, nämlich vorhandene Institutionenwerke zu nutzen und diese – wenn man denn Blöcke bildete – gleich dem ersten zuzuweisen. Für *libri regularum* könnte – je nachdem, inwieweit man annehmen will, dass sie in den Augen der Kompilatoren den Institutionenwerken ähnelten⁴⁹ – Vergleichbares gelten.

Dann fragt sich allerdings unter anderem, warum der Institutionenblock in der Sabinusmasse nicht weiter vorne steht⁵⁰. Diese Frage wird von Reimarus nicht zufriedenstellend beantwortet. Das historische Prestige der Sabinuskommentare⁵¹ und der mit ihnen verwobenen Teile der Ediktcommentare⁵² sowie der hochklassischen Digestenwerke⁵³ allein reicht als Erklärung nicht, denn man muss zusätzlich noch erklären, warum es zwischen diesen Werken sowie zwischen ihnen und den *libri institutionum* diverse weitere, nicht leicht auf einen gemeinsamen Nenner zu bringende Schriften⁵⁴ gibt, bei denen größtenteils nicht ersichtlich ist, warum solche Werke in den Augen der Kompilatoren besonderes Prestige oder besondere Bedeutung gehabt haben sollen⁵⁵. In ähnlicher Weise fragt sich, warum zwischen Institutio-

⁴⁷ BLUHME/KRÜGER Nr. 21-27 (Flor. inst., Marci. inst., Ulp. inst., Gai. cott., Gai. inst., Call. inst., Paul. inst.) und 36-40, 42-46 (Ner. reg., Ulp. reg., Scaev. reg., Paul. reg. sing., Marci. reg., Paul. reg., Pomp. reg. sing., Ulp. reg. sing.). Nur die beiden Gaius zugeschriebenen Regelwerke befinden sich in der Papiniansmasse (Nr. 223f.). Zur komplexen mutmaßlichen Lesereihenfolge innerhalb der *libri institutionum* vgl. bald TAMBINI 2022; zu den Regelwerken FREHSE 2022 (speziell zu den *regulae* von Marcian und Paulus sowie den aus unklaren Gründen mit ihnen verbundenen *responsa* Ulpian).

⁴⁸ Selbstverständlich kann man versuchen, die Struktur der Massen aus der jeweils angenommenen Funktion der präexistierenden Sammlungen zu erklären. Da aber bereits die Sammlungen selbst reines Postulat sind, gilt für weitere Schlüsse nichts Besseres.

⁴⁹ Zum Charakter der *libri regularum* siehe sogleich im Haupttext und in Fn. 59.

⁵⁰ Diese Frage stellt sich im Übrigen auch für die Prädigestenlehre, soweit ihre Vertreter – wie etwa ARANGIO-RUIZ 1931, zu ihm LAMBERTINI 2020 – den von ihnen postulierten präexistenten Sammlungen einen didaktischen Zweck zuweisen.

⁵¹ BLUHME/KRÜGER Nr. 1-3.

⁵² BLUHME/KRÜGER Nr. 4f., 7-9.

⁵³ BLUHME/KRÜGER Nr. 14 (Iul.), 15f. (Alf.).

⁵⁴ BLUHME/KRÜGER Nr. 10-13 (Ulp. disp., Ulp. omn. trib., Ulp. op., Ulp. cens.) und 17-20 (Iul. amb. sing., Iul. Urs. Fer., Iul. Min., Afr. quaest.).

⁵⁵ Vgl. etwa bereits HUGO 1821, S. XV, der feststellt, dass zwischen den Sabinus- und Ediktcommentaren einerseits und den *libri institutionum* andererseits «allerley Bücher, von denen man nicht weiß, warum?, stehen».

nenwerken und *libri regularum* ein weiterer heterogener, am ehesten als familien- und freilassungsrechtlich zu qualifizierender Block steht⁵⁶.

6. Werktypen und Rechtsschichten

Dass Werke mit gleichem oder ähnlichem Titel – wie etwa die diversen *libri institutionum* und *regularum* – von den Kompilatoren offenbar im Zusammenhang zueinander ausgewertet wurden, deutet darauf hin, dass Werktypen⁵⁷ für die Zusammenstellung der Massen und die Abfolge der Schriften innerhalb der Massen eine Rolle gespielt haben könnten. *Libri institutionum* – sowie die Gaius zugeschriebenen und mit seinen Institutionen in Verbindung stehenden *res cottidianae* – tragen in der Regel Einführungscharakter; Schulz prägte den Begriff der isagogischen Literatur⁵⁸. Schwieriger ist die Frage nach der Natur der *libri regularum*, die zwar nicht notwendig einführenden, wohl aber Kasuistik resümierenden und strukturierenden Charakter tragen⁵⁹. Nach alledem stehen *libri regularum* (bei allen Unterschieden im Einzelnen) daher den Institutionenwerken nicht prinzipiell fern. Auf den ersten Blick könnte hier also zumindest ein Grund für die relative Nähe dieser beiden Blöcke zueinander liegen.

Fragt man allgemein nach möglichen Bezügen zwischen Werktypenlehre und Massentheorie⁶⁰, so liegen gewisse Korrelationen auf der Hand. Dies gilt namentlich für die Beobachtungen, dass in der Sabinus- und der Ediktmasse Kommentare dominieren, während sie in der Papiniansmasse weitgehend fehlen⁶¹, und dass dafür in der Papiniansmasse die sog. Problemata-Literatur⁶² vergleichsweise überrepräsentiert ist⁶³. Weiterhin fällt auf, dass Werke mit gleichem oder ähnlichem Titel Bluhme zufolge vielfach sogar abschnittsweise parallel

⁵⁶ BLUHME/KRÜGER Nr. 28-35. Unpräzise HUGO 1821, S. XVf.: «Dann sind wieder die *Regulae* von den *Institutiones* getrennt durch Bücher, die sich etwa dadurch auszeichnen, daß sie von der Ehe handeln». Zu einem möglichen Erklärungsansatz WIEACKER 1935, S. 304 Fn. 2; zu einigen der betreffenden Schriften vgl. weiterhin bald KOPPERS 2022.

⁵⁷ Grundlegend SCHULZ 1961, S. 166-334; vgl. auch FERRAY 1997. Allgemein zu SCHULZ' Ansatz KELLER 2017, S. 156-180 (zum Begriff "Werktyp" S. 166-168); zu seinem Nutzen und seinen Risiken BALDUS 2020b. Neuere Ansätze etwa bei BABUSIAUX 2014 – daran anknüpfend bald HARKE 2022 –; EAD. 2016; REPNOW 2017, S. 111-117; MANTOVANI 2018.

⁵⁸ SCHULZ 1961, S. 186-208; vgl. auch FERRAY 1997, S. 249-252. Aus neuerer Zeit vgl. COSSA 2018; MANTOVANI 2018, S. 185-236; DURSI 2019; FERRAY/MAROTTA/SCHIAVONE 2021; RODRIGUES ROCHA 2023 sowie die Beiträge in BABUSIAUX/MANTOVANI 2020.

⁵⁹ SCHULZ 1961, S. 209-225 weist sie zusammen mit *definitiones*, *differentiae*, *sententiae* und *opiniones* einer Art «Sammelkategorie» (KELLER 2017, S. 163) zu, wobei er davon ausgeht, dass diese den isagogischen Schriften «nahe» stehe (209); ähnlich bereits REIMARUS 1830, S. 37. Zur Gattung der *libri regularum* vgl. auch FERRAY 1997, S. 248f.; zum möglichen Zusammenhang zwischen *institutiones* und *regulae* vgl. weiterhin NELSON 1981, S. 335-394; AVENARIUS 2005, S. 69-139; zum Begriff der *regula* allgemein BÖHR 2002, S. 1-66.

⁶⁰ So KELLER 2017, S. 183-195, insbesondere S. 188-192; vgl. auch REPNOW 2017, S. 112f. und bereits BLUHME 1820, S. 268f., 276: «Sehen wir endlich mehr auf das Generische der spätern Werke jeder Abtheilung, so erscheint die erste Masse als die reichste an eigentlichen Systemen, die zweite an exegetischen Commentaren, die dritte an Monographien.»

⁶¹ KELLER 2017, S. 189, 193f.

⁶² So der von SCHULZ 1961, S. 281-308 geprägte Oberbegriff für *digesta*, *responsa*, *quaestiones*, *disputationes* und weitere Werke; vgl. FERRAY 1997, S. 242-244; KELLER 2017, S. 164f., 174.

⁶³ KELLER 2017, S. 189, 194f.

gelesen wurden⁶⁴ (in der Bluhme/Krüger-Tabelle durch geschweifte Klammern angedeutet). Dies gilt etwa für die Großkommentare *ad edictum* und *ad Sabinum* – aber auch für die *libri institutionum*⁶⁵.

Ein Gesichtspunkt könnte in diesem Zusammenhang darin bestanden haben, dass Werke, die der gleichen Gattung angehören, oft einen ähnlichen Aufbau besaßen. Diese Werke in einer Masse zusammenzufassen und im Zusammenhang zueinander zu lesen, dürfte eine Arbeitserleichterung bedeutet haben. Dass die Kompilatoren sich am Aufbau der exzerpierten Werke orientierten, liegt insbesondere dort nahe, wo sie Werke abschnittsweise parallel lasen⁶⁶. Gleichwohl ist hier Vorsicht geboten: Die Strukturparallelen zwischen verschiedenen klassischen Werken, die in der modernen Literatur häufig als “Systeme” bezeichnet werden⁶⁷, beschränken sich oft auf eher rudimentäre Ähnlichkeiten⁶⁸ und sind zudem vielfach sehr unsicher⁶⁹. Im Übrigen zeigt bereits ein kurzer Blick auf die Bluhme/Krüger-Tabelle, dass der Zusammenhang in vielen Fällen allenfalls ein loser⁷⁰ sein kann: So stehen etwa die Werke, die dem Digestensystem⁷¹ folgen, zwar mehrheitlich in der Papiniansmasse, zum Teil aber auch in der Sabinus-⁷², der Edikts-⁷³, und der Appendixmasse⁷⁴.

Insgesamt zeigt sich keine klare Korrelation zwischen der Zusammensetzung der Massen und bestimmten Werktypen⁷⁵. Es ist daher Zurückhaltung zu üben⁷⁶: Wenn literarische Gattungen für die Kompilatoren bei der Einteilung in die Massen eine Rolle spielte, dann kann dies jedenfalls nicht der einzige Gesichtspunkt gewesen sein⁷⁷ – oder die Kompilatoren hatten einen anderen Blick auf die Gattungen der exzerpierten Schriften als wir⁷⁸.

Neben dem Werktyp (und mit ihm zusammenhängend) könnte auch der Inhalt der klassischen Werke für die Kompilatoren eine Rolle gespielt haben. *Prima facie* hätte es eine Arbeitserleichterung bedeutet, bestimmte Rechtsmaterien zusammenzufassen und die Li-

⁶⁴ Hierzu KELLER 2017, S. 190–192.

⁶⁵ Nicht (oder nur sehr eingeschränkt) aber für die *libri regularum*. Zur Lesereihenfolge innerhalb der *libri institutionum* vgl. erneut TAMBINI 2022.

⁶⁶ Hierzu KELLER 2017, S. 190f.; vgl. auch WIEACKER 1935, S. 294–297.

⁶⁷ Zum Systembegriff und seinen Gefahren REPNOW/STUMPF 2020, S. 308f., 317, 347f. mwN.

⁶⁸ REPNOW/STUMPF 2020, S. 325–327, 347f.

⁶⁹ Da sie weithin nur auf Grundlage der von den Kompilatoren getroffenen Auswahl rekonstruiert werden können, drohen womöglich Zirkelschlüsse.

⁷⁰ Etwas optimistischer noch REPNOW/STUMPF 2020, S. 310f.

⁷¹ Siehe oben Fn. 30.

⁷² Ulp. *disp.* (BLUHME/KRÜGER Nr. 10) und Iul. *dig.* (BLUHME/KRÜGER Nr. 14).

⁷³ Cels. *dig.* und Marcell. *dig.* (BLUHME/KRÜGER Nr. 134 und 135) sowie Mod. *resp.* (BLUHME/KRÜGER Nr. 146).

⁷⁴ Scaev. *dig.* (BLUHME/KRÜGER Nr. 267).

⁷⁵ Vgl. die Ergebnisse von KELLER 2017, S. 188–191.

⁷⁶ So auch KELLER 2017, S. 187, 191f., 197f.

⁷⁷ Vgl. bereits BLUHME 1820, S. 269, der einräumt, dass von den verschiedenen von ihm erwogenen Gesichtspunkten «keiner für sich allein Alles bei der vorgenommenen Absonderung erklären kann. Wir werden immer voraussetzen müssen, daß noch untergeordnete Zwecke, und hin und wieder bloße Willkühr in's Spiel gekommen sind.»

⁷⁸ Was durchaus möglich erscheint, da wir nicht nur einen anderen Horizont haben als die Juristen des 6. Jh., sondern die meisten der fraglichen Werke nur in sehr kleinen Auszügen kennen; vgl. KELLER 2017, S. 198. Zudem weisen literarische Genres jedenfalls meist einen unscharfen Randbereich auf (was bereits SCHULZ deutlich gesehen hat; vgl. etwa SCHULZ 1961, S. 282; KELLER 2017, S. 174).

teratur hierüber gesammelt auszuwerten. In der großen Mehrzahl der Digestentitel finden sich jedoch Fragmente aus allen drei Massen, sodass eine strikte Orientierung an rechtlichen Inhalten bei der Einteilung in die Massen unplausibel ist.

Stattdessen wird vielfach angenommen, es gebe einen Zusammenhang zwischen der Zusammensetzung der Massen und den „Rechtsschichten“⁷⁹ des *ius civile* und des *ius honorarium*. Dieser Gedanke geht bereits auf Bluhme selbst zurück, der in Bezug auf die Sabinus- und die Ediktsmasse einen «historisch gegebenen Gegensatz zwischen den Schriften, die sich zunächst auf das jus civile beziehen», und denen, «in welchen das prätorische Recht leitend und vorherrschend ist», erblickte⁸⁰. Auch Reimarus erklärte die häufige Anfangsstellung der Sabinuskommentare und der Sabinusmasse damit, dass Darstellungen des *ius civile* als Ausgangsmaterial für die nach seiner Theorie ursprünglich geplante Abfassung eines Lehrwerks besonders geeignet gewesen seien⁸¹. Diese Behauptung ist indes keineswegs zwingend (und wird von Reimarus auch nicht näher erläutert⁸²). Aus heutiger Sicht läge es vielmehr nahe, dass in einem Elementarwerk sowohl die Grundzüge des *ius civile* als auch die des *ius honorarium* erläutert werden – und auch bei den klassischen Institutionen- und Regelwerken ist eine Beschränkung auf *ius civile* aus den erhaltenen Texten nicht ersichtlich⁸³. Vor diesem Hintergrund erschließt sich nicht ohne Weiteres, warum sie einen spezifischen Bezug zu den übrigen Werken der Sabinusmasse haben sollen⁸⁴ bzw. warum sie nicht ebenso gut in der Ediktsmasse stehen könnten (in die Papiniansmasse hätten sie dagegen angesichts der bereits erwähnten Dominanz von Problemata-Literatur in dieser Masse weniger gut gepasst).

Insgesamt ist der Zusammenhang zwischen Massen und Rechtsschichten keineswegs gesichert. Unabhängig von der Frage, inwieweit die Rechtsschichten für die klassische Zeit heuristisch sinnvolle Kategorien sind, erscheint jedenfalls fraglich, inwieweit diese Kategorien für die Kompilatoren Bedeutung besaßen – hatte doch die eigenständige prätorische Rechtsschöpfung bereits Jahrhunderte zuvor geendet. Zwar ist die traditionelle Auffassung, wonach der Gegensatz zwischen *ius civile* und *ius honorarium* in der Spätantike verschwand⁸⁵, im Zuge der allgemeinen Neubewertung der Spätantike einem differenzierteren Bild gewichen, doch es erschließt sich gleichwohl nicht unmittelbar, warum die Kompilatoren ausgerechnet den

⁷⁹ Zur Genese der Lehre von den „Rechtsschichten“ jetzt BABUSIAUX 2022. Der Begriff spiegelt nicht zuletzt die Schwierigkeiten der modernen Romanistik, für ein Recht, das nicht im modernen Sinne systematisch war, Ordnungsbegriffe zu finden. Eine Begriffsarchäologie steht aus.

⁸⁰ BLUHME 1820, S. 268.

⁸¹ Siehe oben Fn. 11.

⁸² Er belässt es bei dem unspezifischen Hinweis auf eine «Verwandtschaft» und darauf, dass HUGO «die Sabinus-Reihe am liebsten Institutionen-Reihe» nenne (S. 37).

⁸³ Vgl. etwa die Feststellung von NELSON 1981, S. 337, dass «die Verschmelzung von *ius civile* und *ius honorarium* jedenfalls in Gaius' Institutionen eine vollendete Tatsache ist».

⁸⁴ Verbreitet ist die These, Darstellungen des *ius civile* wie insbesondere die des Sabinus hätten ebenfalls didaktischen Zwecken gedient; vgl. bereits HUGO 1821, S. XV: «Die drey Bücher von Sabinus waren zu ihrer Zeit eben Das, was später die *Institutiones* und *Regulae*.»; ähnlich SCHULZ 1961, S. 186–189. Hierfür gibt es aber jedenfalls keine klaren Quellenbelege. Vgl. auch FERRAY 1997, S. 244f., 249; MANTOVANI 2018, S. 185–188.

⁸⁵ Vgl. etwa KASER 1975², S. 25, 53f., 472f.

unterschiedlichen historischen Ursprung der beiden Rechtsmassen als Kriterium für die Einteilung der Werke gewählt haben sollen.

Dieses Problem ließe sich umgehen, wenn man unterstellte, dass die Kompilatoren sich an *anderen Kriterien* orientierten, die ihrerseits wiederum mit den Rechtsschichten in Verbindung standen oder sich aus ihnen ergaben – etwa an bestimmten Rechtsinstituten oder Regelungskomplexen, die bestimmten Rechtsschichten angehörten, oder an bestimmten Werktypen, die typischerweise einer bestimmten Rechtsschicht gewidmet waren. Es läge dann also eine mittelbare Orientierung an den Rechtsschichten vor. Beides erscheint aber nach dem Gesagten eher unplausibel und wäre jedenfalls noch nachzuweisen. Zudem werden bereits die klassischen Juristen bei der Darstellung einzelner Probleme nicht *ab ovo* zwischen den Rechtsschichten unterschieden haben; bei vielen Fällen und Materien dürfte eine komplette Schichtentrennung vielmehr gar nicht möglich gewesen sein. Dies gilt selbst für die Kommentare *ad edictum* und *ad Sabinum*, denn die Kommentatoren folgten hier vielfach dem, was ihre Vorgänger geschrieben hatten, sodass der Kommentar eine erhebliche Autonomie gegenüber dem Kommentierten gewann⁸⁶ – mit der Diskussion über Juristengenerationen hinweg zunehmend.

In jedem Fall muss, wer die Sabinusmasse mit Darstellungen des *ius civile* und die Ediktsmasse mit Darstellungen des *ius honorarium* identifiziert, sich damit auseinandersetzen, was eigentlich der gemeinsame Nenner der Werke in der Papinianusmasse ist. Weiterhin muss er erklären, warum ein Teil der Ediktskommentare in der Sabinusmasse steht⁸⁷, während sich in der Ediktsmasse dafür etwa Pomponius' Kommentar zum *ius civile* des Quintus Mucius⁸⁸ sowie diverse Kommentare zu "zivilen" Einzelgesetzen⁸⁹ finden.

Im Ergebnis ist festzuhalten: Die Behandlung der *libri institutionum* und *regularum* durch die Kompilatoren ist weder durch Werktypen noch durch Rechtsschichten ohne Weiteres erklärbar⁹⁰. Fände man aber ein Motiv dafür, dass die Kompilatoren die Blöcke in dieser Weise bildeten, dann verstünde man möglicherweise zumindest das Verhältnis von Sabinus- und Ediktsmasse besser. Denkbar ist jedenfalls, dass die in der Kompilation erkennbare überzu-

⁸⁶ Vgl. BABUSIAUX 2014; REPNOW/STUMPF 2020, S. 315f. mit Fn. 35 und 329; HARKE 2022. Vgl. auch bereits oben Fn. 38.

⁸⁷ Wer – wie etwa REIMARUS 1830, S. 37 – in einem ersten Schritt einen Zusammenhang zwischen Massen und Rechtsschichten postuliert, und in einem zweiten die Verschiebung des Mittelteils der Ediktskommentare damit erklärt, dass die betreffenden Teile der Ediktskommentare besonders stark durch "zivile" Materien geprägt seien, bewegt sich nah an einem Zirkelschluss. Für einen Erklärungsansatz, der jedenfalls vordergründig ohne Bezugnahme auf die Rechtsschichten auskommt, vgl. etwa PUGSLEY 1995, S. 21f. mit nt. 22; zu neueren Forschungen vgl. oben Fn. 9.

⁸⁸ BLUHME/KRÜGER Nr. 154.

⁸⁹ BLUHME/KRÜGER Nr. 162-170 (diverse Werke *ad legem Iuliam et Papiam* sowie *Mac. l. XX ber.*, *Gai. l. Glit. sing.* und *Paul. l. Cinc. sing.*).

⁹⁰ Ein weiterer zuweilen erwogener Erklärungsansatz für die Zusammensetzung und die innere Struktur der Massen setzt nicht bei den klassischen Werken selbst an, sondern bei der Rolle, die sie im Rechtsunterricht der justinianischen Zeit spielten, vgl. etwa BLUHME 1820, S. 267f.; KRÜGER 1922, S. 4-8; WIEACKER 1935, S. 298-308. Doch auch dieser Ansatz kann nicht alle Aspekte der Masseneinteilung zufriedenstellend erklären und liefert insbesondere keine zufriedenstellende Begründung für die Stellung der *libri institutionum* und *regularum*.

fällige Nähe der Institutionen- und der Regelwerke zueinander andere Gründe hat als vorgefundene inhaltliche Schwerpunkte.

7. Folgerungen

Sucht man, wie die Beiträge der Lissabonner Tagung, anhand einzelner Textkorpora punktuell zu überprüfen, was die Massentheorie leistet und wo Zweifel bleiben, so stellen sich zum Teil sehr technische Fragen. Das beginnt mit der Statistik (wie viele Texte braucht man, um überhaupt eine überzufällige Reihung annehmen zu können?) und geht alsbald in Bereiche über, bei denen Formalanalyse und Inhalt nicht zu trennen sind: Der Sinn einer formal aus Bluhmes Reihen erkennbaren Versetzung mag damit zusammenhängen, dass ein bestimmter Inhalt nur in der versetzten Stelle erscheint. Auch hier steckt der Teufel im Detail. Es mag sein, dass ein solcher Inhalt an anderer Stelle durchaus in den Digesten zu finden ist, nur könnte man diese Aussage sicher erst treffen, wenn man jeden in irgendeinen Titel aufgenommenen Text exegetisch betrachtete⁹¹ (solche Erwägungen lehren Respekt vor den Zeitproblemen der Kompilatoren). Und selbst wenn man weiß, dass dem nicht so ist, dass also die inhaltliche Aussage der versetzten Stelle einzigartig ist, so ist es doch nur naheliegend, nicht sicher, dass sie dort nicht stand, wo die Kompilatoren den Hauptstrang ihrer Komposition fanden (etwa in einem Großkommentar). Denn es kann sein, dass dort das Problem mit anderen Akzenten oder anderem Ergebnis behandelt wurde oder dass der Hauptstrang ein Zitat enthielt, dem die Kompilatoren nachgingen. – Und darüber, ob sich Aussagen zu dem Problem noch an anderen Stellen fanden, die von den Kompilatoren aber nicht exzerpiert wurden, ist damit noch gar nichts ausgesagt.

Positive Nachweise sind in diesem Bereich praktisch nicht zu führen. Die Plausibilitäts-erwägungen, zu denen man dann greifen muss und wohl auch darf (im Regelfall: der Hauptstrang habe nichts hergegeben), sind ihrerseits stets abhängig von Annahmen darüber, wie man sich Arbeitslast und Arbeitsorganisation der Kompilatoren vorstellt. Den archimedischen Punkt, der Sicherheit gäbe, haben wir nicht.

Das gilt auch für die grundsätzliche Frage, ob Institutionen- und Regelwerke werktypologisch so genau zu fassen sind, dass aus ihrer “Natur” (besser: ihrer kommunikativen Funktion in der “*esperienza giuridica romana*”⁹²) etwas für das Verständnis kompilatorischen Arbeitens folgen könnte. Die Gefahr von Zirkel- und jedenfalls Fehlschlüssen ist hier natürlich besonders groß: Um klassisches Recht besser verstehen zu können (das erhaltene im Licht von Erkenntnissen darüber, wie es ausgewählt und bearbeitet wurde), untersuchen wir justinianisches, hier die Arbeit der Kompilatoren; um diese besser verstehen zu können, fragen wir

⁹¹ Vgl. BALDUS 2017, S. 797ff.

⁹² Zu Entwicklung und Problematik der Rede von der “*esperienza giuridica*”/“*experiencia jurídica*” vgl. die Beiträge im Heft 4.2 (2019) der Zeitschrift *Interpretatio Prudentium*.

danach, was am klassischen Recht für die Kompilatoren besonders interessant sein konnte; um dies zu verstehen, versuchen wir die Klassik zu verstehen. Die Unsicherheiten steigen mit jedem dieser Schritte, und nur sorgfältiges Nachdenken über denkbare Fehlannahmen kann sie (allenfalls) begrenzen. Es gibt aber keine Alternative zu diesem Vorgehen, solange man nicht das Erkenntnisinteresse allein auf justinianisches Recht in sich richtet; und selbst für diesen Zweck wäre es nicht unerheblich zu wissen, welches Material den Kompilatoren zur Verfügung stand und wie sie damit umgingen.

Heruntergebrochen auf Institutionen- und Regelwerke: Es kann sein, dass klassische und auch justinianische Juristen es als selbstverständlich oder naheliegend empfanden, solche Werke erstens als zumindest funktionsähnlich, zweitens als den Sabinuskommentaren nahestehend zu behandeln. Denkbar ist aber auch anderes. Für die Frage, warum *libri institutionum* und *regularum* in dem Zusammenhang stehen, den man Sabinusmasse nennt, können folglich inhaltliche Momente bedeutsam sein, es mag unsere Erkenntnis aber auch an statistischen Befunden enden. Die hiermit verknüpfte Frage nach den Gründen für die Verschiebung des Mittelteils der Ediktcommentare führt zu ähnlichen Zweifeln.

Nach alledem sind Untersuchungen zu einzelnen Elementen der Reihen möglicherweise der einzige Weg, Bluhme zwei Jahrhunderte nach seinen Publikationen⁹³ so zu verhandeln, dass man sich nicht von tralatizischen Äußerungen in der Sekundärliteratur bestimmen lässt. Das aber ist Voraussetzung dafür, auch den instrumentellen Wert seiner Lehren für die Sachforschung zeitgemäß bestimmen zu können. Man mag es sich einfacher wünschen, doch wäre dies, wie jede nachträgliche Glättung historisch sperriger Befunde, Selbstbetrug.

Bibliographie

- ARANGIO-RUIZ 1931 = V. ARANGIO-RUIZ, *Precedenti scolastici del Digesto*, in *Conferenze per il XIV centenario delle Pandette. 15 dicembre 530-15 dicembre 1930*, Milano 1931, S. 287-319.
- AVENARIUS 2005 = M. AVENARIUS, *Der pseudo-ulpianische liber singularis regularum. Entstehung, Eigenart und Überlieferung einer hochklassischen Juristenschrift. Analyse, Neuedition und deutsche Übersetzung*, Göttingen 2005.
- BABUSIAUX 2014 = U. BABUSIAUX, *Der Kommentar als Haupttext. Zur Gattung der libri ad edictum Ulpianis*, in D. KÄSTLE, N. JANSEN (Hrsg.), *Kommentare in Recht und Religion*, Tübingen 2014, S. 15-55.
- BABUSIAUX 2016 = U. BABUSIAUX, *Legal Writing and Legal Reasoning*, in *The Oxford Handbook of Roman Law and Society*, New York 2016, S. 176-187.
- BABUSIAUX/MANTOVANI 2020 = U. BABUSIAUX, D. MANTOVANI (a cura di), *Le Istituzioni di Gaio: avventure di un bestseller. Trasmissione, uso e trasformazione del testo*, Pavia 2020.

⁹³ Das betrifft, worauf zu Recht wieder PUGSLEY 2020, S. 1144 hingewiesen hat, auch BLUHME bisweilen übergangene Dissertation *De geminatis et similibus quae in Digestis inveniuntur* (Jena 1820).

- BABUSIAUX 2022 = U. BABUSIAUX, § 6: *Die römischen Rechtsschichten*, in U. BABUSIAUX u.a. (Hrsg.), *Handbuch des Römischen Privatrechts*, Tübingen 2022, S. 114-192 (im Druck).
- BALDUS/BLANCH NOUGUÉS/NITSCH/VARVARO 2017 = C. BALDUS/J.M. BLANCH NOUGUÉS/A. NITSCH/M. VARVARO, *Keine Debatte? Reimarus 1830. Ein Postscriptum*, in *Interpretatio Prudentium* 2.1 (2017), S. 203-216.
- BALDUS 2017 = C. BALDUS, *Quae a philosopho desideretur oder Die Digestenexegese als Kunst der Vorfrage*, in *ius, ars, philosophia et historia. Festschrift für Johannes Strangas zum 70. Geburtstag*, Baden-Baden/Athen/Thessaloniki 2017, S. 789-807.
- BALDUS 2020a = C. BALDUS, *Bluhme 1820–2020: Que perspectivas para a investigação? (Editorial)*, in *Interpretatio Prudentium* 5.1 (2020), S. 15-22.
- BALDUS 2020b = C. BALDUS, *Fra 'prolegomena' e studi ulteriori: l'impatto di alcune tradizioni novecentesche sulla ricerca 'ad Vitellium'*, in C. BALDUS, G. LUCHETTI, M. MIGLIETTA (a c. di), *Prolegomena per una palinogenesi dei libri 'ad Vitellium' di Paolo. Atti dell'incontro di studi italo-tedesco (Bologna – Ponte Ronca 26–29 maggio 2016)*, Alessandria 2020, S. 375-381.
- BALDUS 2021 = C. BALDUS, *Wer braucht die Meistererzählungen? Eine rechtsromanistische Perspektive*, in *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 43 (2021), S. 92-118.
- BLANCH NOUGUÉS 1998 = J.M. BLANCH NOUGUÉS, *El edicto de los magistrados en el lenguaje de la jurisprudencia romana ('Pars edicti' – 'Clausula' – 'Edictum'). Un estudio de derecho romano*, Madrid 1998.
- BLUHME 1820 = F. BLUHME, *Die Ordnung der Fragmente in den Pandectentiteln. Ein Beitrag zur Entstehungsgeschichte der Pandecten*, in *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* 4 (1820), S. 257-472.
- BÖHR 2002 = R. BÖHR, *Das Verbot der eigenmächtigen Besitzumwandlung im römischen Privatrecht. Ein Beitrag zur rechtshistorischen Spruchregelforschung*, München-Leipzig 2002.
- CENDERELLI 1983 = A. CENDERELLI, *Digesto e predigesti. Riflessioni e ipotesi di ricerca*, Milano 1983.
- CENDERELLI 2005 = A. CENDERELLI, *La compilazione del Digesto: una svista di Triboniano come prova dell'esistenza di un predigesto*, in *Iura. Rivista internazionale di diritto romano e antico* 40 (2004/2005), S. 61-91.
- COSSA 2018 = G. COSSA, *Sulla soglia delle Institutiones: Paolo e il genere isagogico*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 84 (2018), S. 93-118.
- COSSA 2020 = G. COSSA, *Nuove riflessioni sulla presenza dei libri singulares nella massa 'editatale'*, in *KOINΩNIA* 44 (2020), S. 363-387.
- DIÓSDI 1971 = G. DIÓSDI, *Das Gespenst der Prädigesten*, in *Labeo* 17 (1971) 187-192.
- DURSI 2019 = D. DURSI, *Aelius Marcianus. Institutionum libri I–V*, Roma 2019.
- DUX 2023 = E. DUX, *Die Verschiebung des Mittelteils der Ediktskommentare in die Sabinusmasse. Inhaltliche Gründe oder Arbeitsteilung*, in *Interpretatio Prudentium* 7 (2022, aber 2023) (in Vorbereitung).

- EHMER 2017 = M. EHMER, *Die Massentheorie aus Sicht der Lehre von den Textstufen*, in *Interpretatio Prudentium* 2.1 (2017), S. 45-118.
- EHRENHARD-DICKESCHEID 2017 = L. EHRENHARD-DICKESCHEID, *Die Diskussion der Bluhme'schen Massentheorie 1820-1950*, in *Interpretatio Prudentium* 2.1 (2017), S. 119-150.
- FERRAY 1997 = J.L. FERRAY, *Les titres des textes juridiques*, in J.C. FREDOUILLE u.a. (éds.), *Titres et articulations du texte dans les œuvres antiques. Actes du Colloque International de Chantilly 13-15 décembre 1994*, Paris 1997, S. 233-253.
- FERRAY, MAROTTA, SCHIAVONE 2021 = J.L. FERRAY, V. MAROTTA, A. SCHIAVONE, *Cnaeus Domitius Ulpianus. Institutiones. De censibus*, Roma 2021.
- FREHSE 2022 = E. FREHSE, *Die Bluhme'sche Massentheorie im Lichte der Einfügung der libri regularum Marcians, der libri responsorum Ulpianus und der libri responsorum des Paulus in die Digesten*, in *Interpretatio Prudentium* 6.2 (2021, aber 2022) (im Druck).
- FUNK 2022 = M. FUNK, *Die Massentheorie in Italien: Erste Rezeptionswege und eine Auswertung italienischer Werke des frühen 20. Jahrhunderts zu den libri institutionum*, in *Interpretatio Prudentium* 6.2 (2021, aber 2022) (im Druck).
- HARKE 2022 = J.D. HARKE, *Os libri ad Sabinum de Domitius Ulpianus – um comentário lematizado?*, in *Interpretatio Prudentium* 6.2 (2021, aber 2022) (im Druck).
- HOFMANN 1900 = F. HOFMANN, *Die Compilation der Digesten Justinians. Kritische Studien*, Wien 1900.
- HONORÉ 1978 = T. HONORÉ, *Tribonian*, London 1978.
- HONORÉ 2010 = T. HONORÉ, *Justinian's Digest*, Oxford 2010.
- HONORÉ 2011 = T. HONORÉ, *Duplicate texts and the compilation of the Digest*, in *Römische Jurisprudenz – Dogmatik, Überlieferung, Rezeption. Festschrift für Detlef Liebs zum 75. Geburtstag*, Berlin 2011, S. 261-274.
- HUGO 1821 = G. HUGO, *Lehrbuch eines civilistischen Cursus. Siebenter Band, welcher die Digesten enthält*, Berlin 1821, Ndr. Goldbach 1997.
- KAISER 1991 = W. KAISER, *Digestenentstehung und Digestenüberlieferung. Zu neueren Forschungen über die Bluhme'schen Massen und der Neuauflage des Codex Florentinus*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung* 108 (1991), S. 330-350.
- KASER 1975² = M. KASER, *Das Römische Privatrecht. Zweiter Abschnitt. Die nachklassischen Entwicklungen*, 2. Aufl., München 1975.
- KELLER 2017 = M. KELLER, *Die Bluhme'sche Massentheorie aus der Sicht der Lehre von den Werktypen*, in *Interpretatio Prudentium* 2.1 (2017), S. 151-202.
- KOPPERS 2022 = C. KOPPERS, *L'intégration des livres de adulteriis dans la masse sabinienne*, in *Interpretatio Prudentium* 6.2 (2021, aber 2022) (im Druck).
- KRÜGER 1922 = H. KRÜGER, *Die Herstellung der Digesten Justinians und der Gang der Exzerption*, Münster 1922.
- LAMBERTINI 2020 = R. LAMBERTINI, *La «compilazioncella» dell'Arancio-Ruiz e la coerenza formale delle inscriptiones nel Digesto*, in P. FERRETTI, M. FIORENTINI (a c. di), *Formazione e trasmissione*

- del sapere: diritto, letteratura e società. VI incontro tra storici e giuristi dell'antichità*, Trieste 2020, S. 61-80.
- LIEBS 2017 = D. LIEBS, *Das Codexsystem. Neuordnung des römischen Rechts in nachklassischer Zeit*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung* 134 (2017), S. 409-443.
- LOHEIDE 2023 = S. LOHEIDE, *An den Grenzen der Massentheorie: Die Definition der Versetzungen. Zugleich eine Vorstellung eines romanistischen Hilfsmittels*, in *Specula Iuris* 3 (2022) (in Vorbereitung).
- LUCHETTI 2023 = G. LUCHETTI, *Triboniano e la tradizione giuridica del passato*, in *Interpretatio Prudentium* 7 (2022, aber 2023) (in Vorbereitung).
- MANTOVANI 1987 = D. MANTOVANI, *Digesto e masse bluhmiane*, Milano 1987.
- MANTOVANI 1993 = D. MANTOVANI, *Le masse bluhmiane sono tre*, in *Seminarios Complutenses de Derecho Romano* 4 (1993), S. 87-119.
- MANTOVANI 1997 = D. MANTOVANI, *Cent'anni dalla morte di Hofmann. Duecento dalla nascita di Bluhme*, in *Labeo. Rassegna di diritto romano* 43 (1997), S. 417-433.
- MANTOVANI 2018 = D. MANTOVANI, *Les juristes écrivains de la Rome antique. Les œuvres des juristes comme littérature*, Paris 2018.
- MOMMSEN 1858 = T. MOMMSEN, *Über den Inhalt des rubrischen Gesetzes*, in *Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts* 2 (1858), S. 319-334.
- NELSON 1981 = H.W.L. NELSON, *Überlieferung, Aufbau und Stil von Gai Institutiones*, Leiden 1981.
- PARICIO 1984 = J. PARICIO, Rez. zu A. CENDERELLI, *Digesto e predigesti. Riflessioni e ipotesi di ricerca*, in *Anuario de Historia del Derecho Español* 54 (1984), S. 673-677 = ID., *De la justicia y el derecho. Escritos misceláneos romanísticos*, Madrid 2002, S. 245-252.
- PARICIO 2022 = J. PARICIO, *Aspectos de la génesis del Digesto. Mis encuentros personales con los orígenes del Digesto*, in *Interpretatio Prudentium* 6.1 (2021, aber 2022) (im Druck).
- PETERS 1913 = H. PETERS, *Die oströmischen Digestenkommentare und die Entstehung der Digesten*, Leipzig 1913.
- PEZZATO 2022 = E. PEZZATO, *Brevi note sulle inscriptiones del Digesto*, in *Cultura giuridica e diritto vivente. Rivista online del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Urbino Carlo Bo* 10 (2022) (ohne durchlaufende Seitenummerierung).
- PUGSLEY 1995 = D. PUGSLEY, *Justinian's Digest and the compilers*, vol. I, Exeter 1995.
- PUGSLEY 2000 = D. PUGSLEY, *Justinian's Digest and the compilers*, vol. II, Exeter 2000.
- PUGSLEY 2014 = D. PUGSLEY, *Did Bluhme realise that his tables were right, but his history was wrong?*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung* 131 (2014), S. 403-413.
- PUGSLEY 2020 = D. PUGSLEY, *Three short papers on Bluhme*, in *Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi* 69.2 (2020), S. 1137-1154.
- QUEIROZ DE MORAES 2022 = B. QUEIROZ DE MORAES, *O estudo do Digesto pela jurisromanística Brasileira: passado, presente e futuro*, in *Interpretatio Prudentium* 6.1 (2021, aber 2022) (im Druck).

- RAINER 2023 = M. RAINER, *Neuere Forschungen zur Entstehung der Digesten*, in *Interpretatio Prudentium* 7 (2022, aber 2023) (in Vorbereitung).
- REIMARUS 1830 = G.A. REIMARUS, *Bemerkungen und Hypothesen über die Inscriptionenreihen der Pandectenfragmente. Ein rechtsgeschichtlicher Versuch*, Göttingen 1830.
- REPNOW 2017 = R. REPNOW, *Überlegungen zur quantitativen Stilanalyse römischer Rechtstexte*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 83 (2017), S. 101-129.
- REPNOW/STUMPF 2020 = R. REPNOW, A. STUMPF, *Themen in 'ad Vitellium' und die äußeren Systeme der klassischen Jurisprudenz*, in C. BALDUS, G. LUCHETTI, M. MIGLIETTA (a. c. di), *Prolegomena per una palinogenesi dei libri 'ad Vitellium' di Paolo. Atti dell'incontro di studi italo-tedesco (Bologna – Ponte Ronca 26-29 maggio 2016)*, Alessandria 2020, S. 307-352.
- REPNOW 2022 = R. REPNOW, *V. Encontros jurispermanísticos de Lisboa. Massas Bluhmianas e libri institutionum. No bicentenário da publicação de Bluhme. 3.-4. Dezember 2021, Lissabon*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung* 139 (2022), S. 679-684.
- RIEDLBERGER 2020 = P. RIEDLBERGER, *Prolegomena zu den spätantiken Konstitutionen. Nebst einer Analyse der erbrechtlichen und verwandten Sanktionen gegen Heterodoxe*, Stuttgart 2020.
- RODRIGUES ROCHA 2023 = F. RODRIGUES ROCHA, *Gai. 2 rer. cott. e I. 2.1.48. São as diferenças relevantes?*, in *Interpretatio Prudentium* 7 (2022, aber 2023) (in Vorbereitung).
- SCHULZ 1961 = F. SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar 1961.
- SILVA SANTOS 2023 = J. SILVA SANTOS, *Libri institutionum, teoria das massas e (in)fungibilidade dos juristas. O caso de Cabral de Moncada*, in *Interpretatio Prudentium* 7 (2022, aber 2023) (in Vorbereitung).
- TAMBINI 2022 = V. TAMBINI, *¿Sobre las instituciones de Marciano y Ulpiano en el Digesto desde el punto de vista de la teoría sobre las masas – un orden?*, in *Interpretatio Prudentium* 6.2 (2021, aber 2022) (im Druck).
- WIEACKER 1935 = F. WIEACKER, *Die Struktur der Sabinusmasse*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung* 55 (1935), S. 292-308.

Le finzioni nella giurisprudenza romana*

Massimo Brutti

Dipartimento di Scienze Giuridiche, Roma Sapienza

Abstract (Italiano)

La finzione è un procedimento logico con il quale la rappresentazione di un fatto viene alterata o falsificata. Nel discorso giuridico, l'immagine alterata o falsificata del fatto serve a giustificare la scelta di una qualificazione giuridica e di una regolamentazione, che altrimenti non potrebbero applicarsi. Nel diritto romano la finzione è spesso usata sia nelle norme (come le *leges*, i *senatus consulta*, gli *edicta*, le *constitutiones principum*), sia nella giurisprudenza. I giuristi interpretano le norme, ma costruiscono anche finzioni autonome da introdurre nei casi controversi. Esse si differenziano dai procedimenti induttivi posti a base delle presunzioni e delle similitudini. Lo schema della finzione ricorre anche nelle trattazioni retoriche. Tra impieghi giuridici e retorici vi è una convergenza, un modo simile di intervenire sui fatti. Il fine è nel discorso retorico la persuasione, in quello giuridico la definizione di una disciplina oggettiva dei casi. Questa disciplina è solitamente portatrice di innovazioni. Il saggio le esamina, soffermandosi sul contributo dei singoli giuristi.

Parole chiave: Finzioni, presunzioni, similitudini, immagini di casi controversi, mascheramento dei fatti, giuristi, innovazioni normative

Abstract (English)

*Fiction is a logical procedure by which the representation of a fact is altered or falsified. In legal discourse, the altered or falsified image of the fact serves to justify the choice of legal qualification and regulation, which otherwise could not apply. In Roman law, fiction is often used both in norms (such as *leges*, *senatus consulta*, *edicta*, *constitutiones principum*) and in jurisprudence. Jurists interpret norms, but they also construct autonomous fictions to introduce in disputed cases. They differ from the inductive procedures underlying presumptions and similitudes. The pattern of fiction also recurs in rhetorical treatises. Between legal and rhetorical uses there is a convergence, a similar way of intervening on facts. The goal is in rhetorical discourse persuasion, in legal discourse the establishment of an objective*

* Questo scritto nasce da una lezione svolta nel seminario dottorale su "Natura e finzione" presso l'École Française de Rome il 21 febbraio 2022.

discipline of cases. This discipline is usually the bearer of innovations. The essay examines them, dwelling on the contributions of individual jurists.

Keywords: Fictions, Presumptions, Similitudes, Images of disputed cases, Disguise of facts, Jurists, Normative innovations

1. Inventare la realtà

La finzione è un procedimento logico più volte impiegato nelle scienze giuridiche e negli enunciati prescrittivi. Dobbiamo distinguere i momenti storici nei quali viene usato, cogliendo la diversità delle pratiche e delle definizioni che ad esso corrispondono entro le culture europee. Studiare i suoi significati significa analizzare i contesti ove opera e gli itinerari argomentativi di cui è partecipe. Non vi è una storia unica della finzione, ma piuttosto una serie di mutevoli inclinazioni a fingere, per trarre conseguenze giuridiche da questo esercizio. Anche quando i linguaggi e le sintassi si rassomigliano, resta ferma e decisiva la differenza dei tempi e delle concezioni.

Il nucleo comune è l'invenzione della realtà, di volta in volta attuata sovrapponendo false rappresentazioni ai dati che l'esperienza conoscitiva incontra e fa propri. Si tratta di un percorso simile a quello che viene seguito con le escogitazioni retoriche. Nel diritto si finge per raggiungere e motivare una determinata regolamentazione; nell'esercizio oratorio per persuadere l'interlocutore.

Gli interpreti che lavorano sull'applicazione del diritto possono trasformare i propri concetti in invenzioni *ex nihilo*, sostituendo una costruzione nuova al referente da cui prendono le mosse, sia esso un dato normativo o un caso osservato nella realtà sociale. Fingere è un'iniziativa diversa dalla mera e comune sussunzione di un materiale empirico nell'una o nell'altra "struttura rappresentativa". Presuppone il distacco da quel materiale e la scelta di immaginare dati che esso non comprende, o di disattendere alcuni suoi elementi.

Dobbiamo distinguere la specifica volontà di fingere un fatto, di ignorare un'evidenza, dall'uso delle astrazioni, che è costante nei discorsi giuridici. Non diremo quindi che tutto il diritto è finzione, soltanto perché dà luogo ad una necessaria concettualizzazione dei fatti da regolare. Né considereremo la finzione come il riflesso passivo di una visione generale del mondo, che esalta la dimensione ipotetica di ogni conoscenza.

Questo modo di pensare è stato portato a conseguenze estreme da Hans Vaihinger. Nel 1911, con il libro *La Filosofia del come se*, egli ha definito la finzione come una categoria vasta ed universale, idonea ad esprimere il fondamento del conoscere e la risposta di ciascuno alle sollecitazioni dell'ambiente esterno. Si tratta di una generalizzazione, che non permette di cogliere il senso e le finalità di singoli procedimenti argomentativi, interni al mondo del diritto, fondati su un travestimento consapevole dei fatti.

Nella prospettiva di Vaihinger vi erano reminiscenze kantiane. La proiezione ontologica del fingere, posta a base di ogni attività intellettuale, si risolveva nella posizione di concetti vuoti

ed impediva un'analisi differenziata delle finzioni giuridiche, in diversi contesti storici¹. D'altro canto, nel ruolo costitutivo attribuito all'immaginare, al supporre, quale fondamento della conoscenza (nella sua totalità), si avvertiva un'enfasi soggettivistica, espressione di un impianto culturale tipico del primo Novecento. In particolare, l'idea di un soggetto in lotta con il mondo circostante, che afferma sé stesso inventando un ordine artificiale, appariva ideologicamente lontana da Kant².

¹ Vedi VAIHINGER 1911, nuova ed. 1922, trad. it. 1967. Il rapporto tra visione generale e singole scienze si comprende facilmente muovendo dalla rassomiglianza, che l'autore mette in luce, tra la scienza del diritto e la matematica (p. 44 ss.; 61 ss.). Entrambe usano concetti che non esprimono una percezione dei fatti, ma si muovono in una dimensione di autonomia rispetto ai dati empirici. I concetti giuridici assumono e conducono verso immagini uniformi le qualificazioni di dati particolari operate dal diritto. Analogamente, il sapere matematico si applica a rappresentazioni di fenomeni, traendo da esse gli elementi che possono coincidere con le proprie figure e i propri calcoli. "Spesso in entrambi gli ambiti si tratta di sussumere un caso singolo sotto uno generale, le cui determinazioni debbono ora essere applicate a quel caso singolo". Il nucleo comune è costituito dalla concettualizzazione, nella quale si svela sempre un punto di vista soggettivo. L'intendere è sussumere entro concetti, ciascuno dei quali si impone sulla materia della conoscenza. Ho richiamato sopra la nozione di "strutture rappresentative", che è usata dall'autore (p. 44). Questo schema non vale soltanto per l'affinità tra discorso giuridico e calcolo (un tema che già più volte era emerso nella cultura europea tra Settecento ed Ottocento). Secondo Vaihinger, tutte le scienze, con approssimazioni e vie diverse, convergono nel fingere i propri postulati e le idee che le costituiscono. Vi è uno spartiacque preciso tra il movimento della realtà e l'impegno a ridefinirla, ad interpretarla secondo supposizioni che generano ordine. La scienza segue un procedimento deduttivo che nasce da proposizioni inverificabili, sulla base delle quali si costruiscono immagini da riferire al mondo umano e regole per governarlo. "In conclusione l'enorme lavoro delle scienze moderne riduce tutto il divenire, che in ultima analisi è assolutamente inconcepibile, ad una mera misura soggettiva, di carattere puramente finzionale". La nozione kantiana di "cosa in sé" è l'esempio-limite: con essa il pensiero inventa la realtà, prima e al di là delle forme che costituiscono la conoscenza. Nell'introdurre l'edizione italiana del testo di Vaihinger, il curatore italiano, F. Voltaggio, parla di "concetti vuoti, del tutto privi cioè di contenuto, o, per meglio dire, con un contenuto la cui effettiva esistenza non può essere mai verificata" (p. 8). A proposito della generalità che caratterizza il valore gnoseologico della finzione entro questa prospettiva, vedi MICCÙ 2015, p. 198: "si giunge ad una radicalizzazione in senso ontologico del problema, ad una comprensione della 'realtà giuridica' come una 'immensa finzione', nella quale paradossalmente proprio la *fictio iuris* rischia di perdere la propria specificità...".

² La soggettività è sempre presente nei concetti, assieme al momento della libera creatività, che si esprime nel costruire, nel formare, nello strutturare. Per questa via credo che Vaihinger si distacchi dall'insegnamento di Kant. Basta ricordare, in una materia che tocca le problematiche del diritto, quale sia, secondo il filosofo di Königsberg, il nesso tra libertà, limiti all'azione dei singoli e disciplina giuridica della convivenza, posto quale idea necessaria, archetipo e guida per ogni costituzione legale, su cui si sofferma trattando la "dialettica trascendentale". Vd. KANT 1787, p. 301: "Una costituzione che miri alla maggiore libertà umana secondo leggi che facciano che la libertà di ciascuno possa coesistere con quella degli altri [...] è pure per lo meno un'idea necessaria, che deve essere a fondamento non solo del primo disegno d'una costituzione politica, ma di tutte le leggi, e in cui si deve, da principio, astrarre dagli ostacoli presenti, che probabilmente non derivano inevitabilmente dalla natura umana, quanto piuttosto dall'inosservanza delle idee vere in materia di legislazione". Kant non ammette che nella filosofia possa esservi un "appello all'esperienza contraria"; lo considera "triviale": la contrarietà nei fatti deriva dalla mancata adesione al dover essere delle idee; e questo rimane intatto. Invece, nel disegno teorico di Vaihinger, libertà e responsabilità non sono che elementi di un'approssimazione, quasi un'aspirazione all'ordine, da cui possono trarsi regole utili (p. 53 ss., ove tra l'altro si afferma che il concetto di libertà – "la condotta umana [...] come libera e perciò responsabile" – contraddice "la realtà osservata" ed è per la sua assolutezza privo di valore dal punto di vista morale). In questo quadro, viene prospettata l'invenzione della realtà come risultato di una ricerca, che ha un'esplicita connotazione ideologica. Secondo l'autore, la finzione, quale forma generale del pensiero, offre i mezzi per resistere al disordine, per opporre uno schermo al pessimismo: "la ricchezza dell'anima è costruita da questi mezzi che essa ha in sé, e che sono eccitati dalla necessità e stimolati dal mondo esterno; l'organismo è immerso in un complesso di sensazioni del tutto contraddittorie, soffocato dalle spire di un mondo esterno ad esso ostile e, per sopravvivere, costretto a cercare, tanto dentro di sé come fuori, tutti i possibili mezzi di aiuto. Dalla necessità e dal dolore è suscitato lo sviluppo spirituale, la coscienza si ridesta attraverso contraddizioni e conflitti, e l'uomo deve la sua evoluzione spirituale più ai suoi nemici che ai suoi amici" (p. 24). Lo sfondo di angoscia novecentesca su cui si staglia la filosofia della finzione è comune ad altre visioni contemporanee, che esaltano fino al paradosso il soggettivismo di ogni conoscenza, di ogni atto interpretativo, suggerendo l'identificazione tra l'intendere e il creare.

L'ambito del mio discorso sarà un altro. Intendo guardare più da vicino le finzioni nel campo del diritto. Volgerò l'attenzione verso gli scopi a cui mirano, specialmente quando introducono regole innovative e visibili discontinuità.

Com'è scritto nella prima definizione moderna di questo procedimento, formulata da Andrea Alciato, l'alterazione della verità è necessariamente animata da un movente, dall'idea di una *iusta causa*³. L'umanista si appropria di singoli dispositivi tratti da precedenti dottrine, collocandoli entro una visione unitaria ed ancorando la manipolazione dei fatti all'orizzonte teorico della possibilità. Richiama i procedimenti dei giuristi antichi, già presenti nella scienza medievale e d'ora in poi destinati a nuovi usi. Sulle sue orme si muove Iacopo Menochio, formulando una definizione analoga: dalla *iusta causa* nasce l'*effectus iuris* indotto dalla finzione⁴.

Si tratta di costruzioni che attraversano la tradizione europea. L'idea di autonomia dal mondo empirico, che esse sottintendono, le avvicina all'immaginazione letteraria⁵. “Sebbene – ha osservato Oskar von Bülow nel 1879 – il diritto non sia amico della fantasia, si vede comunque che esso non può stare senza il suo aiuto”⁶. Ma impiegare la fantasia nelle attività che formano il mondo giuridico significa introdurre una tensione, più o meno forte, rispetto ai dati da cui si muove: vale a dire le forme di vita consolidate, oppure la disciplina che viene dal passato. Per quel che riguarda la scienza del diritto, quando ad essa si accorda una maggiore libertà ed un ruolo politico, la tensione cresce. Manipolare la realtà, inventare i casi serve ad introdurre un cambiamento nel dover essere.

Intorno alla genealogia delle finzioni, alla loro formulazione che cambia nel tempo ed ai temi che vi sono connessi, esistono numerosi studi. Nelle pagine che seguono, mi propongo di mettere a fuoco alcune forme antiche di questa genealogia, elaborate dal pensiero giuridico romano. Tutte iscritte nell'ambito di una ricorrente spinta creativa, nelle norme e nella giuri-

³ Vedi al riguardo Andreae ALCIATI *De praesumptionibus*, in ALCIATI 1548, col. 726 s.: ...*primo ergo videndum est quid sit Fictio. Et Bartolus in l. si quis pro empto. ff. de usucap. (= D. 41.3.15) et post eum Moderni referunt varias definitiones antiquorum, quae tamen de facili impugnari possunt. Unde tu ita definias: Fictio, est legis adversus veritatem in re possibili ex iusta causa dispositio...* Moderni sono quindi i giuristi che scrivono dopo Bartolo. In comune con i glossatori ed i commentatori essi hanno l'interesse per i testi giuridici antichi e la rielaborazione di quel materiale normativo, secondo canoni che mutano nel tempo. L'umanesimo si allontana dalla scienza medievale, ma lavora continuamente sulle pratiche di attraversamento della compilazione giustiniana che erano state elaborate da quella scienza. Le utilizza con un'autonomia nuova rispetto al *Corpus Iuris*, in gran parte legata alla contestazione del principio di autorità.

⁴ MENOCHII 1587, fo. 8: ...*fictio est indubitatae falsitatis pro veritate assumptio in casu possibili, et ex iusta causa ad inducendum aliquem iuris effectum, aequitati naturali non repugnantem. Laequitas naturalis* rappresenta il fondamento e il limite della falsificazione. E da notare l'assenza negli umanisti del collegamento tra finzione e conservazione del passato che vedremo in Savigny. Vedi più avanti, nt. 177.

⁵ A proposito delle argomentazioni retoriche, che si muovono nel campo del possibile (lo stesso campo entro il quale, secondo Alciato, può operare la finzione), il parallelismo era già enunciato dall'Auctor *ad Herennium* 1.13: ...*Argumentum est ficta res, quae tamen fieri potuit, veluti argumenta comoediarum* ... Senza pensare ad una meccanica proiezione da un campo ad un altro della cultura romana, credo che le strutture argomentative della retorica siano in più occasioni convergenti con le forme del pensiero giuridico. Come svelano i rispettivi linguaggi ed alcune ricorrenti procedure logiche (l'esempio più evidente è la dicotomia *scriptum-sententia* o *scriptum-voluntas*). Vedi più avanti, pp. 133 ss. e p. 161.

⁶ VON BÜLOW 1879, p. 3.

sprudenza, che Alciato – come si è visto – formalizza in una definizione astratta, destinata a reggere nel tempo⁷.

2. Le immagini giuridiche

“La finzione è un procedimento che [...] appartiene alla pragmatica del diritto”. Queste parole si leggono all’inizio di un saggio sulla *fictio legis*, scritto da Yan Thomas e pubblicato nel 1995. La finzione rientra tra le *operations du droit*, che costituiscono la macchina storica e le strutture logiche del diritto romano. A questo genere di invenzioni Thomas ha dedicato una serie di studi, durante gli ultimi due decenni del Novecento ed i primi anni del nuovo secolo⁸.

Ciascuna delle *operations du droit*, che egli analizza, mira a risultati pratici, vale a dire al disciplinamento dell’agire sociale.

Ciò implica un’elaborazione di immagini con la quale vengono definiti i fatti e i comportamenti oggetto di disciplina. Da ogni immagine tracciata si fa derivare la scelta delle conseguenze giuridiche. La costruzione delle immagini avviene attraverso norme autoritative, di vario genere (vedremo quali); oppure le immagini di comportamenti da cui discendono specifiche forme di trattamento giuridico vengono disegnate dalla *scientia iuris*, entro la dimensione casistica che le è propria. I giuristi offrono alla prassi soluzioni riferite a problemi controversi. Per far ciò interpretano le prescrizioni, le consuetudini, il pensiero degli *antecessores*. Le soluzioni diventano precedenti (da usare in futuro) e concorrono, nella loro pluralità, a formare la tradizione, spesso anche con divergenze tra l’uno e l’altro giurista. I disaccordi, i casi di *ius controversum*, animano un confronto ideale, che si svolge per un lungo tempo, attraverso le generazioni, dal II secolo a.C. fino ai primi decenni del III secolo d.C.

Il momento dell’applicazione del diritto, a partire dalle norme e dagli enunciati dei giuristi, si ha quando il giudice a sua volta costruisce un’immagine del fatto concreto che è davanti a lui, oggetto di una controversia da decidere. Egli ricollega quest’ultima immagine, formata nel vivo della prassi, ad una di quelle già presenti nelle prescrizioni autoritative o nella giurisprudenza. Da qui discende la decisione.

Dobbiamo guardare dall’interno ciascuna operazione che concettualizza il caso. Sia nelle norme, sia nel lavoro dei giuristi, la costruzione dell’immagine avviene sempre ad una certa distanza dai dati empiricamente rilevabili. Essa è il risultato di un procedimento selettivo e di una serie di verbalizzazioni dell’esperienza. Ogni operazione si colloca quindi su un terreno artificiale. Thomas spiega limpidamente questo carattere di fondo. I concetti giuridici, gli enunciati che li delincono, non si identificano con la vita. Sono strutture logiche autonome, che vengono elaborate ed usate per governare la vita. Studiare la loro produzione ed il loro funzionamento è una via per storicizzare le forme della regolazione giuridica e i poteri che la determinano.

⁷ Per il livello di generalità ed astrazione che la allontana dalla casistica, essa può essere riferita anche a procedimenti di epoca attuale, propri della normazione o dell’interpretazione.

⁸ Alcuni di essi sono stati ripubblicati da Marie Angèle Hermitte e Paolo Napoli: v. THOMAS 2011.

Nei testi normativi (*leges*, senatori consulti, editto del pretore) e soprattutto nella *iurisprudencia*, gli artifici sono spesso più pronunziati; lo iato tra le immagini e i dati empirici è più forte. La concettualizzazione dei casi può far sì che si traggano conseguenze generali e certe in base a singoli dati empiricamente rilevabili: da questi si desume l'immagine di una realtà verosimile (come avviene mediante la presunzione, di cui dirò tra poco). Casi diversi possono essere accomunati entro i medesimi concetti (e le medesime regole), in base alla somiglianza di alcuni tratti che si considerano costitutivi nelle situazioni messe a confronto. Oppure, la concettualizzazione può travestire i dati, può sostituire a ciò che si intende per vero una diversa rappresentazione. Quando appare questa drastica e consapevole *coupure*, allora siamo di fronte ad una finzione. "La finzione – chiarisce ancora Thomas – esige in primo luogo la certezza del falso [...] occorre che il falso non lasci alcun dubbio e che l'operazione di snaturamento sia assolutamente certa"⁹: occorre insomma che si attui una "sovversione del fatto"¹⁰.

Muovendo da queste parole così nette, che traggio dal saggio del 1995, mi propongo di affrontare tre temi, con vari esempi, relativi ai procedimenti di contraffazione del vero ed ai risultati giuridici che ne derivano.

Anzitutto, cercherò di fissare i lineamenti teorici delle finzioni antiche ed in base a questi la differenza rispetto al procedimento logico della presunzione ed a quello della similitudine (che sono vicini e che emergono parallelamente nelle fonti romane). In secondo luogo, esaminerò alcuni testi normativi, nei quali interviene una *factio*: la *lex Cornelia*, che inventa una successione fuori dalle regole consolidate; il senatorio consulto relativo alla figura eccezionale dell'usufrutto di danaro; il senatorio consulto neroniano, a partire dal quale si immagina un atto giuridico diverso da quello effettivamente compiuto, semplificando la disciplina dei legati; la clausola dell'editto pretorio sulla *bonorum possessio*, che modifica il meccanismo ereditario, e quella che introduce l'*actio Publiciana* (accompagnata da una corrispondente *exceptio*), determinando una novità duratura nel regime di circolazione dei beni. In terzo luogo, metterò in luce, attraverso la lettura di frammenti dei giuristi, come le finzioni si affermino o vengano meno nel tempo e come siano impiegate per realizzare obiettivi di politica del diritto. Gli esempi sono scelti per la loro capacità di svelare la logica interna del fingere ed il suo impatto nella pratica.

3. I presupposti della finzione

Il diritto può fondarsi sull'alterazione della verità, al pari del discorso retorico, che costruisce strategie persuasive anche in contrasto con i fatti, almeno quando può eluderne l'evidenza. Come già emerge dai testi retorici romani del I secolo a.C., ciò che si intende per vero è consi-

⁹ THOMAS 1995, 17 s., trad. it., 2016, 17 s.

¹⁰ Altra cosa è la narrazione da parte dei giuristi di casi immaginati e discussi a fini di esemplificazione, o per la costruzione di analogie: sono questi gli *exempla ficta* di cui parla Cicerone in *Top.* 10.45. Cfr. anche, a proposito di *quaestiones* non ricavate dalla prassi, ma sorte nell'elaborazione teorica, l'uso di *fingere* nel senso di "supporre un caso" (BIANCHI 1997, p. 28 ss. e nt. 54).

derato sullo stesso piano del probabile; ha bisogno degli stessi mezzi argomentativi per imporsi nel contrasto delle opinioni. Senza gli strumenti della retorica, *saepe veritas fidem non potest facere* (spesso la verità non è in grado di persuadere): così scrive intorno all'87 a.C. l'*Auctor ad Herennium*¹¹. L'assimilazione del vero al probabile apre uno spazio alla manipolazione dei fatti che si raffigurano; e questa viene usata in più campi teorici. La difesa ciceroniana dello scetticismo di Carneade, la tendenza a relativizzare le certezze stoiche rientrano in questa prospettiva¹². Il varco epistemologico tra verità e rappresentazione, che costituisce un tema della cultura ellenistica, è anche alla base delle finzioni giuridiche. Sia quando considerano irrilevante ai fini della regolazione e delle decisioni giudiziarie qualcosa che esiste; sia quando danno rilevanza a ciò che non esiste. Vale quindi per ogni *fictio* l'idea che il falso possa presentarsi come probabile: *teneatur modo illud non inesse in is quicquam tale quale non etiam falsum nihil ab eo differens esse possit*. . . : “purché si tenga presente che non vi è nulla nelle cose percepite che non possa essere falso, senza alcuna differenza”¹³.

¹¹ *Auctor ad Her.* 1.16. Si veda anche (1.3) la definizione di *inventio* (attitudine e pratica fondamentale per l'oratore). Essa si risolve in una sequenza logica che comprende sullo stesso piano le *res verae aut veri similes, quae causam probabilem reddant*.

¹² Si veda l'accurata trattazione in *Lucull. (Acad. II)* 31. 99-101: *Duo placet esse Carneadi genera visorum; in uno hanc divisionem, alia visa esse quae percipi possint < alia quae non possint, > in altero autem alia visa esse probabilia alia non probabilia. Itaque quae contra sensus contraque perspicuitatem dicantur ea pertinere ad superiorem divisionem, contra posteriorem nihil dici oportere [...].* Il fondamento della rappresentazione (*visus*) non è in discussione se essa si forma ed agisce nella sfera del probabile. Qui non operano i sensi né l'evidenza dei fatti. Perciò la tesi di Carneade è che vi siano rappresentazioni sganciate dalla percezione, eppure sottoposte all'approvazione dell'interlocutore, quindi alla persuasione, al gioco degli argomenti: *... Quare ita placere, tale visum nullum esse ut perceptio consequeretur, ut autem probatio multa.* Nel seguito del testo si afferma che la mescolanza di vero e falso, l'accettazione di ciò che è probabile e la possibilità che questo orienti la vita sono parte della natura. Cicerone dà spazio alla problematizzazione dell'ordine stoico (tema ricorrente nell'opera che si suole chiamare *Academica*, scritta nel 45 a.C.). Ne discende un'immagine del sapere in cui campeggia uno spiccato relativismo, che non è tuttavia la rinuncia a qualsiasi criterio di scelta tra le rappresentazioni. Torna utile qui il ricordo del pensiero di Arcesilao (*Academ. I*, 44), pensatore del III secolo a.C., che privilegiava l'εὐλόγον, il ragionevole, come termine di riferimento delle *probationes* e sostegno delle rappresentazioni. Un relativismo del genere non ha esiti distruttivi. È possibile orientare la vita in base ad esso. Vedi *Lucull. (Acad. II)* 31-99: *[...] Etenim contra naturam esset, < si > probabile nihil esset; sequitur omnis vitae ea quam tu, Luculle, commemorabas eversio. Itaque et sensibus probanda multa sunt, teneatur modo illud, non inesse in is quicquam tale quale non etiam falsum nihil ab eo differens esse possit – sic quidquid acciderit specie probabile, si nihil se offerret quod sit probabilitati illi contrarium, utetur eo sapiens, ac sic omnis ratio vitae gubernabitur. Etenim is quoque qui a vobis sapiens inducitur multa sequitur probabilia non comprehensa neque percepta neque adsensa sed similia veri, quae nisi probet omnis vita tollatur (ibidem, 99).* È uno dei brani dai quali traspare in modo più netto il riconoscimento di un valore del probabile e delle costruzioni intellettuali che appaiono (sempre in base ad elementi non assoluti) prossime al vero. Ma il tema – come ho detto – torna più volte. Cicerone attraverso le discussioni sulla filosofia e sull'oratoria, con una consapevole apertura al pluralismo ed alla controvertibilità delle rappresentazioni (che riconosce nei diversi ambiti culturali del suo tempo).

¹³ Cic., *Lucull. (Acad. II)* 31.99 La rappresentazione è concepita come un *visus* che può prescindere dalla percezione. Cfr. Cic., *De nat. deor.* 1.12: *... multa esse probabilia, quae quamquam non perciperentur, tamen, quia visum quondam haberent insignem et illustrem, his sapientis vita regetur.* È ancora utile leggere le pagine di Pohlenz 1959, trad. it. 1967, rist. 1978, I, p. 97 ss., sulla presenza, già nel pensiero di Zenone, di una relazione tra rappresentazione (φαντασία = *visus*) e λόγος; entro questa relazione agisce l'assenso. Vedi Cic., *Acad.* 1.11.40-41: *... sed ad haec quae visa sunt et quasi accepta sensibus assensionem adiungit animorum, quam esse vult in nobis positam et voluntariam.* Se la conclusione del processo conoscitivo (e degli enunciati che lo esprimono) è la comprensione (κατόληψις), si deve immaginare l'assenso come un *genus* rispetto ad essa. Si veda la puntuale esposizione di MIGNUCCI 1965, p. 69 ss., spec. p. 74 e 76, sull'assenso vero, falso, debole, precipitoso. Quello debole è “corrispondente al livello di conoscenza opinativa”. Cfr. Sext. *Empiric. Adv. Math.* 7.151. Inoltre, “in ragione dell'assenso le rappresentazioni si distinguono in persuasive (πιθανά) e non persuasive (ἀπίθανά) e le prime sono quelle che ‘producono una lieve mozione dell'anima’, cioè conducono ad un assenso non costringente, mentre le seconde inducono a non concedere il proprio assenso”. Vi è dunque uno spazio aperto, nel quale la rappresentazione viene convalidata o assunta come problematica.

Il rapporto tra la falsa rappresentazione e il risultato utile che si collega ad essa è spiegato con chiarezza in un passo di Quintiliano, a proposito di *argumenta a fictione* nelle procedure della retorica:

Illud adiciendum videtur, duci argumenta non a confessis tantum sed etiam a fictione, quod Graeci καθ' ὑπόθεσιν vocant, et quidem ex omnibus isdem locis, quibus superiora, quia totidem species esse possunt fictae quot verae. Nam fingere hoc loco est proponere aliquid, quod, si verum sit, aut solvat quaestionem aut adiuvet, deinde id, de quo quaeritur, facere illi simile.

Mi sembra da aggiungere che le argomentazioni non si ricavano soltanto da dati incontestabili, ma anche dalla finzione che i greci chiamano ‘per ipotesi’ e precisamente da tutti gli stessi luoghi già sopra trattati, poiché vi possono essere tante specie finte, quante sono quelle vere. Infatti, fingere, in questo luogo¹⁴, significa proporre qualcosa che, se fosse vero, risolverebbe la questione o aiuterebbe a risolverla e significa quindi rendere il fatto di cui si discute simile a ciò che si finge¹⁵.

In questo spazio può collocarsi l'artificialità di rappresentazioni non rispondenti al vero, ma accettate. Sullo sfondo, opera un pensiero già maturato nella filosofia stoica, sia attraverso l'attenzione ai processi immaginativi, riconducibile a Crisippo, sia con il ragguaglio analitico circa le rappresentazioni vuote o distorte, che sembra provenire da Antipatro di Tarso, secondo un testo recentemente scoperto. Vedi in proposito Diog. Laert. 7.52 in *Stoicorum Veterum Fragmenta* II, 87, sulla costruzione degli “oggetti del pensiero”, ottenuta discostandosi da ciò che abbiamo davanti. Riguardo ad Antipatro, si deve ora considerare il *Papyrus Berolinesis*, edito da SZIMANSKY 1990, p. 139 ss., a proposito del quale vedi, con ampia critica testuale, CPF II.1, 2019, p. 6 ss. È anche da leggere lo studio di ALESSE 2018, p. 145 ss., spec. 150 s. e 162 s., con puntuali considerazioni sul concetto di rappresentazione, sull'assenso che è *in nostra potestate* e sulle rappresentazioni vuote o distorte. Vedremo tra poco come l'artificiale o il falso (di cui gli stoici avevano tracciato le condizioni in termini di teoria della conoscenza) venga innestato nei discorsi giuridici, poiché ritenuto utile. È qualcosa che interviene dall'esterno, imponendosi alla trattazione dei casi. Anche il richiamo all'uso della dialettica, in rapporto alla *scientia iuris*, che affiora più volte in Cicerone e trova un'eco – sia pure approssimativa – nei giuristi, presuppone un innesto simile: vale a dire una distanza tra l'*ars* (*extrinsecus adhibita*) ed il materiale che essa organizza. Cfr. Cic., *De orat.* 1.41.186: dopo l'esposizione delle *actiones* da parte di Gneo Flavio non vi sono stati giuristi *qui illa artificiose digesta generatim componerent*. Ancora più chiaramente Cic., *De orat.* 1.42.188: *...adhibita est igitur ars quaedam extrinsecus ex alio genere quodam, quod sibi totum philosophi adsumunt, quae rem dissolutam divolsamque conglutinaret et ratione quadam constringeret...* La dialettica è applicazione al dato giuridico di reti concettuali che nascono fuori dal diritto. Esse non hanno un carattere assoluto né una rispondenza ontologica: servono a dare ordine alla materia (è il senso di *artificiose digerere*). Sull'uso della dialettica in rapporto ai singoli oggetti della conoscenza giuridica, si veda l'elogio di Servio in Cic., *Brut.* 41.152; ed ancora *De orat.* 1.42.188-191. Cfr. SCHULZ 1961, trad. it., 1968, p. 119 ss. e 130 ss. e vedi ora LOVATO 2021, p. 119 ss. Per un'indagine pionieristica intorno agli schemi dialettici introdotti nello *studium iuris* (e al servizio di questo), vedi ORESTANO 1959, rist. 1998, 1341 ss.

¹⁴ Si riferisce alla categoria generale *locus argumentorum*, cui è dedicato il capitolo 5.10 dell'*Institutio oratoria*. Essa rientra nella trattazione del libro quinto sulle *probationes*, suddivise in oggettive ed artificiali.

¹⁵ Quint., *Inst. orat.* 5.10.95-96. BRETONE 2001, p. 311 esclude, senza argomentare, che la *factio* retorica possa avere qualcosa in comune con la *factio* giuridica. A me sembra invece di vedere un'affinità tecnica, che nei due contesti corrisponde a scopi diversi. Meno chiara è l'esposizione in un altro testo quintiliano (*Inst. orat.* 6.3.61): *...Adhuc est subtilior illa ex simili translatio, cum, quod in alia re fieri solet, in aliam mutuamur. ea dicitur sane factio [...]* Sembra che in queste parole sia ripreso lo schema ciceroniano dell'*exemplum fictum*, descritto nei *Topica*, su cui vedi più avanti, p. 123 ss. Invece, attraverso il congegno logico che può trarsi dal primo brano quintiliano sopra citato (5.10.95-96), si suppone una manipolazione del caso, tale da aprire la strada ad una soluzione persuasiva della controversia. Osservo infine, sempre a proposito di Quintiliano, che nella *Institutio oratoria* affiora più volte la vocazione relativistica del discorso retorico. Costituisce per l'autore un problema, poiché rischia di introdurre un contrasto con la giustizia, con l'onestà dell'oratore. Su questo punto egli richiama Platone. *Ibidem*, 2.15.31: [...]
Doctores quoque eius artis parum idonei Platoni videbantur, qui rhetorice in iustitia separarent et veris credibilia praeferrent; nam id

Gli esempi citati, tratti da Cicerone, riguardano *orationes*. La *factio* è un'ipotesi non vera, presa sul serio: qualcosa di simile ad un errore volontario, che diviene – si può dire – “fonte di verità giuridica”¹⁶. Essa è applicata ai fatti controversi, che vengono ricondotti a ciò che si finge. Inventare corrisponde ad uno scopo utile: vi è sempre – va sottolineato – un nesso tra la simulazione consapevole di dati non reali, e la finalità perseguita: sia essa la persuasione riguardo ad un caso, oppure la definizione di una disciplina giuridica oggettiva. Insomma, ogni volta che fingo, nel discorso retorico o nella *scientia iuris*, mi muovo “come se” l'ipotesi fosse vera e così raggiungo una soluzione.

Il medesimo congegno emerge – vedremo – da numerosi testi della *iurisprudencia*, ove la finzione opera all'interno del singolo caso e ne fissa alcuni aspetti, in vista di un trattamento giuridico derivante dalla rappresentazione scelta. Il passo di Quintiliano delinea un procedimento che è perfettamente convergente con le invenzioni dei giuristi.

Infine, a completare il quadro, va osservata la netta distanza teorica della *factio* da ogni forma di ragionamento induttivo. Ciò che si immagina è fuori dall'esistente.

Leggiamo nell'opera ciceroniana *De inventione*:

... *'Inductio' est oratio quae rebus non dubiis captat assensionem eius, quicum instituta est; quibus assensionibus facit, ut illi dubia quaedam res propter similitudinem earum rerum, quibus assensit, probetur...*

‘Induzione’ è il ragionamento che, mediante fatti non dubbi, cerca di ottenere l'assenso di colui al quale si rivolge; essa con questo tipo di assenso fa in modo che sia accettato dall'interlocutore un fatto dubbio, per effetto della similitudine con i fatti sui quali aveva manifestato il suo assenso...¹⁷.

Il fatto dubbio si interpreta e si comprende accostandolo a fatti già noti e sul cui significato vi è il consenso dell'interlocutore. Si ragiona quindi a partire dalla realtà¹⁸.

quoque dicit in Phaedro. Cfr. PLATO, *Fedr.* 267-272. Ribadisce tuttavia che l'eloquenza è diretta dall'utilità (2.13.6-7). E pone in risalto il parallelo relativismo della giurisprudenza, usando la categoria *ius controversum* (di cui la storiografia ha colto più volte la capacità euristica): *Inst. orat.* 7.6.1; 12.3.6; 12.3.8. Cfr. BRUTTI 2003, p. 403 ss.; 426 s.

¹⁶ Secondo la suggestiva sintesi di Fories 1974, p. 7 ss., nella quale tuttavia l'espressione “verità giuridica” indica il fine dell'operazione. Sull'intera materia si vedano le conclusioni di PERELMAN nello stesso libro del 1974, p. 339 ss.

¹⁷ Cic., *De inv.* 1.51.

¹⁸ È un modello che si ripropone più volte nella tradizione romanistica, come base delle *praesumptiones* (su cui resta fondamentale l'ampia trattazione di Alciato). Il meccanismo logico è elementare ed attiene sia all'accertamento sia alla qualificazione giuridica dei fatti. Si veda in proposito il quadro concettuale fissato da Robert-Joseph POTHIER 1761, II ediz. 1764, ediz. 2011, §§ 840-850, p. 408 ss. Questi, a sua volta, si ispira all'insegnamento umanistico, ponendo in primo piano la concisa definizione di Cuiacio, orientata in senso induttivo: “On peut définir la présomption, un jugement que la loi ou l'homme porte sur la vérité d'une chose, par une conséquence tirée d'une autre chose. Ces conséquences sont fondées sur ce qui arrive communément et ordinairement: *Praesumptio ex eo quod plerumque fit*. Cujac. *in parat. ad tit. cod. de probat. et praes.* Par exemple, la loi présume qu'un dette a été payée, lorsque le créancier a rendu au débiteur son billet, parceque communément et ordinairement le créancier ne remet au débiteur son billet qu'après le paiement de la dette”. Egli distingue tre categorie, lontane ormai dalla casistica dei giuristi romani, utilizzando gli scritti di umanisti come Alciato e Menochio: anzitutto, le presunzioni *iuris et de iure*, che non ammettono prova contraria (*super tali praesumptione* – queste le parole di Menochio citate da Pothier – *lex inducit firmum ius et habet eam pro veritate*); in secondo luogo, le *présomptions de droit* (“elles

Un esempio giuridico di induzione (qualificato come *praesumptio*) può vedersi in un passo di Ulpiano:

Non est verisimile compulsus in urbe inique indebitum solvisse eum, qui claram dignitatem se habere praetendebat, cum potuerit ius publicum invocare et adire aliquem potestate praeditum, qui utique vim eum pati prohibuisset: sed huiusmodi praesumptioni debet apertissimas probationes violentiae opponere

Non è verosimile che uno, il quale sosteneva di avere un rango elevato nella società, abbia versato ingiustamente, poiché pressato dalla violenza, a Roma, una somma indebita, mentre avrebbe potuto avvalersi della tutela pubblica e rivolgersi ad un magistrato, il quale certo avrebbe impedito che egli subisse la violenza; ad una presunzione di questo tipo egli deve opporre prove evidentissime della violenza subita¹⁹.

Un uomo potente sostiene di essere stato costretto ad un atto giuridico. Chiede che i suoi effetti siano cancellati e che il danno sia riparato. Dalla *clara dignitas*, che è una qualità certa e che solitamente costituisce uno scudo contro l'altrui sopraffazione, il giurista desume per induzione che non vi sia stata davvero una violenza. La vicenda si è svolta nell'urbe e l'uomo potente poteva facilmente rivolgersi ad un magistrato per bloccare la pressione illecita, fino a muovere eventualmente un'accusa penale. Perciò è inverosimile che sia stato *compulsus* e di conseguenza può essere respinta l'azione riparatoria *quod metus causa* o la richiesta di una *restitutio in integrum*²⁰. Questa è una *praesumptio*, fondata su dati empirici. La si può respingere solo attestando, con prove concrete ed inequivocabili, che davvero vi è stata una *vis*.

Secondo uno schema affine, Labeone – come risulta da una citazione di Paolo – giustifica la regola per cui l'ignoranza del diritto non può giovare a chi agisca *contra ius*. Evoca un contesto di eventi, tale da suggerire una condizione di non ignoranza almeno potenziale dell'interessato. Non ricorre, in questo ed in altri testi sullo stesso tema, la parola *praesumptio*. Ma la struttura logica sottostante è la medesima. Si esprime con formulazioni vicine alle massime che negano ogni giustificazione alla non conoscenza del diritto, quali ad esempio *si lex prohi-*

n'excluent pas la partie contre qui elles militent, d'être reçue à faire la preuve du contraire; et si cette partie vient à bout de la faire, elle détruira la présomption"); in terzo luogo, le *présomptions qui ne sont pas établies par une loi*, dal funzionamento simile a quelle denominate *du droit*, ma introdotte dalla prassi relativamente alla valutazione delle prove. Nel *Code civil* del 1804 sono anzitutto definite le presunzioni in generale (art. 1349: "Les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu"). Viene poi semplificata la partizione di Pothier: da un lato le *présomptions établies par la loi* (artt. 1350-1352), che non ammettono prova contraria; dall'altro le presunzioni che non sono stabilite dalla legge, ma "sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat" (art. 1353). Il Codice civile italiano del 1865 segue la medesima impostazione e lo stesso fa il Codice del 1942, con qualche variazione linguistica.

¹⁹ Ulpianus 5 *opinionum*, D. 4.2.23 pr.

²⁰ CALORE 2011, 168 ss. e 412 ss.

*bet aliquid fieri non praesumitur ignorantia*²¹ e *nemo ius ignorare censetur*: enunciati discussi più volte nelle dottrine giuridiche moderne²².

Sed iuris ignorantiam non prodesse Labeo ita accipiendum existimat, si iuris consulti copiam haberet vel sua prudentia instructus sit, ut, cui facile sit scire, ei detrimento sit iuris ignorantia: quod raro accipiendum est.

Ma secondo Labeone si deve intendere che l'ignoranza del diritto non giovi se egli abbia la possibilità di rivolgersi ad un giureconsulto o sia comunque istruito dalla personale esperienza, in modo tale che l'ignoranza del diritto sia dannosa per lui che facilmente può conoscerlo; ma ciò è da ritenere che raramente avvenga²³.

L'*ignorantia iuris* non è una scusante per chi ha la possibilità di consultare un giurista o per chi può trarre conoscenze adeguate dalla vita pratica. Anche in questo caso, l'interessato è qualcuno che appartiene alle classi dirigenti, se prima di compiere un atto ha la possibilità di chiedere lumi ad un giureconsulto, oppure se ha una propria esperienza della vita della *civitas* che lo aiuta a non sbagliare. Tutto può essere chiarito dallo *studium iuris* e dalla conoscenza che i cittadini possono raggiungere.

Nerazio esprime in altra forma la convinzione che l'*error in iure* non possa giocare a favore di chi vi incorre. Il diritto – egli sostiene – non ammette incertezze, in quanto può e deve essere determinato come un terreno dai precisi confini²⁴. Questa posizione si allontana – credo – dal pensiero labeoniano, che non raffigura lo *ius* come un ordine prefissato e concluso, ma ne fa dipendere la conoscenza da due dati empirici di innegabile fluidità: la mediazione dei giuristi e la *prudentia* dei *cives*²⁵.

Sono all'incirca gli stessi menzionati in un passo di Pomponio. La *scientia*, che riguarda specificamente le modalità con cui si acquisisce il possesso dei beni ereditari, appartiene certamente ai giuristi, ma può essere raggiunta da chiunque: *quam per se aut per alios adsequi potuit, scilicet consulendo prudentiores...*²⁶. Così, nei singoli casi, se ne desume l'esistenza.

²¹ ALCIATI 1548, col. 730.

²² Vedi su queste HUBERLANT 1974, p. 186 ss., spec. p. 191 s.

²³ Paulus *l. sing. de iuris et facti ignorantia*, D. 22.6.9.3.

²⁴ Ner. 5 *membranarum*, D. 22.6.2: *In omni parte error in iure non eodem loco quo facti ignorantia haberi debet, cum ius finitum et possit esse et debeat, facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallat.*

²⁵ Si vedano in questo senso le limpide pagine di SCHIAVONE 2017, p. 358 ss.: lo scostamento di Nerazio da Labeone è nel pensare lo *ius* come una "struttura ontologicamente compiuta". Vedi anche NAPPI 2005, p. 13 ss., con una discussione dei significati di *finitum* e della letteratura sul tema. Osservo che il punto centrale del testo è la frase *cum ius finitum et possit esse et debeat*. Il dovere di conoscere dipende dalla possibilità di racchiudere lo *ius* entro confini certi. È la sua conoscibilità ad escludere la giustificazione dell'errore. Mentre per l'interpretazione dei fatti non vale la medesima fiducia. Non è contemplata da Nerazio la mancanza di conoscibilità né l'ipotesi (avanzata da WINKEL 1985, p. 53) che a causa di questa mancanza l'errore possa essere scusato.

²⁶ Vedi Pomp. in Ulp. 49 *ad ed.*, D. 38.15.2.5. La frase che conclude il testo e che non ho trascritto è formalmente incicura e non aggiunge nulla al brano che ho citato.

Torniamo al parere di Labeone. Paolo, nel commentarlo brevemente (in D. 22.6.9.3), ne indica la fragilità. Gli sembra che i presupposti di fatto messi in luce dal giurista augusteo (*copia iurisconsulti* e conoscibilità attraverso la diretta esperienza dello *ius*) raramente si verificano.

Eppure il giurista severiano, in un altro frammento, ammette che alla base dell'induzione vi sia proprio il bagaglio di conoscenze in possesso di ciascuno o accessibile attraverso la consultazione degli esperti. Segue perciò una scelta opposta.

Il caso è simile a quello su cui era intervenuto Pomponio. In particolare, Paolo ribadisce che l'*ignorantia iuris* riguardante il tempo previsto per l'*agnitio bonorum possessionis* non giova ed anzi reca danno a chi sia rimasto inerte²⁷. Il termine è di cento giorni, salvo che per i figli e i genitori del defunto, ai quali è concesso un anno²⁸. L'effetto della scadenza si produce necessariamente. Nella vicenda particolare descritta dal giurista, l'interessato dev'essere consapevole dell'apertura della successione e della propria condizione di *cognatus*; ma soprattutto è indispensabile che egli sia in grado di conoscere la relativa disciplina: *...satis est enim scire mortuum esse seque proximum cognatum fuisse copiamque eorum quos consuleret habuisse: scientiam enim eius non hanc accipi, quae iuris prudentibus sit, sed eam, quam quis aut per se habeat aut consulendo prudentiores adsequi potest*²⁹.

Dunque, il pensiero di Paolo non è univoco né possiamo dire quale posizione prevalga nella sua opera. Avanza una riserva sulla tesi labeoniana, ma in un altro enunciato torna a proporla. Forse gli sembra più difficile, tenendo conto della complessità normativa e dei momenti di disordine in età severiana, che ciascuno sia pienamente al corrente dello *ius* che cambia e che perde sicurezza³⁰.

All'ideologia della conoscibilità si ispira anche un'ulteriore concisa affermazione:

²⁷ Essa investe disposizioni che rientrano nel diritto pretorio.

²⁸ Vedi Ulp. 49 *ad ed.*, D. 38.9.1.1-7.

²⁹ Vedi Paul. 2 *ad Sab.*, D. 37.1.10. L'espressione *copiam eorum quos consuleret habuisse* echeggia le parole molto simili – *iurisconsulti copiam habere* – usate da Labeone. Cfr: Voci 1967, p. 634.

³⁰ In accordo con una costituzione di Antonino Caracalla, Paolo ritiene che per i militari la presunzione non possa valere. Condivide con il *princeps* una deroga rilevante, che riguarda il ceto meno versato nelle questioni di diritto, per la sua *simplicitas*, e più esposto al disordine, per la sua immersione nei conflitti interni. Vedi C. 1.18.1 (Imp. Antoninus A. *Maximo militi*): *Quamvis, cum causam tuam ages, ignorantia iuris propter simplicitatem armatae militiae adlegationes competentes omiseris, tamen si nondum satisfacisti, permitto tibi, si coeperis ex sententia conveniri, defensionibus tuis uti* [a. 212]. Sconfitto in una lite e condannato, un *miles* chiede aiuto, dichiarando di non aver allegato elementi di prova rilevanti, in quanto non conosceva la disciplina da applicare. Evidentemente la richiesta è avanzata in un momento nel quale sono scaduti i termini per l'appello; altrimenti sarebbe questa la via da seguire per difendersi con nuove allegazioni. Il *princeps* gli consente di opporre prove ulteriori nel processo esecutivo, ove egli non potrebbe resistere adducendo a propria difesa motivi di merito. Sappiamo infatti che l'*actio iudicati* e la procedura esecutiva possono essere bloccate soltanto facendo valere la nullità della sentenza. Dunque per il destinatario del rescritto non vale la presunzione di conoscenza dello *ius*. La *simplicitas*, legata al mestiere che egli svolge, vale come scusa. Con una disposizione eccezionale gli viene consentito di utilizzare il processo esecutivo come se fosse un appello. Coerentemente, Paolo ammette anche in un altro caso lo stesso tipo di deroga a favore di un militare, vedi Paul. *l. sing. de iuris et facti ignorantia*, D. 22.6.9.1.

Regula est iuris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere.
(La regola è che proprio l'ignoranza del diritto nuoce a chiunque, mentre l'ignoranza di un fatto non nuoce)³¹.

Nei frammenti di giuristi che abbiamo ora esaminato, l'induzione muove da situazioni empiricamente riconosciute (la *clara dignitas*, la *copia iurisconsulti*, l'esperienza diretta dello *ius* e la possibilità di determinare ogni sua disposizione). Inoltre, attraverso l'induzione si ricavano da ciascuna realtà osservata altrettante ipotesi di conseguenze verosimili; si ricollega alla *dignitas* l'accesso alla tutela giudiziaria; si desume dalla presenza pubblica di giureconsulti il sostegno alla conoscenza del diritto; e sulla possibilità di questa conoscenza si fonda il rifiuto di ogni giustificazione per l'*error in iure*.

A ben guardare, l'operazione che riconduce l'incerto al già noto è la stessa che costituisce il meccanismo della *similitudo*, anche questo ricondotto da Cicerone all'*inductio*.

...Sunt enim similitudines, quae ex pluribus conlationibus perveniunt quo volunt, hoc modo. Si tutor fidem praestare debet, si socius, si cui mandaris, si qui fiduciam acceperit, debet etiam procurator. Haec ex pluribus perveniens quo vult appellatur inductio, quae graece ἑπαγωγή nominatur, qua plurimum usus est in sermonibus Socrates.

Esistono infatti similitudini che giungono, attraverso una pluralità di confronti, al fine cui aspirano, in questo modo. Se il tutore, il socio, il mandatario, il fiduciario sono tenuti a garantire la propria buona fede, vi è tenuto anche il procuratore. Questo procedimento che da più luoghi giunge al fine voluto si indica come induzione, detta in greco ἑπαγωγή, usata molto spesso da Socrate nei suoi discorsi³².

È il percorso che seguirà Giuliano, in una enunciazione famosa, riferita all'applicazione di previsioni normative nel concreto della giurisdizione. Le parole del giurista riassumono pratiche interpretative (legate al procedere retorico) che egli consapevolmente impiega.

Non possunt omnes articuli singillatim aut legibus aut senatus consultis comprehendi: sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is qui iurisdictioni praest ad similia procedere atque ita ius dicere debet.

³¹ Paul. *l. sing. de iuris et facti ignorantia*, D. 22.6.9 pr. Subito dopo l'enunciato generale, vengono le eccezioni: i minori di venticinque anni, le donne. Poi, in D. 22.6.9.1., la deroga già citata per un *miles*. Sulla problematica dell'*ignorantia iuris* e sui testi esaminati, vedi ora la puntuale analisi di M. FRUNZIO 2021, p. 57 ss.

³² Cic., *Top.* 10.42 L'induzione può definirsi come dispositivo della continuità. Mentre la finzione comporta una cesura. Se ci soffermiamo per un momento sulle parole *perveniunt quo volunt*, riferite nel testo di Cicerone alle *similitudines*, vediamo come sia per lui centrale il fine del procedimento. L'espressione può agevolmente riferirsi alla strategia argomentativa propria del discorso retorico come a quella che interviene nei ragionamenti giuridici.

Non tutti gli aspetti particolari delle controversie possono essere compresi nelle leggi e nei senatoconsulti; ma quando una loro disposizione è chiaramente riferibile ad una determinata controversia, colui che è preposto alla giurisdizione deve estendere la disposizione a situazioni simili e così deve dire il diritto³³.

Il pretore procede *ad similia*, muovendo dal fatto per il quale è chiara la regolazione. Concettualizza il caso nuovo assimilandolo ad un caso precedente; o riconducendolo entro la previsione di una norma anteriore. L'analogia delle persone o delle cose rende possibile questa operazione: si induce dal passato qualcosa da proiettare sul presente. È lo schema descritto da Tertulliano:

Ideo, quia antiquiores leges ad posteriores trahi usitatum est, semper quasi hoc legibus inesse credi oportet, ut ad eas quoque personas et ad eas res pertinerent, quae quandoque similes erunt.

Quindi, poiché è ormai usuale che le leggi più antiche siano assorbite in quelle posteriori, si deve sempre pensare che sia quasi incluso nelle leggi il riferimento alle persone e alle cose che in ogni tempo saranno simili³⁴.

La continuità su cui si fonda la similitudine è come quella che connette le leggi nel tempo, in modo tale da conservare ciò che precedentemente era stato fissato. Traspare dal frammento l'idea che ogni possibile similitudine istituita con l'interpretazione sia implicita nel dettato delle leggi. Nulla di nuovo dunque.

Lo schema della finzione è invece alternativo ad ogni forma di *inductio*. Secondo Cicerone – lo vedremo tra poco – ha la stessa efficacia della similitudine, poiché introduce in una situazione problematica un ordine certo (come fa il ragionamento analogico, trasferendo la disciplina di

³³ Iul. 15 *dig.*, D. 1.3.12. Vd. BUND 1965, p. 76 ss. Questo autore ipotizza, riprendendo una congettura di LENEL 1889 (rist. 1960), I, col. 362 e nt.2, che Giuliano si sia riferito qui all'interpretazione estensiva di un divieto, espressa anche in Paul. 33 *ad ed.*, D. 18.1.34.7: *Tutor rem pupilli emere non potest: idemque porrigendum est ad similia, id est ad curatores procuratores et qui negotia aliena gerunt*. Il divieto riguarda l'*emptio* ed il XV libro dei *digesta* di Giuliano tratta fra l'altro di *emptio venditio*. Non so se davvero il caso da cui nasce la generalizzazione giuliana sia proprio questo. Si può comunque rilevare nel testo di Paolo che la somiglianza delle situazioni citate ripercorre quella indicata nei *Topica* ciceroniani (10.42) come applicazione dell'*inductio*. Il confronto riguarda il tutore, il *procurator*, altri che gestiscono affari altrui. Sembra un luogo comune retorico, recepito dalla giurisprudenza. Tornando a Giuliano, si può ricordare un esempio di impiego rigoroso della similitudine nell'interpretazione di una norma antica: Iul. 5 *dig.*, D. 42.1.60. Il testo prende le mosse dal confronto tra un caso di alterazione febbrile di una delle parti in un processo, e l'immagine del *morbus santicus* (malattia grave, con manifestazioni di tipo epilettico). Lo schema di qualificazione era fissato nelle Dodici Tavole e da esso derivava il rinvio del giudizio, come conseguenza necessaria. Secondo il giurista, ogni alterazione febbrile, purché comporti *impedimentum*, può essere ricondotta alla medesima norma. Mi sono occupato molti anni fa di questo frammento ed ho tratto spunto da esso per mettere in luce il ricorso frequente di Giuliano alla *similitudo* (vedi BRUTTI 1973, p. 460 ss.).

³⁴ Tert. 1 *quaest.*, D. 1.3.27.

un caso ad un altro che si ritiene somigliante e perciò disciplinabile allo stesso modo)³⁵. Ma la qualificazione giuridica ed il trattamento che si applica al caso da regolare non nascono dalla rilevazione di dati empirici solidamente circoscritti. Al contrario, le finzioni si impongono sulla realtà. Rappresentandola, ne modificano i connotati³⁶.

Nei puri discorsi retorici, le immagini servono – come ho già osservato – alla persuasione. L'*orator* può inventare fatti ed iperboli o può operare, modellando concettualmente l'oggetto della controversia, una *reductio ad absurdum* delle tesi avversarie. Ma nel ragionamento del giurista con quali forme intervengono le invenzioni? Il contesto impone un uso più ristretto, un argomentare più controllato, in relazione ad enunciati che mirano all'oggettività e che avranno un effetto di regolazione delle condotte. Vediamo come.

Sappiamo che il breve trattato ciceroniano dei *Topica* è dedicato a Trebazio Testa, *iuris interpres*³⁷. Rivolgendosi a lui e a quelli che praticano la sua stessa scienza, Cicerone prospetta un uso possibile di *exempla ficta*, riguardanti specificamente lo *ius* ed applicabili dai giuristi.

Ficta etiam exempla similitudinis habent vim; sed ea oratoria magis sunt quam vestra, quamquam uti etiam vos soletis, sed hoc modo. Finge mancipio aliquem dedisse id quod mancipio dari non potest. Num idcirco id eius factum est qui accepit? aut num is qui mancipio dedit ob eam rem se ulla re obligavit? In hoc genere oratoribus et philosophis concessum est ut muta etiam loquantur, ut mortui ab inferis excitentur, ut aliquid quod fieri nullo modo possit, augendae rei gratia dicatur, quae ὑπερβολή dicitur, aut minuendae, multa alia mirabilia. Sed latior est campus illorum. Eisdem tamen locis, ut ante dixi, et in maximis et in minimis quaestionibus argumenta ducuntur.

Anche gli esempi fittizi hanno la forza della similitudine; ma interessano più gli oratori che voi, sebbene anche voi ne facciate uso solitamente, sia pure in questa forma misurata. Immagina che qualcuno abbia dato in mancipio una cosa che non si può dare in mancipio. Forse per questo essa diventa propria di chi la riceve? O forse colui che la diede in mancipio si è per questo obbligato in qualche modo?³⁸. In questo genere di discorso si concede ad oratori e filosofi di far parlare cose prive di parola, di evocare i defunti dagli inferi, di affermare qualcosa che non è in alcun modo possibile, per esagerare un'argomentazione, che viene denominata iperbole, o

³⁵ Questo trasferimento è evocato anche da Quint., *Inst. orat.* 6.3.61, che ho citato sopra, nt. 15. Ma negli usi giuridici è la finzione a trasferirsi entro il caso in discussione e non viceversa.

³⁶ Questa differenza è già colta lucidamente da ALCIATI 1548, col. 727: *...Nam cum fictio est adversus veritatem, in hoc distat a praesumptione, quae fundatur in veritate, quia lex ita praesumit. Et propterea contra fictionem legis non admittitur aliqua probatio, quod veritas aliter se habeat, ex quo proprie illa inducitur contra veritatem.* Il termine *probatio* è usato dall'umanista in senso giuridico. Non possono essere portate prove nella controversia contro la *fictio legis*, in base alla quale si concettualizza e si giudica il caso.

³⁷ Cic., *Top.* 1.4.

³⁸ La formulazione delle due proposizioni interrogative, entrambe introdotte dall'avverbio *num*, è tale da sottintendere risposte negative.

per sminuirla, e molto altro di strabiliante. Ma il loro campo è più vasto. Tuttavia dagli stessi luoghi, come ho già detto, si traggono gli argomenti sia per le questioni più grandi sia per quelle minime³⁹.

Il significato di *exemplum* era fissato già nel *De inventione*, ove sottintendeva l'idea della comparazione.

'Comparabile' autem est, quod in rebus diversis similem aliquam rationem continet. 'Eius partes sunt tres': 'imago', 'conlatio', 'exemplum'. 'Imago' est oratio demonstrans corporum aut naturarum similitudinem. 'Conlatio' est oratio rem cum re ex similitudine conferens. 'Exemplum' est, quod rem auctoritate aut casu alicuius hominis aut negotii confirmat aut infirmat. Comparabile è ciò che determina una considerazione simile in situazioni diverse. Si suddivide in tre parti: 'immagine', 'parallelismo', 'esempio'. 'Immagine' è il discorso che dimostra la somiglianza dei corpi o delle nature. 'Esempio' è quello che rafforza o infirma qualcosa ricorrendo all'autorità o ad un caso relativo ad una persona o ad un'attività⁴⁰.

Si introduce l'esempio per sorreggere o mettere in dubbio una tesi o un'argomentazione. Quindi, esso viene costruito in una forma confrontabile con l'oggetto del discorso che si sta conducendo. Può esprimere il richiamo ad un'autorità (ricavato per induzione da altre situazioni). Oppure può consistere in un caso riguardante una persona o un atto. Quando l'*exemplum* è finto, non è ricavato da dati empirici; è piuttosto uno schema ideale pensato in funzione della tesi da sostenere⁴¹.

La spiegazione dei *Topica* ci parla di un *exemplum* immaginato in tema di diritto delle cose. Se una *res* non alienabile mediante *mancipatio* è stata posta come oggetto di questo atto, non vi è alcun effetto: la proprietà non viene trasferita e l'alienante non è tenuto ad alcuna garanzia. Nel ritualismo che è proprio della *mancipatio*, l'ipotesi di un suo uso per *res* non comprese

³⁹ *Top.* 10.45.

⁴⁰ Cic., *De inv.* 1.49.

⁴¹ Il ricorso ad *exempla ficta* si scorge in un famoso frammento di Alfeno Varo (6 *dig.*, D. 5.1.76). Riassumo il problema giuridico. Una volta effettuata la *litis contestatio* e accettata la formula dalle parti, se i componenti del collegio giudicante cambiano (avendo addotto fondate ragioni di esonero), si può sostenere che il collegio dei giudici sia sempre lo stesso e che la situazione controversa seguiti ad essere la medesima (*eadem res*), oppure siamo di fronte ad un'altra lite, per la quale è necessaria una nuova *litis contestatio*? La risposta è che non si configura un nuovo collegio giudicante e la lite rimane la stessa. Il giurista propone esempi ideali in base ai quali deduttivamente sostiene la propria soluzione. In primo luogo la *legio*: cambiano i componenti, ma la sua identità rimane ferma; in secondo luogo il *populus*, che permane ugualmente nella sua identità; in terzo luogo la nave, che si considera la medesima, anche se le sue tavole sono sostituite; in quarto luogo il corpo umano, le cui *particulae* cambiano, ma che rimane lo stesso (vi è qui un'eco della filosofia atomistica e forse una *reductio ad absurdum* della tesi di un mutamento del *iudicium* con il cambiare dei giudici: se applicata all'uomo, questa comporterebbe la perdita della identità di ciascuno). La struttura retorica (il caso finto da cui dedurre una conclusione utile) è la stessa tracciata da Cicerone ed è funzionale, nel testo, alla risoluzione del problema giuridico. Sul frammento di Alfeno vedi TURELLI 2019, p. 61 ss., spec. 89; e TURELLI 2020, p. 125 ss., con osservazioni che condivido.

nell'elenco tassativo a cui il modello si riferisce appare giuridicamente irrilevante. Non solo la proprietà non si trasmette, ma non vi è comunque alcun obbligo a carico dell'alienante.

Il testo fissa una rigida delimitazione ed è probabile che ciò serva a spiegare la disciplina di un caso comparabile. Verosimilmente, si tratta della trasmissione delle *res nec Mancipi*. Solo la consegna informale, che abbia alle spalle una *iusta causa*, assegna il *dominium* sulle *res nec Mancipi*. Evocando l'esempio finto (non rilevabile nella prassi) di un atto mancipatorio riferito a questo genere di *res*, si afferma che esso non può produrre il passaggio di proprietà. Né l'atto solenne può funzionare come vendita, con un obbligo di garanzia a carico del *mancipio dans*. In base a queste esclusioni si definisce il ruolo della *traditio*, quale unico atto traslativo in relazione alle cose che non rientrano tra i mezzi adibiti alla produzione agraria⁴². Mi sembra che questo sia il tema evocato da Cicerone⁴³.

L'esempio è esterno al caso in discussione. Può essere confrontato con esso; non agisce sulla sua immagine, non introduce nella rappresentazione elementi nuovi ed inventati. Cicerone prospetta un uso argomentativo dell'*exemplum fictum*, volto ad illustrare un segmento di disciplina delle *res*. Nei discorsi dei giuristi, invece, le norme e le interpretazioni che usano la *fictio* seguono di solito una tecnica diversa (e, per così dire, più spregiudicata): inventano con la *fictio* elementi decisivi, che si immaginano interni al caso da disciplinare.

Secondo il passo dei *Topica*, gli oratori e i filosofi possono andare molto oltre nelle finzioni, fino a fantasticare di fatti in nessun modo realizzabili, spaziando ampiamente fuori dalla pratica. Mentre gli *interpretes iuris* coltivano un terreno più ristretto. Nel descrivere il loro lavoro, Cicerone è consapevole delle differenze rispetto alla retorica. Ma entrambi i saperi, ciascuno per le proprie finalità, traggono argomenti dai *loci*: vale a dire da modelli di discorso che precedono le operazioni concrete ed hanno un'autonomia logica. La finzione rientra tra questi ed è finalizzata al raggiungimento di un esito normativo. Per le prescrizioni e per la *iurisprudencia* ciò avviene volta a volta – come mostrerò – attraverso la costruzione di un aspetto fittizio entro l'immagine di un caso, al fine di applicare ad esso una disciplina che altrimenti non avrebbe spazio⁴⁴.

4. La *lex Cornelia* e la cancellazione dei fatti

Più volte le finzioni sono disposte mediante *leges*. Come esempio di questo tipo di normazione, mi occuperò della *lex Cornelia* (emanata tra l'84 e l'81 a.C.), che tratta la successione nei beni del *captivus* (il termine designa colui che è stato catturato dal nemico). Lo sfondo storico

⁴² Invece, l'atto informale può essere usato anche per la circolazione delle *res Mancipi*, costituendo secondo il diritto pretorio un potere su queste *res* simile al *dominium*, ma fondato su una *fictio* e non su un'analogia. Vedi più avanti, p. 146 ss.

⁴³ Perplesità sul testo sono espresse da WATSON 1968, p. 18 s. Egli ritiene poco credibile che in un momento di sviluppo del diritto la *mancipatio* di una *res nec Mancipi* sia priva di qualsiasi effetto. Ma è proprio questo che Cicerone afferma con l'*exemplum fictum*: è una sorta di sbarramento all'uso della *mancipatio* fuori dalle sue coordinate formali e storiche.

⁴⁴ Nel discorso giuridico vi è quindi un significato peculiare, di ampia applicazione, diverso da quello per cui *ingere* significa semplicemente tracciare un caso o formulare una *quaestio* ("supporre una qualche fattispecie ipotetica" secondo l'espressione di BIANCHI 1997, p. 29 s. e nt. 54). Una simile formulazione teorica è propria dei dibattiti di scuola. Ai quali potrebbe essere collegato l'*exemplum fictum* dei *Topica*.

è il decennio degli anni Ottanta nel I secolo a.C., che ha visto il *bellum sociale* combattuto in Italia e la guerra mitridatica lungo i confini della provincia romana dell'Asia. La legge continuerà ad essere applicata a lungo ed è illustrata in alcuni testi della giurisprudenza. Li leggerò tra un momento, per individuare il senso dell'operazione normativa ed al tempo stesso l'interpretazione che ne è derivata.

Vediamo in proposito un frammento tratto dai *Digesta* di Giuliano. Siamo nei primi decenni del II secolo d.C. e la legge è pienamente operante, sebbene il meccanismo della *rogatio* davanti alle assemblee popolari (i *comitia*) sia ormai da molto tempo desueto. L'ultima *lex comiziale* risale agli anni tra il 96 e il 98 d.C.⁴⁵; ma le prescrizioni del passato continuano ad essere vive e capaci di espandersi nell'*interpretatio iuris*. Giuliano scrive:

*Lege Cornelia testamenta eorum, qui in hostium potestate decesserint, perinde confirmantur, ac si hi qui ea fecissent in hostium potestatem non pervenissent, et hereditas ex his eodem modo ad unumquemque pertinet. quare servus heres scriptus, ab eo, qui in hostium potestate decesserit, liber et heres erit seu velit seu nolit, licet minus proprie necessarius heres dicatur: nam et filius eius, qui in hostium potestate decessit, invitus hereditati obligatur, quamvis suus heres dici non possit, qui in potestate morientis non fuit*⁴⁶.

Il senso è chiaro. La finzione cancella la cattura. La morte del prigioniero, avvenuta quando egli aveva subito una *capitis deminutio maxima* per la perdita della libertà, diventa la morte di un uomo libero. Una volta caduto nelle mani del nemico, egli non era più *dominus* dei propri beni e ciò sbarrava la strada alla successione (secondo lo *ius civile*). Invece la *lex* costruisce un'immagine dei fatti che occulta la cattura, retrodatando la morte del *pater* in un momento nel quale era ancora libero e *sui iuris*. Da questa immagine discendono le conseguenze giuridiche di solito inerenti all'assegnazione dell'*hereditas*. Nel caso che il giurista ha descritto, il servo risulta automaticamente affrancato (*seu velit seu nolit*) e riceve i beni che sono per lui disponibili. Lo stesso esito vale per il *filius familias*, se il testamento non contiene una diseredazione. Sappiamo infatti che lo *ius civile* qualifica il figlio *heres suus* ed egli è destinato ad acquisire l'eredità, senza bisogno di un atto di accettazione. Secondo la disciplina della successione, ciò può avvenire soltanto in quanto l'uno e l'altro siano stati sotto la *potestas* del padre al momento della sua morte.

Ma la realtà su cui la legge incide è diversa. Sia al servo sia al figlio vengono quindi riferite false qualificazioni (*heres necessarius, heres suus*). Giuliano è conscio della contraffazione.

In un altro frammento della stessa opera, egli delinea la medesima immagine: l'eredità si assegna considerando non avvenuto il fatto della cattura⁴⁷. Più tardi Paolo ed Ulpiano torne-

⁴⁵ Vedi BRETONE 1982, p. 30 ss.

⁴⁶ Iul. 42 *dig.*, D. 28.1.12. Vedi FALZEA 2002, p. 125 s.: la legge opera una finzione realtiva al fatto: l'alterazione degli effetti è indiretta. Il modello romano, così individuato, è riferibile, secondo l'autore, anche alle normazioni moderne.

⁴⁷ Vedi Iul. 62 *dig.*, D. 49.15.22 pr.: *Bona eorum, qui in hostium potestatem pervenerint atque ibi decesserint, sive testamenti factionem habuerint sive non habuerint, ad eos pertinent ad quos pertinerent, si in potestatem hostium non pervenissent: idemque ius*

ranno a discutere la legge, collegando la conferma del testamento all'ipotesi inventata che il testatore sia morto libero nella *civitas*⁴⁸. Ipotesi che Ulpiano prospetta anche per il solo fatto del non ritorno. Inoltre, la stessa *fictio legis*, con la quale si immagina la morte prima della cattura, viene ugualmente applicata all'*hereditas ab intestato*⁴⁹.

Come valutare il procedimento che i giuristi descrivono? Credo che la falsità si giustifichi per gli effetti che produce. La legge è volta alla protezione del meccanismo successorio. A questo scopo crea un'immagine artefatta. I beni sono nel territorio ove si applica il diritto di Roma; la comunità familiare, ora privata del *pater*, è qui. Fingere serve a garantire la trasmissione dei beni. E genera un'innovazione rispetto alla disciplina anteriore alla *lex*. Quei beni non restano vacanti e privi di un *dominus*, non vanno all'*aerarium populi Romani* o al *fiscus*, ma si trasmettono secondo le regole del diritto privato⁵⁰.

Nei casi segnalati, ciò che viene tutelato con la *fictio* è soprattutto la volontà del testatore. Il rispetto di questa volontà coincide con la continuità dell'economia familiare. Nel primo frammento di Giuliano, che ho citato, sono indicati chiaramente gli attori di questa

in eadem causa omnium rerum iubetur esse lege Cornelia, quae futura esset, si hi, de quorum hereditatibus et tutelis constitueretur, in hostium potestatem non pervenissent ("I beni di coloro che siano caduti sotto il potere dei nemici ed in questa condizione siano morti, sia che avessero la capacità di fare testamento sia che non la avessero, appartengono a coloro ai quali sarebbero appartenuti se non fossero caduti in mano nemica; e la legge Cornelia stabilisce che lo stesso diritto si applichi a tutte le cose, con la stessa condizione che si sarebbe realizzata, se coloro delle cui eredità e tutele si era disposto, non fossero stati assoggettati dai nemici"). Il *captivus* ha lo stesso trattamento che avrebbe il non catturato. Un fatto rilevante e cruciale nella vita del *pater* (come è il declassamento che gli toglie ogni capacità giuridica) si dà per non avvenuto. Viene imposta un'*eadem causa* in situazioni di fatto nettamente differenziate. La finzione colma la distanza.

⁴⁸ Vedi su questo punto Paul. *l. sing ad legem Falcidiam*, D. 35.2.1.1 e Ulp. 12 *ad Sab.*, D. 38.16.1 pr. Cfr. BIANCHI 1997, p. 356 ss. Troviamo invece un'altra ipotesi, introdotta dall'avverbio *quasi* ed ugualmente non rispondente ai fatti, in Ulp. 35 *ad Sab.*, D. 49.15.18: *...qui reversus non est ab hostibus, quasi tunc decessisse videtur, cum captus est*. Il mancato ritorno viene equiparato alla morte. Se questa coincide con il momento della cattura, non vi è spazio per la *capitis deminutio maxima*, che chiude la strada alla successione.

⁴⁹ Vedi VOCI 1963, p. 557 s. Si tenga presente ancora Ulp. 12 *ad Sab.*, D. 38.16.1 pr., nel quale alcune figure sono ricondotte in via analogica alla categoria di coloro che muoiono senza testamento (ad esempio coloro il cui *testamentum* è *ruptum vel irritum*, oppure colui che non aveva la capacità di testare). Di tutti questi il giurista dice: *pro intestatis accipere debemus...*, e poi indica come intestato *eum quoque qui ab hostibus captus est...* Anche ai catturati che non abbiano lasciato un testamento, si applica la finzione: *...per legem Corneliam successio his defertur, quibus deferretur, si in civitate decessisset...* Il riferimento così generale alla *successio* è in grado di comprendere i due tipi di eredità. Nello stesso senso, Tit. Ulp. 23.5: *...lege Cornelia, quae perinde successionem eius confirmat, atque si in civitate decessisset*. Del resto, l'estensione della *lex Cornelia* ai casi di *hereditas ab intestato* già si desume da Iul. 62 *dig.*, D. 49.15.22 pr. Quando il giurista descrive il caso della cattura e della morte di cittadini presi come *captivi*, distingue una duplice ipotesi: *sive testamenti factionem habuerint sive non habuerint*. Mi sembra chiaro che egli prevede da un lato un testamento valido di cui si salvano le disposizioni attraverso la *fictio*, dall'altro un testamento *irritum*, che non ha effetti, lasciando in campo soltanto la prospettiva di una *hereditas ab intestato*. A questa viene applicata la *lex Cornelia*. Riguardo alla posizione giuliana vedi WOLFF 1941, p. 137 e BIANCHI 1997, p. 357 s. e 360 ss. (sulla tesi che restringe la *fictio* al caso del testamento e sulle ipotesi circa la generalizzazione, da Giuliano in avanti).

⁵⁰ Vedi Iul. 62 *dig.*, D. 49.15.22.1: *...quod si nemo ex lege Cornelia heres extiterit, bona publica fient...* Il testo stabilisce una connessione con il *postliminium* (un rimedio a carattere restitutorio, per cui il cittadino che torna dalla prigionia presso i nemici viene reintegrato nella libertà e nella condizione personale anteriore alla cattura). I beni che egli riacquista con il ritorno sono gli stessi che, dopo l'assoggettamento al nemico entrano nella successione in base alla *lex Cornelia*. Il meccanismo di reintegrazione, che interviene per chi esce dalla *captivitas* e torna, rassomiglia molto – nell'ottica dei giuristi – alla finzione. Nello stesso contesto, Giuliano (D. 49.15.22.2) scrive: *...nam status hominum, quorum patres in hostium potestate sunt, in pendenti est, et reverso quidem patre existimatur nunquam suae potestatis fuisse...* La forma verbale *existimatur* esprime la manipolazione dei fatti: questa si realizza immaginando che la cesura intervenuta con la *captio* sia rimarginata ed occultata per effetto del *postliminium*.

continuità: lo schiavo affrancato che eredita; il *filius* che diventa *pater* ed eredita a sua volta. Quest'ultimo è partecipe delle attività produttive e degli scambi economici che ne derivano; è titolare della *potestas* sui sottoposti (figli e servi) nonché dello *ius patronatus* sui liberti, dai quali ottiene prestazioni di forza lavoro e di servizi. Resta in piedi così un centro di interessi, attivamente operante nei rapporti sociali, che in assenza della finzione sarebbe stato azzerato e che coincide con la struttura familiare, attraverso la quale durante tutto il principato si trasmettono ricchezze e status, si organizzano la produzione e la proprietà, si promuove la circolazione delle merci. A maggior ragione, la struttura familiare viene salvaguardata ove manchi il testamento⁵¹.

La vicenda successoria, che la *fictio* protegge, può anche attuarsi attraverso la designazione di eredi estranei e con la *exhereditatio* dei *fili*. Così la continuità del patrimonio si sgancia dalla continuità familiare. L'*heres extraneus* dispone dei beni che facevano capo al *pater* defunto ed acquista una parte del suo potere sociale; diventa *dominus* dei servi ereditari, *patronus* dei liberti. Con un effetto di mobilità delle ricchezze.

In tutti questi casi, comunque, là dove la guerra espone i *patres* al declassamento, la *lex Cornelia* realizza l'obiettivo di conservare il patrimonio ereditario entro la sfera dello *ius privatum* e delle *utilitates singulorum*. Ciò avviene attraverso una falsa rappresentazione della vita⁵².

5. Un senatoconsulto in tema di usufrutto

Prendiamo ora un altro genere di norma: un senatoconsulto, intervenuto a modificare la disciplina dell'usufrutto e più volte menzionato dai giuristi. La datazione non è certa, ma si può avanzare al riguardo – come vedremo – un'ipotesi credibile. Dai frammenti che citerò trapasare un dibattito aperto nell'ambito della giurisprudenza, con voci diverse, che muovono da una constatazione comune: i dati empirici considerati dal *senatusconsultum* non corrispondono

⁵¹ Sulla funzione sociale della *familia* e sulla continuità economica nelle successioni (aspetti fattuali da collegare all'analisi giuridica), vedi SALLER 1997, p. 3 ss.; e già nella medesima prospettiva GARNSEY, SALLER 1983, tr. it. 2003, p. 153 ss.

⁵² Un'altra *fictio legis*, che mostra la stessa spregiudicatezza, riguarda gli schiavi affrancati al di fuori delle forme manumissorie previste dallo *us civile*. Vedi in proposito Gai. 3.56. Essi erano esposti alla *vindicatio in servitutum*; la loro libertà era giuridicamente insicura. Il pretore li tutela, riconoscendoli di fatto come liberti; ma la tutela è inadeguata, poiché non sono padroni dei loro patrimoni, che appartengono invece ai *patroni*: *...unde etiam res eorum peculii iure ad patronos pertinere solita est*. La *lex Iunia* (agli inizi del I sec. d.C.) interviene fingendo che essi siano nati liberi e che, recatisi da Roma nelle colonie latine, abbiano assunto lo *status* di *Latini coloniarii*, con qualche modificazione e limitazione, per cui si parla specificamente di *Latini Iuniani*. La *fictio* insomma costituisce una nuova categoria di uomini liberi. L'affinità con la *lex Cornelia* mi sembra costituita dal fatto che l'immagine della vita di determinate persone sia fortemente artefatta. Nel caso dei *captivi* si giunge a spostare il momento della morte. Per i servi affrancati senza le formalità prescritte, si inventa uno *ius civitatis* del tutto artificiale, senza alcun legame con i territori latini evocati nella qualificazione legislativa. Vedi al riguardo TODESCAN 1979, p. 31 ss.; BALESTRI 1985, p. 197 ss.; BIANCHI 1997, p. 374 ss. Ricordo che analogamente incidono su immagini giuridiche relative alla vita anche altre finzioni pretorie o giurisprudenziali: la *fictio civitatis*, con la quale si estendono ai *peregrini* l'*actio legis Aquiliae* e l'*actio furti* (Gai. 4.37, su cui vedi BIANCHI 1997, p. 304 ss.); l'*actio utilis rescissa capitis deminutione*, *id est in qua fingitur capite deminutus deminutave non esse* (Gai. 4.38, su cui vedi ALBANESE 1979, p. 340 ss.; BIANCHI 1997, p. 324 ss.).

all'immagine tradizionale dell'usufrutto. Questa tuttavia viene tenuta ferma nella norma. In contrasto con l'evidenza.

Secondo la consuetudine e l'*interpretatio iuris*, l'*usus fructus* è un potere che si esercita su una cosa altrui: *ius in re aliena*.

Leggiamo la definizione di Paolo:

Usus fructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia.

L'usufrutto è il diritto di usare le cose altrui e di trarne utilità, purché la loro sostanza rimanga salva⁵³.

La cosa, attraverso il permanere della sostanza, conserva un'identità. L'usufruttuario, al momento della costituzione dell'usufrutto, promette con la *cautio fructuaria* che userà il bene, traendone utilità e frutti, *arbitratu boni viri*: secondo il giudizio di un uomo onesto, cioè applicando criteri di correttezza, la cui osservanza dovrà essere valutata dal giudice, nel processo aperto con l'*actio ex stipulatu*, nata dalla *cautio*⁵⁴. Il rispetto della *substantia* e l'*arbitratu boni viri* sono intimamente connessi. Il primo è una specificazione del secondo.

L'usufrutto non può riferirsi alle cose consumabili. Queste si esaurirebbero attraverso la fruizione. Allo stesso modo non può riferirsi al danaro né ad altre cose fungibili (cioè identificate in base al genere e alla quantità o alla misura: centomila sesterzi, un quintale di grano, cento litri di olio). Come può esservi una sostanza intatta, se l'uso incide sulla cosa fino a modificarne l'identità? L'impiego del danaro, sia pure attraverso investimenti, può portare ad una sua diminuzione. L'olio ed il vino, se usati, finiscono⁵⁵.

Ma una linea normativa diversa dal modello tradizionale emerge da vari frammenti di Giuliano, Pomponio e Gaio. Questi autori (operanti tra Adriano e gli Antonini) danno per scontata l'applicazione dell'*usus fructus* alle cose consumabili e al danaro. Mentre Giuliano delinea il caso di una quantità di danaro su cui viene costituito un usufrutto, ma senza spiegare come ciò sia divenuto possibile⁵⁶, Pomponio e Gaio menzionano un senatoconsulto che ha regolato la nuova prassi⁵⁷. Una svolta normativa, di cui non sappiamo molto.

Tutte le fonti che vi si riferiscono indicano come veicolo dell'innovazione il legato: una disposizione testamentaria diversa dall'*institutio heredis*, con la quale si stabilisce un acquisto a carico dell'eredità e a favore di una persona determinata.

⁵³ Paulus 3 *ad Vitellium*, D. 7, 1, 1.

⁵⁴ Sulla *cautio* obbligatoria, trattata da Cassio, da Nerazio, da Marco Aurelio, da Ulpiano, vedi Ulp. 17 *ad Sab.*, D. 7.1.7.3; Ulp. 18 *ad Sab.*, D. 7.1.13 e D. 7.9.12; C. 6.54.7 (Imp. Alex. A. *Proculiano* – a. 225).

⁵⁵ Vedi in proposito la regola citata come esempio di *argumentum ex contrario* in Cic., *Topica* 3.17: *Non debet ea mulier, cui vir bonorum suorum usum fructum legavit, cellis vinariis et oleariis plenis relictis, putare id ad se pertinere. Usus enim, non abusus, legatus est.*

⁵⁶ Iulianus 35 *digestorum*, D. 7, 5, 6. Vedi più avanti, p. 131 e nt. 66.

⁵⁷ Vedi SALAZAR REVUELTA 1999, p. 117 ss.

Tra i giuristi del II secolo, che discutono la norma, cito anzitutto il passo di Pomponio. Al centro del caso vi è un legato di usufrutto che investe anche il danaro e dal quale bisogna dedurre quanto dovuto ai creditori.

Usu fructu bonorum legato aes alienum ex omnibus rebus deducendum est, quoniam post senatus consultum nulla res est, quae non cadit in usus fructus legatum.

In base ad un legato di usufrutto dei beni, i debiti devono essere detratti dall'insieme delle cose, giacché, dopo il senatoconsulto, non vi è alcuna cosa che non possa essere compresa nel legato di usufrutto⁵⁸.

A sua volta Gaio tratta il caso specifico del danaro, che può essere dato all'usufruttuario, con la promessa da parte sua di restituirlo.

Sed de pecunia recte caveri oportet his a quibus eius pecuniae usus fructus legatus erit...

Per quanto riguarda il danaro, è necessario che vi sia una *cautio* a favore di coloro a carico dei quali l'usufrutto di danaro è stato legato...⁵⁹.

Sul punto, va detto che Gaio non considera affatto normale l'estensione del diritto *in re aliena* fino alla *pecunia*. Introduce infatti (ed è solo lui ad impiegarlo) il concetto di *quasi usus fructus*⁶⁰. Ecco la finzione⁶¹.

Quo senatus consulto non id effectum est, ut pecuniae usus fructus proprie esset (nec enim naturalis ratio auctoritate senatus commutari potuit), sed remedio introducto coepit quasi usus fructus haberi.

Da questo senatoconsulto non derivò che vi potesse essere propriamente un usufrutto del danaro (ed infatti la ragione naturale non avrebbe potuto essere modificata dall'autorità del senato), ma con l'introduzione del rimedio <previsto dal senatoconsulto>, si cominciò ad avere quasi un usufrutto⁶².

⁵⁸ Pomp. 5 *ad Sab.*, D. 35.2.69. Il testo di Pomponio riflette, con ogni probabilità, l'assetto definito nel senatoconsulto. Non vi è nella norma un riferimento alla *fictio*, ma soltanto una visione più ampia (quindi innovativa) dello *ius in re aliena*, data la eterogeneità dei beni compresi nel legato di usufrutto.

⁵⁹ Gai. 7 *ad ed. prov.*, D. 7.5.2 pr. Qualcosa non torna nella forma del testo. A proposito della *cautio* – promessa con la quale il *fructuarius* si obbliga a restituire la somma ricevuta – non è detto chiaramente che essa è prestata dal legatario a favore dell'erede. Ma il senso originario non può che essere questo. Sul senatoconsulto vedi anche Tit. Ulp. 24, 27.

⁶⁰ Sarà poi ripreso dalle *Istituzioni* di Giustiniano. Cfr. Inst. 2, 4, 2.

⁶¹ Gaio disegna teoricamente l'innovazione senatoria come una *fictio*. Il procedimento nasce in questo caso dall'*interpretatio*; non risulta esplicitato nella prescrizione autoritativa, ma è un modo appropriato per coglierne la singolarità rispetto allo *ius civile* consolidato.

⁶² Gai. 7 *ad ed. prov.*, D. 7.5.2.1. Cfr. THOMAS 1995, trad. it. 2016, 51 s.

La ragione naturale ci appare concepita come un limite alle deliberazioni dell'autorità politica. Il richiamo è retorico: suggerisce agli interlocutori l'idea che l'usufrutto tradizionale corrisponda ad una *ratio* non modificabile. In questo modo lo legittima. Invece, la deliberazione del senato ne riforma la disciplina e crea, secondo Gaio, un usufrutto che non corrisponde al modello comune, poiché riguarda cose che non erano previste nello schema consuetudinario. Più avanti egli ne spiega alcuni aspetti peculiari, citando gli esempi del vino, dell'olio, del frumento: beni prodotti con il lavoro agricolo e misurabili in base alla quantità.

Si vini olii frumenti usus fructus legatus erit, proprietas ad legatarium transferri debet et ab eo cautio desideranda est, ut quandoque is mortuus aut capite deminutus, sit, eiusdem qualitatis res restituatur, aut aestimatis rebus certae pecuniae nomine cavendum est, quod et commodius est. idem scilicet de ceteris quoque rebus, quae usu continentur, intellegemus.

Se sia stato lasciato in legato un usufrutto di vino, olio o frumento, la proprietà deve trasmettersi al legatario e da lui si deve esigere la stipulazione di garanzia, affinché quando egli sia morto o abbia subito un declassamento della condizione giuridica, vengano restituite cose della medesima qualità, o, compiuta la stima di quelle cose, deve prestarsi una stipulazione di garanzia per una somma di danaro determinata, il che è più comodo. Certamente intenderemo la situazione in modo uguale anche riguardo a tutte le altre cose che sono comprese nell'uso⁶³.

Il giurista ci parla di una nuova *cautio*. Una nuova promessa. È questo il *remedium* introdotto dal *senatusconsultum*. Il suo oggetto è la restituzione della somma di danaro entrata nel legato di usufrutto e comprendente anche i crediti pendenti o pagati⁶⁴. Oppure, quel che viene promesso è la restituzione di una quantità di cose consumabili identica a quella cui si riferisce il legato: la restituzione dell'equivalente⁶⁵.

Giuliano sintetizza l'impegno da assumere: *ut tibi caveam tempore mortis meae aut capitis deminutionis restitutum iri*: "affinché io ti prometta che la somma ti verrà restituita al momento della mia morte o della perdita del mio stato giuridico"⁶⁶. Ciò è stabilito in conformità al modello dell'usufrutto. Il *restituere* – lo abbiamo già visto nel testo gaiano – risulta ancorato a due precise ipotesi: la morte dell'usufruttuario o il suo declassamento (quando egli cessa di essere libero, o cittadino, o *pater*). Così Paolo delimita la promessa:

In stipulatione de reddendo usu fructu pecuniae duo soli casus interponuntur, mortis et capitis deminutionis.

⁶³ Gai. 7 *ad ed. prov.*, D. 7.5.7.

⁶⁴ Cfr. Pap. 7 *respons.*, D. 33.2.24 pr.; Ulp. 18 *ad Sab.*, D. 7.5.1; Impp. Severus et Antoninus, C. 3.33.1 – a. 199.

⁶⁵ La diversità rispetto alla normale *cautio fructuaria* è sottolineata in Ulp. 18 *ad Sab.*, D. 7.9.12.

⁶⁶ Iul. 35 *dig.*, D. 7.5.6 pr.

Nella stipulazione relativa alla restituzione dell'usufrutto di danaro si inseriscono solo due eventualità, la morte e il declassamento dello stato giuridico⁶⁷.

Questa alternativa riflette la prassi. Un tempo più breve può dipendere dalla circostanza che sia inserito nel legato un termine o sia posta una condizione risolutiva. Ma dalle testimonianze disponibili non emerge altra funzione dello *ius in re aliena* in questi casi, se non quella di assegnare il bene fungibile con durata vitalizia. Ciò riguarda soprattutto il danaro, tramite fondamentale per la circolazione delle merci. La concessione a vita costituisce una massa monetaria, un capitale commerciale destinato ad impieghi molteplici e di lungo periodo da parte del legatario.

Osservo che sei frammenti (uno di Pomponio, gli altri di Ulpiano) concernenti il senatoconsulto sono tratti da opere giurisprudenziali di commento *ad Sabinum*⁶⁸. Sappiamo che il giurista commentato già trattava il tema, scrivendone probabilmente durante l'impero di Tiberio⁶⁹. Dunque, il senatoconsulto va collocato negli anni immediatamente precedenti, intorno all'inizio del principato, e riflette la volontà normativa dell'imperatore. Il suo scopo dev'essere stato quello di dare certezza a forme di estrazione del profitto che passavano attraverso la messa in movimento di somme pecuniarie o di altre cose agevolmente scambiabili (come i prodotti agricoli). Un passo di Ulpiano conserva la memoria di questa commistione tra danaro e beni di consumo dall'ampia circolazione.

Senatus censuit, ut omnium rerum, quas in cuiusque patrimonium esse constaret, usus fructus legari possit: quo senatus consulto inductum videtur, ut earum rerum, quae usu tolluntur vel minuuntur, possit usus fructus legari.

Il senato ha deliberato la possibilità di dare in legato l'usufrutto di tutte le cose che risultino far parte del patrimonio di ciascuno. Da questo senatoconsulto si ricava la possibilità di legare l'usufrutto di quelle cose che quando sono usate vengono meno o diminuiscono di valore⁷⁰.

È facile, di fronte all'obbligo di restituzione dell'equivalente, pensare che il legato di usufrutto realizzi in realtà un trasferimento del *dominium* sul danaro, o su altra cosa similmente fungibile (come nel mutuo), e che la restituzione sia un trasferimento della stessa proprietà in senso inverso. Questo è il percorso teorico che traspare chiaramente da un testo di Marciano. Il testatore ha lasciato un legato di usufrutto su una somma di danaro del patrimonio ereditario. Il giurista severiano cita un rescritto di Settimio Severo ed Antonino Caracalla.

⁶⁷ Paul. 1 *ad Neratium*, D. 7.5.9.

⁶⁸ Cfr. Pomp. 5 *ad Sab.*, D. 35.2.69; Ulp. 18 *ad Sab.*, D. 7.5.1; Ulp. 18 *ad Sab.*, D. 7.5.3; D. 7.5.5; Ulp. 18 *ad Sab.*, D. 7.5.11; Ulp. 18 *ad Sab.*, D. 7.9.12.

⁶⁹ La nuova disciplina sembra alla base di un parere di Sabino, secondo la citazione di Ulp. 18 *ad Sab.*, D. 7.5.5.1. Quanto alla probabile datazione del senatoconsulto, vedi anche Ulp. 18 *ad Sab.*, D. 7.5.3 (ove sono citati Cassio e Proculo, i quali scrivono nei primi decenni del I sec.).

⁷⁰ Ulp. 18 *ad Sab.*, D. 7.5.1. Cfr. Inst. 2.4.2, che tratta anche la *cautio*.

Cum pecunia erat relicta Titio ita, ut post mortem legatarii ad Maevium rediret, quamquam adscriptum sit, ut usum eius Titius haberet, proprietatem tamen ei legatam et usus mentionem factam, quia erat restituenda ab eo pecunia post mortem eius, divi Severus et Antoninus rescripserunt.

Poiché era stata lasciata a Tizio per legato una somma di danaro, in modo tale che dopo la morte del legatario tornasse a Mevio, i divini imperatori Settimio Severo ed Antonino Caracalla hanno stabilito con un rescritto che, sebbene il testamento abbia disposto che Tizio avesse l'uso del danaro, tuttavia gli è stata lasciata per legato la proprietà e si è menzionato l'uso, in quanto il danaro doveva essere restituito dopo la sua morte⁷¹.

Secondo il rescritto imperiale, si tratta proprio di una trasmissione della proprietà su una determinata somma pecuniaria. L'immagine dell'usufrutto è stata evocata dal testatore soltanto per fissare il tempo in cui opererà il trasferimento di danaro. Questa è l'interpretazione: come avviene di solito per l'usufrutto, la proprietà del danaro dura fino alla morte (o alla *capitis deminutio*) del legatario. Non è stabilito un termine anteriore né prevista una risoluzione, poiché la funzione consolidata è disporre una concessione a vita. Infine, la somma torna nell'ambito del patrimonio ereditario da cui proveniva.

La finzione, che il ragionamento gaiano esplicitava (*quasi usufructus*), non entra nella costituzione imperiale.

6. La semplificazione dei legati

Una finzione da applicare ai legati è introdotta dal *senatusconsultum Neronianum*. Le disposizioni dettate dall'imperatore Nerone (databili tra il 54 e il 68 d.C.) sono illustrate da Gaio.

Il primo caso regolato è quello di un *legatum per vindicationem*, con il quale si trasmette la proprietà o uno *ius in re aliena*. La clausola testamentaria citata dal giurista ha in sé un difetto, che è tale da renderla nulla. La finzione interviene a salvare l'efficacia dell'atto.

Postea vero auctore Nerone Caesare senatus consultum factum est, quo cautum est, ut si eam rem quisque legaverit quae eius numquam fuerit, proinde utile sit legatum, atque si optimo iure relictum esset...

Successivamente, su proposta di Nerone, fu emanato un senatoconsulto con il quale si stabilì, per il caso in cui uno avesse legato una cosa che non era mai stata sua, che il legato fosse utile come se fosse stato assegnato con pieno diritto...⁷².

⁷¹ Marcian. 7 *institutionum*, D. 7. 5.12.

⁷² Gai. 2.197. Cfr. VOCI 1963, p. 225 ss.; TODESCAN 1979, p. 34 ss.: la volontà prevale sullo *scriptum*. Sulla dicotomia retorica sottostante a questa opzione, rinvio a BRUTTI 2017, p. 50 ss. e 54 ss.

Questo è il riassunto della deliberazione senatoria. L'aggettivo *utile* indica con immediatezza la funzionalità dell'atto immaginato, capace di produrre l'assegnazione patrimoniale voluta dal testatore. Subito dopo, Gaio spiega l'espressione *optimo iure*:

...optimum autem ius est per damnationem legati, quo genere etiam aliena res legari potest, sicut inferius apparebit.

...è pieno il diritto del legato *per damnationem*, genere con il quale anche una cosa altrui può essere legata⁷³.

La clausola testamentaria effettivamente scritta è sostituita da un'altra: da un legato ad effetti obbligatori che può – senza difficoltà – avere ad oggetto la cosa altrui. Sarà l'erede che dovrà trasferire questa al destinatario, ovviamente dopo averla acquisita. L'acquisto è necessario all'adempimento dell'obbligo. Ove esso non sia possibile, l'erede si libererà pagando al legatario una somma di danaro equivalente al valore della cosa legata⁷⁴.

Il legato è utile, poiché il suo statuto giuridico è adeguato allo scopo. Il diritto pieno (*optimum*) è quello che salva la volontà e con essa l'operazione economica da realizzare. La salvezza della volontà è un tema centrale nelle tecniche retoriche e i giuristi lo recepiscono⁷⁵.

Gaio ripropone lo stesso schema seguendo una interpretazione estensiva del senatoconsulto, che nasce dal dibattito giurisprudenziale. In due casi egli costruisce una finzione simile a quella già prospettata. La applica anzitutto al *legatum sinendi modo*: una disposizione ad effetti obbligatori, in base alla quale l'erede è tenuto a consentire che il legatario prenda per sé una cosa determinata (traendola dal patrimonio di cui dispone l'erede)⁷⁶. Secondo l'impostazione gaiana, ciò comporta un passaggio di proprietà⁷⁷.

Perché il legato sia utile è sufficiente che la cosa, al tempo della morte del testatore, sia nel suo patrimonio o in quello proprio dell'erede (anche se non apparteneva né all'uno né all'altro quando è stato redatto il testamento). Che cosa avviene invece se il *dominium* della *res* non è mai stato del testatore e se soltanto dopo la sua morte è stato acquistato dall'erede? L'obbligo di consentire l'apprensione non può essere costituito con il legato, quando la *res* è estranea ai due patrimoni.

Quodsi post mortem testatoris ea res heredis esse coeperit, quaeritur an utile sit legatum. Et plerique putant inutile esse. Quid ergo est? Licet aliquis eam rem legaverit, quae neque eius unquam fuerit neque postea heredis eius unquam esse coeperit, ex senatusconsulto Neroniano proinde videtur, ac si per damnationem relicta esset.

⁷³ Gai. 2.197.

⁷⁴ Gai. 2.202.

⁷⁵ Ho già cercato di mettere in luce la matrice retorica di questo procedimento, nell'interpretazione di atti tra vivi e di disposizioni testamentarie: vedi BRUTTI 2017, p. 48 ss.; e spec. 87 ss. a proposito di interpretazione che salva il contratto.

⁷⁶ Gai. 2.210.

⁷⁷ Gai. 2.213.

Ci si chiede se il legato sia utile nel caso in cui la cosa sia diventata propria dell'erede dopo la morte del testatore. Molti ritengono che sia inutile. Qual è dunque la soluzione? Sebbene uno abbia legato una cosa che non fu mai sua né poi sia mai divenuta del suo erede, si considera, in base al senatoconsulto neroniano, come se fosse stata assegnata con un legato *per damnationem*⁷⁸.

Nell'interpretazione prescelta non ha alcun rilievo il fatto che l'erede abbia acquistato la cosa. Il *legatum per damnationem* crea comunque l'obbligo a consentire che il legatario prenda la *res*. Quindi l'erede dovrà acquistarla, in vista dell'adempimento (a meno che egli non estingua l'obbligo, pagando secondo l'*aestimatio rei*).

Gaio tratta analiticamente un altro caso analogo di *ius controversum*, ove è in gioco la conservazione della volontà testamentaria. Considera il senatoconsulto neroniano applicabile all'ipotesi di un legato *per praeceptionem*, la cui inutilità derivi dalla formulazione adottata.

Questo tipo di legato assegna direttamente l'appartenenza della cosa o lo *ius in re aliena*, con una espressione dalla forma imperativa, che indica una precedenza. Il giurista cita in proposito l'esempio dell'assegnazione di uno schiavo: *Lucius Titius hominem Stichum praecipito* (Lucio Tizio acquisti prima lo schiavo Stico). Secondo la scuola sabiniana, la clausola opera soltanto nel caso di più coeredi e dispone il trasferimento di un bene dall'uno all'altro. Quando l'eredità è acquistata dagli eredi, si verifica anche automaticamente il passaggio della *res*. In assoluta coerenza con lo schema fissato, Sabino sostiene che la *praeceptio* non possa essere stabilita a favore di una persona estranea al novero dei coeredi e che, nel caso in discussione, il *senatus consultum* neroniano non possa essere applicato.

Prevale l'opinione opposta, che estende l'incidenza della *fictio*.

Ideoque si extraneo legatum fuerit, inutile est legatum; adeo ut Sabinus existimaverit ne quidem ex <senatus>consulto Neroniano posse convalescere: nam eo, inquit, senatusconsulto ea tantum confirmantur, quae verborum vitio iure civili non valent, non quae propter ipsam personam legatarii non deberentur. Sed Iuliano et Sextio placuit etiam hoc casu ex senatusconsulto confirmari legatum: nam ex verbis etiam hoc casu accidere, ut iure civili inutile sit legatum, inde manifestum esse, quod eidem aliis verbis recte legatur, veluti per vindicationem, per damnationem, sinendi modo; tunc autem vitio personae legatum non valere, cum ei legatum sit, cui nullo modo legari possit, velut peregrino, cum quo testamenti factio non sit; quo plane casu senatusconsulto locus non est.

⁷⁸ Gai. 2.212.

Perciò se il legato sia stato attribuito ad un estraneo, esso è inutile; sicché Sabino ha ritenuto che non potesse riprendere vigore neanche sulla base del senatoconsulto neroniano: infatti – dice – con questo senatoconsulto vengono confermati soltanto i lasciti che per un vizio della formulazione verbale non valgono secondo lo *ius civile* e non quelli che non sono dovuti a causa della persona stessa del legatario. Ma Giuliano e Sesto ritengono che anche in questo caso il legato fosse confermato dal senatoconsulto: infatti, a loro parere, anche in questo caso accade, in base alle parole, che il legato sia inutile secondo lo *ius civile*; quindi è chiaro che a favore della stessa persona si dispone correttamente il legato con diverse parole, come *per vindicationem*, *per damnationem* o *sinendi modo*; e il legato non vale per un vizio riguardante le persone, solo quando sia stato attribuito ad uno che in nessun modo poteva riceverlo, come per esempio ad un peregrino nei cui confronti non si può fare testamento: in questo caso è scontato che il senatoconsulto non sia applicabile⁷⁹.

Come si vede, la tesi di Sabino è stata messa da parte da Giuliano e da Sesto (il *praenomen* può indicare Pomponio o Africano). L'*interpretatio* convalida il legato, poiché le sue diverse forme sono tutte riferibili all'*extraneus*. La finzione si ferma, soltanto se il legato è a beneficio di uno straniero, che non può riceverlo. Gaio indica invece nell'azione giudiziaria mirante alla divisione ereditaria il mezzo di tutela di cui può servirsi il coerede legatario⁸⁰. La divisione ha senso in quanto la cosa sia stata del testatore e faccia ora parte dell'*hereditas*⁸¹. Due requisiti necessari all'efficacia della clausola.

Se il testatore ha lasciato con il legato *per praeceptionem* una cosa altrui, allora seguendo il *senatus consultum Neronianum*, si finge un *legatum per damnationem*: il coerede legatario diventa creditore dell'altro.

Itaque si non suam rem eo modo testator legaverit, iure quidem civili inutile erit legatum; sed ex senatus consulto confirmabitur.

Così, se il testatore abbia legato in tal modo una cosa non sua, il legato sarà inutile secondo lo *ius civile*, ma verrà confermato in base al senatoconsulto⁸².

Gli autori della scuola proculiana sono andati più in là, con una ulteriore finzione, che non ha il proprio fondamento nel senatoconsulto, ma è tutta di formazione giurisprudenziale ed è stata confermata da una costituzione dell'imperatore Adriano.

Sed diversae scholae auctores putant etiam extraneo per praeceptionem legari posse proinde ac si ita scribatur TITIUS HOMINEM STICHUM CAPITO, supervacuo adiecta

⁷⁹ Gai. 2.218.

⁸⁰ Gai. 2.219.

⁸¹ Gai. 2.220.

⁸² *Ibidem*.

PRAE syllaba: ideoque per vindicationem eam rem legatam videri. Quae sententia dicitur divi Hadriani constitutione confirmata esse.

Ma gli autori della scuola opposta pensano che si possa legare *per praeceptionem* anche ad un estraneo, come se fosse scritto così: TIZIO ACQUISTI LO SCHIAVO STICO, essendo superflua l'aggiunta della sillaba *PRAE*: in questo modo la cosa si considererebbe legata *per vindicationem*. Questo enunciato risulta confermato da una costituzione del divo Adriano⁸³.

Il *legatum per praeceptionem* aveva espresso malamente (cioè con una forma inappropriata) la volontà di trasferire il bene ad un terzo non compreso tra i coeredi. L'interpretazione si risolve nel manipolare i *verba* del legato, intendendoli come se (*proinde ac si*) al posto dell'imperativo *precipito* vi fosse la forma verbale *capito* (senza il prefisso *prae*, che indica l'acquisto immediato del coerede, prima che operino altre disposizioni particolari). Fingendo che vi sia nel testamento questa parola, si può assegnare la *res* ad un estraneo e il lascito è assimilato ad un legato *per vindicationem*⁸⁴.

7. Il finto erede

Il sintagma *bonorum possessio* indica l'assegnazione, stabilita dal pretore e fissata nel suo editto, di beni facenti parte del patrimonio ereditario. Coloro che li ricevono non possono essere qualificati come eredi né trovano tutela entro lo *ius civile*. Sono coinvolti nella successione, soltanto perché si finge che essi abbiano la qualità di eredi. Così nuovi attori, con interessi che prima non emergevano, irrompono sconvolgendo la tassatività delle regole tradizionali. I mezzi giudiziari a cui possono ricorrere si inquadrano nello svolgersi della procedura *per formulas*, durante la lunga fase che vede la coesistenza di questa con le forme giudiziarie più antiche (dalla seconda metà del II sec. a.C. fino alla legge augustea che sopprime le *legis actiones*).

In molti casi si percepisce la funzionalità della *bonorum possessio* rispetto ad una visione della *familia* non più rigidamente legata alla *potestas* e alla centralità dei legami di discendenza in linea maschile. Le disposizioni del pretore per le successioni *mortis causa* riflettono la tendenza a dare rilievo a rapporti non rilevanti per la disciplina ereditaria dello *ius civile*, come i legami di sangue al di fuori della discendenza in linea maschile, oppure a rapporti considerati indipendentemente dalla *potestas*, come le relazioni tra *patroni* e *liberti* o come il rapporto matrimoniale. Tutto ciò modifica le priorità fissate per l'*hereditas ab intestato* e genera modelli inediti di regolazione per il testamento.

⁸³ Gai. 2.221.

⁸⁴ La tendenza ad ampliare il campo della *fictio*, facendo leva sul senatoconsulto, si evince da Ulp. 17 *ad Sab.*, Vat. Frag. 85. Un legato *per vindicationem* avente ad oggetto l'usufrutto di una *res aliena* viene confermato, fingendo che esso sia *per damnationem*. Se è a favore di più persone e se una non acquista l'usufrutto, si considera – con un ulteriore salto rispetto alla scrittura testamentaria – che all'altro legatario spetti l'intero (...*Quod se antea socius amittat, erit danda totius petitio*...). Cfr. Voci 1963, 227.

L'ingresso della *cognatio* tra le situazioni a cui dà rilievo autonomo il pretore, e dalle quali fa discendere il possesso dei beni, è visto come il segno di una pressione della natura ed è un riconoscimento dei vincoli che essa impone. I giuristi colgono l'ampia apertura della normativa pretoria alla parentela che va al di là degli *agnati* (il termine indica le persone libere discendenti da un *pater* comune, secondo una discendenza intesa in senso giuridico, comprendente quindi gli adottati e le donne che abbiano effettuato una *conventio in manum*)⁸⁵.

Un tentativo di mettere a fuoco i collegamenti concettuali tra *agnati* e *cognati* si trova in un testo di Paolo:

Inter adgnatos igitur et cognatos hoc interest quod inter genus et speciem: nam qui est adgnatus, et cognatus est, non utique autem qui cognatus est, et adgnatus est: alterum enim civile, alterum naturale nomen est.

Tra gli *agnati* e i *cognati* vi è la stessa differenza che corre tra genere e specie: infatti chi è *agnato* è anche *cognato*, mentre in ogni caso colui che è *cognato* non è anche *agnato*: infatti, uno è un nome civile, l'altro è un nome naturale⁸⁶.

Il genere degli *agnati* comprende i *cognati* come propria *species* (quando il legame di discendenza è naturale). Ma non li comprende tutti. Vi sono legami naturali che non rientrano nella discendenza maschile, ma che hanno un rilievo nei congegni successivi. Mi sembra questa la sostanza della definizione paoliana⁸⁷. Essa rivela un primato (una più vasta portata logica) della *cognatio*, da un lato considerata come *species* entro la categoria generale degli *agnati* e dall'altro vista come categoria autonoma.

La dicotomia civile-naturale ritorna in un enunciato di Modestino: *Cognitionis substantia bifariam apud Romanos intellegitur: nam quaedam cognationes iure civili, quaedam naturali conectuntur...*⁸⁸.

In questa formulazione, come in quella paoliana traspare l'intento di trattare unitariamente la disciplina mista, che intreccia schemi tradizionali e norme pretorie. Comunque, la considerazione del puro legame naturale è tutta interna alla *bonorum possessio*.

⁸⁵ Occorre precisare che la *cognatio* comprende gli *agnati* (vedi *infra*, ntt. 87-88), il cui legame con il defunto può essere – come ho detto – un legame giuridico (si vede qui la centralità dell'organizzazione familiare), e che l'apertura pretoria ai rapporti così detti naturali riguarda il rapporto con la madre e i parenti materni. Cfr. Voci 1967, 181 s.: "Il pretore, assumendo come proprio il criterio della parentela senza distinzione di linee, crea uno schema più vasto: parenti sono non solo quelli della linea maschile, ma tutti coloro che sono legati da un vincolo di sangue". Vedi anche Voci 1963, 13 s.

⁸⁶ Paul. *l. sing. de gradibus et adfinibus et nominibus eorum*, D. 38.10.10.4.

⁸⁷ Il testo non esprime una struttura classificatoria rigorosa. Può esservi stata un'abbreviazione formale, ma è dai singoli concetti delineati che dobbiamo trarre un senso. Come si spiega il rapporto tra gli *agnati* quale *genus* e i *cognati* quale *species* posto all'inizio? Credo che il *genus* – nella prima parte del passo di Paolo – sia da riferire esclusivamente ai legami di discendenza rilevanti per lo *ius civile* (naturali o creati dal diritto). La *species*, in questa ottica, sarebbe costituita dai legami naturali rientranti nell'*adgnatio*. Accanto a questa *cognatio* interna all'*adgnatio* vi è una *cognatio* che va al di là dei legami *iure civili* e che dà luogo alla *bonorum possessio*. Chi è *cognato* senza essere *agnato* è fuori dalla *divisio* posta all'inizio ed è tutelato dal pretore. Sulla *cognatio* non compresa nell'*adgnatio*, si può ritenere che il giurista conduca un discorso distinto (e forse la distinzione era più marcata nella stesura originaria del testo).

⁸⁸ Modestin. 12 *pandectarum*, D. 38.10.4.2.

Su un piano diverso va considerata la rilevanza che assume il vincolo coniugale. Ulpiano scrive: *Ut bonorum possessio peti possit unde vir et uxor, iustum esse matrimonium oportet...* E più avanti: *Ut autem haec bonorum possessio locum habeat, uxorem esse oportet mortis tempore...*⁸⁹. Dobbiamo ricordare che sul matrimonio si impernia la famiglia nucleare (*vir cum uxore et liberis*): modello di fatto prevalente nelle forme di vita con le quali si misurano i giuristi⁹⁰. Lo *ius civile*, che privilegia la discendenza e le forme giuridiche della *familia* nel definire le successioni, cede tuttavia il passo alla considerazione diretta del dato sociale. Ed è questo che spinge l'intervento del pretore.

La materiale immissione delle figure nuove nell'eredità (o meglio nel possesso del patrimonio) implica un travestimento del dato empirico. Descrivo l'operazione esaminando un caso largamente trattato dai giuristi. Il discendente emancipato (figlio o nipote), che non è sotto la *potestas* del *pater* quando egli muore, non sarà *heres ab intestato*, ma – come rimedio all'ingiustizia che l'esclusione comporta – potrà ottenere dal pretore una quota del possesso dei beni; e questa gli verrà assegnata anche nei casi in cui il pretore disponga la *bonorum possessio contra tabulas*.

L'esempio permette di individuare una costruzione concettuale comune ad ogni forma di *bonorum possessio*. Essa è esposta con precisione da Gaio:

Sed haec iuris iniquitates edicto praetoris emendatae sunt. Nam eos omnes, qui legitimo iure deficiuntur vocat ad hereditatem, proinde ac si in potestate parentis mortis tempore fuissent, sive soli sint sive etiam sui heredes, id est qui in potestate patris fuerunt, concurrant.

Ma queste iniquità giuridiche sono state corrette dall'editto del pretore. Questi infatti chiama all'eredità tutti i figli che sono privi di un diritto legittimo, come se fossero stati in potestà del padre al momento della sua morte, tanto nel caso in cui siano soli, quanto nel caso in cui concorrano anche *sui heredes*, cioè quanti erano sotto la potestà del padre⁹¹.

Il travestimento teorico è in pratica determinante per la distribuzione del patrimonio. Dalla *fictione* deriva un apparentamento logico tra *heredes sui* e *bonorum possessores*, pensati quali componenti di un medesimo *genus*. Secondo Paolo ed Ulpiano, l'acquisto dei beni (o meglio del loro possesso), che avviene a favore del figlio o del nipote emancipato, è identico a quello che gli sarebbe stato attribuito se fosse rimasto sotto la *potestas* del capofamiglia.

Nepote quoque solo emancipato et avo mortuo, deinde patre eius, nepos praeteritus accipiet patris bonorum possessionem, quia suus heres esset futurus patri, si potestate avi non exisset.

⁸⁹ Ulp. 47 *ad ed.*, D. 38.11.1 pr.-1. Vedi VOCI 1967, p. 594 ss.

⁹⁰ GARNSEY, SALLER 1983, p. 157 ss.; 167 ss. La brevità delle vite porta allo sviluppo di organizzazioni familiari ristrette, dipendenti da *patres* relativamente giovani.

⁹¹ Gai. 3.25-26. Cfr. BIANCHI 1997, p. 272 ss.

Poiché vi era un solo nipote emancipato ed erano morti sia l'avo sia più tardi il padre di lui, quel nipote, omissso nella successione, riceverà il possesso dei beni del padre, in quanto egli sarebbe stato *heres suus* del proprio padre, se non fosse uscito dalla potestà dell'avo⁹².

E sulla stessa linea:

Praetori enim propositum est, cum contra tabulas bonorum possessionem dat, eas partes unicuique liberorum tribuere, quas intestato patre mortuo in hereditate habiturus esset, si in potestate mansisset...

È stato ordinato al pretore, quando egli concede il possesso dei beni, di attribuire a ciascuno dei figli quelle parti che gli sarebbero spettate, alla morte del padre e in mancanza di un testamento, se fosse rimasto nella potestà del padre⁹³.

Il processo è il momento decisivo nel quale viene fatta valere la pretesa del *bonorum possessor* in ordine alla successione. Può essere una richiesta esclusiva di ingresso nel patrimonio, mancando gli eredi, o può concorrere con l'azione giudiziaria di questi. Il pretore redige, d'intesa con le parti, la formula che indica i termini della lite, ordinando al giudice di condannare il convenuto se i fatti corrispondono alle ragioni dell'attore, o in caso contrario di assolvere. È proprio questo documento, su cui si fonda il giudizio, a fissare per iscritto il travestimento dei fatti, posto a base della pretesa.

Il *bonorum possessor* viene considerato come un finto erede, beneficiario di una successione immaginata, da cui il giudice farà discendere un effetto materiale identico a quello della *petitio hereditatis*, spettante al successore *iure civili*.

È ancora Gaio a spiegare come ciò accada:

Cum enim praetorio iure, non legitimo succedat in locum defuncti, non habet directas actiones, et neque id quod defuncti fuit potest intendere SUUM ESSE, neque id quod ei debebatur potest intendere DARI SIBI OPORTERE; itaque ficto se herede intendit velut hoc modo IUDEX ESTO. SI A. AGERIUS (id est si ipse actor) L. TITIO HERES ESSET, TUM SI EUM FUNDUM DE QUO AGITUR EX IURE QUIRITIVM EIUS ESSE OPORTERET; et si <debeatur pecunia>, praeposita simili fictione heredis

⁹² Paul. 41 *ad ed.*, D. 37.4.6.2. In questo caso, il nipote era uscito dalla *potestas* dell'avo. Questi muore prima del *pater*. Il possesso dei beni viene attribuito al nipote. La finzione consiste nell'equiparare la condizione del nipote a quella propria di un *heres suus*: condizione nella quale si sarebbe trovato, alla morte del *pater*. Infatti, il *pater*, come erede dell'avo, avrebbe avuto la *potestas* sul proprio figlio, se quest'ultimo non fosse stato già da tempo emancipato.

⁹³ Ulp. 40 *ad ed.*, D. 37.4.8.14. Vedi BIANCHI 1997, p. 279.

ita subicitur TUM SI PARERET N. NEGIDIUM <A.> AGERIO SESTERTIUM X MILIA DARE OPORTERE.

Poiché infatti egli succede al defunto in virtù del diritto pretorio e non di quello legittimo, non ha azioni dirette né può pretendere CHE SIA SUO ciò che era del defunto, né chiedere che A LUI VI SIA OBBLIGO DI DARE ciò che gli era dovuto: sicché, fingendosi erede, agisce ad esempio in questo modo: SIA GIUDICE. SE A. AGERIO (cioè se l'attore) FOSSE EREDE DI L. TIZIO, ED ALLORA IL FONDO DI CUI SI TRATTA DOVESSE ESSERE CONSIDERATO SUO SECONDO IL DIRITTO DEI QUIRITI; e, per il caso in cui fosse dovuta una somma di danaro, una volta premessa un'analoga finzione relativa alla qualità di erede, così si aggiunge: ED ALLORA SE RISULTASSE CHE NUMERIO NEGIDIO DOVESSE DIECIMILA SESTERZI AD A. AGERIO⁹⁴.

Se il giudice accerterà che il fondo sarebbe spettato all'attore, ove egli fosse stato erede, allora condannerà il convenuto. Ed avverrà lo stesso nel caso di un credito ereditario. Su questa base, che cosa dovrà essere provato nel giudizio? Da un lato, il fatto che il fondo o il credito appartengano all'eredità. Dall'altro, la qualità di "erede finto", disegnata dal pretore. Si tratta di confrontare la posizione in cui si trova l'attore con ciò che è previsto nelle norme editali.

La disciplina è così sintetizzata da Ulpiano:

Hi quibus ex successorio edicto bonorum possessio datur, heredes quidem non sunt, sed heredis loco constituuntur beneficio praetoris. Ideoque seu ipsi agant seu cum his agatur, ficticiis actionibus opus est, in quibus heredes esse finguntur.

Coloro ai quali si dà il possesso dei beni non sono davvero eredi, ma vengono posti in luogo degli eredi per una concessione del pretore. Perciò sia che essi agiscano in giudizio sia che venga esercitata un'azione giudiziaria nei loro confronti, vi è bisogno di azioni fittizie, nelle quali cioè si finge che essi siano eredi⁹⁵.

La finzione dell'eredità serve ad introdurre nuovi schemi di successione e nuovi beneficiari. Vi è quindi una trasformazione storica realizzata senza cancellare la disciplina tradizionale, e

⁹⁴ Gai. 4.34. Cfr. VOCI 1967, p. 124 e BIANCHI 1997, p. 266 ss., spec. 271: "...la tutela è tecnicamente accordata considerando come avvenuto il presupposto fattuale, ovviamente in realtà inesistente, che il *bonorum possessor* sia *heres del de cuius*; da questo presupposto discende, a sua volta, la situazione di 'titolarità' del *suum esse* e del *dari oportere*, che rappresentano il fondamento delle pretese assunte nell'*intentio* delle formule". La finzione costruisce una situazione che è pensata come una realtà, ma non lo è. Mi sembra che la precisazione di Bianchi colga il dato su cui si fonda la pretesa dedotta in giudizio. Non vi è la sussunzione di una posizione fattuale entro il concetto di *heres* fissato dallo *ius civile*. Forse questa potrebbe realizzarsi passando attraverso un'argomentazione analogica, o costruendo una relazione da *genus a species*. Invece, si segue un'altra strada. Con la *fictio*, che è diversa dalla sussunzione, si postula un dato oggettivo: si suppone che quel possessore (immaginandosi che ve ne siano i presupposti) sia effettivamente erede. Ma ciò avviene nella piena consapevolezza, ben presente entro il processo, che quel fatto non esiste: che si tratta di un artificio.

⁹⁵ Tit. Ulp. 28.12.

tuttavia con una sostanziale discontinuità, resa possibile dalla funzione correttiva riconosciuta allo *ius praetorium* (*corrigeni iuris civilis gratia*).

8. *Bonorum possessio* ed acquisto dell'eredità

Chi non era sotto la *potestas* del *pater* al momento della sua morte ed è stato istituito erede acquista il patrimonio a lui destinato soltanto manifestando liberamente la volontà di accettarlo⁹⁶. Ciò avviene per mezzo di una dichiarazione solenne (*cretio*) imposta dal testamento; oppure avviene attraverso atti di gestione dei beni ereditari. Un riferimento a questi atti è nelle parole di Gaio, che nega a chi non abbia compiuto la *cretio*, rispettando il termine fissato nel testamento, il potere di acquisire successivamente l'eredità mediante la gestione:

Quodsi ita non creverit, finito tempore cretionis excluditur; nec quicumque proficit, si pro herede gerat, id est si rebus hereditariis tamquam heres utatur.

E nel caso in cui non abbia formalmente accettato, trascorso il tempo previsto per l'accettazione, egli è escluso; né gli gioverà in alcun modo il fatto di avere compiuto atti di gestione quale erede, ossia di avere usato i beni ereditari come se fosse stato erede⁹⁷.

Lo stesso schema torna nei *Tituli ex corpore Ulpiani*:

Pro herede gerit qui rebus hereditariis tamquam dominus utitur, velut qui auctionem rerum hereditiarum facit aut servis hereditariis cibaria dat.

Compie atti di gestione quale erede colui che usa le cose ereditarie come se gli appartenessero o colui che realizza un aumento delle cose ereditarie o fornisce il vitto ai servi ereditari⁹⁸.

Chi è chiamato alla successione opera “come se” fosse già erede. L'acquisto è l'effetto di una finzione introdotta dal linguaggio giurisprudenziale, con parole quali *pro* o *tamquam*, o *quasi*. Non potrei gestire, ma mi comporto come se potessi e ciò denota la volontà di accettare: una volontà che può essere – scrive Gaio – anche *nuda*⁹⁹. La rilevanza di un'autonoma dichiarazio-

⁹⁶ Iul. 36 *dig.*, D. 30.89.

⁹⁷ Gai. 2.166.

⁹⁸ Tit. Ulp. 22.26.

⁹⁹ In Proculo ed in Giavoleno la manifestazione di volontà volta all'accettazione ha già un'autonomia. Genera effetti indipendentemente dalle forme che assume. Vedi Iav. 1 *ex post. Lab.*, D. 29.2.62 pr. Nel caso specifico è in questione un giuramento dell'erede, posto come *condicio* dal testatore non per l'acquisto ma per la chiamata all'eredità. Labeone non lo considera rilevante ai fini dell'*aditio*. Invece, Proculo e Giavoleno fingono che quella manifestazione di volontà sia un atto di gestione. La finzione implicita in questo modo di acquisto è messa in rilievo da Giuliano. Il requisito essenziale è l'*animus* (su cui vedi anche Paul. 1 *quaest.*, D. 29.2.2.88). Sulle orme di Giuliano si muove Ulp. 6 *ad ed.*, D. 29.2.20 pr.: *Pro herede gerere videtur is, qui aliquid facit quasi heres. et generaliter Iulianus scribit eum demum pro herede gerere, qui aliquid quasi heres*

ne informale deriva probabilmente dalla pratica del *gerere pro herede* e dal suo diffondersi¹⁰⁰. È la *factio* che apre la strada prima all'*usus* e poi al volere senza involucri.

Il concetto di *usus*, riferito alla gestione di *res hereditariae* (da Gaio e da Ulpiano), va inteso nel senso più ampio, superando la detenzione materiale ed includendo atti di disposizione di crediti o debiti, nei quali può consistere il *gerere*. È un significato già presente nella giurisprudenza anteriore a Gaio. Si può ricordare l'espressione *uti iure meo* riferita alla proprietà da Trebazio Testa¹⁰¹; ma i precedenti più significativi vengono dal suo allievo Labeone. Il quale senza difficoltà denomina *usus iuris* l'esercizio del potere corrispondente ad una *servitus*¹⁰²; e soprattutto adopera, occupandosi dei beni ereditari, la nozione fortemente irregolare di *possessio iuris*.

Hereditatis autem bonorumve possessio, ut Labeo scribit, non uti rerum possessio accipienda est: est enim iuris magis quam corporis possessio. denique etsi nihil corporale est in hereditate, attamen recte eius bonorum possessionem adgnitam Labeo ait.

Come Labeone scrive, il possesso dell'eredità o dell'insieme dei beni non è da considerare un possesso di cose: è infatti il possesso di uno *ius* piuttosto che di un'entità corporea. Dunque, anche se non vi sia nulla di materiale nell'eredità, tuttavia Labeone dice che correttamente si possa ammettere una *bonorum possessio*¹⁰³.

Ho già detto quale sia in questo tipo di possesso il ruolo della *factio*, indispensabile al configurarsi della tutela pretoria ed incorporata nella formula con la quale questa si attua. Sollevo ora una domanda, che nasce da alcuni testi, riguardanti le due ultime finzioni appena trattate: la *bonorum possessio* ed il *pro herede gerere*. In quale misura esse possono accostarsi o assimilarsi? L'elemento comune è nel fatto che entrambe individuano situazioni possessorie ed in ciascuna di queste il possessore (colui che usa i beni) è tutelato come se fosse erede. Quindi attraverso una *factio*.

Citerò un discusso parere labeoniano, che propone, in uno specifico caso, l'identificazione del *gerere* con la *bonorum possessio*. Metterò in luce quali ostacoli si oppongano a questa operazione, che tuttavia non resta priva di seguito; e cercherò di spiegarne il significato teorico.

Il pensiero di Labeone è riassunto e commentato in un frammento di Giavoleno.

gerit: pro herede autem gerere non esse facti quam animi: nam hoc animo esse debet, ut velit esse heres. La nozione di *nuda voluntas* è in Gai. 2.167: *At is qui sine cretione heres institutus sit, aut qui ab intestato legitimo iure ad hereditatem vocatur, potest aut cernendo aut pro herede gerendo vel etiam nuda voluntate suscipiendae hereditatis heres fieri...*

¹⁰⁰ VOCI 1967, p. 594 ss.

¹⁰¹ Ulp. 81 *ad ed.*, D. 39.2.24.12.

¹⁰² Iav. 5 *ex posterioribus Labeonis*, D. 8.1.20.

¹⁰³ Ulp. 39 *ad ed.*, D. 37.1.3.1. Vedi VOCI 1967, p. 193; 195 ss.; BRETONE 1998, p. 208 ss. (la costruzione labeoniana è lontana dal materialismo arcaico. Il possesso vale come potenzialità astratta, in presenza di oggetti non riducibili a *corpora*).

Filius emancipatus pater solum heredem instituit et, si is heres non esset, servum liberum et heredem esse iusserat: filius, tamquam pater demens fuisset, bonorum possessionem ab intestato petit et ita hereditatem possedit. Labeo ait, si probaretur sana mente pater testamento fecisse, filium ex testamento patri heredem esse. hoc falsum puto: nam filius emancipatus cum hereditatem testamento datam ad se pertinere noluit, continuo ea ad substitutum heredem transit nec potest videri pro herede gessisse, qui, ut hereditatem omitteret, ex alia parte edicti possessionem bonorum petit. PAULUS. Et Proculus Labeonis sententiam improbat et in Iavoleni sententia est.

Un padre istituì unico erede il figlio emancipato e, per il caso in cui questi non divenisse effettivamente erede, aveva ordinato che un servo fosse libero ed erede. Il figlio, sostenendo che il padre fosse demente, chiese il possesso al di fuori del testamento e così giunse a possedere l'eredità. Labeone afferma che se fosse provato che il padre fece il testamento quando era sano di mente, il figlio sarà erede del padre in base a quel testamento. Credo che ciò sia falso: quando infatti il figlio emancipato non volle che gli spettasse l'eredità a lui assegnata con il testamento, questa passò direttamente all'erede designato come sostituto, né si può ritenere che abbia gestito come erede chi, per rinunciare all'eredità, chiede il possesso dei beni in base ad un'altra parte dell'editto. PAOLO. Anche Proculo disapprova il parere di Labeone ed è d'accordo con il parere di Giavoleno¹⁰⁴.

Il figlio emancipato non è *heres suus*. Per acquistare il patrimonio che gli è stato assegnato con il testamento, deve quindi compiere un atto di accettazione. Ma preferisce seguire un'altra via. Considerando non valido il testamento per l'infermità mentale del padre, chiede la *bonorum possessio* e la ottiene. In un tempo successivo, nasce una controversia giudiziaria, promossa da chi è interessato a dichiarare valido il testamento. È probabile che il servo, manomesso e designato erede in sostituzione del figlio (com'è raccontato nel testo) rivendichi l'eredità¹⁰⁵. Secondo Labeone egli sarà respinto, poiché il *filius* emancipato ha già acquisito l'*hereditas* in base allo *ius civile*. Ha potuto farlo, in virtù del possesso di cui disponeva¹⁰⁶.

Giavoleno (al pari di Proculo) ritiene falsa questa argomentazione, forse richiamata più puntualmente nel testo originario. La richiesta della *bonorum possessio* – egli osserva – si fonda su una parte dell'editto diversa da quella riguardante la mancata *aditio* e la rinuncia all'*hereditas* testamentaria¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Iav. 1 *ex posterioribus Labeonis*, D. 29.2.60.

¹⁰⁵ Ciò avviene in quanto la *manumissio* testamentaria lo ha reso immediatamente libero ed egli può chiedere in giudizio l'eredità, sul presupposto (di cui deve dar prova) che il testamento sia valido.

¹⁰⁶ Non credo che egli possa divenire automaticamente erede in base al testamento che si è rivelato valido. Essendo infatti emancipato, non è *heres suus*; per l'acquisto ha bisogno di un'*aditio*. Vedi sul punto WUBBE 1985, p. 100; KOHLAAS 1986, p. 133 ss.

¹⁰⁷ Sul frammento, nel quadro delle vicende concernenti la *bonorum possessio*, vedi VIARENGO 2018, p. 87 ss.

Due ostacoli, quindi, mettono in discussione la scelta labeoniana. Anzitutto, la richiesta della *possessio* da parte del figlio implica un atto di rinuncia all'eredità testamentaria e non si comprende come questo atto possa perdere ogni rilievo. In secondo luogo, è difficile pensare che il provvedimento del pretore sia causa di un acquisto *iure civili* del patrimonio e del titolo di *heres*.

Eppure, lo schema seguito da Labeone ritorna in alcuni testi successivi.

Paolo costruisce su una *possessio* pretoria la finzione di un'*aditio hereditatis* (fissata con le parole *perinde atque si...*). Egli discute un caso nel quale il testatore ha istituito erede un emancipato, mentre ne ha omesso un altro. L'istituito chiede ed ottiene la *bonorum possessio*; ciò comporta una rinuncia al titolo di erede ma interviene la finzione comunque che vi sia stata un'*aditio* (derivante dall'uso dei beni, inteso come *pro herede gerere*). Così egli sarà tenuto all'adempimento di tutti i legati:

...sed si solus heres institutus contra tabulas bonorum possessionem acceperit, omnibus debebit legata praestare, perinde atque si adisset hereditatem...

...ma se il solo erede istituito abbia ricevuto il possesso dei beni, dovrà prestare i legati a tutti i destinatari, come se avesse accettato l'eredità...¹⁰⁸.

A sua volta Ulpiano giunge ad una conclusione analoga, trattando il caso di un *filius familias* che non abbia accettato l'eredità della madre secondo il *senatus consultum Orphitianum*. Afferma infatti che se il *pater* ha comunque avuto per sé la *bonorum possessio*, gli va riconosciuto l'acquisto del patrimonio.

Sed et si non adierit filius, diu tamen possedit pater hereditatem, credendus est admisisse hereditatem, ut divus Pius et imperator noster rescripserunt.

Ma anche se il figlio non abbia accettato, e tuttavia il padre possedette a lungo l'eredità, si deve credere che questi la abbia accettata, come stabilirono con rescritti il divo Antonino Pio ed il nostro imperatore¹⁰⁹.

Il giurista richiama in proposito norme già fissate da Antonino Pio e da Settimio Severo, che in momenti diversi mettono a frutto le immagini giurisprudenziali. Mi sembra che queste soluzioni sottintendano il *gerere pro herede*. Il quale ricomparirà esplicitamente in una costituzione diocleziana: una tarda conferma dell'antico enunciato di Labeone.

Puberem agnoscentem bonorum possessionem, posteaquam ei fuerit hereditas delata, pro herede gerere non ambigitur.

¹⁰⁸ Paul. 41 *ad ed.*, D. 37.5.15.1.

¹⁰⁹ Ulp. 6 *ad Sab.*, D. 29.2.6.3. Cfr. su questa linea Imp. Decius A. *Athenaidi*, C. 6.30.4 [a. 250].

Non è materia di dubbio che una persona pubere, la quale, dopo essere stata chiamata all'eredità, abbia ottenuto il possesso dei beni, gestisce i beni come erede¹¹⁰.

L'espressione *non ambigitur* mostra la volontà di superare un dubbio. L'innesto della *possessio* nella disciplina dell'*aditio hereditatis* – pur sostenuto nel rescritto – continua ad essere discutibile. Esso segnala comunque la tendenza – che trova spazio nella normazione imperiale – a mescolare gli schemi pretori con quelli dello *ius civile*, superando una consolidata dicotomia.

9. L'*actio Publiciana* e la circolazione dei beni

Un'altra incisiva finzione pretoria è quella che riguarda la proprietà. Gaio espone il meccanismo e gli esiti di un'*actio*, con la quale si tutela una situazione possessoria (secondo requisiti tassativamente indicati), “come se” l'attore fosse *dominus* della cosa.

Datur autem haec actio ei qui ex iusta causa traditam sibi rem nondum usucepit eamque amissa possessione petit. Nam quia non potest eam EX IURE QUIRITUM SUAM ESSE intendere, fingitur rem usucepisse et ita quasi ex iure Quiritium dominus factus esset intendit, veluti hoc modo: IUDEX ESTO. SI QUEM HOMINEM A. AGERIUS EMIT ET IS EI TRADITUS EST, ANNO POSSEDISSET, TUM SI EUM HOMINEM, DE QUO AGITUR, EIUS EX IURE QUIRITUM ESSE OPORTERET et reliqua...

Questa azione viene concessa a colui che non ha ancora usucapito una cosa consegnatagli in base ad una giusta causa e, avendone perduto il possesso, la chiede in giudizio. Poiché questi non può pretendere che sia di sua proprietà secondo il diritto dei Quiriti, si finge che egli abbia acquistato la cosa per usucapione; e così, come se fosse divenuto proprietario secondo il diritto dei Quiriti, egli formula la sua pretesa in questo modo: SE AULO AGERIO AVESSE POSSEDUTO PER UN ANNO LO SCHIAVO CHE HA ACQUISTATO E GLI È STATO CONSEGNATO E SE ALLORA LO SCHIAVO DI CUI SI TRATTA DOVESSE ESSERE SUO SECONDO IL DIRITTO DEI QUIRITI, eccetera¹¹¹.

Il rimedio descritto è l'*actio Publiciana* (introdotta dal pretore Publicio a metà del I sec. a.C.), a favore di chi abbia acquistato una *res Mancipi* mediante *traditio* e quindi non sia proprietario. Se costui perde il possesso della cosa che gli è stata trasferita mediante semplice consegna (in base ad una *iusta causa*, per esempio una vendita), come potrà tutelarsi?

¹¹⁰ Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. *Antonio*, 6.30.12 [a. 294]. Vedi Voci 1967, p. 601 ss.; COPPOLA 1999, p. 179 s.

¹¹¹ Gai. 4.36. Vedi BIANCHI 1997, p. 295 ss.

L'aspetto più rilevante è che si tratti di una *res Mancipi*. Rientrano nella categoria delle *res Mancipi* i mezzi di produzione della più antica economia agraria: i fondi italici, gli schiavi, gli animali che si aggiogano e servono al lavoro e le servitù rustiche al servizio dei fondi. *Res pretiosiores*, le chiama Gaio¹¹². Il trasferimento della proprietà su di esse avviene attraverso due atti rituali ad evidenza pubblica, la *Mancipatio* e l'*in iure cessio*. Nei casi in cui vi sia stata una semplice ed informale consegna (*traditio*), e dopo di essa la perdita del possesso da parte dell'acquirente, interviene in suo favore la tutela pretoria. Egli può acquistare per usucapione la proprietà sulla cosa: devono trascorrere due anni di possesso per gli immobili, un anno per i beni mobili. Finché il tempo previsto non sia trascorso, il possessore non è proprietario. Ma il pretore gli consente ugualmente di chiedere in giudizio la cosa, sebbene essa sia uscita dal suo controllo. Potrà infatti esercitare l'*actio Publiciana* nei confronti di chi attualmente possiede la *res*. L'espressione gaiana *in bonis habere* designa il potere sulla cosa, assicurato dall'azione pretoria e che di fatto diviene equivalente al *dominium*¹¹³.

Obbedendo alla formula, il giudice dovrà accertare se vi è stata una *traditio* in base ad una *iusta causa*, fingendo poi, secondo lo schema innovativo creato dal pretore, che il possesso di buona fede non sia stato interrotto, che l'usucapione si sia realizzato. Condannerà allora il convenuto ad una somma pecuniaria equivalente al valore del bene oggetto della lite, a meno che egli spontaneamente non lo restituisca all'attore.

Nella situazione possessoria creata dalla *traditio* di *res Mancipi* ad opera del *dominus*, va sottolineato che l'azione può essere esercitata contro chiunque occupi la cosa ed in ciò essa ricalca fedelmente il modello della *rei vindicatio*. Prima che decorra il termine fissato per l'usucapione, la cosa appartiene, secondo lo *ius civile*, al *dominus* che ha effettuato la *traditio*. Naturalmente egli può chiedere una formula con al centro la *rei vindicatio*; ma in questo caso il pretore inserirà una *exceptio rei venditae et traditae*, ordinando al giudice non solo di accertare se la cosa appartenga all'attore *ex iure Quiritium*, ma anche se essa sia stata da lui ceduta mediante *traditio* e con una *iusta causa*. La dimostrazione dell'avvenuta consegna, della *iusta causa* e del possesso di buona fede da parte dell'acquirente rende vana la pretesa. L'azione è bloccata in virtù dell'*exceptio* ed il convenuto è assolto. Inoltre, chi esercita l'*actio Publiciana* contro il proprietario (rientrato in possesso della cosa) e si vede opporre un'*exceptio* fondata sul *dominium* potrà respingerla con una *replicatio doli*¹¹⁴. Sono ulteriori riflessi della finzione.

Mediante questa disciplina si garantisce che gli atti di alienazione e di acquisto aventi ad oggetto i mezzi della produzione agricola (e le correlative servitù) possano fare a meno del

¹¹² Gai. 1.192.

¹¹³ Cfr. Gai. 2. 41. La finzione ha un raggio d'azione temporaneo. Una volta trascorso il tempo dell'usucapione, subentra la pienezza della proprietà *iure civili*. Vedi CAPOGROSSI COLOGNESI 2016, p. 211.

¹¹⁴ Afr. 6 *quaest.*, D. 9.4.28: ... *sive ipse possideat, Publiciana mihi datur, et adversus excipientem 'si dominus eius sit' utilem mihi replicationem doli mali profuturam...* È da tenere presente anche Neratius 3 *membran.*, D. 6.2.17: *Publiciana actio non ideo comparata est, ut res domino auferatur: eiusque rei argumentum est primo aequitas, deinde exceptio 'si ea res possessoris non sit': sed ut his, qui bona fide emit possessionemque eius ex ea causa nactus est, potius rem habeat.* Cfr. DI LELLA 1984, p. 120 s. (sul frammento di Africano) e p. 72 ss. (su quello di Nerazio).

ritualismo più antico. I beni fondamentali dell'economia agraria entrano così più agevolmente nel meccanismo della circolazione (in forte sviluppo durante gli ultimi decenni della repubblica), senza che i relativi atti giuridici siano circondati dalle tradizionali forme solenni. Non sono quindi più indispensabili per quei beni la *mancipatio* e *l'in iure cessio*.

Al caso della *traditio* di una *res Mancipi* (effettuata dal *dominus*) se ne aggiunge un altro, per il quale è prevista la tutela pretoria. Se la *traditio*, sia di una *res Mancipi* sia di una *nec Mancipi*, è stata effettuata da un non proprietario, l'azione viene esercitata con successo nei confronti dei terzi che si siano ingeriti nella *possessio*¹¹⁵. La clausola edittale, nella stesura riportata in un passo di Ulpiano, è molto chiara; essa aggiunge una previsione a quella che ricaviamo dalla narrazione gaiana¹¹⁶, e forse si tratta di un ampliamento della clausola dettata da Publicio.

Ait praetor: 'Si quis id quod traditur ex iusta causa non a domino et nondum usucaptum petet, iudicium dabo'.

Dichiara il pretore: 'Se qualcuno chiede una cosa a lui consegnata in base ad una giusta causa da chi non ne era proprietario e non usucapita, darò un'azione giudiziaria'¹¹⁷.

Non sembra tuttavia che l'*actio* possa servire contro il vero *dominus*¹¹⁸.

Va ricordato che nella trascrizione ulpiana della norma si è vista più volte un'interpolazione¹¹⁹. Ma se il testo è rimaneggiato, lo è per sottrazione. I compilatori non trascrivono la clausola edittale relativa alla *traditio* di *res Mancipi*, poiché tutta questa materia è per loro ampiamente superata. Invece, l'azione a favore dell'acquirente *a non domino* non ha nulla che contrasti con le modalità usuali della tutela pretoria. Credo che la generalità dell'espressione

¹¹⁵ Cfr. Gai. 2, 43.

¹¹⁶ Gai. 4.36 (già sopra citato, nt. 111).

¹¹⁷ Ulp. 16 *ad ed.*, D. 6.2.1 pr. Si veda anche l'insieme del frammento.

¹¹⁸ Vd. in proposito Marcell. in Ulp. 76 *ad ed.*, D. 21.3.1 pr.-1; Pomp. 3 *ad Sab.*, D. 6.2.15.; Pap. 10 *quaest.*, D. 6.2.16 (Paul. notat...); Ulp. 16 *ad ed.*, D. 6.1.72. Cfr. invece DI LELLA 2004, p. 72 s., che scorge nel testo più antico ove è menzionata l'*actio Publiciana*, vale a dire Ner. 3 *membr.*, D. 6.2.17, l'ammissione che il *dominus* possa rimanere soccombente di fronte a chi promuova contro di lui l'azione pretoria. Sia nel caso della *traditio* di *res Mancipi*, sia nel caso del trasferimento *a non domino* vale il principio esposto da Ulp. 16 *ad ed.*, D. 6.2.7.11: *Praetor ait: 'qui bona fide emit, non igitur omnis emptio proderit, sed eam quae bonam fidem habet: proinde haec sufficit me bonae fidei emptorem fuisse, quamvis non a domino emerim, licet ille callido consilio vendiderit: neque enim dolus venditoris mihi nocebit* (là dove si parla di dolo del venditore, indicato con il pronome *ille*, vi è un difetto formale del testo; e forse la frase riassuntiva alla fine, *neque-nocebit*, non è genuina). Ulpiano richiama anche il parere di Giuliano secondo il quale la buona fede è necessaria sia nella vendita che al momento della *traditio* (Ulp. 16 *ad ed.*, D. 6.2.7.17).

¹¹⁹ Vedi sul punto LENEL 1927, p. 169 ss. Durante il Novecento si è consolidata l'opinione che anche l'acquisto *a non domino* desse luogo ad una tutela pretoria in base alla quale si fingeva l'usucapione della cosa e che questa azione non potesse essere esperita con successo nei confronti del vero *dominus*. Da ultimo MARRONE 2006, p.335 ss.

id quod traditur – entro il discorso di Ulpiano – sia adeguata alla pluralità di cose cui può riferirsi la *traditio* (*sive mancipi sint eae res sive nec mancipi*, aveva scritto Gaio¹²⁰) e non denoti una manipolazione. Inoltre, l'intervento pretorio sul trasferimento *a non domino* si basa sullo schema noto della *factio*, presuppone la tecnica formulare e trova riscontro in altri frammenti giurisprudenziali¹²¹.

Dunque, in seguito all'alienazione effettuata dal non proprietario, possiamo dire che si affermi un'esigenza di tutela del possesso e della buona fede dell'acquirente. Ad essa risponde un congegno processuale volto ad assicurare quanto più possibile efficacia all'atto con il quale è realizzata l'operazione economica di trasferimento del bene. Così la finzione produce effetti e l'artificio giuridico entra nella realtà sociale.

La possibilità di un ulteriore allargamento dell'*actio Publiciana* è attestata da un passo di Paolo, concernente due tipi di situazioni possessorie per le quali non sarebbe possibile l'usucapione (che nella formula di quell'azione pretoria si immagina come avvenuta). La scelta normativa comune ai due casi è stata considerata, per la sua singolarità, il frutto di una riforma giustiniana¹²².

In vectigalibus et in aliis praediis, quae usucapi non possunt, Publiciana competit, si forte bona fide mihi tradita est. Idem est et si superficariam insulam a non domino bona fide emerò.

Per i fondi *vectigales* e per altri che non possono essere usucapiti, compete l'azione publiciana, se il possesso mi sia stato consegnato in buona fede. Lo stesso avviene se avrò comprato in buona fede la superficie relativa ad un caseggiato da uno che non ne era proprietario¹²³.

Vediamo se in questo brano, a parte le incertezze linguistiche, possa ravvisarsi una disciplina coerente con la struttura dell'azione illustrata da Gaio. In entrambe le ipotesi di trasmissione del possesso si segnala la buona fede dell'acquirente. Ma considerando l'oggetto dell'acquisto, sorgono dubbi interpretativi tali da giustificare la tesi di una non genuinità del testo. Da un lato infatti si parla di possesso degli *agri vectigales*: la situazione è giuridicamente fondata su

¹²⁰ Gai. 2.43.

¹²¹ Un'analisi puntuale è in Di LELLA 1984, p. 87 ss. Non condivido le ipotesi che l'autore avanza circa la datazione delle clausole edittali. Resto fermo alla versione tradizionale che attribuisce la paternità dell'*actio* al pretore Publicio, intorno alla metà del I secolo a.C. (in una fase nella quale il processo formulare è già centrale); e ritengo che l'allargamento all'acquisto *a non domino* sia successivo, ma non di molto (è considerato pacifico da Gaio ed è oggetto del suo insegnamento istituzionale, tendenzialmente volto ad illustrare un diritto formatosi prima di lui).

¹²² Vedi GALLO 1957, p. 269 s.

¹²³ Paul. 19 ad ed., D. 6.2.12.2-3.

una *locatio conductio* e non ha limiti temporali, purché prosegua il pagamento regolare dei canoni¹²⁴. La perpetuità induce a pensare ad una sorta di vendita. Dall'altro lato vi è la cessione di una superficie (anche questa assimilabile, con approssimazione, ad una *locatio* o ad una vendita). L'acquirente in buona fede – dice esplicitamente Paolo – ha avuto la superficie da un non proprietario. In entrambe le vicende soccorre l'*actio Publiciana*. Qual è la ragione del suo impiego?

Sappiamo che per gli *agri vectigales* e per la superficie il pretore garantisce una protezione del possesso, fino al punto di configurare una sorta di diritto reale sul bene¹²⁵. Oltre l'azione contrattuale derivante dal rapporto nel quale si concede l'uso dell'immobile, per entrambi i casi il possessore può servirsi di un'*actio in rem*. Paolo ed Ulpiano ne indicano i presupposti. L'interesse sottostante alla pretesa, che può essere rivolta *erga omnes*, riguarda l'uso del bene, entro i limiti fissati dall'atto costitutivo di concessione dei fondi o di trasferimento della superficie.

Sugli *agri vectigales* Paolo scrive:

Qui in perpetuum fundum fruendum conduxerunt a municipibus, quamvis non efficiantur domini, tamen placuit competere eis in rem actionem adversus quemvis possessorem, sed et adversos ipsos municipales.

Quanto a coloro che hanno ricevuto con una locazione conduzione perpetua da parte dei cittadini di un municipio un fondo da cui trarre frutti, benché non diventino proprietari, si è ritenuto che ad essi compete un'azione reale contro qualsiasi possessore, persino contro gli stessi cittadini del municipio¹²⁶.

Vi è nel testo un confronto diretto tra il possesso dei conduttori e il *dominium*. Il giurista osserva come implicitamente l'attribuzione dell'*actio in rem* avvicini il potere del vettigalista al modello della proprietà (questo è il senso della proposizione concessiva *quamvis non efficiantur domini*). L'elemento simile è la difesa *erga omnes*; ma contestualmente egli rileva la differenza.

Per quanto riguarda la tutela giudiziaria del superficiario, è Ulpiano a trascrivere la clausola dell'editto con cui si prevede un'*actio in rem*, volta ad integrare la difesa interdittale:

Ait praetor: 'Uti ex lege locationis sive conductionis superficiei, qua de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero fruamini, quo minus fruamini, vim fieri veto. si qua alia actio de superficiei postulabitur, causa cognita dabo'.

Dichiara il pretore: 'Poiché in base ad una clausola della locazione o della conduzione uno avrà in uso da un altro non con la forza, non clandestinamente, non precaria-

¹²⁴ Paul. 21 *ad ed.*, D. 6.3.1 pr. Ha richiamato la mia attenzione su questo testo – come su altri che vi sono connessi – il professor M. Sperandio, che se ne sta occupando in un lavoro dal titolo *Natura, ragione e proprietà in Gaio*, di prossima pubblicazione.

¹²⁵ Vedi GALLO 1964, p. 30 ss.; GAGLIARDI 2011, p. 5 ss.

¹²⁶ Paul. 21 *ad ed.*, D. 6.3.1.1. Il termine *municipes* indica prima la comunità nel suo insieme, poi i singoli componenti.

mente, la superficie di cui si tratta, proibisco che sia fatta violenza affinché egli non ne fruisca. Se verrà chiesta un'altra azione a tutela della *superficies*, la concederò dopo avere esaminato la causa¹²⁷.

La norma suggerisce un'analogia fra l'azione pretoria e la *vindicatio usus fructus*¹²⁸.

Se è questa la protezione giudiziaria solitamente accordata al possesso nei due casi che stiamo esaminando e se essa muove dall'esigenza (del vettigalista o del superficario) di salvare la continuità nell'uso del bene, allora il ricorso all'*actio Publiciana* non può che collocarsi in uno spazio diverso, come del resto emerge nella breve formulazione di Paolo, che evoca per la superficie un acquisto *a non domino* (in D. 6.2.12.3). Possiamo supporre che in entrambi i casi sia questo il presupposto.

Credo che così debba delinearsi il congegno giuridico. Quali elementi abbiamo per ritenere che esso appartenga alla giurisprudenza e non al diritto giustiniano?

Quanto agli *agri vectigales*, il testo paoliano in cui è prevista l'*actio Publiciana* ricorda espressamente che essi rientrano fra i *praedia* per i quali non è ammessa l'usucapione. Sembra sottinteso un parallelismo con i fondi provinciali. È difficile che l'osservazione sia dei compilatori, dal momento che i limiti tradizionali posti all'*usucapio* sono stati rivoluzionati da Giustiniano¹²⁹. Per quel che riguarda invece la *superficies*, siamo fuori dalla nozione di *praedia*; si tratta piuttosto di un diritto reale su cosa altrui. Vi è un parere di Pomponio – brevemente citato in un altro passo ulpiano – circa l'impiego dell'azione con riferimento ad un'*insula*, acquistata separatamente dal terreno su cui era stata costruita. L'*insula* è andata distrutta: [...] *item, inquit, si insulam emi et ad area mea pervenit* ("se crollando è finita sul terreno sottostante"), *aeque potero uti Publiciana*¹³⁰. Si può credere in questo caso che l'azione sia esercitata dall'acquirente divenuto superficario, nei confronti dell'alienante, poiché questi non era *dominus* del terreno. Ciò confermerebbe l'enunciato duplice di Paolo in D. 6.2.12.2-3.

Alcune pagine di un trattato tardo-ottocentesco di Charles Appleton collocano senza esitazioni nel contesto formulare le due applicazioni estensive della *Publiciana*¹³¹. Per il vettigalista e il superficario, tutelati dall'*actio in rem*, l'acquisto *a non domino* rende necessaria un'azione pretoria, nella quale si suppone forse la regolarità dell'atto traslativo o una sorta di usucapione. È difficile, secondo l'autore, immaginare quale finzione potesse essere impiegata¹³². Egli tende perciò ad identificare *actio in rem* con *actio Publiciana*; ma con questa ipotesi

¹²⁷ Cfr. Ulp. 70 *ad ed.*, D. 43.18.1 pr.

¹²⁸ Più avanti, in una frase che la critica interpolazionistica ha additato come giustiniana, ma che non si discosta dalla sostanza dell'enunciato pretorio, il testo indica come oggetto di tutela una situazione simile all'usufrutto, cioè ad un diritto reale. Vedi Ulp. 70 *ad ed.*, D. 43.18.1.6.

¹²⁹ Imp. Iustinianus A. *Johanni pp.*, C. 7.31 (a. 531).

¹³⁰ Ulp. 16 *ad ed.*, D. 6.2.11.10.

¹³¹ APPLETON 1889, I, p. 100 ss.

¹³² APPLETON 1889, p. 101: "Mais comme nous ne connaissons pas la formule du titulaire du droit, il faudrait la conjecturer, puis imaginer la modification qu'elle subit lorsqu'elle est intentée par un acquéreur *a non domino*, en un mot, baser une conjecture sur une autre conjecture, ce qui constitue une méthode peu sûre".

ignora la differenza di struttura e di funzione tra i due mezzi. Il secondo implica necessariamente una *factio*, un'alterazione dei fatti che manca nel primo. Non si tratta di un dato trascurabile. Senza la finzione non si potrebbe ricondurre un acquisto privo di fondamento all'immagine della situazione (possessione dell'*ager vectigalis* o superficie) da cui nasce nella normalità dei casi l'*actio in rem*.

Ma è il momento di fermarsi: le tracce di cui disponiamo non sono sufficienti per una ricostruzione sicura. Non è chiaro se sia introdotta l'immagine di un'*usufructio* o se la tutela presupponga soltanto il possesso¹³³. Tenendo fermo questo margine di incertezza, ciò che mi interessa mettere in luce è l'invenzione sottintesa nelle formulazioni attribuite a Pomponio e Paolo. Comunque, si suppone vi siano i presupposti per l'*actio in rem*, che invece mancano: si inventa qualcosa che non è nei fatti. Se il punto d'arrivo così indicato è davvero nella *iurisprudencia*, ciò significa un uso inedito dell'*actio Publiciana*, coerente tuttavia con i testi che abbiamo letto finora.

La coerenza costituisce un argomento per sostenere la genuinità di quei due testi. Se invece l'estensione è opera dei compilatori, allora essa presenta aspetti di inattualità, poiché adoperava schemi di origine formulare, recuperando la specifica azione *facticia* prevista per gli acquisti di *res* da un non proprietario e distinguendola dalla comune tutela (*actio in rem*) del vettigalista e del superficiario. In entrambe le ipotesi (attribuzione ai giuristi o rimaneggiamento giustiniano) si ravvisa una prova di vitalità della finzione, un uso innovativo di immagini artefatte, il cui statuto teorico è quello che emerge dalla *iurisprudencia*.

10. Ipotesi sulla morte e sulla sopravvivenza

Entriamo ora in un campo di applicazione della *factio* che è tutto governato dalla giurisprudenza. La manipolazione della realtà dipende da singole operazioni interpretative, che costituiscono precedenti e si ripropongono nel tempo, con meccanismi logici omogenei, ma anche più volte con pareri dissonanti.

Tratterò due esempi. Nel primo la finzione ha un impiego circoscritto, contiguo all'uso di procedimenti induttivi e finalizzato alla regolazione di situazioni personali. Il secondo tipo di *factio* riguarda invece la disciplina delle *condiciones*.

¹³³ Non sembra invece avere dubbi BRETONE 2001, p. 308, che parla di estensione in via utile dell'*actio Publiciana*. Complessivamente, egli considera la finzione di questa *actio* (p. 309 s.) dettata da un atteggiamento conservatore, mentre io sono dell'opinione contraria. Il fatto che la disciplina del *dominium* resti intatta dopo l'introduzione della *Publiciana* non può farci disconoscere la novità, determinata dall'introduzione di un mezzo di tutela sostanzialmente in contrasto con lo *ius civile*. Questa novità prevale sul rispetto formale della distinzione tra *res Mancipi* e *nec Mancipi*, che l'editto non tocca (poiché crea nei fatti una sorta di inedita appartenenza sulle *res Mancipi*, da far valere processualmente e sganciata dalle regole antiche). È evidente la potenzialità riformatrice dell'*actio*, che riguarda le forme giuridiche della circolazione ed il superamento del ritualismo proprio della *mancipatio* e della *in iure cessio* per una serie di beni agrari, considerati preziosi nella tradizione e resi – con l'espedito pretorio, a metà del I secolo a.C. – più facilmente commerciabili. D'altro canto, con la tutela dell'acquirente *a non domino*, si protegge chi è in buona fede (in tutte le direzioni salvo che nei confronti dello stesso *dominus*) e si favorisce la circolazione.

Comincio con l'esaminare le vicende giuridiche che seguono alla scomparsa di più persone, travolte dallo stesso evento e legate da rapporti giuridici: in particolare da rapporti rilevanti ai fini successori. Di solito per i *commorientes*¹³⁴ non risulta l'esatta sequenza dei decessi, né si può stabilire chi sia erede dell'altro o a quali eredi vadano i patrimoni rimasti acefali. Di fronte a situazioni del genere è necessario trovare criteri risolutivi. Basta la rassegna di alcuni testi per vedere che i pareri non sono uniformi¹³⁵. Accanto a meccanismi di presunzione (conformi al senso che abbiamo assunto per questo schema), vi è anche, con margini più stretti, il ricorso alla finzione.

Papiniano, affrontando il caso di una madre e di un figlio infante, morti assieme in un naufragio, dichiara esplicitamente di decidere in base a ciò che gli appare verosimile. Usa questa nozione, che rimanda ai fatti e che è imparentata con il *praesumere*¹³⁶.

Inter socerum et generum convenit, ut, si filia mortua superstitem anniculum filium habuisset, dos ad virum pertineret: quod si vivente matre filius obisset, vir dotis portionem in matrimonio defuncta retineret. mulier naufragio cum anniculo filio periit. quia verisimile videbatur ante matrem infantem perisse, virum partem dotis retinere placuit.

Tra suocero e genero si è convenuto che, se la figlia al momento della morte avesse avuto un figlio dell'età di un anno ancora vivo, la dote spettasse al marito e che, se il figlio fosse perito quando la madre era ancora viva, il marito trattenesse una parte della dote, in caso di decesso della moglie durante il matrimonio. La moglie è morta in un naufragio insieme al figlio dell'età di un anno. Poiché appariva verosimile che l'infante fosse morto prima della madre, si ritenne preferibile che il marito trattenesse una parte della dote¹³⁷.

Si pensa che la madre adulta sia sopravvissuta al bambino durante il naufragio, sia pure per breve tempo. L'incertezza si scioglie con un rinvio al verosimile, quindi ad un modello tratto dall'esperienza¹³⁸. La soluzione coincide con una precedente di Gaio, enunciata senza argomentazioni:

Si mulier cum filio impubere naufragio periit, priorem filium necatum esse intellegitur.

Se una donna è morta in un naufragio con un figlio impubere, si ritiene che sia rimasto ucciso prima il figlio¹³⁹.

¹³⁴ Il termine è in Ulp. 33 *ad Sab.*, D. 24.1.32.14.

¹³⁵ Vedi ALBANESE 1979, p. 14.

¹³⁶ Il parallelismo concettuale è visibile in Paul. 9 *ad ed.*, D. 50. 17.114: *In obscuris inspicere solere, quod verisimilius est aut quod plerumque fieri solet.* Cfr. BRUTTI 2017, p. 91 ss. (su "la volontà verosimile e le prassi dominanti").

¹³⁷ Pap. 4 *resp.*, D. 23.4.26 pr.

¹³⁸ Il giudizio di verosimiglianza è contiguo alla presunzione.

¹³⁹ Vedi Gai. 5 *ad l. Iul et Pap.*, D. 34.5.23 (24).

Vi è anche qui un richiamo alla normalità ed al verosimile? La madre dovrebbe avere una maggiore resistenza rispetto al bambino e forse da ciò scaturisce la soluzione¹⁴⁰. Se è così, il procedimento è induttivo.

L'idea di una sopravvivenza del figlio pubere al genitore e di questo al figlio impubere torna anche altrove. Sembra che si consideri in grado di sopravvivere, sia pure per poco, chi è più vigoroso. È una motivazione non dichiarata, che sarà ripresa con nuovi sviluppi nella tradizione romanistica, dando luogo a svariate ipotesi di presunzione¹⁴¹.

Le diverse proposte vengono drasticamente semplificate da Marciano, in linea con un rescritto di Antonino Pio. Davanti alle morti collettive, nulla si può supporre sui tempi e bisogna fermarsi a ciò che è visibile.

Sed et in illo quaeritur, si pariter pupillus et qui ei substitutus erat frater necessarius decesserit, an frater fratri existat heres an contra: vel si duo invicem necessarij substituti sunt et una perierint, an heredes exstitisse videantur: vel alter alteri (hoc est si invicem) hereditatem rogati fuerint restituere. in quibus casibus si pariter decesserint nec appareat, quis ante spiritum emisit, non videtur alter alteri supervixisse.

Ma anche in quella situazione se parimenti siano morti il pupillo erede necessario, e il fratello che era sostituito a lui nel testamento, si discute se un fratello risulti erede dell'altro o il contrario; oppure, quando i due, reciprocamente eredi necessari, siano stati designati come sostituti e siano morti assieme, si discute se vengano considerati eredi; o si discute quando all'uno e all'altro (cioè reciprocamente) sia stato raccomandato mediante fedecommesso di trasmettere il patrimonio ereditario ricevuto. In questi casi se sono parimenti deceduti e non appaia chi è spirato per primo, non si ritiene che uno sia sopravvissuto all'altro¹⁴².

Se muore prima il pupillo e poi il fratello designato in sostituzione, l'eredità va a questo. Se è lui a morire prima dell'altro, sarà il pupillo ad ereditare. E con i due fedecommessi che vincolano reciprocamente i fratelli, il decesso di ciascuno in momenti diversi determinerà la *restitutio* dell'intero patrimonio ereditario a chi vive di più.

Più volte per i *commorientes* la giurisprudenza formula rilevazioni presuntive; ed è sottinteso che ciascun interessato può capovolgerle, esibendo prove idonee a smentirle. Ma la scelta finale di Marciano sgombra il campo dalla varietà delle rilevazioni possibili e si limita al procedimento induttivo più immediato. Se sono deceduti nello stesso frangente, non conta l'eventuale sfasatura temporale. In relazione agli effetti giuridici dell'evento che li ha colpiti, essi sono sullo stesso piano.

¹⁴⁰ Vedi LAMBERTINI 1984, p. 54 ss.; PALMA 1992, p. 36 s.

¹⁴¹ Un quadro riassuntivo riguardante il rapporto padre-figlio è in Tryph. 21 *disput.*, D. 34.5.9(10).4. L'ipotesi di sopravvivenza dell'uno o dell'altro vale fino a prova contraria.

¹⁴² Marcian. 3 *reg.*, D. 34.5.18(19) pr. e D. 34.5.16(17) pr.

Dunque, i frammenti citati indicano una linea interpretativa che desume il tempo della vita dall'età e forse dalla capacità di resistenza delle persone decedute; ma indicano anche la scelta di un'equiparazione delle singole posizioni, con il superamento delle differenze casistiche. Sugli usi moderni di questi materiali normativi ricordo soltanto la serie articolata delle presunzioni relative a coloro che sono morti insieme, svolta nel *Code civil* del 1804 (artt. 720-722)¹⁴³. Vengono fissate regole diverse a seconda dell'età e del sesso: le varie condizioni naturali dei singoli, messe in ombra dall'ideologia del soggetto unico, incidono su questo aspetto marginale dello *ius personarum*; mentre il Codice italiano del 1865 (art. 924) e quello del 1942 (art. 4)¹⁴⁴ sembrano più vicini alla semplificazione di Marciano.

La forma-codice impone una determinazione coerente ed univoca. Perciò, quale che sia la scelta, queste disposizioni ci appaiono strutturalmente diverse dagli antichi eterogenei pareri dei giuristi romani e molto lontane dal pluralismo teorico che caratterizzava il loro lavoro.

Da altri testi della *iurisprudencia* emerge una formulazione logicamente diversa rispetto a quella che abbiamo ora analizzato. Essi postulano una scansione temporale delle morti, che viene giustificata soltanto attraverso un giudizio di valore sugli interessi in gioco. Non si argomenta in base alla verosimiglianza e quindi muovendo dalla registrazione di una realtà. Piuttosto, si rappresentano i fatti in funzione di un dover essere. È in questi casi che interviene la finzione.

Traggo il primo esempio da un frammento di Giavoleno: si deve ritenere – egli afferma – che il figlio pubere sia morto dopo la madre, anche se la verità non è accertabile.

Cum pubere filio mater naufragio periit: cum explorari non possit, uter prior extinctus sit, humanius est credere filium diutius vixisset.

Una madre è morta con il figlio pubere: poiché non si può verificare chi dei due sia morto per primo, è più umano credere che il figlio sia vissuto più a lungo¹⁴⁵.

Perché viene considerata più umana questa ipotesi di sopravvivenza? Non è il riconoscimento di una comprensibile normalità. Il comparativo *humanius* indica la decisione più degna, che si indirizza verso un obiettivo voluto dal giurista e costituito dalla salvaguardia degli eredi del

¹⁴³ La logica è la stessa seguita da POTHIER 1777, ed. 1821, chap. III, sect. 1, p. 235 s.

¹⁴⁴ “Quando un effetto giuridico dipende dalla sopravvivenza di una persona ad un'altra e non consta quale di esse sia morta prima, tutte si considerano morte nello stesso momento”. La “situazione di non sopravvivenza stabilita dalla legge” è ricondotta da SANTORO PASSARELLI 1960, p. 979, alla “pura e semplice applicazione della regola fondamentale in materia di prova, secondo cui spetta a chi afferma un fatto, nel caso il fatto della sopravvivenza, darne la prova”. L'autore scarta perciò il concetto di presunzione.

¹⁴⁵ Iav. 5 ex Cassio, D. 34.5.22.

figlio¹⁴⁶. L'ipotesi che il figlio sia vissuto più a lungo fa sì che prevalga la discendenza in linea maschile rispetto alla successione a favore della madre e poi dei suoi eredi. Ma non si fonda su un'*inductio*. Il percorso è un altro. *Humanus est* indica genericamente un giudizio di valore ed ha una funzione argomentativa rispetto al fine. La maggiore umanità è il fondamento dichiarato di un'invenzione senza appigli fattuali.

La conclusione di Giavoleno, tuttavia, non è salda come sembra. Vediamo infatti che una *constitutio* adrianea citata da Trifonino si muove in senso opposto:

Cum bello pater cum filio perisset materque filii quasi postea mortui bona vindicaret, adgnati vero patris, quasi filius ante perisset, divus Hadrianus creditit patrem prius mortuum.

Poiché il padre era morto in guerra con il figlio e la madre aveva rivendicato i beni del figlio, come se egli fosse morto dopo il padre, e così anche gli agnati del padre <avevano rivendicato quei beni>, il divo Adriano ritenne che fosse morto prima il padre¹⁴⁷.

Considerando che il figlio era morto in guerra assieme al padre, non mi pare possibile che fosse impubere. Del resto, non sappiamo se l'evento letale sia stato unico. L'unica ragione per la quale Adriano sostiene l'ipotesi di sopravvivenza del padre è nelle conseguenze giuridiche che si ricollegano a questa ipotesi, evidentemente guardate con maggior favore¹⁴⁸. Dall'immagine del figlio che muore dopo il padre deriva la chiamata della madre all'eredità. Così la rappresentazione dei fatti è piegata ad un fine, che il *princeps* predilige. *Divus Hadrianus creditit*: queste parole – in assenza di altri motivi – non possono che sottintendere una *factio*.

Nel seguito del frammento, Trifonino si stacca dalla costituzione imperiale, per introdurre un'ulteriore finzione, su un caso diverso e con una valutazione che rassomiglia a quella di Giavoleno, facendo appello alla *reverentia*: un concetto non definito sul piano giuridico (se non per l'effetto preclusivo della *in ius vocatio* del *patronus* da parte del liberto¹⁴⁹), ma capace di evocare la dimensione morale dello *ius patronatus*.

Si cum filio suo libertus simul perierit intestati, patrono legitima defertur hereditas, si non probatur supervixisse patri filius: hoc enim reverentia suggerente dicimus.

Se un liberto sia morto nello stesso tempo con suo figlio, essendo essi intestati, il patrono è chiamato all'eredità legittima, se non si prova che il figlio sia sopravvissuto al padre: diciamo che ciò avviene in quanto è suggerito dal dovere di onorare il patrono¹⁵⁰.

¹⁴⁶ Una diagnosi di genuinità circa questa formulazione era già stata espressa da DONATUTI 1930, p. 434, in un tempo nel quale la critica interpolazionistica era in fase espansiva.

¹⁴⁷ *Triph. 21 disput.*, D. 34.5.9(10).1.

¹⁴⁸ Secondo i pareri di Giavoleno e Gaio, si ritiene che il genitore sia morto dopo il figlio, se questi è impubere. Qui vi è un capovolgimento.

¹⁴⁹ Era necessaria una preventiva autorizzazione all'esercizio dell'azione da parte del magistrato giudicante. Vedi Gai. 4.183; *Ulp. 5 ad ed.*, D. 2.4.4.1.

¹⁵⁰ *Tryph. 21 disput.*, D.34.5.9 (10).2.

Si suppone, fino a prova contraria, una sopravvivenza del padre al figlio. Questa ipotesi non è il risultato di un'induzione; sembra piuttosto una *fictio* che spezza l'evento in due momenti distinti. La morte del liberto è ritenuta successiva e ciò determina il passaggio dei beni al patrono. Ma questo non è che un espediente per stabilire una precedenza nella successione, che esprime una scelta politica. Il vincolo di soggezione imposto al liberto si traduce nella *reverentia*: è questo il valore che giustifica la soluzione normativa, come l'*humanus* per Giavoleno. In nome della *reverentia*, il patrono passa avanti al figlio. Fingere è lo strumento logico per incidere sulle regole successorie, con un mutamento altrimenti improponibile¹⁵¹.

11. I giuristi e il finto adempimento delle condizioni

Esaminerò ora un ultimo modello di finzione, elaborato autonomamente dai giuristi, che si ripropone più volte, incidendo sulla prassi. Vedremo alcuni esempi significativi, dai quali emerge il rapporto tra il procedimento logico e le finalità a cui esso mira.

Lo schema che intendo analizzare ruota attorno alla figura della condizione. Siamo nel campo degli atti giuridici coi quali i privati dispongono dei loro beni, ne stabiliscono la destinazione oppure costituiscono rapporti obbligatori, di solito legati all'attività economica. Abbiamo quindi in ogni atto una manifestazione di volontà. Cito in proposito due tipi di atti, che incontreremo tra poco: il testamento, col quale il *pater* dispone la destinazione dei propri

¹⁵¹ Attraverso queste finzioni, formulate (da Giavoleno, dalla costituzione adrianea, da Trifonino) per singoli casi, senza propositi generalizzanti, si immagina una vita che si protrae, oltre la fine di altre vite, travolte assieme. Tra i *commorientes* se ne sceglie uno, sulla base di una valutazione delle conseguenze giuridiche considerate più degne. Analogamente, sulla finzione della vita nel periodo prenatale (anche in questo caso una vita immaginata) si fonda la tutela di interessi riferiti al concepito e legati al meccanismo successorio. Essi assumono una consistenza soltanto dopo il parto e la nascita, vale a dire nel momento in cui può esservi una *delatio hereditatis*: Paul. *l. sing. de portionibus, quae liberis damnatorum conceduntur*, D. 1.5.7: *Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur...* L'espressione *perinde ac* è spia semantica di una *fictio*, che anche in questo caso è introdotta dalla giurisprudenza. Vedi Paul. *l. sing. ad s. c. Tertullianum*, D. 50.16.231. Un modo più debole di esprimere la medesima finzione è in Cels. 28 *dig.*, D. 38.16.7: *...conceptus quodammodo in rerum natura esse existimatur*. Muovendo dai testi romani, Andrea Alciato (1548, I.5-6, col. 727) colloca questo tipo di *fictio* nella sfera dell'impossibile: si tratta quindi di un caso posto come eccezione rispetto alla *definitio* iniziale dell'umanista (vedi sopra, nt. 3), che limitava la contraffazione dettata da una *iusta causa* all'orizzonte della possibilità. *Quod autem subditur, in re possibili, dictum est, quia lex non fingit impossibilia secundum naturam [...]. Sed tu circa hoc adverte quia videtur dicendum quod imo lex fingat etiam impossibilia, dummodo subsit aequitas. Et pro ista parte primo adducitur textus in l. qui in utero ff. de statu hominum (D. 1.5.7) et in l. vel si vivo ff. de suis et legit. (D. 38.16.7) ubi fingitur natus et vivere is qui in utero est: quod est impossibile, praesertim intra quadraginta dies, quo tempore nondum formatur infans nec animam habet*. La problematicità accennata nelle parole finali riguarda l'accertamento scientifico relativo al formarsi della vita, ma è evidente che non elimina l'impossibilità di una soggettivazione prima della nascita (soprattutto, secondo Alciato, nel primo periodo della gravidanza). Sui testi della *iurisprudencia* in tema di imputazioni giuridiche al concepito, cfr. ALBANESE 1979, p. 11 ss. L'enunciato dell'art. 1, comma 2 del Codice civile italiano del 1942 su questa materia, particolarmente conciso, sgombra il campo da ogni incertezza: "I diritti che la legge riconosce a favore del concepito sono subordinati all'evento della nascita". Il riconoscimento dei diritti consegue all'acquisizione della capacità giuridica con la nascita (secondo il comma 1). Perciò, l'operazione intellettuale che consiste nell'immaginare diritti anteriori alla nascita (benché destinati a sfumare nel nulla, se il processo vitale della gestazione si interrompe) implica una finzione, priva di segni linguistici che le corrispondano nel tenore letterale della norma. Questa "finzione sottintesa" ha scarsa incidenza, dal momento che gli effetti giuridici derivano comunque dal fatto inequivoco della nascita.

beni dopo la morte; e poi la stipulazione, con la quale una persona promette una prestazione (un dare o un fare) ad un'altra.

La condizione è una clausola che si aggiunge all'atto. Con essa gli effetti giuridici vengono subordinati ad un avvenimento futuro ed incerto. Vedremo una serie di casi nei quali soltanto la condotta di colui che trarrà vantaggio dall'efficacia dell'atto realizza la condizione. L'interessato è arbitro del futuro.

In che cosa consiste la finzione? Un primo esempio ci riporta al momento storico di passaggio dalla repubblica al principato. Il giurista è Trebazio, vissuto tra la fine del I secolo a.C. e gli inizi del successivo (amico di Cicerone – come già ho detto – sarà più tardi tra i consulenti di Augusto). Il caso è quello di un testamento, col quale viene disposta la liberazione di un servo (quindi la destinazione di un bene incluso nel patrimonio ereditario). Ulpiano narra la vicenda e cita Trebazio.

Si quis sic acceperit libertatem 'cum decem dare poterit, liber esto', Trebatius ait, licet habuerit decem vel idoneus fuerit ad acquirendum et conservandum peculium, tamen non alias ad libertatem perventurum, nisi dederit aut per eum non steterit, quo minus dederit: quae sententia vera est.

Se uno abbia acquistato la libertà in base alla seguente disposizione testamentaria: 'sarà libero a condizione di poter dare dieci', Trebazio dice che, pur avendo egli i dieci o essendo idoneo ad acquisire o conservare un peculio, tuttavia non giungerà alla libertà se non nel caso in cui abbia pagato la somma o non sia dipeso da lui il mancato pagamento: e questo enunciato è vero¹⁵².

È chiara la soluzione. Se il servo paga, risulta avverata la condizione, che consisteva letteralmente nel poter pagare. Anzi, sembra che questo sia in concreto il solo avveramento ammesso dal giurista. Il "poter pagare" è una situazione evanescente (qui accostata all'idoneità ad avere dal *dominus* un *peculium*: una dotazione patrimoniale da amministrare a suo nome)¹⁵³. Trebazio preferisce far leva su un fatto certo: quando il pagamento avviene, la *condicio* risulta attuata. Questo perché l'avvenuta dazione implica necessariamente il "poter pagare".

Allo stesso modo – aggiunge il giurista – lo schiavo è libero se non sia dipeso da lui il non avveramento della *condicio*. Egli stesso doveva porre in essere il comportamento cui si riferiva la condizione e non lo ha fatto. Se ha volontariamente deciso di non pagare, la condizione è senz'altro inattuata. Ma se l'impedimento è stato determinato da altri, allora l'esito è lo stesso che si avrebbe in seguito al realizzarsi della *condicio*. Ciò significa costruire un'immagine del caso, fingendo che la condizione si sia avverata. Il risultato che ne deriva è

¹⁵² Ulp. 27 *ad Sab.*, D. 40.7.3.12.

¹⁵³ Non mi sembra fondata la lettura di Grosso 1930, p. 26 s., che considera alterato il testo, proprio là dove descrive la possibilità del pagamento. È su questo punto che si pronunzia Trebazio; mentre l'ipotesi dello schiavo che determina il mancato avveramento della *condicio* è ben distinta dalla prima parte dell'esposizione. Vedi Masi 1966, p. 244 ss.

la libertà¹⁵⁴. Ulpiano è d'accordo con Trebazio, a distanza di molto tempo (più di due secoli). È il segno di una tradizione che si è consolidata. Guardiamone alcuni momenti.

In un frammento di Paolo troviamo espressa sullo stesso punto l'opinione di Sabino.

Is, cui servus pecuniam dare iussus est ut liber esset, decessit. Sabinus, si decem habuisset parata, liberum fore, quia non staret per eum, quo minus daret...

Colui a favore del quale fu prescritto nel testamento che il servo desse dieci per essere libero, è morto. Sabino afferma che se il servo avesse avuto disponibili i dieci sarebbe stato libero, poiché non dipendeva da lui il fatto di non aver pagato...¹⁵⁵.

Il testamento stabilisce la *manumissio*, prevedendo una condizione. Egli sarà libero soltanto se avrà pagato una somma di danaro (dieci). Ma il beneficiario che il testatore ha indicato muore. La condizione non può avverarsi. Sabino tuttavia afferma che il servo sarà ugualmente libero, purché abbia avuto la disponibilità del danaro e sia stato pronto – bisognerà provarlo – a pagare in tempo, prima che morisse colui che doveva ricevere la somma. Non è dipeso dal servo il mancato pagamento: questa è la motivazione per cui la *condicio* si finge avverata.

Il consolidarsi di questa disciplina è attestato da un passo di Giavoleno:

Si hereditas eius, qui servum, intra dies triginta mortis suae si rationes reddidisset, liberum esse iusserat, post dies triginta adita est, iure quidem stricto ita manumissus liber esse non potest, quoniam condicione deficitur: sed favor libertatis eo rem perduxit, ut respondeatur expletam condicionem, si per eum, cui data esset, non staret quo minus expleretur.

Se l'eredità di colui che aveva ordinato la liberazione dello schiavo, a condizione che rendesse i conti entro trenta giorni dalla morte del testatore, viene accettata dopo che siano trascorsi trenta giorni, allora in questa situazione, secondo il diritto inteso strettamente, il manomesso non può essere libero, giacché è venuta meno la condizione. Ma il favore per la libertà ha spinto la situazione al punto tale che nei

¹⁵⁴ La stessa soluzione si prospetta, sia pure marginalmente, in un altro testo, ove è descritto un caso più complesso. Vedi Ulp. 27 *ad Sab.*, D. 40.7.3.11. La condizione è fissata con un ordine rivolto allo schiavo di dare dieci all'erede entro trenta giorni dalla morte del testatore. L'erede (*extraneus*) compie tardivamente l'*aditio*, ma senza dolo. Da questa condizione di buona fede Trebazio e Labeone fanno discendere un'interpretazione del testamento che estende il tempo previsto per l'adempimento della *condicio* e lo calcola a partire non dalla morte, ma dall'*aditio*. A questo punto, è introdotta, probabilmente da Ulpiano, un'ulteriore ipotesi: mentre il tempo passava oltre il termine previsto, è avvenuto che lo schiavo abbia perso il danaro necessario. La non tempestività dell'accettazione lo ha danneggiato. Poiché questo ritardo non dipende da lui ma dall'erede, si finge che la condizione si sia avverata. Gran parte del testo (in particolare la finzione) è sospettata da Grosso 1930, p. 19 ss. Più cauto MASI 1966, p. 247 ss. Cfr. FREZZA 1962, p. 357, decisamente orientato per la genuinità e convinto che l'uso della finzione indicato da Ulpiano nel commento *ad Sabinum* sia diffuso tra i giuristi riconducibili alla scuola sabiniana. In effetti, questo orientamento è concordemente espresso da Sab. apud Paul. 16 *ad Plaut.*, D. 40.7.20.3; Iav. 6 *ex Cassio*, D. 40.7.28 pr.; ed è autorevolmente confermato da Giuliano. Vedi anche, sulla stessa linea, STARACE 2006, p. 270 ss.

¹⁵⁵ Paul. 16 *ad Plautium*, D. 40.7.20.3.

responsi dei giuristi si dia per verificata la condizione, se l'inadempimento non è dipeso da colui al quale la condizione si riferiva¹⁵⁶.

L'accettazione dell'*hereditas* è intervenuta tardivamente, dopo i trenta giorni che erano stati fissati, a partire dalla morte del testatore. Perciò la condizione di rendere i conti entro quel termine non trova attuazione in base allo stretto diritto. Solo il *favor libertatis* può modificare questo stato di cose¹⁵⁷. Giavoleno racconta che la linea favorevole alla libertà ha spinto (ed usa il verbo al passato *perduxit*) a fingere il verificarsi della condizione, scavalcando lo *ius strictum*, purché non sia stato il servo a vanificarla con un'iniziativa consapevole. In queste parole si può cogliere l'allusione ad un indirizzo stabilito da più parti¹⁵⁸.

Torniamo al brano di Paolo da cui abbiamo tratto la citazione di Sabino. Subito dopo, viene illustrato il pensiero di Giuliano, che prospetta un esempio più articolato ed un'interpretazione estensiva della tesi precedentemente enunciata. L'uso del sintagma *ius constitutum* conferma che vi era stata sul punto una concordia di responsi.

Iulianus autem ait favore libertatis constituto iure hunc ad libertatem perventurum, etiamsi postea habere coeperit decem. adeo autem constituto potius iure quam ex testamento ad libertatem pervenit, ut, si eidem et legatum sit, mortuo eo cui dare iussus est ad libertatem quidem perveniet, non autem et legatum habiturus est: idque et Iulianus putat, ut in hoc ceteris legatariis similis sit. diversa causa est eius, quem heres prohibet conditioni parere: hic enim ex testamento ad libertatem pervenit.

Giuliano sostiene che secondo il diritto costituito per favorire la libertà questo schiavo sarebbe diventato libero, anche se avesse acquistato la disponibilità di dieci successivamente alla morte del beneficiario indicato nel testamento. Egli giunge alla libertà in base al diritto costituito piuttosto che in base al testamento, tanto che se in suo favore sia stato anche disposto un legato, morto colui al quale gli era stato ordinato di pagare, egli giungerà alla libertà, ma non otterrà il legato: anche Giuliano è di questa opinione, affinché quello abbia un trattamento simile agli altri legatari.

¹⁵⁶ Iav. 6 *ex Cassio*, D. 40.7.28 pr.

¹⁵⁷ Il giurista esplicita un ragionamento che è presente in Ulp. 27 *ad Sab.*, D. 40.7.3.11.

¹⁵⁸ Anche qui GROSSO 1930, p. 19 s., scorge alterazioni testuali. Al contrario, MASI 1966, p. 246 s. si distacca dall'orientamento interpolazionistico. In opposizione alla "critica distruttiva" del testo, vd. MANTHE 1982, p. 145 ss. e 315 s.; STARACE 2006, p. 261 ss., spec. 265 (mediante la finzione viene "forzato" lo *ius strictum*). Non vi sono nel testo elementi che facciano pensare ad un contrasto tra Giavoleno e Cassio. La divergenza di opinioni si può solo immaginare ricordando l'ostilità conservatrice di Cassio verso gli schiavi, da lui considerati (come attesta Tacito, *Annales* 14. 42-44) un pericolo per i padroni (cfr. VIARENGO 1980, p. 38). In occasione dell'omicidio del *praefectus urbi* Pedanio Secondo, nel 61 d.C., parlando in senato, Cassio aveva sostenuto l'applicazione rigorosa del *senatusconsultum Silanianum* e la messa a morte dell'intera *familia* servile dell'ucciso, pur non essendovi alcuna prova di responsabilità degli schiavi. Aveva affermato che soltanto con la paura (che è il prodotto di una repressione così dura ed indiscriminata) si può tenere a freno la massa eterogenea degli schiavi. Ma l'uso della paura, rivendicato per fronteggiare rischi di ribellione e violenza, non riguardava i servi obbedienti: quelli verso i quali viene disposta come premio la *manumissio testamento*. Soltanto per questo genere di servi vale il *favor libertatis* ed essi non sono visti come una minaccia.

È diversa la posizione giuridica di colui al quale l'erede proibisce di obbedire alla condizione: questi infatti giunge alla libertà in base al testamento¹⁵⁹.

Lo schiavo diventerà libero – questo il nuovo enunciato – anche se avrà acquisito la disponibilità del danaro dopo la morte del beneficiario. La *condicio* diceva il contrario, ma è cancellata. L'espressione *favore libertatis constituto iure* indica un segmento di disciplina che ha raggiunto una stabilità e che è opera dei giuristi¹⁶⁰. Un segmento di disciplina ispirato all'intenzione politica di favorire l'acquisto della libertà. In base ad esso si salva l'affrancamento dello schiavo.

Il *favor libertatis* giunge fino a costruire un'immagine nella quale la disponibilità del danaro, sia pure successiva al tempo in cui sarebbe stata utile, basta a far considerare attuata la condizione relativa al pagamento. Ciò vale – è detto in questo passo – soltanto per la manumissione testamentaria e non vale per i legati, sui quali non influisce il *favor libertatis*.

Comunque lo *ius constitutum*, volto a favorire la liberazione dei servi, va oltre il testamento, ne supera il contenuto letterale. Il servo – leggiamo – *constituito potius iure quam ex testamento ad libertatem pervenit*.

A ben guardare, il giurista introduce qui una doppia finzione. Considera la *condicio* attuata; e ciò in contrasto con quanto di fatto è avvenuto. Questo perché il mancato avveramento non è dipeso dal servo. Ma al tempo stesso egli finge che la morte del beneficiario indicato dal testatore non sia intervenuta prima che lo schiavo ottenesse la disponibilità della somma.

Infine, Giuliano avanza un'ulteriore ipotesi. Che cosa accade se l'erede ha proibito al servo di obbedire alla condizione? Può farlo, ottenendo il risultato voluto, poiché egli ora è il *dominus*. Siamo di fronte ad un fatto (il *prohibere*) avvenuto prima che il beneficiario morisse. Adesso il giurista afferma che in base al testamento la condizione si intende attuata. Ricorre in questo caso ad una finzione più semplice, tutta interna all'interpretazione delle *tabulae*. L'erede è vincolato alla *manumissio*; se la impedisce va contro il testamento. Quindi, il *favor* opera nel rispetto di questo.

L'interpretazione proposta fa leva sulla volontà del testatore (secondo lo schema retorico dell'opposizione tra *scriptum* e *sententia*)¹⁶¹. Nelle *tabulae* era stata fissata una condizione che doveva essere adempiuta dal servo. Ordinando a questo un comportamento diverso, l'erede sovrappone dolosamente la propria volontà al necessario rispetto di quanto stabilito con la *condicio*. La constatazione di questo dolo fa scattare la *fictio*.

¹⁵⁹ Paul. 16 *ad Plautium*, D. 40.7.20.3. I sospetti formali di GROSSO 1930, p. 7 ss. non bastano a riscrivere la sostanza del testo. Cfr. LIEBS 1964, p. 68 ss., che mette in discussione la genuinità del *favor libertatis*, difesa invece da SCHINDLER 1966, p. 275 ss. (egli espunge però la menzione del *constitutum ius*). Vd. MASI 1966, p. 231 ss., che sottolinea il rilievo della estensione giuliana della *fictio*, ma la considera frutto di un rimaneggiamento, adducendo a motivo di questa diagnosi la singolarità del parere riferito al giurista adrianeo. Questa singolarità, che mi sembra il punto sostanziale da mettere in luce, è perfettamente recuperabile entro il suo orizzonte teorico: in linea con un uso duttile e creativo della *fictio*. Una lettura accurata (che si lascia alle spalle le ipotesi demolitorie) è in STARACE 2006, p. 215 ss., in particolare 230 s., sul *constitutum ius* come "ordinamento nel cui tessuto appare profondamente penetrato il *favor libertatis*".

¹⁶⁰ Sulla nozione di *ius constitutum*, vedi BRUTTI 2020, p. 33 ss.; 149 ss.

¹⁶¹ Vedi sopra, nt. 72 e nt. 75.

Passiamo ora ad un frammento che i compilatori traggono dai *digesta* di Giuliano. Esso mostra con chiarezza un impiego simile della finzione, anche oltre il campo delle manumissioni. Sempre in relazione a casi nei quali la *condicio* consiste in un comportamento (futuro ed incerto) da parte di colui che è interessato all'atto e che si avvantaggerà per il prodursi degli effetti. Abbiamo visto – nel passo di Paolo che cita Giuliano e che ho appena esaminato – un parere del giurista adrianeo non favorevole a questa estensione. Ora osserviamo che egli la registra come una linea maggioritaria.

Iure civili receptum est, quotiens per eum, cuius interest condicionem <non> impleri, fit, quo minus impleatur, ut perinde habeatur, ac si impleta condicio fuisset: quod plerique et ad legata et ad heredum institutiones perduxerunt. quibus exemplis stipulationes quoque committi quidam recte putaverunt, cum per promissorem factum esset, quo minus stipulator condicioni pareret.

È stato recepito dallo *ius civile* che quando il mancato adempimento di una condizione dipenda da chi è interessato alla sua non realizzazione, allora si consideri come se la condizione di fosse attuata. La maggioranza dei giuristi ha esteso questa disciplina <delle manumissioni> anche ai legati ed alle istituzioni di eredi. In base a questi esempi alcuni hanno creduto correttamente che producessero il proprio effetto anche le stipulazioni, quando fosse dipeso dal promittente che lo stipulante non ottemperasse alla condizione¹⁶².

Il sintagma *ius civile* indica, nel II secolo, il diritto formato dalla giurisprudenza (come si vede in modo molto chiaro nell'*Enchiridion* di Pomponio). È il diritto dei responsi e della casistica¹⁶³.

In questo più largo ricorso alla *fictio* accolto dalla maggioranza dei giuristi, emergono obiettivi di politica del diritto diversi dal *favor libertatis* (punto di partenza del discorso giuliano, come mostra D. 40.7.20.3). Si mira ad assecondare la volontà del testatore, cancellando il mancato adempimento della *condicio* che il legatario (o l'erede) avrebbe dovuto attuare. Colui che trae vantaggio dalla disposizione testamentaria (il legatario o l'erede designato) non ha potuto attuare la *condicio* per cause indipendenti dal suo volere. Perciò si immagina l'avvenuto adempimento. In seguito, secondo l'esposizione di Giuliano, è intervenuto un ulteriore allargamento, per opera di alcuni giuristi (che lo hanno desunto dagli esempi precedenti). L'approdo è quello di garantire nella *stipulatio* la volontà delle parti; quindi l'efficacia della promessa. La condizione, che avrebbe dovuto essere adempiuta da chi ha ricevuto la promessa (cioè dallo

¹⁶² Iulianus 55 *digestorum*., D. 35.1.24.

¹⁶³ Cfr. Pomp. *l. sing. enchir.*, D. 1.2.2.5. Il tempo lungo di questa nozione, che si identifica con la giurisprudenza, comincia – secondo Pomponio – subito dopo le Dodici Tavole e si svolge in relazione alla *disputatio fori*.

stipulante), non si è realizzata, poiché il promittente lo ha impedito; ed allora il giurista finge che la condizione si sia attuata¹⁶⁴.

Ulpiano riprende alla lettera l'enunciato giuliano.

In iure civili receptum est, quotiens per eum, cuius interest condicionem non impleri, fiat quo minus impleatur, perinde haberi, ac si impleta condicio fuisset...

Nello *ius civile* è stato recepito che quando il mancato adempimento di una condizione dipenda da chi è interessato alla sua non realizzazione, allora si consideri come se la condizione si fosse attuata...¹⁶⁵.

Fin qui il testo è pressoché identico. Ma immediatamente dopo cade il riferimento alla maggioranza dei giuristi precedenti, proposto da Giuliano. L'estensione oltre il campo delle manumissioni è data ormai per pacifica:

...quod ad libertatem et legata et ad heredum institutiones perducitur. quibus exemplis stipulationes quoque committuntur, cum per promissorem factum esset, quo minus stipulator conditioni pareret.

...ciò si estende ai legati e alle istituzioni di erede. In base a questi esempi producono il proprio effetto anche le stipulazioni, quando sia dipeso dal promittente che lo stipulante non abbia ottemperato alla condizione¹⁶⁶.

La conclusione ha un particolare rilievo: introduce infatti un controllo sulla fase di esecuzione delle obbligazioni verbali. Fa discendere dalla condotta del promittente, successiva alla pronunzia dei *verba* e tale da impedire il verificarsi della condizione, un trattamento del rapporto che assicuri l'efficacia dell'atto obbligatorio.

Ancora in materia di conservazione del contratto verbale, incontriamo un uso creativo della *fictio* da parte di Paolo, che rimodella drasticamente una stipulazione, per salvarne gli effetti, assecondando il volere che in essa si è manifestato. Il giurista severiano affronta il caso di una promessa, con la quale un liberto si è impegnato a pagare venti *nummi* al proprio patrono a condizione che, per il tempo di dieci giorni, egli stesso non abbia prestato opere a favore del

¹⁶⁴ Vedi MASI 1966, p. 221 ss., che collega il tratto relativo alle *stipulationes* con la materia delle stipulazioni pretorie. Anche se questo può essere stato un punto di riferimento nel discorso del giurista, la formulazione (nata entro il testo di Giuliano) rivela una portata generale, che Ulpiano fa propria. Cfr. STARACE 2006, p. 189 ss. (sulla sicura estensione del principio). Bisogna tener presente che i sospetti testuali, la tendenza a restringere il significato delle finzioni corrispondono ad una prospettiva di lettura volta a negare o a comprimere la creatività del lavoro giurisprudenziale e le forme plurali in cui si esprime.

¹⁶⁵ Ulp. 77 *ad ed.* , D. 50.17.161.

¹⁶⁶ *Ibidem* . Sul confronto tra i due passi, BIANCHI 1997, p. 456 ss.

patrono. Il pagamento di danaro è in contrasto con la *lex Aelia Sentia*. Quali conseguenze discendono da questa *stipulatio*?

Si ita stipulatio a patrono facta sit: 'si decem dierum operas non dederis, viginti nummos dare spondes'? videndum est, an nec viginti actio danda sit, quasi onerandae libertatis gratia promissi sint, nec operarum, quae promissae non sint? an vero operae dumtaxat promissae fingi debeant, ne patronus omnimodo excludatur? et hoc praetor quoque sentit operas dumtaxat promissas.

Se il patrono abbia formulato questa stipulazione: 'prometti di dare venti denari se non avrai eseguito opere per dieci giorni?', occorre considerare se sia da negare l'azione per i venti denari, come se questi siano stati promessi con lo scopo di far gravare un onere sulla libertà del promittente, se sia da negare l'azione per le opere che non siano state promesse o se invece si debba fingere che soltanto le opere siano state promesse, al fine di non escludere del tutto il patrono dalla prestazione. Ed il pretore ritiene proprio questo, che soltanto le opere siano state promesse¹⁶⁷.

L'azione volta ad ottenere la somma di venti viene negata. Anche per le *operae* – non promesse – non vi è azione. Tuttavia, su questo punto specificamente interviene l'invenzione giuridica. Si finge che l'oggetto della promessa sia stato la prestazione delle opere per dieci giorni, considerata come l'equivalente della somma pecuniaria. È evidente che questa rappresentazione si distacca dalla realtà; eppure ha un senso: salvaguarda l'efficacia dell'atto, senza ammettere il danaro come oggetto dell'obbligo; ed assicura al *patronus* una prestazione, che si considera corrispondente al volere espresso nella *stipulatio*.

Paolo fa leva sulla discrezionalità pretoria: indica un orientamento della prassi giurisdizionale, che non può non derivare dalla scienza: forse è già sperimentato, forse è suggerito da lui stesso. Comunque, si tratta di una interpretazione che modifica radicalmente i termini del contratto, attuata mediante un uso piuttosto libero della tecnica formulare. L'*actio ex stipulatu*, così concessa, non ha un fondamento nei *verba*; è il frutto di una discontinuità¹⁶⁸.

Infine, tornando alle *manumissiones* condizionate, dobbiamo ricordare un ultimo testo, sempre di Ulpiano, nel quale si compiono due operazioni. La prima è una finzione che conosciamo,

¹⁶⁷ Paul. 7 *ad Plautium*, D. 38.1.39 pr. Vedi BRETONE 2001, p. 298 s., che richiama, con Kaser, il divieto in base alla *lex Aelia Sentia* di "farsi promettere dal liberto danaro in luogo delle opere". Vedi Terentius Clemens 8 *ad leg. Iul. et Pap.*, D. 40.9.32.2, ove è citato Ottaviano, e Paul. 2 *ad leg. Aeliam Sentiam*, D. 37.14.6.1. Nel caso di un'obbligazione alternativa, *operae* o danaro, vale soltanto la promessa delle opere. Nel nostro caso, la *denegatio actionis* per i venti *nummi* sembra una diretta conseguenza del divieto.

¹⁶⁸ La connessione con il passato è nel fatto che Paolo, come spesso gli accade, svolge il suo ragionamento nella rigorosa osservanza del processo formulare. Ma l'obiettivo è sostituire l'*interpretatio* ai *verba* pronunziati dalle parti.

volta a neutralizzare la specifica condotta di chi è interessato al non realizzarsi della condizione e ne impedisce l'adempimento. Nella seconda, si propone ancora una *fictio*; ma questa volta con un più esteso ambito di impiego.

Sub hac condicione liber esse iussus, SI DECEM MILIA HEREDI DEDERIT, etsi ab herede abalienatus sit, emptori dando pecuniam ad libertatem perveniet: idque lex duodecim tabularum iubet. Si per heredem factum sit, quo minus statu liber condicione pareat, proinde fit liber, atque si condicio expleta fuisset. Extraneo pecuniam dare iussus et liber esse, si paratus sit dare, et is, cui iussus est dare, aut nolit accipere aut antequam acceperit moriatur, proinde fit liber, ac si pecuniam dedisset.

Colui per il quale si dispone la libertà in un testamento a questa condizione, 'se il servo abbia dato diecimila all'erede', anche se sarà alienato dall'erede, giungerà ad essere libero versando il danaro al compratore; e ciò è stabilito dalle Dodici Tavole. Se poi sia dipeso da un comportamento dell'erede che lo statulibero non abbia ottemperato alla condizione, allora diventerà libero come se la condizione si fosse realizzata. Se il servo, per il quale sia stato disposto che pagasse il danaro ad un estraneo e fosse libero, sia pronto a pagare, mentre il beneficiario si rifiuti di ricevere o muoia prima di ricevere, allora egli ottiene la libertà come se avesse versato il danaro¹⁶⁹.

Anzitutto, si finge che la *condicio*, inclusa nella *manumissio testamento*, sia stata adempiuta, poiché non si è realizzata per ragioni indipendenti dal volere del servo. Qualcuno ne ha impedito l'attuazione, spinto dal proprio interesse. Può essere l'erede, a cui lo schiavo avrebbe dovuto pagare. Oppure può essere un estraneo, che ha rifiutato di accettare il pagamento. Fin qui il percorso è noto, ma il giurista aggiunge un'ipotesi nuova. Ciò che impedisce l'attuarsi della condizione può essere la morte del beneficiario estraneo: evento indipendente da ogni volontà. Anche in questo caso, il problema si risolve "come se" il versamento da parte del servo sia stato effettuato¹⁷⁰. Una regola nuova entro la disciplina giurisprudenziale, che ne conferma la fluidità, anche nel contesto severiano.

Riassumendo il senso dei testi in tema di adempimento della condizione (con i gradual mutamenti che ho messo in luce) si può dire che il filo comune è in tutti rappresentato dalla forza innovativa delle finzioni. Anzitutto, quelle guidate dal *favor libertatis*, che hanno un ampio spazio; in secondo luogo, le finzioni che corrispondono a particolari esigenze di tutela del meccanismo successorio o di tutela delle obbligazioni verbali.

¹⁶⁹ Tit. Ulp. 2.4-6.

¹⁷⁰ Vedi STARACE 2006, p. 202 ss., sul quadro teorico che risulta dal testo.

La spinta politica a favorire l'affrancamento (quando si interpretano le clausole testamentarie) nasce nel quadro dei rapporti sociali strutturati intorno al modo di produzione schiavistico. La *manumissio* è concepita, fin dall'età di Cicerone, come un premio elargito dai padroni. Proprio Cicerone racconta che possono bastare, in gran parte dei rapporti tra *servi* e *domini*, anche soltanto sei anni per giungere alla libertà. Il premio vale per gli obbedienti e i disciplinati (*servi frugi et diligentes*)¹⁷¹.

La manumissione degli schiavi mediante testamento comporta un premio più incisivo: è un mezzo per farli divenire *liberti*, ma senza obbligo di prestazione delle *operae*, dal momento che il *manumissor* (a cui queste sarebbero dovute) non è più in vita quando si compie l'affrancamento.

L'adozione di un trattamento benevolo e l'ideologia paternalistica che vi è connessa (esplicitata da Seneca negli anni Sessanta del I sec. d.C.)¹⁷² sono funzionali alla produttività degli schiavi e servono alla coesione delle comunità familiari entro cui essi lavorano. Il senso di questo approccio filantropico si coglie in un rescritto di Antonino Pio, citato da Ulpiano, in materia di gestione degli schiavi, che ci aiuta a comprendere il significato politico del *favor libertatis*. È nell'interesse dei padroni – scrive l'imperatore – che non sia negato aiuto agli schiavi; perciò sono vietate le forme di trattamento più dure¹⁷³. Insomma, attutire la reificazione è utile. Alla stessa logica obbediscono le scelte giurisprudenziali che introducono premi e condizioni di favore per i servi. Il trattamento benevolo, il paternalismo servono a favorire la loro produttività.

Abbiamo visto inoltre che il finto avveramento della condizione va oltre il *favor libertatis*: interviene nel caso del legato, della istituzione di erede, della *stipulatio*, quando l'adempimento sia stato per varie ragioni impedito o impossibile. In queste situazioni i giuristi perseguono obiettivi di tutela della volontà. Si tratta di garantire l'esecuzione delle disposizioni testamentarie; oppure – fuori dal campo ereditario – di neutralizzare ogni impedimento conseguente alla condotta di chi tragga vantaggio dall'inefficacia dell'atto condizionato.

Questo particolare uso della finzione, sul terreno delle *obligationes*, verrà isolato e ripreso dalla tradizione civilistica europea. Nel 1761, Pothier lo riassumerà in termini generali: "C'est une règle commune à toutes les conditions des obligations, qu'elles doivent passer pour accomplies lorsque le debiteur qui s'est obligé sous cette condition en a empêché l'accomplissement"¹⁷⁴. È una formulazione riprodotta quasi alla lettera nell'art. 1178 del *Code civil* e nell'art. 1169 del Codice civile italiano del 1865: le norme cristallizzano l'antico procedimento teorico, ormai sganciato da ogni legame con le creazioni giurisprudenziali romane. Ancora, i codificatori italiani del 1942 usano la medesima finzione (nell'art. 1359), ricollegandola al dovere di buona fede dell'obbligato *sub condicione*, tenuto a conservare integre le ragioni della controparte, finché la condizione è pendente (art. 1358).

¹⁷¹ Vedi Cic. *Phil.* 8.32. Del resto la *spes libertatis* è, ai suoi occhi, ciò che induce a sopportare la condizione servile. Cfr. BRUTTI 2012, p. 176 s.

¹⁷² Vedi VITELLI 2016, p. 1 ss.

¹⁷³ Vedi Ulp. 8 *de off. procons.*, D. 1.6.2.

¹⁷⁴ POTHIER 1761, II ediz. 1764, ediz. 2011, § 212, p. 91 s.

12. Notazioni conclusive

Sententia est oratio sumpta de vita, quae <a>ut quid sit aut quid esset oporteat in vita breviter ostendit. Questa definizione, nella *Rhetorica ad Herennium*, indica due possibili modalità attraverso le quali può esprimersi un enunciato; e quindi due scopi: mostrare qualcosa che appartiene alla sfera dell'essere, aderendo ai fatti, oppure indicare un dover essere, da imporre alla vita¹⁷⁵. Ebbene, proprio il secondo movimento – che consiste nell'enunciare *quid esse oporteat* e che è proprio del pensiero giuridico – comprende in sé la possibilità di una consapevole alterazione dei fatti.

Le finzioni intervengono nel momento della determinazione casistica. Sia questa fissata da una norma o dal ragionamento di un giurista. Se riepiloghiamo tutto ciò che è emerso nelle pagine precedenti, ci appare con evidenza il riprodursi del medesimo procedimento in diversi settori della pratica.

La situazione del *captivus* che muore durante la prigionia è disegnata dalla *lex Cornelia* in modo da anticipare la morte. Questo diventa il caso: la *lex* lo ha fissato e lo regola alterando i fatti; così garantisce la normalità della successione. Seguendo la stessa procedura logica, un senatoconsulto dispone l'applicazione dell'usufrutto a cose che anteriormente erano incompatibili con la sua stessa struttura. Siamo nella prima fase della dinastia giulio-claudia; nasce così una disciplina che si distacca dalla tradizione.

D'altro canto, le *fictiones* vengono usate dall'editto del pretore per introdurre nuove forme di successione, oppure – nell'ambito dei diritti reali – per proteggere ed assecondare la circolazione dei beni. Tutto ciò passa attraverso il filtro della scienza giuridica (sempre legato alle controversie, distante quindi dalla logica moderna dei diritti legislativi o dei codici).

Ancora due considerazioni. Anzitutto, non è soltanto nel dualismo tra *ius civile* e *ius praetorium* che trae origine la rappresentazione dei casi difforme dal vero, funzionale ad obiettivi di innovazione¹⁷⁶. Pensiamo alla *lex Cornelia* o ai *senatus consulta* che modificano lo *ius* derivante dai *mores*; pensiamo ai casi in cui la manipolazione dei fatti è operata direttamente dalla scienza giuridica. In secondo luogo, la discontinuità che ogni volta osserviamo rende inconsistente l'idea che le finzioni siano costruite per tenere ferma la tradizione dello *ius civile*, con innovazioni limitate derivanti da un diverso ordine normativo¹⁷⁷.

¹⁷⁵ Auctor *ad Her.* 4.17.

¹⁷⁶ Il dualismo ordinamentale è alla base delle finzioni e spiega la loro posizione “di eccezionale rilievo” nel diritto romano, secondo PUGLIATTI 1968, p. 663 s.

¹⁷⁷ Non credo vi sia alcuna base testuale, sia pure indiretta, su cui possa fondarsi la suggestiva tesi di BRETONE 2001, p. 299: “una conseguenza non insolita della *fictionis* era di rendere l'innovazione giuridica meno sorprendente e quindi più tollerabile per l'élite aristocratico-tradizionalistica, durante la Repubblica e nell'Impero”. In realtà, la versione quietistica della *fictionis*, non rispondente alle fonti, è puntualmente teorizzata nelle dottrine ottocentesche, tra storicismo conservatore e costruzione

L'azione correttiva dello *ius praetorium* ha un impatto che sfugge alle raffigurazioni d'impronta conservatrice. Essa comporta la disapplicazione o la modificazione dello *ius civile* attraverso l'esercizio della *iurisdictio*. Sia nell'attività decretale (come è evocata dal parere di Paolo in D. 38.1.39 pr.) sia nell'autoregolamentazione della discrezionalità pretoria che, mediante l'editto, consolida le innovazioni.

Le immagini create con elementi fittizi dai giuristi servono a regolare i rapporti sociali. Alcuni esempi su cui mi sono fermato dimostrano chiaramente la forza creativa dell'*interpretatio iuris*. Un caso frequente riguarda colui che sia interessato al non verificarsi di una *condicio* e ne impedisca l'attuazione. Da Sabino ad Ulpiano, uniti in una sorta di dialogo tra generazioni, i giuristi lavorano per neutralizzare gli effetti di questa modificazione unilaterale del rapporto su cui insiste la *condicio*. Inseriscono perciò il suo adempimento – in realtà mai avvenuto – tra le circostanze comprese nell'immagine del caso. Con una pluralità di opinioni. Dapprima, nelle *manumissiones* testamentarie, pensare l'avveramento corrisponde all'obiettivo di favorire la libertà; poi la tecnica si volge verso la disciplina di altri atti, fino ad investire il diritto delle obbligazioni. L'esempio della *stipulatio* condizionata mostra – come si è messo in luce – un collegamento tra finzione e salvezza del contratto.

Va sottolineato che le direttive dei giuristi hanno una portata politica, in quanto riflettono giudizi di valore, in base ai quali essi orientano la risoluzione delle controversie. Come abbiamo segnalato per le applicazioni della *fictio* alla condizione giuridica dei *commorientes*, laddove le decisioni nascono dalla considerazione degli effetti preferibili.

del diritto come sistema. In particolare il diritto pretorio (entro cui si individuano molteplici finzioni) appare come un complesso di norme integrative, che si aggiungono senza fratture allo *ius civile*, concepito come una sorta di ordinamento concluso, fondato sulla tradizione. La visione di Savigny è nettamente orientata in questo senso. Egli riconduce le finzioni allo schema dell'analogia, concepita come "estensione organica del diritto (*organische Erweiterung des Rechts*)". Le forme con le quali questa si compie sono appunto le *fictiones* e le *utiles actiones*: "così viene assicurata al tempo stesso l'intrinseca connessione del diritto nuovo con l'antico e viene conservata l'unità sistematica di tutto il diritto". È proprio l'ingombrante nozione di "sistema" a fargli concepire la *fictio* come una specificazione dell'analogia (una soluzione di problemi nuovi alla luce di ciò che è già regolato). Vedi SAVIGNY 1840, p. 294 s., trad. it., 1886, p. 300 s. Anche secondo JHERING 1865, ediz. 1888, p. 308 s. il tratto saliente delle *fictiones* romane, guardate storicamente, consiste nel lasciare intatta la tradizione; la procedura richiama quella dell'analogia. L'approccio complessivo di BRETONE 2001, p. 295 ss. risente molto di queste prospettive. Fuori dall'ottica sistematica, si veda invece GAMBARO 2002, p. 135 ss. e p. 139 ("la finzione è uno strumento solamente utilitaristico ed operativo, che però comporta un divorzio dalla ragione teoretica"). Ma prima dello storicismo conservatore, che prevale nell'Ottocento, e prima che si chiuda il cerchio delle sistemazioni d'impronta pandettistica, possiamo trovare un riconoscimento della discontinuità delle finzioni (o più precisamente di quelle, emblematiche, legate al diritto pretorio) in Johannes Gottlieb HEINECCIUS 1719, ediz. 1746, §§ 24-36, p. 117 ss.: *Quamvis vero praetores initio magistratus in leges iurarent: revera tamen leges edictis suis evertebant sub specie aequitatis... Utebantur hanc in rem variis artibus, veluti I. FICTIONIBUS, quando, verbi gratia, fingebant rem usumcapatam, quae usucapta haud esset, vel contra. § 4 & 5 Inst. de actionib. Immo, quod magis ridiculum videri posset, quando fingebant, filiam patroni esse filium, cuius mentio fit in Basilic. Lib. 49. Tit. 1 p. 594. Tomo 6. ... Utebantur II. novis NOMINIBUS, veluti quam bonorum possessionem darent iis, quibus leges hereditatem negabant. Utebantur III. Exceptionibus, quibus actiones legibus datae eliderentur. Utebantur 4. RESTITUTIONIBUS in integrum, quibus non modo leges, sed & res iudicatas resciderunt praetores. Ut adeo vere summa penes Praetores esset non quidem leges ferendi, sed evertendi potestas, quamvis edicta adiuvandi, supplendi corrigendique gratia proponi, prae se ferrent...*

Allo stesso modo, le norme autoritative fingono, in funzione di obiettivi politici.

L'invenzione si impone sulla realtà, per giungere a scelte capaci di determinare trattamenti giuridici nuovi; e si ripete più volte.

Svariate finzioni, tra le più incisive, trovano spazio nella sintesi didattica del manuale di Gaio. Sono quindi parte di un apparato teorico stabile. Come a proposito di *quasi usus fructus*, di *bonorum possessio*, di *in bonis habere*, di *actiones ficticiae*. Inoltre, con un'impostazione coerente, Gaio propone lo stesso modello in alcune ipotesi di legati invalidi, attraverso un'ampia applicazione del *senatus consultum Neronianum*, ma anche utilizzando interpretazioni innovative della giurisprudenza e ricorrendo al congegno retorico che fa prevalere la tutela della volontà sullo *scriptum*. In un caso particolare, abbiamo visto che anche l'imperatore Adriano, citato dallo stesso Gaio, segue questa prospettiva, assumendo il punto di vista dei proculiani di fronte ad un *legatum per praeceptionem* invalido, che viene convertito in un legato *per vindicationem*. Lo schema entra nelle *constitutiones principum*.

Un'ultima osservazione riguarda la *iurisprudencia* e le scelte che si dipanano al suo interno. Abbiamo visto che il responso di Trebazio sul fittizio adempimento della *condicio* fissa un procedimento largamente ripreso dalla giurisprudenza successiva. Negli ultimi decenni della repubblica il ricorso alla *fictio* è quindi già chiaro. Esso viene adottato da Labeone, con sviluppi del tutto originali. Come emerge dalla proposta di trasformare la *bonorum possessio* in *pro herede gestio*, accavallando due generi di *fictio*. La combinazione labeoniana supera la dicotomia *ius civile-ius praetorium* e costituisce una forte cesura rispetto alle regole usualmente applicate.

Nell'ambito delle trattazioni retoriche, è Quintiliano ad abbozzare una descrizione aderente a questa tecnica. Pur tenendo conto della differenza dei contesti e dei fini, l'itinerario inventivo da lui definito è lo stesso che si assume nei discorsi giuridici.

Alcune nuove applicazioni dello schema finora illustrato crescono durante il II secolo d.C. Ricordo, accanto ai casi trattati da Gaio, le manipolazioni dei fatti finalizzate al *favor libertatis* in Giavoleno e in Giuliano. Dal loro consolidarsi nasce uno *ius constitutum*.

Infine, l'uso di meccanismi immaginativi che si discostano dalla realtà continua in età severiana, con qualche ulteriore determinazione. La spinta ad estenderne l'impiego (come nei testi di Paolo ed Ulpiano esaminati da ultimi) viene da lontano. I giureconsulti la assecondano, plasmando in funzione normativa le rappresentazioni del mondo empirico.

Bibliografia

ALBANESE 1979 = B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo 1979.

ALCIATI 1548 = A. ALCIATI, *Reliqua Opera*, Lugduni 1548.

ALESSE 2018 = F. ALESSE, *La rappresentazione catalettica nella Stoa post-crisippea*, in F. VERDE, M.

CATAPANO (a cura di), *Hellenistic Theories of Knowledge, Lexicon Philosophicum*, Special Issue, Roma 2018, p. 145 ss.

- APPLETON 1889 = C. APPLETON, *Histoire de la propriété prétorienne et de l'action publicienne*, 2 voll., Paris 1889.
- BALESTRI 1985 = M. BALESTRI, *Lex Iunia de manumissionibus*, Milano 1985.
- BIANCHI 1997 = E. BIANCHI, 'Fictio iuris'. *Ricerche sulla finzione in diritto romano dal periodo arcaico all'epoca augustea*, Padova 1997.
- BRETONE 1982 = M. BRETONE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, Napoli 1982.
- BRETONE 1998 = M. BRETONE, *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, Roma-Bari 1998.
- BRETONE 2001 = M. BRETONE, *Finzioni e formule nel diritto romano*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 31, 2001, p. 295 ss.
- BRUTTI 1973 = M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, Milano 1973.
- BRUTTI 2003 = M. BRUTTI, *L'indipendenza dei giuristi (dallo 'ius controversum' all'autorità del principe)*, in F. MILAZZO (a cura di), 'Ius controversum' e 'auctoritas principis'. *Giuristi, principe e diritto nel primo impero*, Napoli 2003, p. 403 ss.
- BRUTTI 2012 = M. BRUTTI, *Da schiavi a cittadini*, in A. GIARDINA, F. PESANDO (a cura di), 'Roma caput mundi'. *Una città tra dominio e integrazione*, Milano 2012, p. 147 ss.
- BRUTTI 2012a = M. BRUTTI, *Il dialogo tra giuristi ed imperatori*, in V. MAROTTA, E. STOLFI (a cura di), *Ius controversum' e processo fra tarda repubblica ed età dei Severi*, Roma 2012, p. 97 ss.
- BRUTTI 2017 = M. BRUTTI, *Interpretare i contratti. La tradizione, le regole*, Torino 2017.
- BRUTTI 2020 = M. BRUTTI, *Iulius Paulus. Decretorum libri tres. Imperialium sententiarum libri sex*, Roma 2020.
- BÜLOW 1879 = O. VON BÜLOW, *Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten*, in *Archiv für die civilistische Praxis* 62 (1879), p. 1 ss.
- BUND 1965 = E. BUND, *Untersuchungen zur Methode Julians*, Graz 1965.
- CALORE 2011 = E. CALORE, *Actio quod metus causa'. Tutela della vittima e azione 'in rem scripta'*, Milano 2011.
- CAPOGROSSI COLOGNESI 2016 = L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La costruzione del diritto privato romano*, Bologna 2016.
- COPPOLA 1999 = G. COPPOLA, *Studi sulla 'pro herede gestio'. II. La valutazione dell'animus nel 'gerere pro herede'*, Milano 1999.
- CPF II.1, 2019 = AA.VV., *Corpus dei papiri filosofici greci e latini. Parte II.1. Frammenti adespoti*, Firenze 2019.
- DI LELLA 1984 = L. DI LELLA, 'Formulae ficticiae'. *Contributo allo studio della riforma giudiziaria di Augusto*, Napoli 1984.
- DONATUTI 1930 = G. DONATUTI, *Le 'praesumptiones iuris'*, Perugia 1930.
- FALZEA 2002 = A. FALZEA, *Riflessioni sulla 'fictio iuris'*, in F. BRUNETTA D'USSEAUX (a cura di), *Le finzioni del diritto*, Milano 2002, p. 117 ss.
- FORIES 1974 = P. FORIES, *Présomptions et fictions*, in CH. PERELMAN, P. FORIES (a cura di), *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruxelles 1974, p. 7 ss.

- FREZZA 1962 = P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano*, I, *Le garanzie personali*, Padova 1962.
- FRUNZIO 2021 = M. FRUNZIO, *Nerazio interlocutore privilegiato di Paolo*, in G. SANTUCCI, P. FERRETTI, M. FRUNZIO, A. SCHIAVON, *Iulius Paulus. Ad Neratium libri IV*, Roma 2021, p. 33 ss.
- GAGLIARDI 2011 = L. GAGLIARDI, *La tutela prevista dal diritto romano per i superficiari dalle azioni 'in personam' alle azioni 'in rem'*, in L. GAROFALO (a cura di), *Actio in rem' e 'actio in personam'. In ricordo di M. Talamanca*, II, Padova 2011, p. 5 ss.
- GALLO 1957 = F. GALLO, *Actio Publiciana in rem*, in *Novissimo Digesto Italiano* 1.1, 1957, p. 269 s.
- GALLO 1964 = F. GALLO, *Disciplina giuridica e costruzione dogmatica nella 'locatio' degli 'agri vectigales'*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 30, 1964, p. 1 ss.
- GAMBARO 2002 = A. GAMBARO, *Costi e benefici delle finzioni giuridiche*, in F. BRUNETTA D'USSEAUX (a cura di), *Le finzioni del diritto*, Milano 2002, p. 135 ss.
- GARNSEY, SALLER 1987, trad. it. 2003 = P. GARNSEY, R. SALLER, *The Roman Empire. Economy, Society and Culture*, London 1987, trad. it., *Storia sociale dell'Impero romano*, Roma-Bari 2003.
- GROSSO 1930 = G. GROSSO, *Contributo allo studio dell'adempimento della condizione*, Torino 1930.
- HEINECCII 1719, ediz. 1764 = J.G. HEINECCII *Antiquitatum Romanarum Jurisprudentiam Illustrantium Syntagma secundum ordinem Institutionum Justiniani digestum* (1719), IX ediz., Napoli 1764 (in due tomi), lib. I, tit. II, §§ 24-36, p. 117 ss.
- HUBERLANT 1974 = C. HUBERLANT, *La présomption de connaissance de la loi dans le raisonnement juridique*, in Ch. PERELMAN, P. FORIES (a cura di), *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruxelles 1976., p.186 ss.
- JHERING 1865, ediz. 1888 = R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts auf der verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, 1865, ediz. Leipzig 1888.
- KANT 1787 (trad. it. 1977) = I. KANT, *Kritik der reinen Vernunft*, Riga 1787, trad. it., *Critica della ragion pura*, Roma-Bari 1977.
- KOHLAAS 1986 = C. KOHLAAS, *Die Überlieferung der 'libri posteriores' des Antistius Labeo*, Freiburg 1986.
- LAMBERTI 2001 = F. LAMBERTI. *Studi sui 'postumi' nell'esperienza giuridica romana. I. Profili del regime classico*, Milano 2001.
- LAMBERTINI 1984 = R. LAMBERTINI, *La problematica della commorienza nell'elaborazione giuridica romana*, Milano 1984.
- LENEL 1889 (rist. 1960) = O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, Leipzig 1889 (rist. Graz 1960).
- LIEBS 1964 = D. LIEBS, *Hermogenians 'iuris epitomae'. Zum Stand der römischen Jurisprudenz im Zeitalter Diokletians*, Göttingen 1964.
- LOVATO 2021 = A. LOVATO, *L'ordine sistematico nella tradizione civilistica europea. Osservazioni minime*, in *'Specula Iuris'. An International Journal on Legal History and Comparative Jurisprudence*, I, 2, 2021, p. 119 ss.
- MANTHE 1982 = *Die 'libri ex Cassio' des Iavolenus Priscus*, Berlin 1982.
- MARRONE 2006 = M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Firenze 2006.

- MASI 1966 = A. MASI, *Studi sulla condizione nel diritto romano*, Milano 1966.
- MENOCHII 1587 = IAC. MENOCHII, *De praesumptionibus, coniecturis, signis et indiciis*, Venetiis 1587.
- MICCÙ 2015 = R. MICCÙ, *Teoria delle finzioni giuridiche e koiné ermeneutica: diritto e realtà nella metodologia di Josef Esser*, in *Revista do Istituto de Hermeneutica Juridica*, 13, n. 17, 2015, p. 197 ss.
- MIGNUCCI 1965 = M. MIGNUCCI, *Il significato della logica stoica*, Bologna 1965.
- NAPPI 2005 = S. NAPPI, *Ius finitum*, Bari 2005.
- ORESTANO 1959, rist. 1998 = R. ORESTANO, 'Obligationes' e dialettica, in *Jus*, 10, 1959, rist. in *Id., Scritti*, III, 1998, p. 1341 ss.
- PALMA 1992 = A. PALMA, 'Humanior interpretatio'. 'Humanitas' nell'interpretazione e nella normazione da Adriano ai Severi, Torino 1992.
- POHLENZ 1959, trad. it., 1967, rist. 1978 = M. POHLENZ, *Die Stoa. Geschichte einer geistigen Bewegung*, trad. it., *La Stoa. Storia di un movimento spirituale*, Firenze 1967, rist. 1978, 2 voll.
- POTHIER 1761, II edit. 1764, ora 2011 = R.-J. POTHIER, *Traité ses obligations*, 1761, II edit. augmentée 1764, ora Paris 2011 (Préf. J.-L. Halperin).
- POTHIER 1777, ed. 1821 = R.-J. POTHIER, *Traité des successions*, 1777, ed. Paris 1821.
- PUGLIATTI 1968 = S. PUGLIATTI, *Finzione*, in *Enciclopedia del diritto*, XVII, Milano 1968, p. 658 ss.
- SALAZAR REVUELTA 1999 = M. SALAZAR REVUELTA, *Sobre el régimen jurídico del usufructo de cosas 'quae usu consumuntur': particular importancia de la 'cautio ex senatus consulto'*, in *SDHI*, 65, 1999, p. 117 ss.
- SALLER 1994, repr. 1997 = P. SALLER, *Patriarchy, property and death in the Roman Family*, Cambridge 1994, reprinted 1997.
- SANTORO PASSARELLI 1960 = F. SANTORO PASSARELLI, *Commorienza*, in *Enciclopedia del diritto*, VII, Milano 1960, p. 978 ss.
- SAVIGNY 1840, trad. it. 1886 = F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, I, Berlin 1840, trad. it. di V. SCIALOJA, *Sistema del diritto romano attuale*, I, Torino 1886.
- SCHIAVONE 2017 = A. SCHIAVONE, 'Ius'. L'invenzione del diritto in Occidente, Torino 2017.
- SCHINDLER 1966 = K.H. SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klassik. Versuch eine Darstellung an Hand seiner Kontroversen entscheidenden Konstitutionen*, Köln-Graz 1966.
- SCHULZ 1961, trad. it. 1968 = F. SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar 1961, trad. it. *Storia della Giurisprudenza romana*, Firenze 1968.
- STARACE 2006 = P. STARACE, *Lo 'statuliber' e l'adempimento fittizio della condizione. Uno studio sul 'favor libertatis' fra tarda Repubblica ed età antonina*, Bari 2006.
- SZIMANSKI 1990 = M. SZIMANSKI, *P. Berol. inv. 16545: A text on Stoic Epistemology with a Fragment of Antipater of Tarsus*, in *The Journal of Juristic Papirology*, 20, 1990, p. 139 ss.
- THOMAS 1995, trad. it. 2016 = Y. THOMAS, 'Fictio legis'. L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales, in *Droit. Revue française de théorie juridique*, n. 21, 1005, 17 ss., trad. it., M. SPANÒ (a cura di), 'Fictio legis'. *La finzione romana e i suoi limiti medievali*, Macerata 2016.
- THOMAS 2011 = Y. THOMAS, *Les opérations du droit*, édit. établie par M.-A. Angèle Hermitte et P. Napoli, Paris 2011.

- TODESCAN 1979 = F. TODESCAN, *Diritto e realtà. Storia e teoria della 'fictio iuris'*, Padova 1979.
- TURELLI 2019 = G. TURELLI, *Alfenus 6 dig. D.5.1.76, L. 23. Per una lettura che ricomponga diritto e retorica*, in *SDHI*, 84, 2018 [ma pubbl. 2019], p. 61 ss.
- TURELLI 2020 = G. TURELLI, *'Transfere iudicium'. Linee ricostruttive di uno strumento pretorio*, Torino 2020.
- VAIHINGER 1911, nuova ediz. 1922, trad. it. 1967 = H. VAIHINGER, *Die Philosophie des als ob*, 1911, ed. Hamburg 1922, trad. it. di F. VOLTAGGIO, *La filosofia del "come se"*, Roma 1967.
- VIARENGO 1980 = G. VIARENGO, *Riflessioni su Giavoleno Prisco*, in *Materiali per la storia della cultura giuridica* 10, 1970, p. 3 ss.
- VIARENGO 2018 = G. VIARENGO, *Gli sviluppi della 'bonorum possessio' del figlio emancipato dall'età di Cicerone a Salvio Giuliano*, in *Rivista di Diritto Romano*, 18, 2018, p. 79 ss.
- VITELLI 2016 = M. VITELLI, *Seneca sulla schiavitù: tra slancio umanitario e difesa dell'esistente*, in *Mosaico* 3, 2016, p. 1 ss.
- VOCI 1963 = P. VOCI, *Diritto ereditario romano. II. Parte speciale. Successione 'ab intestato'. Successione testamentaria*, Milano 1963.
- VOCI 1967 = P. VOCI, *Diritto ereditario romano. I. Introduzione. Parte generale*, Milano 1967.
- WATSON 1968 = A. WATSON, *The Law of Property in the Later Roman Republic*, Oxford 1978.
- WINKEL 1985 = L.C. WINKEL, *'Error iuris nocet': Rechtsirrtum als Problem der Rechtsordnung. I. Rechtsirrtum in der griechischen Philosophie und im römischem Recht bis Justinian*, Zutphen 1985.
- WOLFF 1941 = H.J. WOLFF, *The 'lex Cornelia de captivis' and the roman law of succession*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 17 (1941), p. 136 ss.
- WUBBE 1985 = F.B.J. WUBBE, *Javolenus contra Labeonem*, in J.A. (= Hans) ANKUM, J.E. SPRUIT, F.B.J. WUBBE (a cura di), *Satura R. Feenstra*, Freiburg 1985, p. 95 ss.

DISACCORDI

Oltre il mito. Il Manifesto di Ventotene nel prisma del pensiero neoliberale

Alessandro Somma

Università “La Sapienza”, Roma

Abstract (Italiano)

Il Manifesto di Ventotene viene considerato un fondamentale punto di riferimento per la costruzione di un'Europa federale fondata sulla democrazia e l'inclusione sociale. Il testo reca però forti critiche alla partecipazione democratica e non mette in discussione il mercato come strumento di redistribuzione della ricchezza. Spinelli ha poi avallato l'approccio tecnocratico alla costruzione europea e il suo sviluppo in senso neoliberale. Ci troviamo così di fronte a miti che occorre mettere in discussione per riflettere seriamente sull'ordine politico capace di realizzare un accettabile equilibrio tra capitalismo e democrazia.

Parole chiave: Manifesto di Ventotene, federalismo, europeismo, neoliberalismo, tecnocrazia

Abstract (English)

The Ventotene Manifesto is supposed to be a fundamental point of reference for the construction of a federal Europe based on democracy and social inclusion. However, the text strongly criticises democratic participation and does not call into question the market as a means of redistributing wealth. Spinelli also endorsed the technocratic approach to European integration and its development in a neoliberal sense. We are thus faced with myths that need to be questioned in order to reflect seriously on the political order capable of achieving an acceptable balance between capitalism and democracy.

Keywords: Ventotene Manifesto, federalism, Europeanism, neoliberalism, technocracy

1. Il mito di Ventotene fra antifascismo ed europeismo

Tra i miti nei quali è inevitabile imbattersi occupandosi di Europa, quelli costruiti sul Manifesto di Ventotene possiedono una forza tutta particolare. Ventotene è l'isola in cui il regime fascista confinava i suoi oppositori, e tra questi molti esponenti della Resistenza prima e padri nobili della Repubblica poi. Il Manifesto che porta il suo nome costituisce poi un testo sacro del federalismo oltre che uno «tra i lasciti più originali e lungimiranti dell'antifascismo», i cui autori sono considerati veri e propri «visionari politici»¹. Non stupisce dunque se l'una e l'altro sono «avvolti nella leggenda»², e neppure se la loro venerazione definisce l'appartenenza alla schiera in verità decisamente eterogenea dei buoni europeisti, mentre il solo tentativo di gettare uno sguardo meno osannante su quella vicenda identifica invece lo sparuto gruppo dei cattivi nazionalisti.

Eppure i critici del Manifesto di Ventotene sono pochi ma non per questo privi di argomenti. Sono diffuse le critiche all'ordine politico cui prelude e in particolare alla sua matrice «giacobina e decisamente antidemocratica», ricondotta alla volontà di «imporre con la forza ai popoli del Vecchio continente il super-Stato europeo»³: il suo costituire una «apologia dei processi dall'alto»⁴. Più controverso è invece il giudizio sull'ordine economico cui rinvia il testo. Alcuni mettono in guardia dalla sua ostilità nei confronti della proprietà privata e delle libertà individuali, che intende affossare a favore di un «largo impiego di soluzioni socialiste in economia»: tanto che le innumerevoli personalità che ricorrentemente «si recano a Ventotene per rendere omaggio con alati discorsi commemorativi» a Rossi e Spinelli, se davvero ne conoscessero il contenuto, «si batterebbero come leoni perché neppure un decimo dei propositi» enunciati nel Manifesto venisse realizzato⁵. Altri lo apprezzano invece per la sua alterità rispetto alla edificazione dell'Unione europea come entità fondata sul mercato e la libera concorrenza, e anzi invitano a strapparla «alla retorica delle forze politiche che hanno guidato la torsione tecnocratica dell'Unione»⁶.

È innegabile che l'Unione europea abbia subito una simile torsione e l'abbia posta al servizio della sua ispirazione di fondo: il suo costituire un dispositivo neoliberale. Questa non è però estranea alla filosofia cui si ispira il Manifesto di Ventotene, che non incita certo al sovvertimento dell'ordine incentrato sulla proprietà privata e le libertà individuali. O meglio, in alcune sue parti lo mette in discussione, ma queste sono in qualche modo scollegate da un impianto complessivamente non ostile all'ispirazione neoliberale della costruzione europea. Il che vale per il Manifesto, ma anche e soprattutto per i contributi successivi in particolare di Spinelli, a cui dedicheremo attenzione dopo aver detto brevemente del testo composto a Ventotene.

¹ VASSALLO 2011, p. 5 ss.

² LEVI 2006, p. 148.

³ RICOLFI 2017, p. 224.

⁴ WU MING 1 2019, p. 270.

⁵ GALLI DELLA LOGGIA 2014, p. 78 ss.

⁶ PALANCA 2019.

Sono molti i riscontri di un simile giudizio, che discende innanzi tutto dal favore con cui Spinelli guarda alla menzionata deriva tecnocratica dell'Unione, reputata un contributo fondamentale al superamento della dimensione nazionale, perché capace di indurre i centri di potere economico a collaborare con il livello burocratico nel raggiungimento di un simile obiettivo. Il che del resto ben si combina con la condanna della partecipazione democratica, pronunciata con espressioni urticanti perché non dissimili da quelle ricorrenti presso chi ha preceduto e accompagnato l'avvento dei regimi fascisti.

Lo stesso vale poi per la fede nel mercato e nel principio di concorrenza, che caratterizza le riflessioni dei padri del Manifesto e che non viene certo intaccata da quanto alcuni reputano l'indizio di una deriva illiberale: una eccessiva presenza dello Stato nell'ordine economico. Giacché il neoliberalismo, che non a caso si forma come pensiero e diviene pratica di costruzione dell'ordine politico ed economico sul finire degli anni Trenta⁷, non prescrive il ritiro dei pubblici poteri dal mercato. Indica al contrario le modalità con cui l'ordine politico è di volta in volta chiamato a imporre il funzionamento dell'ordine economico fondato sul libero incontro di domanda e offerta di beni e servizi: a rendere il capitalismo storicamente possibile, se del caso con elementi di socialità ove ritenuti necessari a neutralizzare il conflitto redistributivo, e dunque a spolitizzare l'arena entro cui si esprime il meccanismo concorrenziale.

Infine Spinelli, a Ventotene e successivamente nella sua lunga e intensa attività di promotore dell'europesismo, mostra un interesse pressoché esclusivo per le forme dell'integrazione europea e per le dinamiche istituzionali meglio adatte a realizzare il suo progetto. Senza curarsi più di tanto del contenuto, ovvero senza problematizzare il suo essere derivato dal pensiero neoliberale e non anche da altri modi di concepire lo stare insieme come società.

2. Alle origini del Manifesto di Ventotene: Einaudi e Robbins

Il primo riscontro della vicinanza tra il Manifesto di Ventotene e il neoliberalismo, e comunque della sua lontananza dai progetti di trasformazione dell'ordine politico ed economico in senso socialista, lo ricaviamo dalle letture che più hanno ispirato i suoi autori: gli interventi di Luigi Einaudi ospitati sul *Corriere della sera* tra il 1917 e il 1919 con lo pseudonimo di Junius, e gli scritti dei federalisti anglosassoni.

Tra gli interventi di Einaudi sono stati particolarmente influenti quelli in cui formulava critiche definitive all'indirizzo della costituenda Società delle Nazioni: lasciava intatta la sovranità statale considerata «massimamente malefica», a nulla rilevando la circostanza che lo Stato sia «imperiale, democratico o proletario»⁸. Einaudi è poi colui il quale introduce Rossi e Spinelli allo studio delle alternative alla sovranità nazionale a partire dagli scritti di Lionel Robbins: un autore di formazione liberale, esponente della Scuola austriaca.

⁷ Citazioni in SOMMA 2014, pp. 19 ss. e 49 ss.

⁸ EINAUDI 1920a, p. 143 ss.

L'economista inglese sviluppava la sua linea di pensiero a partire da una polemica sulle cause della guerra sorta attorno ad alcuni scritti socialisti. Contestava infatti che il capitalismo fosse una naturale fonte di conflitti tra Stati, come sulla scia di Lenin sosteneva chi riteneva i monopoli, costantemente alla ricerca di sbocchi per i capitali finanziari accumulati, all'origine di violente spinte espansionistiche. Negava poi che il conflitto tra Stati capitalisti e Stati non capitalisti fosse dovuto alla necessità dei primi di contrastare il sottoconsumo di merci imponendole con la forza ai secondi, come sostenuto invece da chi si poneva nel solco di Rosa Luxemburg⁹.

Robbins aveva già chiarito che il conflitto era imputabile unicamente all'insicurezza internazionale determinata dalla sovranità: «la responsabilità delle nostre attuali strette non ricade sul capitalismo, che opportunamente disciplinato rappresenta una salvaguardia della libertà e del progresso, ma sul nazionalismo che porta alla povertà e alla guerra»¹⁰. Precisava ora che la sovranità era alla base di un sistema delle relazioni internazionali caratterizzato da «una perpetua lotta per la potenza» intesa come lotta per accaparrarsi «risorse», in quanto tale naturalmente portato a perseguire «il mantenimento o l'accrescimento di potenza nel senso militare». E questo era «un obiettivo quasi inevitabile della condotta di governi indipendenti», che di rado traeva spunto da motivi non economici anche quando si evocavano «questioni nemmeno remotamente connesse con la ricchezza». Sebbene poi il conflitto fosse soprattutto la conseguenza della volontà politica di difendere interessi nazionali, ciò non significava che singoli centri di interesse economico fossero nel merito ininfluenti: potevano risolversi in una pressione sui pubblici poteri volta a ottenere misure restrittive della libera circolazione dei fattori produttivi, eventualmente descritte come «utili all'interesse nazionale in senso lato economico»¹¹.

A queste condizioni la pace si poteva assicurare solo se nel contesto internazionale si fosse applicato il medesimo principio che i liberali avevano concepito per il contesto interno: il principio per cui occorreva «il sostegno della legge» per «eliminare ogni forma di condotta antisociale», quella dei pubblici poteri ispirati dal nazionalismo e dal «restrizionismo» esattamente come quella dei «gruppi che esercitano pressioni»¹². Di qui la proposta di una federazione tra Stati capace di limitare la loro azione esterna, e nel contempo di impedire comportamenti ispirati dai centri di potere interni, incompatibili con la volontà di sviluppare un ordine sovranazionale fondato sul «coordinamento armonico delle relazioni economiche», e con ciò sulla «difesa della giustizia e della civiltà». E ciò si otteneva creando una federazione incaricata di presidiare la libera circolazione delle merci e dei capitali, oltre che di decidere la politica monetaria: lasciando agli Stati la possibilità di variare il saggio

⁹ Cfr. LENIN 1948 e LUXEMBURG 1960.

¹⁰ ROBBINS 1948a, p. 211.

¹¹ ROBBINS 1944, pp. 57 ss. e 85 ss.

¹² *Ivi*, p. 97 ss.

di cambio si provocavano «arbitrarie fluttuazioni» motivate dalla volontà di «sottrarre il commercio alla concorrenza»¹³.

È appena il caso di rilevare che non tutti i federalisti anglosassoni condividevano una simile impostazione, così come l'approccio neoliberale all'ordine politico ed economico alla sua base. Vi era anche chi si dedicava alla definizione di un federalismo in linea con una nozione debole di socialismo: volto a perseguire «l'uguaglianza economica e sociale» superando «il regime di classi», e imponendo una «disciplina collettiva della vita economica» soprattutto «mediante la sostituzione in larga misura della proprietà collettiva alla proprietà privata delle risorse industriali»¹⁴.

La differenza tra il federalismo neoliberale e quello socialista appare netta. Comune era la credenza secondo cui la sovranità nazionale fosse un inevitabile catalizzatore di conflitti. Per il resto i socialisti volevano depotenziare il livello nazionale non tanto per impedire l'ingerenza dello Stato nell'ordine economico e preservare così l'indisturbato funzionamento della concorrenza, come indicato dai neoliberali, quanto per orientare l'ingerenza a un esito preciso: rendere possibile la contaminazione tra partecipazione democratica e meccanismo concorrenziale. A questi fini occorreva promuovere la «libertà civile e politica» e non la sola libertà economica cara ai liberali, mettendo in luce il valore aggiunto dato dal superamento della sovranità statale ove realizzato per impedire che l'economia fosse «sempre la padrona e mai la serva della politica»¹⁵.

La distinzione tra federalismo neoliberale e federalismo socialista emerge anche dall'individuazione dei compiti da attribuire al livello sovranazionale, che nel secondo caso comprendono il ricorso a forme di redistribuzione della ricchezza sottratte al mercato. La federazione doveva infatti «promuovere opere pubbliche e gestire servizi pubblici», e inoltre «provvedere al miglioramento delle condizioni di lavoro e delle istituzioni sociali», ad esempio individuando «minimi federali» per i salari, eventualmente, integrabili dalla disciplina nazionale secondo lo schema dei «poteri concorrenti». Soprattutto, il livello sovranazionale avrebbe dovuto coordinare l'economia di piano e la riconduzione in mani pubbliche della proprietà delle infrastrutture: «una federazione europea non sarebbe aliena dal pensare a una rete ferroviaria europea di proprietà statale», e «solo sotto il governo stabile e ordinato di una federazione è possibile creare servizi pubblici che siano condotti per il benessere comune»¹⁶.

I federalisti inglesi non erano dunque tutti schierati su posizioni neoliberali, e ciò nonostante furono queste a entusiasmare gli autori del Manifesto di Ventotene, a cui ci dedicheremo ora utilizzando come punto di riferimento la versione pubblicata a Roma clandestinamente da Eugenio Colorni.

¹³ ROBBINS 1948b, pp. 221 ss. e 242 ss.

¹⁴ WOOTTON 1948, pp. 192 s. e 208 ss.

¹⁵ *Ivi*, p. 198 ss.

¹⁶ *Ivi*, pp. 194 s. e 208 ss.

3. Democrazia e capitalismo nel Manifesto di Ventotene

Questa versione contiene due saggi di Spinelli a cui è opportuno fare un breve riferimento perché introducono il punto di vista degli autori del Manifesto sull'ordine politico e l'ordine economico, ovvero sulla democrazia e il capitalismo. Lì emerge infatti una prima critica definitiva al conflitto di classe come scontro tra «interessi sezionali» facenti capo a «gruppi borghesi» e a «gruppi operai», i quali esercitano sullo Stato una influenza tale da indurlo ad «abolire la concorrenza» e renderlo così il loro «rappresentante» ed «esecutore materiale». Il tutto da ritenersi una sorta di ineludibile degenerazione alimentata dalla dimensione nazionale, a cui ci si può sottrarre unicamente creando le condizioni affinché possano esprimersi al meglio le virtù del «libero mercato». Solo il superamento della dimensione nazionale conduce invero alla «fusione delle malate economie nazionali in un'unica sana economia europea»¹⁷.

Di qui la necessità di uscire dal secondo conflitto mondiale superando le «democrazie nazionali», perché queste non sarebbero capaci di resistere alle «pressioni particolari giungenti dal basso». Sarebbero al contrario portate «a far propri e a esprimere le aspirazioni spontanee delle masse», e in ultima analisi a «lasciarsi influenzare da motivi patriottici, classisti o sezionali». Giacché «i democratici, desiderosi di rappresentare la volontà popolare, facilmente finirebbero per diventare, nelle loro varie tendenze, strumenti di questo o quel gruppo particolare, mirante a conquistare la direzione dello Stato e a impegnarne la forza per far valere i propri particolari interessi»¹⁸.

I punti di contatto con la riflessione neoliberale e di frizione con il federalismo socialista sono notevoli. Mentre il secondo mira a costruzioni capaci di consentire ai portatori di debolezza sociale lo sviluppo di contropotere da opporre ai detentori del potere economico, il primo punta alla polverizzazione di quel potere¹⁹. Vuole cioè impedire agli operatori del mercato di tenere comportamenti differenti da quelli consistenti in mere reazioni automatiche agli stimoli della concorrenza, il che vale per i produttori, a cui si impedisce di formare cartelli, ma anche e soprattutto per i lavoratori. Se questi si presentano soli di fronte ai loro datori, devono accettare il salario corrispondente al prezzo di mercato attribuito alla loro prestazione: elevato in caso di domanda superiore all'offerta, contenuto nell'ipotesi più frequente di offerta superiore alla domanda. Se invece i lavoratori si uniscono in associazioni, il salario richiesto sarà individuato sulla base della forza contrattuale data dalla loro capacità di alimentare conflitto redistributivo: di qui il senso della lotta alle concentrazioni.

Che il pensiero di Spinelli sia riconducibile al campo neoliberale, lo si evince poi dalla distanza che lo separa dal costituzionalismo nato dalla sconfitta delle dittature fasciste, ricavato dal convincimento che il loro ripetersi non viene impedito dal solo ripristino della democrazia politica. Questa deve essere infatti accompagnata dalla democrazia economica: occorre

¹⁷ SPINELLI 2017b, pp. 81 ss. e 101 ss.

¹⁸ SPINELLI 2017a, p. 39 ss.

¹⁹ Cfr. EUCKEN 1941, p. 242 ss.

promuovere l'emancipazione sociale e individuale fuori dai confini del mercato con il sistema della sicurezza sociale, ma anche e soprattutto nel mercato attraverso l'attuazione del principio di uguaglianza. E questo significa che lo Stato deve occuparsi dell'ordine economico non tanto per imporre il funzionamento della concorrenza, quanto per contrastare la debolezza sociale attraverso la forza giuridica: per consentire lo sviluppo di un conflitto redistributivo equilibrato in quanto sottratto dall'ordine politico alla legge della domanda e dell'offerta²⁰.

Certo, simili propositi non sono di per sé incompatibili con l'agenda federalista, ove declinata in senso socialista. Non è però il caso di Spinelli, che mentre promuove la polverizzazione e la spoliticizzazione del potere economico rende inattuabile il principio di uguaglianza, o comunque lo subordina al principio di libertà. Reputa infatti che l'«uguaglianza economica» promossa dalla «mitologia democratica» porti a «un maggior numero di vincoli» e con ciò a «una maggiore abitudine di disciplina dei popoli», foriera di «una rapidissima totale militarizzazione dei vari Paesi»²¹: una posizione sulla quale non mancheremo di tornare per sottolineare ulteriori punti di contatto con il pensiero neoliberale.

La denigrazione della democrazia domina anche il Manifesto di Ventotene, dove pure si celebra l'affermazione dell'«eguale diritto di tutti i cittadini alla formazione della volontà dello Stato»: ha permesso «di correggere o almeno di attenuare molte delle più stridenti ingiustizie» e dunque di colpire «i diritti acquisiti delle classi abbienti». Queste hanno però reagito contrastando l'affermazione dell'«uguaglianza di fatto», e con essa i «diritti politici» a cui si era finalmente attribuito «un contenuto concreto di effettiva libertà». Di qui la formazione di gruppi di pressione ispirati da «giganteschi complessi industriali e bancari», ma anche di «sindacati riuniti sotto un'unica direzione interi eserciti di lavoratori», impegnati a dar vita a scontri cruenti tra «baronie economiche». Per poi aprire la strada alla deriva totalitaria: «gli ordinamenti democratico liberali, divenendo lo strumento di cui questi gruppi si valevano per meglio sfruttare l'intera collettività, perdevano sempre più il loro prestigio, e così si diffondeva la convinzione che solamente lo Stato totalitario, abolendo la libertà popolare, potesse in qualche modo risolvere i conflitti di interessi che le istituzioni politiche esistenti non riuscivano più a contenere»²².

Ciò che colpisce di queste affermazioni è la loro vicinanza con quelle ricorrenti nella letteratura che ha preceduto e accompagnato l'avvento del fascismo. Anche negli anni Trenta, infatti, si stigmatizzava la democrazia come mera «forza del numero» da cui scaturisce il ripudio del dovere dei singoli verso la collettività e l'affermazione del «diritto dei deboli verso la Stato»²³, e si biasimava la riduzione del parlamento plasmato dall'aritmetica elettorale a «macchina per fabbricare leggi»²⁴. E anche negli anni Trenta la «democratizzazione dei partiti

²⁰ Cfr. SOMMA 2017, p. 311 ss.

²¹ SPINELLI 2017a, p. 43 ss.

²² SPINELLI, ROSSI 2017, p. 13 s.

²³ BETTI 1939, p. 417 ss.

²⁴ RIPERT 1936, p. 25 ss.

e delle masse da essi organizzate» era ritenuta un ostacolo all'utilizzo della forza statale nel presidio dell'ordine economico²⁵, svilendo la quale si era edificato uno «Stato impotente». Uno Stato confuso con la società e dunque condannato a divenire uno «Stato preda»²⁶, in particolare dei partiti e dei gruppi di pressione, fonti di debolezza dell'esecutivo, la cui azione occorreva allora contrastare ricorrendo a una «dittatura entro i confini della democrazia»²⁷.

Non sappiamo se Rossi e Spinelli fossero a conoscenza di queste prese di posizione, e tuttavia è improbabile che fossero ignote ai due autori del Manifesto: erano in fin dei conti motivi ricorrenti nel discorso pubblico che ha preceduto e accompagnato l'avvento del fascismo. Di qui lo stupore per affermazioni, come quelle formulate a Ventotene, che non dividevano certo l'orizzonte ideale alla base dell'involuzione fascista, ma che si sono obiettivamente collocate sulla sua scia.

4. Il socialismo di Rossi e Spinelli

A ben vedere il Manifesto di Ventotene non trascura e neppure svaluta il costituzionalismo nato dalla sconfitta del fascismo: lo considera nel momento in cui traccia i fondamenti della «rivoluzione europea», affermando che «dovrà essere socialista, cioè dovrà proporsi la emancipazione delle classi lavoratrici e la realizzazione per esse di condizioni più umane di vita»²⁸. Certo, il socialismo cui si allude non è quello rivoluzionario e neppure quello cui rinviano i federalisti anglosassoni sensibili alle tematiche dell'uguaglianza. Rossi e Spinelli non escludevano però che si potesse procedere «a nazionalizzazioni su scala vastissima» delle imprese operanti in regime di monopolio e dunque «in condizioni di sfruttare la massa dei consumatori», e che si dovessero redistribuire «in senso egualitario» le ricchezze accumulate «nelle mani di pochi privilegiati». Il tutto mentre occorreva promuovere attivamente l'uguaglianza: riducendo «al minimo le distanze nella posizione di partenza nella lotta per la vita», in particolare edificando un sistema della sicurezza sociale concepito in modo tale che «nessuno sarà più costretto dalla miseria ad accettare contratti di lavoro iugulatori», e rendendo accessibili a tutti beni di prima necessità come «il vitto, l'alloggio, il vestiario»²⁹.

Un simile obiettivo non si sarebbe però perseguito coinvolgendo i pubblici poteri nella produzione di quei beni, e neppure imponendo ai privati un regime di prezzi amministrati: si sarebbe fatto affidamento sulla «tecnica moderna», ovvero sulle «potenzialità quasi senza limiti della produzione in massa». Le compressioni del diritto di proprietà finalizzate alla redistribuzione della ricchezza miravano poi all'inclusione nell'ordine proprietario: gli autori del Manifesto pensavano alla riforma agraria per aumentare «enormemente il numero dei pro-

²⁵ EUCKEN 1932, p. 303 ss.

²⁶ RÜSTOW 1932, p. 171.

²⁷ RÜSTOW 1959, p. 98 ss.

²⁸ SPINELLI, ROSSI 2017, p. 26.

²⁹ *Ivi*, p. 26 ss.

prietari», e a una «riforma industriale che estenda la proprietà dei lavoratori»³⁰. Proprio come auspicato dai neoliberali intenti a individuare le riforme dell'ordine proprietario necessarie e sufficienti a impedire il suo rovesciamento. E per questo aperti a interventi diretti nel mercato, concepiti per promuovere le sole forme di emancipazione sociale e individuale consistenti nella diffusione della proprietà presso i meno abbienti, e a monte nel «massimo sviluppo delle capacità produttive»³¹.

Ma sono altri e se possibile più implicantanti i punti di contatto tra il Manifesto di Ventotene e il pensiero neoliberale, i cui esponenti hanno del resto avuto numerose occasioni per interagire e constatare un comune sentire con i padri del federalismo europeo³². Al punto da mettere in ombra le parti del documento per molti aspetti non allineate a quel pensiero, che finiscono per rilevare alla stregua di mere aspirazioni irrealizzabili nel contesto in cui sono sciolte, o peggio per occultare la sua vera ispirazione di fondo.

Tipicamente neoliberale è ad esempio l'idea secondo cui occorre conformare l'ordine economico per combinare le istanze liberatorie di matrice illuminista con quelle ordinarie indispensabili a valorizzare il funzionamento del mercato retto dal principio di concorrenza³³. E la medesima combinazione si ricava dal rilievo secondo cui «le gigantesche forze di progresso che scaturiscono dall'interesse individuale non vanno spente nella morta gora della pratica *routinière* per trovarsi poi di fronte all'insolubile problema di resuscitare lo spirito d'iniziativa con le differenziazioni dei salari»: vanno «esaltate ed estese offrendo loro una maggiore opportunità di sviluppo ed impiego, e contemporaneamente vanno consolidati e perfezionati gli argini che le convogliano verso gli obiettivi di maggiore utilità per tutta la collettività»³⁴.

Di matrice neoliberale sono poi le riflessioni dedicate alla democrazia, in linea con quelle cui abbiamo poco sopra fatto riferimento. Il Manifesto la reputa inadeguata a fronteggiare la fase successiva al crollo dei regimi fascisti, che in quanto fase rivoluzionaria richiede la rifondazione delle istituzioni e non la loro mera amministrazione: un compito cui il popolo non sarebbe capace di assolvere perché «ha sì alcuni fondamentali bisogni da soddisfare, ma non sa con precisione cosa volere e cosa fare». Di qui la necessità di affidarsi a capi illuminati, i soli capaci di impedire che la partecipazione democratica degeneri nel conflitto redistributivo, e questo prepari il terreno al «ritorno del potere nelle mani dei reazionari»³⁵.

Questa posizione di carattere marcatamente elitista porta persino ad anticipare una condanna delle modalità poi scelte per dotare la Repubblica di una Carta costituzionale: il ricorso a «un'assemblea costituente eletta col più esteso suffragio e col più scrupoloso rispetto

³⁰ *Ibidem.*

³¹ RÖPKE 1962, p. 113 ss.

³² Cf. MASINI 2009, p. 51 ss.

³³ Cf. BÖHM 1937, p. 3 ss.

³⁴ SPINELLI, ROSSI 2017, p. 27.

³⁵ *Ivi*, p. 19 ss.

del diritto degli elettori», che per gli autori del Manifesto avrebbe prodotto un risultato scadente «se il popolo è immaturo». Non si poteva esprimere in modo più netto il rifiuto del conflitto come modalità attraverso cui definire lo stare insieme come società, che si reputa irrimediabilmente votato a svilupparsi lungo i binari del confronto condotto da interlocutori incolti, o peggio sotto forma di lotta di classe: in ogni caso sullo sfondo di rivendicazioni avanzate «senza curarsi del come connetterle con gli interessi degli altri ceti». Tanto più che «la linea di divisione» fra le opzioni in campo non doveva più essere quella riconducibile alle categorie politiche ereditate dal passato: progressisti e reazionari, più o meno democratici, più o meno socialisti. Restava solo la contrapposizione essenziale tra chi ancora orienta la propria azione alla dimensione nazionale, e chi guarda invece al quadro internazionale e sovranazionale: «la sostanziale nuovissima linea che separa coloro che concepiscono come fine essenziale della lotta quello antico, cioè la conquista e le forme del potere politico nazionale», e «quelli che vedranno come compito centrale la creazione di un solido Stato internazionale, che indirizzeranno verso questo scopo le forze popolari e, anche conquistato il potere nazionale, lo adopereranno in primissima linea come strumento per realizzare l'unità internazionale»³⁶.

Emergono così ulteriori punti di contatto con il modo neoliberale di concepire lo stare insieme come società, fondato sulla polverizzazione del potere economico, pensato per isolare l'individuo di fronte al mercato e produrre pacificazione sociale³⁷. Tutto l'opposto di quanto prescrive il costituzionalismo nato dalla sconfitta del fascismo, come abbiamo detto impegnato a riequilibrare i fronti del conflitto sociale, e non anche a ricomporli paternalisticamente entro schemi interclassisti in ultima analisi incapaci di rappresentare un argine efficace contro il ripetersi della dittatura.

5. Il Manifesto dei federalisti europei

Si è detto che il Manifesto di Ventotene, dove pure si discorre di emancipazione della classe lavoratrice e si indica nel principio di parità sostanziale il fondamento delle politiche tese al raggiungimento di quell'obiettivo, finisce inevitabilmente per tradirlo nel momento in cui demonizza il conflitto redistributivo per alimentare forme di cooperazione e pacificazione sociale mediate dal mercato. Il principio viene poi definitivamente affossato dagli sviluppi del Manifesto, che sponsorizzano in particolare la libera circolazione dei fattori produttivi, inclusi i capitali, con ciò impedendo forme di redistribuzione della ricchezza non mediate dal meccanismo concorrenziale.

Ci riferiamo in particolare al Manifesto dei federalisti europei a firma del solo Spinelli, pubblicato nello stesso anno in cui viene varata la Comunità economica europea: documento

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ Cf. PRETEROSI 2017, p. 113.

considerato la naturale evoluzione del testo confezionato sull'isola³⁸, e anzi la conclusione di «quasi tutto ciò che l'uomo di Ventotene disse e scrisse fino al 1956»³⁹.

Entrambi i Manifesti sono densi di *pathos*, ma mentre il più risalente riflette le aspettative e le speranze che hanno accompagnato l'opposizione alla dittatura fascista, il secondo tradisce una vena polemica ingenerosa nei confronti degli sforzi condotti dalle rinate democrazie. Di queste si afferma che «pretendono di essere solo strumenti al servizio dei loro popoli», ma che appaiono «organicamente incapaci di effettuare nell'interesse dei loro cittadini proprio i servizi pubblici fondamentali», tanto da essere divenute «i principali ostacoli allo sviluppo della libertà, della giustizia, del benessere e della sicurezza». La censura della statualità è del resto ribadita e se possibile inasprita da Spinelli, che continua a vederla condannata a una deriva totalitaria, agitata ad arte per sottolineare la comune matrice del fascismo e del comunismo quali espressioni paradigmatiche della «follia di potenza» della sovranità nazionale⁴⁰.

Al centro della rinnovata polemica è il carattere nazionale della politica economica in tutti i suoi aspetti: la circostanza per cui gli Stati «percepiscono imposte, legiferano, governano in materia di moneta, di commercio, di credito, di produzione, come se potessero realmente agire nell'interesse profondo e permanente dei loro popoli». Spinelli ribadisce che un simile interesse può essere tutelato solo nell'ambito di un «mercato comune», con modalità che nuovamente mettono in luce la torsione neoliberale della sua riflessione nel momento in cui finiscono per avallare la riduzione dell'inclusione sociale a inclusione nel mercato: la dimensione nazionale del mercato «rende la produzione più costosa e il tenore di vita più basso di quel che potrebbe altrimenti essere, non permette la piena utilizzazione delle nuove tecniche che la scienza mette oggi a disposizione dell'uomo, quali l'energia atomica e l'automazione, condanna gli europei a diventare popoli con economie sottosviluppate»⁴¹.

Spinelli precisa che, se la dimensione nazionale impedisce un simile risultato, è perché consente al conflitto redistributivo di condizionare l'allocazione delle risorse: ai «gruppi capitalistici» così come ai «gruppi di lavoratori» di orientare con la loro «brama di guadagni sicuri ed elevati» l'azione dei pubblici poteri. Di qui il senso del mercato unico, entro cui sviluppare «una seria politica di giustizia e di sicurezza sociale», irrealizzabile entro «economie nazionali, deboli, ripiegate in sé, dominate da gruppi privilegiati»⁴².

Sappiamo peraltro che l'emancipazione sociale non passa dalla polverizzazione del potere economico, bensì dalla possibilità di opporvi contropoteri attraverso lo schema della parità sostanziale, e dunque dal conflitto redistributivo: strumento attraverso cui indurre i pubblici poteri a promuovere una allocazione di risorse alternativa a quella derivante dal funzionamento del principio di concorrenza. Eppure proprio questo si vuole ottenere tramite il supe-

³⁸ GRAGLIA 2016, p. vii ss.

³⁹ FALCONE 2007, p. 2.

⁴⁰ SPINELLI 2016, pp. 14 e 23 ss.

⁴¹ SPINELLI 2016, p. 25 ss.

⁴² *Ivi*, p. 27 ss.

ramento della dimensione nazionale: il federalismo alimenta «una forma di organizzazione della società che permette di eliminare i rapporti di forza dalla politica»⁴³, ovvero che istituisce una dimensione sovranazionale concepita per presidiare la spolticizzazione del mercato e in ultima analisi la riduzione dell'inclusione sociale a inclusione nel mercato.

Tanto più se quella dimensione non viene genericamente descritta come la sede entro cui sviluppare una vita economica finalmente emancipata dal livello nazionale, come si diceva nel Manifesto di Ventotene. Ora si forniscono indicazioni più precise, in particolare circa le caratteristiche del mercato comune, che è tale in quanto realizza la «libera circolazione degli uomini, delle merci, dei capitali, dei servizi»⁴⁴. Il tutto mentre in particolare la libera circolazione dei capitali costituisce un formidabile catalizzatore di politiche neoliberali: se i capitali circolano liberamente, gli Stati sono costretti ad attirarli abbassando la pressione fiscale sulle imprese e soprattutto creando le condizioni per una precarizzazione e svalutazione del lavoro. Sono cioè portati a ostacolare il funzionamento del meccanismo virtuoso per cui una accettabile redistribuzione della ricchezza alimenta i consumi, e questi a loro volta la crescita dell'occupazione: determinano l'inceppamento del meccanismo alla base del compromesso keynesiano⁴⁵.

Certo, il Manifesto dei federalisti europei menziona anche il «pieno impiego» come finalità di una «politica di investimenti», e rinvia così al compromesso in discorso. Questo risulta però irrimediabilmente affossato dalla competizione al ribasso alimentata dalla libera circolazione dei capitali, per la quale il Manifesto si cura di stabilire le condizioni minime: le «singole nazioni» conservano un loro sistema contributivo parallelo rispetto a quello federale⁴⁶, il cui assetto finirà inevitabilmente per essere plasmato dalle misure adottate con il fine di attirare capitali.

In particolare questo aspetto evidenzia i nessi con il federalismo liberale, che ha preso forma nello stesso torno di anni in cui Spinelli e Rossi lavoravano al loro Manifesto. Il suo esponente principale era Friedrich von Hayek, che muoveva dal medesimo assunto messo al centro delle riflessioni condotte a Ventotene: che la sovranità nazionale era un catalizzatore di conflitti e che solo la dimensione federale avrebbe potuto prevenirli. Questa dimensione non doveva però riprodurre le dinamiche tipiche della statualità, e per questo occorreva riconoscerle le sole prerogative necessarie e sufficienti a realizzare una «unione economica». Doveva cioè eliminare ogni ostacolo alla libera circolazione dei fattori produttivi, e doveva farlo per ottenere la moderazione fiscale degli Stati membri: una pressione elevata «spingerebbe il capitale e il lavoro da qualche altra parte»⁴⁷.

La libera circolazione consentiva insomma di spolticizzare l'ordine economico, dal momento che sottraeva alle «organizzazioni nazionali, siano esse sindacati, cartelli od organizza-

⁴³ LEVI 2017, p. 179.

⁴⁴ SPINELLI 2016, p. 85.

⁴⁵ P. es. BARBA, PIVETTI 2016, p. 51 ss.

⁴⁶ *Ivi*, p. 38 ss.

⁴⁷ VON HAYEK 2016, p. 54 ss.

zioni professionali», il «potere di controllare l'offerta di loro servizi e beni». Di più: se lo Stato nazionale alimentava «solidarietà d'interessi tra tutti i suoi abitanti», la federazione impediva legami di «simpatia nei confronti del vicino», tanto che diventavano impraticabili «persino le misure legislative come le limitazioni delle ore di lavoro o il sussidio obbligatorio di disoccupazione»⁴⁸.

Il federalismo di Rossi e Spinelli non mira esplicitamente a un simile risultato. Finisce tuttavia per promuoverlo nel momento in cui intende mettere la partecipazione democratica al riparo dal conflitto redistributivo. Il tutto sullo sfondo di un ordine economico che, in quanto incentrato sulla libera circolazione delle merci e dei fattori produttivi, neutralizza quel conflitto e impedisce così lo sviluppo di forme di redistribuzione della ricchezza alternative a quelle decise dal mercato.

Se dunque Ventotene è il simbolo di un federalismo capace di combinare mercato e socialità, secondo un auspicio pur presente nel testo, è solo perché si trascura che anch'esso finisce per attribuire al livello sovranazionale la medesima funzione individuata dai neoliberali. Finisce cioè per rappresentare un vincolo esterno con cui prevenire o rendere innocuo qualsiasi tentativo di offendere o anche solo mettere in discussione il loro credo, e in ultima analisi presidiare la costruzione europea nella sua essenza di dispositivo. Il tutto amplificato dal Manifesto dei federalisti europei, con cui Spinelli ha reso più esplicito il nesso tra le sue riflessioni e quelle maturate in ambito neoliberale, con ciò inaugurando un percorso intellettuale che avrebbe conosciuto ancora numerose tappe.

6. Federalismo ed europeismo nel secondo dopoguerra

Dobbiamo a questo punto fare un passo indietro nel tempo, e dire dell'accoglienza ricevuta dal Manifesto di Ventotene nel periodo che separa la sua diffusione dalla pubblicazione del Manifesto dei federalisti europei.

Seguendo le indicazioni di Spinelli, si è indotti a ritenere che il primo testo abbia avuto una notevole circolazione, se non altro perché le idealità da cui ha tratto fondamento erano diffuse già all'epoca della sua redazione: i «settori della sinistra democratica delle varie Resistenze» sarebbero state il crogiuolo del «pensiero federalista»⁴⁹. È in effetti largamente condivisa l'idea secondo cui i riscontri di una cultura europeista sono rintracciabili presso un arco di forze decisamente più ampio rispetto a quello che pure può annoverarla fra i suoi valori costitutivi⁵⁰.

In verità, come riconosciuto da un fervente federalista, «neppure in frange apprezzabili» della Resistenza vi è stata la «consapevolezza teorica di ciò che solo esigui gruppi di federalisti

⁴⁸ *Ibidem.*

⁴⁹ SPINELLI 1965, p. 21.

⁵⁰ In particolare il Partito d'Azione: la formazione, a cui aderirono Rossi e Spinelli, nata nello stesso periodo in cui si sciolse Giustizia e Libertà, alla cui fondazione il primo aveva preso parte.

fin da allora risolutamente affermavano»⁵¹. Chi dunque parla di una cultura federalista della Resistenza, e addirittura di una «inflazione» di «testi a vocazione federalista» che l'avrebbe caratterizzata, allude a una letteratura che a ben vedere non aveva tematizzato quanto elaborato a Ventotene. E che nella migliore delle ipotesi lo aveva fatto in modo non meditato, o eventualmente per esprimere indicazioni in cui era assolutamente dominante «il carattere anti-crucco»⁵².

Stesso discorso per i riferimenti all'europeismo, sostanzialmente assenti presso i comunisti, cui pure ricorrono i democristiani, volendo tuttavia alludere a vicende quali lo «spirito di fraternità portato e alimentato dal Vangelo»⁵³. Mentre per i socialisti quei richiami rinviano all'internazionalismo proletario, e servivano tutt'al più per invocare la costruzione in Europa di una «Unione di Repubbliche socialiste»⁵⁴. Il tutto avendo ben chiara la distinzione tra l'internazionalismo e il «cosmopolitismo» elevato dalla borghesia a orizzonte di riferimento per la sua azione politica, dopo un lungo periodo nel corso del quale aveva invece fatto affidamento sui confini nazionali come baluardo eretto a tutela dei suoi interessi: per mettersi al riparo dal conflitto redistributivo derivante dalla incapacità di conciliare la legge del profitto capitalistico con la necessità di garantire un sufficiente tenore di vita alle classi popolari⁵⁵.

Se così stanno le cose, non stupisce che la rappresentazione del Manifesto di Ventotene come un testo ampiamente condiviso, e addirittura espressivo di idee fondative del patrimonio culturale della Resistenza, sia priva di fondamento. E tanto meno che quelle idee non abbiano trovato significativi riscontri nelle vicende politiche del secondo dopoguerra, a partire da quelle concernenti le relazioni tra Nuovo e Vecchio continente: il primo interessato all'unità del secondo in quanto fondamentale articolazione del blocco capitalista nella contrapposizione con il blocco socialista, e comunque non certo come l'attuazione delle idealità fondative della Resistenza e dell'antifascismo⁵⁶.

Molti federalisti valutavano criticamente la relazione con il potente alleato, e in tale prospettiva invocavano la nascita di «una Europa che si sviluppi quale terza forza capace di vita autonoma tra Est e Ovest». Vedevano poi gli Europei come «i pazienti che il medico americano tiene in vita con le sue preziose iniezioni e trasfusioni di sangue», difendendolo in particolare dalla «minaccia comunista all'interno e all'esterno»⁵⁷. E in tale prospettiva criticavano il Piano Marshall, consapevoli delle reali intenzioni degli Stati Uniti e di chi in area europea appoggiava la loro azione: i primi «non perseguono una politica meramente altruistica», men-

⁵¹ CHITI-BATELLI 1973, p. 126.

⁵² VAYSSIÈRE 2005, p. 69.

⁵³ DE GASPERI 1959, p. 1 ss.

⁵⁴ *Dichiarazione politica del Partito socialista di unità proletaria*, in *Avanti!* del 26 agosto 1943 (ed. clandestina Milano).

⁵⁵ Così Lelio Basso nel dibattito parlamentare in occasione della ratifica dello Statuto del Consiglio d'Europa: *Atti Camera*, Seduta di mercoledì 13 luglio 1949, p. 10299.

⁵⁶ Cfr. SALMONI 2021.

⁵⁷ DEHIO 1979, p. 267 ss.

tre i secondi «sono anticomunisti non perché credono nella libertà, ma perché vogliono il privilegio» e intendono «restaurare un vecchio regime condannato»⁵⁸.

Ciò detto, il Piano Marshall richiedeva idealmente una sua amministrazione a livello europeo e comunque sottratta alle «piccole economie nazionali autarchiche», con modalità che alle forze federaliste sembrarono «la grande occasione per realizzare gli obiettivi da queste vagheggiati». Il risultato non fu però all'altezza delle aspettative dei federalisti, dal momento che il Piano venne diretto dall'Organizzazione europea di cooperazione economica, un ente funzionante secondo lo schema intergovernativo, in quanto tale inadatto a «far rinascere l'economia europea come un tutt'uno». Fu anzi considerato un catalizzatore di «nazionalismi economici»⁵⁹, se non altro perché aveva sostenuto anche «la superstite dittatura di Franco»: motivo per cui nel Manifesto dei federalisti europei si osserva che «la restaurazione democratica si è arrestata ai Pirenei»⁶⁰.

Anche fuori dall'Italia i federalisti non ebbero particolare fortuna, e del resto la loro azione venne in un certo senso monopolizzata da *leader* interessati più che altro a invocare limiti alla sovranità nazionale per promuovere la diffusione del credo neoliberale. Il tutto formalizzato in occasione del Congresso d'Europa del 1948, un incontro tra le varie anime del federalismo europeo promosso da Winston Churchill e conclusosi con dichiarazioni ampiamente connotate nel senso indicato⁶¹.

Nessuno stupore allora se questo schema ha ispirato il varo della Comunità europea del carbone e dell'acciaio (Ceca): organizzazione concepita dopo lo scoppio della Guerra di Corea per bilanciare il riarmo della Germania, avamposto della cortina di ferro, voluto dagli Stati Uniti nell'ambito della strategia di contenimento del blocco sovietico. Anche il suo Trattato istitutivo la concepiva come «la prima assise di una più vasta e più profonda comunità fra popoli per lungo tempo contrapposti da sanguinose scissioni»⁶². L'articolato si limitava tuttavia a realizzare fra questi una zona di libero scambio entro cui si sarebbero perseguiti anche obiettivi di ordine sociale, concepiti però come una naturale ricaduta del corretto funzionamento della concorrenza. Il tutto in linea con un approccio funzionalista all'unità europea, ovvero per attribuire al livello sovranazionale specifici compiti di natura amministrativa in ambito economico, sul presupposto che si potesse in tal modo avviare un processo di graduale ma inarrestabile e complessiva erosione della sovranità nazionale. Approccio apertamente avversato nel Manifesto dei federalisti europei perché fondato sull'azione di entità tecnocratiche incapaci di promuovere «un centro di raccolta progressiva di interessi, di sentimenti, di volontà europee», esposte come erano al rischio di dissoluzione «non appena viene meno negli Stati la volontà di mantenerle in vita»⁶³.

⁵⁸ BRUGMANS 1948, p. 7 ss.

⁵⁹ CHITI-BATELLI 1973, p. 220 ss.

⁶⁰ SPINELLI 2016, p. 26.

⁶¹ P. es. GILBERT 2005, p. 12 ss.

⁶² *Trattato istitutivo della Comunità europea del carbone e dell'acciaio* del 18 aprile 1951.

⁶³ SPINELLI 2016, p. 57 ss.

Se non altro la Ceca ha visto la luce nel 1951, mentre si sono risolti in un fallimento i tentativi, di poco successivi, di istituire tra gli stessi Paesi membri dell'unione carbo-siderurgica una Comunità europea di difesa (Ced). E soprattutto di farla seguire dal varo di una più ambiziosa Comunità politica europea (Cpe), quest'ultima marcatamente proiettata verso l'adozione di schemi federali.

La Ced venne concepita anch'essa come reazione alla Guerra di Corea, e in particolare per mettere in comune le forze armate dei Paesi partecipanti: per creare un primo embrione di esercito europeo, che i federalisti ritenevano un passo importante verso la realizzazione del loro progetto. Il relativo trattato venne firmato nel 1952 e conteneva una disposizione che si deve all'influenza di Spinelli su De Gasperi, e che alludeva alla nascita della Cpe: prevedeva il varo di una futura organizzazione «concepita in modo da poter costituire uno degli elementi di una struttura federale o confederale ulteriore»⁶⁴. Se non se ne fece nulla, fu a causa dell'ostilità francese, unita alla relativa distensione nelle relazioni tra i blocchi seguita alla morte di Stalin nel marzo del 1953: motivo per cui si è detto efficacemente che la Guerra fredda è stata al tempo stesso «l'occasione e la tomba dell'idea federalista»⁶⁵.

7. Dalla pressione sui governanti all'azione contro i governanti

Sino al fallimento della Comunità europea di difesa, Spinelli aveva inteso promuovere la causa federalista facendo pressione sui governanti: operando come una sorta di consigliere del principe. Il fallimento di questa strategia, che pure inizialmente sembrava funzionare e che su Rossi ebbe l'effetto di raffreddare il suo impegno per la causa⁶⁶, impose un mutamento quanto alla tattica prescelta per centrare l'obiettivo. Spinelli decise infatti di passare dalla «benevola pressione sui governanti» all'«azione contro i governanti»⁶⁷: si dedicò al proselitismo e al tentativo di ottenere, attraverso una incalzante mobilitazione popolare a livello sovranazionale, «che un'assemblea costituente europea sia eletta liberamente dai liberi popoli europei e che la costituzione che questa voterà sia ratificata da referendum popolari»⁶⁸.

A questo mutamento di tattica seguì anche un diverso approccio al federalismo, trasformatosi in linea con una analoga evoluzione riscontrabile presso Einaudi. Questi era inizialmente ispirato da ideali pacifisti, ovvero dalla retorica cosmopolita per cui la sovranità nazionale costituisce un inevitabile catalizzatore di conflitti⁶⁹, che notoriamente trova le sue radici in Kant⁷⁰. Successivamente sviluppa però un approccio al federalismo efficacemente definito

⁶⁴ PREDI 1989, p. 575 ss.

⁶⁵ VAYSSIÈRE 2005, p. 76.

⁶⁶ Cfr. LEVI 2006, p. 190.

⁶⁷ SPINELLI 1989a, p. 202.

⁶⁸ SPINELLI 1989b, p. 152 ss.

⁶⁹ Cfr. EINAUDI 1920b, p. 79.

⁷⁰ Obbligato il riferimento a KANT 2019.

come «strumentale»⁷¹, perché dettato dal proposito di alimentare e presidiare un ordine economico di matrice neoliberale. Il tutto a descrivere una trasformazione che si comprende alla luce della relazione che il futuro Presidente della Repubblica stabilì con esponenti di spicco della Scuola austriaca, e in particolare con Friedrich von Hayek e Ludwig von Mises: lo studioso esplicito nel promuovere il superamento della dimensione nazionale come funzionale al proposito di creare un mercato senza Stato, ovvero di spoltiticizzare l'arena economica e in tal senso «de-statalizzare l'economia»⁷².

Che la parabola di Einaudi sia sovrapponibile a quella di Spinelli, e anzi che l'abbia per molti aspetti anticipata, lo possiamo ricavare dal confronto tra il Manifesto di Ventotene e il Manifesto dei federalisti europei. Nel primo scritto la centralità della pace come fine ultimo della prospettiva federalista conduceva a evocare esplicitamente «l'unità politica dell'intero globo»⁷³, e quindi a prefigurare per il livello sovranazionale compiti ulteriori rispetto a quelli concernenti il presidio della concorrenza. Nel secondo non rileva invece la prospettiva mondiale, ovvero l'idea secondo cui la federazione europea rappresentava una tappa verso la costituzione di una federazione planetaria. Mentre ricorre l'enfasi sulle caratteristiche che la prima deve possedere per meglio presidiare il funzionamento del principio di concorrenza, ovvero per contrastare «il potere dello Stato nazionale di fare la politica economica»⁷⁴.

Non si intende qui promuovere un ritorno al federalismo di matrice cosmopolita, che non è certo privo di notevoli criticità: se non altro perché finisce per riprodurre a livello planetario l'assolutismo di matrice hobbesiana, oltre che per alimentare una visione etnocentrica dei valori su cui l'ente planetario dovrebbe fondarsi⁷⁵, in ultima analisi complementari al progetto neoliberale⁷⁶. Occorre però sottolineare che quel federalismo rinvia a una architettura istituzionale capace di contenere la competizione tra le articolazioni territoriali dell'entità federale, in quanto cancella o almeno attenua la diversità da cui essa trae alimento. Una simile competizione viene invece alimentata se si concepisce il livello sovranazionale come un mero strumento di neutralizzazione dell'ordine politico nelle sue pretese di condizionamento e controllo dell'ordine economico: esattamente ciò cui pervengono Spinelli ed Einaudi, sulla scia di von Hayek e von Mises, nel momento in cui promuovono un cosmopolitismo caratterizzato da «una evidente torsione anti-statuale»⁷⁷.

Si badi però che l'anti-statalismo di cui parliamo non mira in alcun modo al superamento della dimensione statale, che si vuole anzi ridefinire nella sua essenza di presidio del mercato concorrenziale, con le modalità di volta in volta necessarie e sufficienti a rendere il capitalismo

⁷¹ MASINI 2012, p. 39 ss.

⁷² VON MISES 1919, p. 30.

⁷³ SPINELLI, ROSSI 2017, p. 25.

⁷⁴ SPINELLI 2016, pp. 27 e 94.

⁷⁵ Cfr. ZOLO 1998, pp. 126 ss. e 133 ss.

⁷⁶ Cfr. WHYTE 2019.

⁷⁷ D'ATTORRE 2020, pp. 25 ss. e 98 ss.

storicamente possibile. Modalità che evidentemente richiedono un riorientamento della sovranità, posto che un suo superamento non consentirebbe il raggiungimento dell'obiettivo: la sovranità è sempre e comunque l'imprescindibile «forma politica di una società, che grazie a essa si costituisce e agisce»⁷⁸.

8. Il tecnocrate eremita

Si diceva del mutamento che ha interessato la tattica impiegata da Spinelli per imporre la sua strategia federalista. Ebbene, neppure l'azione contro i governanti ha prodotto risultati degni di nota, e questo ha indotto Spinelli a ritirarsi dalla ribalta per dedicarsi allo studio e alla riflessione: siamo nella fase da alcuni definita «dell'eremita»⁷⁹, che si colloca negli anni Settanta e che per i motivi che ora illustreremo sarebbe meglio definire del tecnocrate.

Questa fase si caratterizza per ulteriori riscontri di un'adesione alle ragioni del federalismo strumentale, in qualche modo alimentato dagli sviluppi della Comunità economica europea, nella quale Spinelli finisce per scorgere «il primo embrione di una Federazione europea»⁸⁰. Ciò che in un primo tempo era stato definito come «un gigantesco imbroglio», diveniva cioè un possibile catalizzatore delle idealità promosse dal Manifesto di Ventotene⁸¹.

A ben vedere, nei suoi primi anni di vita quell'embrione non si era particolarmente sviluppato in senso federalista. Di tutte le misure contemplate dal Trattato, vennero infatti realizzate quelle concernenti la cosiddetta integrazione economica negativa, per cui era sufficiente rimuovere le barriere all'edificazione del mercato comune: fu creata l'unione doganale e si avanzò in modo significativo nell'abolizione dei principali ostacoli alla circolazione dei lavoratori, delle imprese, dei servizi e in parte dei capitali⁸². Lo stesso non può però dirsi per l'integrazione economica positiva, almeno se si eccettua quanto realizzato in materia di politica agricola comune, per la quale si adottarono tuttavia misure decisamente in contrasto con i fondamenti del mercato concorrenziale⁸³.

L'integrazione positiva non spetta però alla Commissione, organismo indipendente dai governi nazionali, a cui si sono dovuti i successi nell'integrazione negativa. Per promuovere attivamente il ravvicinamento delle normative nazionali occorre infatti coinvolgere il Consiglio, istituzione nella quale siedono i rappresentanti degli Stati e quindi chiamata a fare i conti con diversità di vedute sovente non di poco conto. Diversità che crebbero nel corso degli anni Sessanta e che sarebbero esplose nel decennio successivo: quando le crisi provocate dagli shock petroliferi e dalla fine del regime di stabilizzazione della politica monetaria internazio-

⁷⁸ GALLI 2019, p. 29.

⁷⁹ VENECE 2010, p. 92 ss.

⁸⁰ SPINELLI 1989a, p. 310.

⁸¹ LEVI 2017, p. 195.

⁸² Cfr. COMBA 1981, p. 196.

⁸³ Cfr. MÉGRET 1970, p. 48 ss.

nale varato a Bretton Woods fecero emergere le discrepanze nel modo di affrontarla, in ultima analisi riconducibili a dissensi attorno all'approccio neoliberale⁸⁴.

Spinelli vede però una realtà diversa: afferma che «il mercato comune ha un enorme successo» e che «il suo metodo di lavoro sembra dover diventare la via maestra della costruzione europea»⁸⁵. Non solo, si spinge sino a manifestare il proprio favore e al limite il proprio entusiasmo per i tratti identificativi del federalismo strumentale che più lo connotano in senso neoliberale: l'approccio tecnocratico e la saldatura di questo con metodi decisionali incentrati sul protagonismo dei centri di interesse economico.

Ma procediamo con ordine, e muoviamo innanzi tutto da quanto lo Spinelli eremita afferma a proposito del metodo funzionale: lo stesso metodo avvertito dallo Spinelli del Manifesto dei federalisti europei come approccio all'unificazione europea fondata sull'azione di entità tecnocratiche incapaci di promuovere «un centro di raccolta progressiva di interessi, di sentimenti, di volontà europee», esposte come sono al rischio di dissoluzione «non appena viene meno negli Stati la volontà di mantenerle in vita»⁸⁶. Ebbene, proprio questo approccio si reputa ora alla base dei successi del mercato comune: della sua capacità di disinnescare «l'effervescente, superficiale e poco conclusiva lotta politica» e di imporre in sua vece «la lenta progressiva coagulazione di abitudini e di interessi» ottenuta con «la guida silenziosa ma efficiente dei saggi mandarini di un'amministrazione sovranazionale»⁸⁷.

Certo, Spinelli concede che il metodo funzionale è più adatto a realizzare l'integrazione economica negativa. Reputa tuttavia che anche quella positiva possa essere perseguita per il suo tramite, se solo la Commissione acquisisce la consapevolezza «di aver progettato una vera e propria rivoluzione istituzionale senza averla fondata su alcuna strategia e tattica politica». E di averlo potuto fare innanzi tutto collegandosi con la fitta rete di associazioni professionali europee sorte per «la sorveglianza e la promozione degli interessi della propria categoria», ma nel contempo capaci di operare come «centri di promozione della costruzione europea» nel momento in cui reagiscono alle iniziative della Commissione: «quale che sia la forma della loro reazione, resta tuttavia il fatto che nessuna associazione professionale ha oggi un aperto atteggiamento anticomunitario» e che si sono anzi sottoposte a un processo di «adattamento passivo ma pur sempre effettivo»⁸⁸.

Altrimenti detto, la Commissione ha avallato uno sviluppo della costruzione europea come «Comunità fondata non sul consenso popolare», bensì sul «consenso di interessi economici». E così facendo ha incontrato il favore di Spinelli, il cui pensiero compie una torsione particolarmente rappresentativa della sua appartenenza organica al campo neoliberale: dopo aver demonizzato il conflitto sociale mediato dal conflitto democratico, finisce per celebrare lo

⁸⁴ Cfr. MAMMARELLA, CACACE 2008, p. 161 ss.

⁸⁵ SPINELLI 1965, p. 21.

⁸⁶ SPINELLI 2016, p. 57 ss.

⁸⁷ SPINELLI 1965, p. 18 ss.

⁸⁸ *Ivi*, pp. 113 ss. e 205.

scontro tra centri di interesse economico disciplinato da strutture tecnocratiche quale meccanismo idoneo a «suscitare una coagulazione crescente e permanente di interdipendenze»⁸⁹. Il primo è del resto capace di mettere in discussione la centralità del mercato come strumento di redistribuzione della ricchezza, mentre il secondo produce la pacificazione tra capitale e lavoro indispensabile a ridurre l'inclusione sociale a inclusione nel mercato.

9. Spinelli Commissario e parlamentare europeo

Chi ha evocato la figura dello Spinelli eremita per sintetizzare il suo impegno di studio nel corso degli anni Sessanta, ha anche definito la fase successiva come quella del «cavallo di Troia»: il periodo che copre tutti gli anni Settanta sino alla morte, sopraggiunta nel 1986, quando decide di portare avanti le sue idee da protagonista entro le istituzioni europee⁹⁰. Assume prima la carica di Commissario agli affari industriali, che ricopre dal 1970 al 1976, per poi concentrarsi sul Parlamento europeo ancora formato da delegati designati dai Parlamenti nazionali fra i propri membri, motivo per cui si fa eleggere come indipendente nelle liste del Partito comunista nella tornata del 1976. Si candida poi alle prime elezioni dirette al Parlamento europeo del 1979, dove viene eletto e riconfermato nel 1984, sempre come indipendente nelle liste comuniste.

Per ricostruire l'apporto di Spinelli in questa fase, mettendo in luce la sua strumentalità rispetto alla realizzazione dell'Europa neoliberale, possiamo riferirci all'esito di una iniziativa da lui avviata nell'ambito del Club del Coccodrillo: un gruppo di eurodeputati il cui nome riprende quello del ristorante in cui si è tenuta la riunione dei primi aderenti⁹¹. Intendiamo la nomina da parte del Parlamento europeo di una commissione «incaricata di elaborare una modifica degli attuali Trattati» e dare così «nuovo slancio alla creazione dell'Unione europea»⁹², da cui scaturì il Progetto di Trattato che istituisce l'Unione europea del 1984⁹³, conosciuto con il nome di Progetto Spinelli.

A ben vedere il Progetto non è un articolato di matrice apertamente neoliberale, almeno se si tiene conto di importanti riferimenti ai diritti fondamentali «quali risultano in particolare dai principi comuni delle costituzioni» nazionali, inclusi «i diritti economici, sociali e culturali che risultano» anche «dalla Carta sociale europea» (art. 4). Non lo è poi se si considerano le disposizioni non riconducibili al proposito di far coincidere l'inclusione sociale con l'inclusione nel mercato: in particolare il riferimento allo «sviluppo umano e armonico della società basato sulla ricerca della piena occupazione» o «l'eliminazione progressiva degli squilibri esistenti fra le regioni» (art. 9), quest'ultima da realizzare tramite iniziative volte a «ridurre le disparità» (art. 58) e persino «un sistema di perequazione finanziaria» (art. 73).

⁸⁹ *Ivi*, pp. 123 e 131.

⁹⁰ VENECE 2010, p. 96 ss.

⁹¹ Cfr. SPINELLI 1992, p. 496.

⁹² *Risoluzione che costituisce una commissione per i problemi istituzionali* del 9 luglio 1981, in *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee*, C 234 del 14 settembre 1981.

⁹³ Pubblicato in *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee*, C 77 del 14 febbraio 1984.

Queste disposizioni si trovano però in netto contrasto con quelle da cui emerge invece l'ispirazione neoliberale del Progetto, primi fra tutti gli articoli che individuano le competenze esclusive dell'Unione: la politica economica, con esplicita menzione della libera circolazione delle merci e dei fattori produttivi, inclusi evidentemente i capitali (art. 47), e la politica della concorrenza, comprendente fra l'altro il divieto di «qualsiasi discriminazione tra le imprese private e pubbliche» (art. 48).

A queste condizioni perdono efficacia anche le competenze concorrenti dell'Unione che potrebbero mitigarne la deriva neoliberale, giacché sono realizzate nel segno del principio di sussidiarietà: per assolvere ai compiti che le istituzioni sovranazionali «potranno realizzare in modo più soddisfacente che non gli Stati isolatamente» (Preambolo). Il che significa mero «coordinamento delle politiche economiche» (art. 50), ovvero delle politiche fiscali e di bilancio, comunque condizionate dalla competizione al ribasso indotta in particolare dalla libera circolazione dei capitali. Con ripercussioni inevitabilmente negative sulla «politica sociale e della sanità» soprattutto in materia di «occupazione», che del resto non è più «piena», bensì semplicemente volta a definire «condizioni generali paragonabili per il mantenimento e la creazione di posti di lavoro» (art. 56).

Il Progetto Spinelli fu adottato a larghissima maggioranza dal Parlamento europeo, che incaricò «il suo Presidente di presentarlo ai parlamenti e ai governi degli Stati membri»⁹⁴. L'iniziativa non ebbe seguito perché incontrò l'indifferenza se non l'aperta ostilità di questi ultimi, e tuttavia fu alla base degli sviluppi impressi alla costruzione europea a partire dalla seconda metà degli anni Ottanta: quando si avviò il percorso che ha poi condotto alla Moneta unica, e con essa al definitivo consolidamento dell'Europa dei mercati.

Punto di partenza del percorso fu il Libro bianco sul completamento del mercato interno, confezionato dalla Commissione nel 1985: l'anno in cui Jacques Delors si insediò come suo presidente, carica che ricoprì per tre mandati, sino al 1995. Lì si celebra la centralità del mercato unico come fulcro della costruzione europea, da sviluppare promuovendo innanzi tutto una «politica della concorrenza vigorosa», e in particolare colpendo le «barriere non tariffarie alla circolazione delle merci»: quelle volte a falsare la competizione con misure quali le restrizioni quantitative all'importazione o la definizione di specifiche caratteristiche tecniche dei prodotti. Un ruolo centrale assume anche il contrasto degli espedienti utilizzati dagli Stati per impedire quanto si reputa l'efficiente selezione degli operatori economici, come in particolare i «fondi pubblici» utilizzati «per aiutare a mantenere in vita imprese altrimenti destinate a scomparire»⁹⁵. E se si volevano eliminare definitivamente le barriere alla circolazione delle merci e dei fattori produttivi, era per favorire «un ambiente più propizio alla stimolazione dell'impresa, della concorrenza e degli scambi» e far affluire le risorse umane e materiali «alle aree dove possono avere il massimo rendimento»: effetto assicurato in particolare dalla libera

⁹⁴ *Risoluzione sul progetto di trattato che istituisce l'Unione europea* del 14 febbraio 1984, *ivi*.

⁹⁵ *Il completamento del mercato interno. Libro bianco della Commissione europea* del 14 giugno 1985, Com/85/310 fin., p. 4 ss.

circolazione dei capitali, che avrebbe significato una «ottimale allocazione del risparmio europeo»⁹⁶.

Il Libro bianco contiene infine indicazioni in ordine a un conflitto tra obiettivi di politica economica che finora non si era voluto risolvere: quello tra la piena occupazione e la stabilità dei prezzi, entrambe richiamate fin dai Trattati di Roma del 1957 (art. 104). Ed era un conflitto non di poco conto: privilegiando la piena occupazione si alimentava il compromesso keynesiano e si avallavano a monte politiche espansive di sostegno alla domanda. Il presidio della stabilità dei prezzi richiedeva al contrario di contenere la spesa pubblica e ben si accompagnava a politiche di sostegno dell'offerta, ovvero di abbattimento della pressione fiscale sulle imprese e di mortificazione del lavoro. Il documento varato al principio della presidenza di Delors esaltava ora «la stabilità monetaria nella sua duplice dimensione del livello generale dei prezzi e dei rapporti fra i tassi di cambio», oltretutto come correlato della definitiva liberalizzazione della circolazione dei capitali⁹⁷. E testimoniava così una convinta adesione all'ortodossia neo-liberale, che esalta il controllo dell'inflazione come unico presupposto per stimolare la crescita economica, dovendo questa risultare dall'attività delle imprese e dunque dalla stabilità del quadro finanziario in cui operano⁹⁸.

Come è noto, il risultato del Libro bianco è stato l'Atto unico europeo adottato nel 1986, lo stesso anno in cui scompare Spinelli. Questi fece però in tempo a sostenerlo in occasione del dibattito al Parlamento europeo, sebbene lo reputasse «un topo miserabile e probabilmente morto» a causa della distanza che lo separa da quanto auspicato in seno al Club del Coccodrillo in ordine all'adozione di soluzioni istituzionali di matrice federalista⁹⁹. E tuttavia la convergenza tra le idealità di Spinelli e lo schema appena sintetizzato venne sottolineata anche da convinti europeisti, i quali notarono che consultando il Manifesto dei federalisti europei «sembra di leggere il Libro bianco della Commissione europea per il completamento del mercato unico di Delors trent'anni dopo»¹⁰⁰.

È stato poi lo stesso Delors a rilevare i nessi tra le idealità condivise dall'autore di quel Manifesto e quanto realizzato negli anni in cui il primo ha presieduto la Commissione europea¹⁰¹. Mentre altri hanno sottolineato la continuità tra l'Atto unico europeo in qualche modo dovuto a Spinelli e la svolta della moneta unica: l'autore del Manifesto ha così determinato «l'inizio del rilancio che ha portato l'Europa al Trattato di Maastricht»¹⁰². E comunque l'Europa costruita attorno al mercato unico e al riparo dalla partecipazione democratica non può certo ritenersi una deviazione rispetto al suo pensiero: almeno quello ricostruito oltre la cortina fumogena del mito.

⁹⁶ *Ivi*, pp. 7 e 32.

⁹⁷ *Ivi*, p. 32.

⁹⁸ Cfr. MOSTACCI 2013, p. 485 ss.

⁹⁹ SPINELLI 1992, p. 1294 ss.

¹⁰⁰ VENECE 2010, p. 88.

¹⁰¹ Cfr. AZZARITI 2021, p. 140.

¹⁰² PINDER 1994, p. 15.

Bibliografia

- AZZARITI 2021 = G. AZZARITI, *Diritto o barbarie. Il costituzionalismo moderno al bivio*, Roma-Bari 2021.
- BARBA, PIVETTI 2016 = A. BARBA, M. PIVETTI, *La scomparsa della sinistra in Europa*, Reggio Emilia 2016.
- BETTI 1939 = E. BETTI, *Sul Codice delle obbligazioni*, in *Monitore dei tribunali* 80 (1939), pp. 417-425.
- BÖHM 1937 = F. BÖHM, *Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung*, Stuttgart-Berlin 1937.
- BRUGMANS 1948 = H. BRUGMANS, *Le ragioni fondamentali del federalismo europeo* (1947), in ID. *et al.*, *Federazione europea*, Firenze 1948, pp. 1-33.
- CHITI-BATELLI 1973 = A. CHITI-BATELLI, *Il federalismo europeo dalla Resistenza ai Trattati di Roma*, in M. ALBERTINI, A. CHITI-BATELLI, G. PETRILLI, *Storia del federalismo europeo*, Torino 1973.
- COMBA 1981 = A. COMBA, voce *Comunità europee*, in *Novissimo Digesto italiano*, Appendice, vol. 2, Torino 1981.
- D'ATTORRE 2020 = A. D'ATTORRE, *L'Europa e il ritorno del politico. Diritto e sovranità nel processo di integrazione*, Torino 2020.
- DE GASPERI 1959 = [Demofilo/A. DE GASPERI], *Le idee ricostruttive della Democrazia cristiana* (1943), in *Atti e documenti della Democrazia Cristiana 1943-1959*, Roma 1959, pp. 1-15.
- DEHIO 1979 = L. DEHIO, *L'agonia del sistema degli Stati* (1962), in M. ALBERTINI (a c. di), *Il federalismo. Antologia e definizione*, Bologna 1979, pp. 260-275.
- EINAUDI 1920a = [L. EINAUDI], *Il dogma della sovranità e l'idea della Società delle nazioni* (1918), in *Lettere politiche di Junius*, Bari 1920, pp. 143-156.
- EINAUDI 1920b = [L. EINAUDI], *La Società delle nazioni è un ideale possibile?* (1918), in *Lettere politiche di Junius*, Bari 1920, pp. 79-94.
- EUCKEN 1932 = W. EUCKEN, *Staatliche Strukturwandlungen und die Krisis des Kapitalismus*, in *Weltwirtschaftliches Archiv* 10 (1932), pp. 297-321.
- EUCKEN 1941 = W. EUCKEN, *Die Grundlagen der Nationalökonomie*, Jena 1941².
- FALCONE 2007 = D. FALCONE, *Altiero Spinelli e il Manifesto dei Federalisti Europei del 1957*, in *Eurostudium*, aprile-giugno 2007, pp. 1-23.
- GALLI 2019 = C. GALLI, *Sovranità*, Bologna 2019.
- GALLI DELLA LOGGIA 2014 = E. GALLI DELLA LOGGIA, *Gli errori e la speranza*, in G. AMATO, E. GALLI DELLA LOGGIA, *Europa perduta?*, Bologna 2014, pp. 73-131.
- GILBERT 2005 = M. GILBERT, *Storia politica dell'integrazione europea* (2003), Roma-Bari 2005.
- GRAGLIA 2016 = P.S. GRAGLIA, *L'«altro» manifesto federalista di Altiero Spinelli*, in A. SPINELLI, *Il Manifesto dei federalisti europei* (1957), Camogli-Ventotene 2016.
- KANT 2019 = I. KANT, *Per la pace perpetua* (1795), Milano 2019²⁵.

- LENIN 1948 = V.I. LENIN, *L'imperialismo fase suprema del capitalismo* (1917), Roma 1948.
- LEVI 2017 = L. LEVI, *Altiero Spinelli, fondatore del movimento per l'unità europea*, in A. SPINELLI, E. ROSSI, *Il Manifesto di Ventotene*, Milano 2017, pp. 135-199.
- LUXEMBURG 1960 = R. LUXEMBURG, *L'accumulazione del capitale. Contributo alla spiegazione economica dell'imperialismo* (1913), Torino 1960.
- MAMMARELLA, CACACE 2008 = G. MAMMARELLA, P. CACACE, *Storia e politica dell'Unione europea*, Roma-Bari 2008.
- MASINI 2009 = F. MASINI, *Altiero Spinelli e la circolazione delle idee economiche (1927-1949)*, in *Il pensiero economico italiano* 2 (2009), pp. 51-66.
- MASINI 2012 = F. MASINI, *Luigi Einaudi and the Making of the Neoliberal Project*, in *History of Economic Thought and Policy* 1 (2012), pp. 39-59.
- MÉGRET 1970 = J. MÉGRET, *L'agriculture*, in ID. et al., *Le droit de la Communauté économique européenne. Commentaire du Traité et des textes pris pour son application*, vol. 2, Bruxelles 1970.
- MOSTACCI 2013 = E. MOSTACCI, *La sindrome di Francoforte: crisi del debito, costituzione finanziaria europea e torsioni del costituzionalismo democratico*, in *Politica del diritto* 4 (2013), pp. 481-558.
- PALANCA 2019 = L. PALANCA, *La macchina del vento* (22 maggio 2019), in www.rivistailmulino.it/a/la-macchina-del-vento.
- PINDER 1994 = J. PINDER, *Dal Manifesto di Ventotene al progetto di Trattato*, in AA.VV., *L'Europa di Altiero Spinelli. Sessant'anni di battaglie politiche: dall'antifascismo all'azione federalista*, Bologna 1994.
- PREDA 1989 = D. PREDA, *De Gasperi, Spinelli e l'art. 37 della Ced*, in *Il Politico* 54 (1989), pp. 575-595.
- PRETEROSSO 2017 = G. PRETEROSSO, *Residui, persistenze, illusioni: il fallimento politico del globalismo*, in *Scienza & politica* 29 (2017), pp. 105-126.
- RICOLFI 2017 = L. RICOLFI, *Sinistra e popolo. Il conflitto politico nell'era dei populismi*, Milano 2017.
- RIPERT 1936 = G. RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil*, Paris 1936.
- ROBBINS 1944 = L. ROBBINS, *Le cause economiche della guerra* (1939), Torino 1944.
- ROBBINS 1948a = L. ROBBINS, *L'economia pianificata e l'ordine internazionale* (1937), Milano-Roma 1948.
- ROBBINS 1948b = L. ROBBINS, *Aspetti economici della federazione* (1941), in H. BRUGMANS et al., *Federazione europea*, Firenze 1948, pp. 219-251.
- RÖPKE = W. RÖPKE, *Epochenwende* (1933), in ID., *Wirrnis und Wahrheit*, Erlenbach-Stuttgart 1962, pp. 105-124.
- RÜSTOW 1932 = A. RÜSTOW, *Interessenpolitik oder Staatspolitik*, in *Der deutsche Volkswirt* 6 (1932), pp. 169-172.
- RÜSTOW 1959 = A. RÜSTOW, *Diktatur innerhalb der Grenzen der Demokratie* (1929), in *Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte* 7 (1959), pp. 87-102.
- SALMONI 2021 = F. SALMONI, *Il Pci di Togliatti e l'europeismo «nell'interesse della pace, dell'uguaglianza e della fraternità»*, in *Democrazia e diritto* 1 (2021), pp. 69-108.

- SOMMA 2014 = A. SOMMA, *La dittatura dello spread. Germania, Europa e crisi del debito*, Roma 2014.
- SOMMA 2017 = A. SOMMA, *Diritto e capitalismo. Leggi dello Stato e leggi del mercato nella costruzione della soggettività neoliberale*, in M.G. BERNARDINI, O. GIOLO (a c. di), *Teorie critiche del diritto*, Pisa 2017, pp. 295-316.
- SPINELLI 1965 = A. SPINELLI, *Rapporto sull'Europa*, Milano 1965.
- SPINELLI 1989a = A. SPINELLI, *Diario europeo 1948/1969*, Bologna 1989.
- SPINELLI 1989b = A. SPINELLI, *Nuovo corso* (1954), in ID., *Una strategia per gli Stati Uniti d'Europa*, Bologna 1989.
- SPINELLI 1992 = A. SPINELLI, *Diario europeo 1976/1986*, Bologna 1992.
- SPINELLI 2016 = A. SPINELLI, *Il Manifesto dei federalisti europei* (1957), Camogli-Ventotene 2016.
- SPINELLI 2017a = A. SPINELLI, *Gli Stati Uniti d'Europa e le varie tendenze politiche* (1942), in ID., E. ROSSI, *Il Manifesto di Ventotene*, Milano 2017, pp. 35-80.
- SPINELLI 2017b = A. SPINELLI, *Politica marxista e politica federalista* (1043), in ID., E. ROSSI, *Il Manifesto di Ventotene*, Milano 2017, pp. 81-134.
- SPINELLI, ROSSI 2017 = A. SPINELLI, E. ROSSI, *Per un'Europa libera e unita. Progetto d'un manifesto*, in ID., *Il Manifesto di Ventotene*, Milano 2017, pp. 11-33.
- VASSALLO 2011 = G. VASSALLO, *Il Manifesto di Ventotene: premesse per un'edizione critica. Parte I. Problematiche filologiche e circolazione del documento*, in *Eurostudium*, aprile-giugno 2011, pp. 4-124.
- VAYSSIÈRE 2005 = B. VAYSSIÈRE, *Le Manifeste de Ventotene (1941): acte de naissance du fédéralisme européen*, in *Guerres mondiales et conflits contemporains* 1 (2005), 217, pp. 69-76.
- VENECE 2010 = A. VENECE, *L'Europa possibile. Il pensiero e l'azione di Altiero Spinelli*, Roma 2010.
- VON HAYEK = F.A. VON HAYEK, *Le condizioni economiche del federalismo tra Stati* (1939), Soveria Mannelli 2016.
- VON MISES = L. VON MISES, *Nation, Staat und Wirtschaft. Beiträge zur Politik und Geschichte der Zeit*, Jena 1919.
- WHYTE 2019 = J. WHYTE, *The Morals of the Market. Human Rights and the Rise of Neoliberalism*, London-New York 2019.
- WOOTTON 1948 = B. WOOTTON, *Socialismo e federazione* (1940), in H. BRUGMANS *et al.*, *Federazione europea*, Firenze 1948, pp. 189-218.
- WU MING 1 2019 = WU MING 1, *La macchina del vento*, Torino 2019.
- ZOLO 1998 = D. ZOLO, *I signori della pace. Una critica del globalismo giuridico*, Roma 1998.

