



An International Journal  
on Legal History and Comparative  
Jurisprudence



Volume 1  
Number 1  
June 2021

Bononia  
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. Trento), 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.



An International Journal  
on Legal History and Comparative  
Jurisprudence

Volume 1  
Number 1  
June 2021

*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@buponline.com

*Publisher*

Bononia University Press

Via Ugo Foscolo, 7

40123 Bologna (Italy)

tel.: +39 051 232882

fax: +39 051 221019

ISSN: 2784-9155

ISBN: 978-88-6923-766-9

*Registrazione*

Tribunale di Bologna, in corso

Gli articoli sono pubblicati sotto licenza Creative Commons CC-BY-NC-SA 4.0

Articles are licensed under a Creative Commons attribution CC-BY-NC-SA 4.0

Immagini/Images pp. 86-104 © Biblioteka Kórnicka

*Graphic Layout*

DoppioClickArt – San Lazzaro (BO)

*Cover*

Portrait of Vincent of Beauvais, in *Speculum Historiale*, trans. into French by Jean de Vignay, Bruges, c. 1478-1480, British Library, Royal 14 E. i, vol. 1, f. 3 (Creative Commons attribution CC0 1.0).

# Sommario

<i>Specula Iuris. Le ragioni di un nuovo progetto</i> LA DIREZIONE E IL COMITATO DIRETTIVO	5
Innovazione e tradizione nelle costituzioni del Novecento. Note preliminari MASSIMO LUCIANI	9
<i>Et isto me heredem fecit</i> La consegna dell'anello nel contesto della successione romana MARTIN AVENARIUS	43
<i>Ius principale e canones</i> Un incrocio funzionale tra fonti del diritto tardoantico ELIO DOVERE	67
Die Handschrift des Digestum vetus aus der Bibliothek in Kórnik (BK 824) Vom ikonographischen Programm der mittelalterlichen Künstler zur Hypothese über die Unterrichtsmethode WOJCIECH DAJCAK	81
Ideali universalistici o fiscalismo imperiale? <i>Decima hereditatium e constitutio Antoniniana de civitate</i> VALERIO MAROTTA	111
La pervivencia del derecho romano en Bizancio Una nota a partir del uso de latinismos en algunas fuentes jurídicas bizantinas FRANCISCO J. ANDRÉS SANTOS	133

La teologia giuridica di Jean Domat	157
MASSIMO BRUTTI	
Sul c.d. <i>Fragmentum Dositheanum</i>	203
GIUSEPPE FALCONE	

# Specula Iuris

## Le ragioni di un nuovo progetto

### La Direzione e il Comitato Direttivo

A. Banfi, M. Brutti, A. Calore, G. Luchetti, M. Miglietta, M. Ricciardi, E. Stolfi

“Ora vediamo come in uno specchio, in maniera confusa;  
ma allora vedremo faccia a faccia”.  
(1 Cor. 13.12)

### 1. Le ragioni di un nuovo progetto

Le profonde trasformazioni che stiamo vivendo incidono sul nostro lavoro di storici dei diritti antichi e del pensiero giuridico. Lo studio di tempi trascorsi, anche lontani, chiama in causa le categorie moderne, oggi investite dal mutamento. Attraverso approcci diversi, siamo chiamati a misurarci con una comune esigenza di integrale storicizzazione delle discipline giuridiche e delle operazioni intellettuali che le costituiscono, come via per una effettiva comprensione del fenomeno giuridico.

Proprio per questa ragione, più che in passato, siamo tenuti ad evitare qualsiasi isolamento culturale e a confrontarci – senza smarrire l'identità e il repertorio di tecniche giunte fino a noi da una lunga tradizione – con gli studiosi dei diritti vigenti, così come con gli altri storici, con i teorici delle istituzioni giuridiche e politiche, con i sociologi e gli antropologi.

*Specula Iuris* si propone appunto di costituire un luogo di dialogo, nuovo e serrato, attorno alle radici della nostra identità di giuristi, fornendo un contributo critico anche in relazione agli inediti scenari che dinanzi a noi si stanno prospettando.

In effetti, dalla fine degli anni Ottanta dello scorso secolo, si sono manifestati fenomeni che indicano un'accelerazione nei mutamenti propri di questa fase storica. Tali fenomeni agiscono su di una molteplicità di livelli: i rapporti fra Stati, i meccanismi economici, l'intima natura dei sistemi politici.

Il mondo del diritto ne risulta trasformato, sia nei fatti – ossia nella pratica del diritto stesso – sia nel pensiero: ossia nel modo in cui chi studia il diritto riflette su di esso.

Basti pensare alle tensioni che attraversano il diritto internazionale in un momento nel quale riemerge uno spazio geopolitico multipolare o il diritto privato, che deve adeguarsi ad un universo globalizzato e purtuttavia percorso da tensioni e da sfide sempre nuove derivanti, fra l'altro, dalla precipitosa evoluzione delle nuove tecnologie.

Il diritto pubblico vede ripresentarsi con nuovi accenti il mai sopito dibattito su forme di Stato e di governo, sulla partecipazione del cittadino alle scelte che lo riguardano, sui problemi posti dalla rappresentanza che oggi, più che ieri, appare in crisi insieme al concetto stesso di sovranità.

Per secoli il tempo del diritto è stato un tempo lungo, e le trasformazioni nella pratica e nel pensiero del diritto si sono manifestate con lentezza; oggi la forza di una pluralità di spinte agisce, invece, per mutamenti rapidi.

La costruzione di un modello giuridico sistematico, che si è avvalsa ampiamente di canoni di razionalità e ragionevolezza ricavati dal diritto romano e dalla tradizione romanistica, non riesce più a spiegare il fenomeno giuridico. Questo, infatti, si presenta ora come una realtà molteplice, dove gli schemi giuridici sovranazionali si intrecciano con quelli nazionali e le soluzioni proposte attingono a diverse esperienze giuridiche.

Il diritto ci appare direttamente ricondotto ai fatti che lo determinano e che organizza. Il suo studio, di conseguenza, deve tener conto degli aspetti economici e politici dei dati normativi per contestualizzarli nel loro divenire storico.

Un quadro così complesso e, per più versi, insidioso, richiede un ingente sforzo di elaborazione teorica e concettuale per essere inteso. La storia del diritto, la storia del pensiero giuridico e la comparazione che ad esse si connette (nella sua forma sincronica e diacronica) sono essenziali per la comprensione della crisi attuale. La crisi richiede un uso determinato della ragion critica.

Chiamati a ripensare noi stessi, solo per queste vie, fra loro complementari, possiamo accingerci ad un compito così arduo. Nessuna comprensione è possibile per mera descrizione, senza confronto: il duplice lascito, del diritto romano – un diritto dal forte carattere formale, elaborato tecnicamente da un ceto di specialisti e dei diritti greci – una serrata e variegata speculazione sulla giustizia e i nessi fra potere e disciplinamento dei consociati – rinvia a tratti profondi della nostra identità culturale.

L'uomo è misura a sé stesso, del resto, nel momento in cui è in grado di confrontarsi con l'altro da sé, sia esso altro per ragioni di spazio, di tempo o entrambi. Così pure, non è possibile alcuna comprensione senza dialettica: l'universitas degli studiosi, dei pensatori, degli accademici è il luogo dove il sapere faticosamente cresce e si sviluppa.

Infine, se è fallace l'idea di poter dominare un sapere totalizzante, altrettanto fallace è l'idea di saperi chiusi nelle loro piccole individualità che recidono i legami vitali fra diverse esperienze scientifiche. L'interdisciplinarietà è un valore prezioso e da salvaguardare: come pensare il diritto, oggi, escludendo discipline come la storia antica, la storia e la teoria della storiografia, l'economia, la linguistica, la psicologia, la sociologia? Perché una vera e viva dialettica abbia vita, occorrono luoghi dove essa si possa dispiegare senza effimeri condizionamenti.

*Specula Iuris* vuole essere uno di questi luoghi, in cui possa riflettersi l'immagine del diritto consentendone un'autentica esplorazione, per una più completa comprensione. Lo 'specchio', infatti, è strumento indispensabile per vedere sé stessi, e così pure il 'diritto' e al contempo la

sua immagine rovesciata; ma da esso dipendiamo ed esso determina la nostra visione. Abbiamo l'immagine, non la 'cosa'. Gli 'specchi' del diritto conducono al metodo (ad esempio, vediamo i *veteres* attraverso l'immagine dei giuristi del principato, e questi riflessi nelle riedizioni tardoantiche e nella silloge giustiniana, il tutto non senza l'influenza, ancora viva, della Pandettistica) e alla interdisciplinarietà: senza la presunzione di scorgere il vero, ma con l'aspirazione di ricercare.

## 2. Alcuni aspetti pratici

La rivista avrà cadenza semestrale, con due formati: cartaceo e on-line.

I contributi, non appena completata la procedura di revisione, saranno pubblicati on-line ad accesso aperto sul sito <http://www.speculaiuris.it/> nella sezione pre-print e saranno regolarmente forniti di DOI. Questo significa che i fascicoli – nella versione on-line – si comporranno nel corso del semestre e che l'edizione cartacea vedrà la luce alla chiusura del fascicolo consultabile in rete.

Le procedure di revisione e i criteri editoriali sono disponibili a questo indirizzo: <https://speculaiuris.it/sito/organi-della-rivista/>.

La rivista avrà una sezione dedicata a "note e discussioni", nella quale ospitare contributi critici sullo stato degli studi, con l'intento di mantenere viva quella propensione al dibattito che ha tradizionalmente assicurato la vitalità delle nostre discipline.

Riteniamo opportuno che, periodicamente, un fascicolo abbia carattere tematico e si articoli sulla base di una call for papers, con l'eventuale affidamento della composizione del fascicolo a un Guest Editor.

*Specula Iuris* rispetta tutti i requisiti ritenuti internazionalmente propri delle riviste scientifiche. Pur non intendendo sottrarci a procedure di valutazione che hanno ormai preso saldamente piede nel nostro Paese, siamo consapevoli dei rischi che esse comportano, in particolare per quanto riguarda la salvaguardia di approcci inter- trans- e metadisciplinari. Per questa ragione, *Specula Iuris* intende sottoscrivere la San Francisco Declaration on Research Assessment (DORA).

Inoltre, *Specula Iuris* segue il codice di condotta COPE e, non appena concluso il primo fascicolo, chiederà l'attribuzione del DOAJ Seal.

Infine, ringraziamo di cuore i colleghi che hanno voluto rendersi disponibili a collaborare a *Specula Iuris* accettando di far parte del Comitato Scientifico, la cui composizione aggiornata è consultabile a questo indirizzo: <https://speculaiuris.it/sito/>.



# Innovazione e tradizione nelle costituzioni del Novecento<sup>1</sup>

## Note preliminari

Massimo Luciani

Facoltà di Giurisprudenza, Università Sapienza, Roma, Italia

### Abstract (Italiano)

Difficile è l'equilibrio che le costituzioni devono trovare fra la tradizione e l'innovazione. Il rispetto della tradizione è essenziale per segnalare la continuità della comunità politica; la progettazione dell'innovazione è essenziale per segnalare la rottura con un ordine costituzionale travolto dalla storia. Gli esempi di questo difficile equilibrio sono innumerevoli (particolarmente significativo è qui ritenuto quello degli Stati Confederati d'America) e si possono facilmente cogliere studiando l'evoluzione dei simboli politici, specie nei momenti di passaggio costituzionale. La questione dell'equilibrio fra tradizione e innovazione è qui studiata con particolare riferimento alle costituzioni del Novecento.

Keywords: diritto costituzionale, giurisprudenza costituzionale, tradizione, innovazione, storia del diritto costituzionale

---

### Abstract (English)

*The balance that constitutions must find between tradition and innovation is a complex issue. Respect for the tradition is essential to mark the continuity of the political community; the planning of innovation is essential to mark the break with a constitutional order overwhelmed by history. Examples of such a difficult balance are countless (particularly significant is here considered that of the Confederate States of America) and can easily be understood by studying the evolution of political symbols, especially in times of constitutional transition. The issue of the balance between tradition and innovation is studied here with particular reference to the constitutions of the twentieth century.*

Keywords: constitutional law, judicial review, tradition, innovation, history of constitutional law

---

<sup>1</sup> Relazione al Convegno della Società Italiana di Storia del Diritto, "Fine della tradizione? Coscienza storica e identità del giurista", Verona, 24-26 ottobre 2019. Il saggio è destinato alla Raccolta di scritti in onore di Pietro Ciarlo.

## 1. Passaggi ordinamentali: esigenze di conservazione ed esigenze di innovazione. Una lezione dall'Ottocento

Il 21 marzo 1861, a Savannah, in Georgia, Alexander Hamilton Stephens, Vicepresidente degli Stati Confederati d'America, teneva ai suoi concittadini un lungo discorso, che sarebbe passato alla storia come *Cornerstone Speech*<sup>2</sup>. La ragione di questa denominazione è nota. Mentre l'idea prevalente di Jefferson e di altri *Founding Fathers* della Costituzione degli Stati Uniti (diceva Stephens, peraltro con più d'una forzatura)<sup>3</sup> – era quella che «the enslavement of the African was in violation of the laws of nature», quella caratterizzante la nuova entità politica nata dalle *ordinances of secession* era del tutto diversa:

«Our new government is founded upon exactly the opposite idea; its foundations are laid, its corner-stone rests, upon the great truth that the negro is not equal to the white man; that slavery – subordination to the superior race – is his natural and normal condition»<sup>4</sup>.

Erano passati pochi giorni dall'approvazione della Costituzione degli Stati Confederati e pochi ne mancavano allo scoppio della guerra civile: qualificare l'«enslavement of the African» «pietra angolare» del nuovo ordine politico significava confermare quel profondo collegamento fra guerra e schiavitù che già si era manifestato in varie *Declarations of the Causes* della secessione<sup>5</sup> e che sarebbe durato per tutto il conflitto. Il sistema produttivo del Sud, fondato soprattutto sulla raccolta del cotone, aveva bisogno di molta manodopera a bassissimo costo e quella servile corrispondeva pienamente alle sue esigenze: certo non per un caso, nonostante fosse ormai evidente la piega negativa presa dalla guerra, Jefferson Davis avrebbe respinto la tanto impossibile quanto lungimirante proposta presentata il 2 gennaio 1864 da Patrick Ronayne Cleburne, «one of the most respected military leaders of the civil war»<sup>6</sup>, di promettere la liberazione agli schiavi che si fossero arruolati nelle fila dell'esercito secessionista, dissanguato dalle perdite<sup>7</sup>. Il Presidente,

<sup>2</sup> Può leggersi in CLEVELAND 1866, p. 717 ss.

<sup>3</sup> La diffusione non solo del razzismo, ma anche di atteggiamenti favorevoli alla schiavitù nell'«illuminata» classe dirigente americana del Settecento è opportunamente messa in luce da JENNINGS 2000, specialmente p. 201 ss.

<sup>4</sup> CLEVELAND 1866, p. 721.

<sup>5</sup> Come si legge nella prima, quella del South Carolina, la secessione era la conseguenza della vittoria del partito repubblicano e dell'elezione di Lincoln, contrario all'istituto della schiavitù (per la verità, all'epoca, solo alla sua estensione ai nuovi Territori): «On the 4th day of March next, this party will take possession of the Government. It has announced that the South shall be excluded from the common territory, that the judicial tribunals shall be made sectional, and that a war must be waged against slavery until it shall cease throughout the United States».

<sup>6</sup> RUBY 1971, p. 193.

<sup>7</sup> Può leggersi, online, p. es., all'indirizzo <https://www.battlefields.org/learn/primary-sources/patrick-cleburnes-proposal-arm-slaves>. Sulla mitica figura di Cleburne, vd. SYMONDS 1997.

Bastano a dimostrare la grande lucidità della proposta di Cleburne anche questi pochi passaggi, che davvero non hanno bisogno di commento (ma per due d'essi – cruciali – farò rapidissime eccezioni):

a) «We have now been fighting for nearly three years, have spilled much of our best blood»;

b) «Instead of standing defiantly on the borders of our territory or harassing those of the enemy, we are hemmed in today into less than two-thirds of it»;

com'era da attendersi<sup>8</sup>, l'avrebbe considerata «a potential bombshell»<sup>9</sup> e la cosa sarebbe finita lì, rimanendo segreta per anni proprio per volere dello stesso Jefferson Davis<sup>10</sup>. Nel marzo del 1865, quando il suo esercito aveva ormai l'acqua alla gola, il Congresso confederato, senza nemmeno saperlo, avrebbe fatto propria quella che era stata la proposta di Cleburne, ma anche questa tardiva e forzata conversione, passata per pochissimi voti e oltretutto solo in una versione edulcorata, dimostrava quanto la schiavitù fosse importante per il Sud.

Nel dibattito pubblico e scientifico americano (gravemente viziato, su questo terreno, da opposti, indigeribili, ideologismi) il *Cornerstone Speech* è ricordato soprattutto perché darebbe la dimostrazione del fatto che la guerra civile fu una pura questione di mantenimento o di abolizione della schiavitù. Sarebbe interessante soffermarsi su un punto così controverso e chiedersi quanto quest'impegnativa affermazione possa accettarsi nella sua nettezza. Sarebbe interessante chiedersi se la lotta alla schiavitù, oltre a costituire l'evidente sfondo *oggettivo* della guerra (realtà, questa, assurdamente negata dal revisionismo neoconfederato)<sup>11</sup>, peraltro insieme agli evidenti interessi economico-finanziari del Nord (realtà, anche questa, quasi sempre trascurata

c) «If this state continues much longer, we must be subjugated. Every man should endeavour to understand the meaning of subjugation before it is too late [...]. It means that the history of this heroic struggle will be written by the enemy; that our youth will be trained by Northern school teachers; will learn from Northern school books their version of the war; will be impressed by all the influences of history and education to regard our gallant dead as traitors, our maimed veterans as fit objects for derision» (questo mi sembra il passaggio più impressionante, nel quale si antevede il destino dello sconfitto, la cui storia è sempre scritta dal vincitore);

d) «The enemy already opposes us at every point with superior numbers, and is endeavouring to make the preponderance irresistible»;

e) «Our single source of supply is that portion of our white men fit for duty and not now in the ranks. The enemy has three sources of supply: First, his own motley population; secondly, our slaves; and thirdly, Europeans whose hearts are fired into a crusade against us by fictitious pictures of the atrocities of slavery»;

f) «[...] slavery is a source of great strength to the enemy in a purely military point of view»;

g) «All along the lines slavery is comparatively valueless to us for labour, but of great and increasing worth to the enemy for information»;

h) «[...] we propose [...] that we immediately commence training a large reserve of the most courageous of our slaves, and further that we guarantee freedom within a reasonable time to every slave in the South who shall remain true to the Confederacy in this war»;

i) «Our country has already some friends in England and France, and there are strong motives to induce these nations to recognize and assist us, but they cannot assist us without helping slavery, and to do this would be in conflict with their policy for the last quarter of a century» (anche qui la lucidità dell'analisi, addirittura in chiave geopolitica, traspare con particolare evidenza);

l) «This measure [...] will leave the enemy's negro army no motive to fight for, and will exhaust the source from which it has been recruited»;

m) «The measure will at one blow strip the enemy of foreign sympathy and assistance, and transfer them to the South; it will dry up two of his three sources of recruiting; it will take from his negro army the only motive it could have to fight against the South, and will probably cause much of it to desert over to us; it will deprive his cause of the powerful stimulus of fanaticism, and will enable him to see the rock on which his so called friends are now piloting him. The immediate effect of the emancipation and enrolment of negroes on the military strength of the South would be: To enable us to have armies numerically superior to those of the North, and a reserve of any size we might think necessary; to enable us to take the offensive, move forward, and forage on the enemy».

<sup>8</sup> Si trattava di una proposta letteralmente inaudita, che metteva in discussione alcuni dei pilastri fondamentali della società del Sud (così, fra gli altri, CATTON 1956, p. 309 ss.).

<sup>9</sup> SYMONDS 1997, p. 194.

<sup>10</sup> DAVIS 1977, p. 20.

<sup>11</sup> Vd., p. es., WILSON 2016.

dall'opposta pubblicistica), fosse anche la motivazione *soggettiva* di chi combatteva. Sarebbe interessante riflettere sui molti documenti dell'epoca che, soprattutto nei primi anni, mostrano una certa freddezza dei leaders politici e militari dell'Unione quanto al tema dell'abolizionismo, freddezza che certo non avrebbe favorito, negli anni a venire, l'estirpazione della mala pianta del razzismo<sup>12</sup>: per fare solo un esempio, forse meno conosciuto di quelli di Grant<sup>13</sup> e dello stesso Lincoln<sup>14</sup>, nelle sue memorie William Tecumseh Sherman, lo spietato distruttore di Atlanta<sup>15</sup>, narra di una cena avuta nel 1860 con il governatore della Louisiana in cui non dimostrò affatto d'essere un abolizionista e si limitò ad affermare che «were I a citizen of Louisiana, and a member of the Legislature, I would deem it wise to bring the legal condition of the slaves more near the status of human beings under all Christian and civilized governments», ma senza affatto pensare a liberarli<sup>16</sup>. Sarebbe interessante tornare sulle ragioni che spinsero i soldati in divisa grigia ad andare a morire sui campi di battaglia: un tema sul quale s'è scritto molto<sup>17</sup>, ma che

<sup>12</sup> La stessa schiavitù, a dire il vero, sopravvivrà *de facto* alla guerra civile. La formulazione del Tredicesimo Emendamento, cuore della revisione costituzionale postbellica, infatti, si rivelò tale da consentire agli Stati del Sud di approvare leggi capaci di costringere gli afroamericani al lavoro servile, anche per tutta la vita. Se, infatti, «neither slavery nor involuntary servitude, except as a punishment for crime whereof the party shall have been duly convicted, shall exist within the United States, or any place subject to their jurisdiction», vuol dire che la servitù imposta dalla legge per la violazione di un precetto penale è ammessa. Molti Stati del Sud approfittarono di questa evidente falla per approvare leggi *ad hoc*, punitive di comportamenti che proprio gli afroamericani erano costretti a tenere, a cominciare dal vagabondaggio. S'innescava così una perversa spirale di condanna penale, di obbligazione al pagamento delle spese di mantenimento in prigione, di ovvia impossibilità di assolverla, di condanna ai lavori forzati per saldare un debito che non poteva mai essere saldato. La vicenda, che ha interessato migliaia di (veri e propri) schiavi è narrata da BLACKMON 2008, il quale dà conto anche del fatto che molti di questi schiavi furono impiegati (non nelle piantagioni, ma) nelle miniere e nelle acciaierie che gli investitori del Nord avevano aperto negli Stati meridionali (BLACKMON 2008, specialmente p. 39 ss.).

<sup>13</sup> Vd. alcune sintetiche, ma significative, informazioni in KANE 2017.

<sup>14</sup> Fiumi d'inchiostro sono stati versati sulla questione della posizione di Lincoln in ordine alla schiavitù e all'eguaglianza tra le razze. Troppe indicazioni, però, confortano la tesi che, da un lato, egli si riconoscesse, al più, in quello che sarebbe diventato il principio *separate but equal* – l'espressione si trova nell'opinione (peraltro) dissenziente del giudice Harlan in *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896), che legittimò le c.d. *Jim Crow Laws* – e, dall'altro, ponesse la lotta alla schiavitù su un piano inferiore e ancillare alla difesa dell'Unione. Sul primo punto si può leggere soprattutto il primo dibattito elettorale che ebbe con Douglas, a Ottawa, Illinois, il 21 agosto 1858: «I have no purpose to introduce political and social equality between the white and the black races. There is a physical difference between the two, which, in my judgment, will probably forever forbid their living together upon the footing of perfect equality, and inasmuch as it becomes a necessity that there must be a difference, I, as well as Judge Douglas, am in favor of the race to which I belong having the superior position. I have never said anything to the contrary, but I hold that, notwithstanding all this, there is no reason in the world why the negro is not entitled to all the natural rights enumerated in the Declaration of Independence, the right to life, liberty, and the pursuit of happiness» (lo si trova *online* all'indirizzo <https://www.nps.gov/hibo/learn/historyculture/debate1.htm>). Sul secondo basta il richiamo alla famosissima lettera indirizzata a Horace Greeley il 22 agosto 1862 (che può leggersi *online* all'indirizzo <http://www.abrahamlincolnonline.org/lincoln/speeches/greeley.htm>). Lincoln scriveva: «my paramount object in this struggle is to save the Union and is not either to save or to destroy slavery. If I could save the Union without freeing any slave I would do it, and if I could save it by freeing all the slaves I would do it; and if I could save it by freeing some and leaving others alone I would also do that. What I do about slavery, and the colored race, I do because I believe it helps to save the Union; and what I forbear, I forbear because I do not believe it would help to save the Union». Non solo. Come è ben noto, il progetto di Lincoln era quello di risolvere il problema afroamericano rimuovendolo, cioè trasferendo (gradualmente) tutti gli schiavi liberati in colonie oltremare o in Liberia. Il fallimento di questo progetto non è meno noto.

<sup>15</sup> E realizzatore di un piano di strangolamento della Confederazione, per terra oltre che per mare, che ricordava – sia pure con molte variazioni – l'*Anaconda Plan* del vecchio Winfield Scott.

<sup>16</sup> SHERMAN 1957, p. 149.

<sup>17</sup> Il contributo più noto (che esamina anche le ragioni dei soldati dell'Unione) è quello di McPHERSON 1997.

ancora attende una trattazione sistematica<sup>18</sup>. Per cosa si batterono? Per la difesa della *peculiar institution*<sup>19</sup> o per la libertà, l'indipendenza e la difesa dall'invasore, come emergerebbe dalle citatissime parole di quel giovane soldato di umile condizione sociale che, catturato dagli unionisti all'inizio della guerra, avrebbe detto semplicemente «I'm fighting because you're down here»<sup>20</sup>? E per cosa combatterono i giovani in divisa blu? Per liberare gli schiavi, per un sentimento religioso di giustizia, per l'eguaglianza o per preservare l'Unione? Sarebbe interessante, appunto, ma non possiamo farlo qui, perché ai nostri fini il *Cornerstone Speech* ha rilievo per motivi molto diversi. E ha rilievo perché, già in apertura, Stephens affermò di volersi occupare della «new constitution, or form of government» nella chiave dell'analisi di quanto della vecchia Costituzione era rimasto e di quanto era cambiato.

Stephens aveva cura di mettere in luce, anzitutto, gli elementi di continuità con la vecchia Costituzione federale: la nuova, in particolare, «amply secures all our ancient rights, franchises, and liberties»<sup>21</sup>, confermando (ancor più indietro nel tempo) «all the great principles of Magna Charta»<sup>22</sup>. In definitiva, «all the essentials of the old constitution, which have endeared it to the hearts of the American people, have been preserved and perpetuated»<sup>23</sup>.

Subito appresso, però, menzionava le modificazioni che erano state apportate (almeno quelle da lui condivise), elencando questi miglioramenti:

a) il vecchio «thorn of the tariff, which was the cause of so much irritation in the old body politic, is removed forever from the new»<sup>24</sup>;

b) il potere del Congresso di regolare il commercio, il cui esercizio aveva incontrato la frequente opposizione degli Stati del Sud, è limitato, impedendo i grandi trasferimenti di risorse

<sup>18</sup> Lo stesso libro di McPherson che ho appena ricordato, p. es., parla poco delle specifiche ragioni dei combattenti afroamericani e non considera quelle degli immigrati, come gli italiani, gli irlandesi, i tedeschi (comunemente detti "dutch", olandesi, per la corruzione di "deutsch"), o dei nativi americani (e sì che l'ultimo generale confederato ad arrendersi fu il capo cherokee Stand Watie, assunto ai gradi più alti dell'esercito sudista). Sul gruppo più numeroso (quello degli irlandesi), comunque, può leggersi l'interessante volume di GLEESON 2013.

<sup>19</sup> Questa (a dir poco ipocrita) espressione, allora assai diffusa negli Stati del Sud, è usata da Stephens sia nel *Cornerstone Speech* che in vari altri discorsi e note di corrispondenza. Cfr. CLEVELAND 1866, pp. 133, 464, 689, 721, 814 e 817.

<sup>20</sup> Diversi autori riportano questa dichiarazione. vd., p. es., FOOTE 1986, p. 65; MCPHERSON 1988, p. 311; GWYNNE 2014, p. 30. La fonte sarebbe una lettera di T.B. Webber alla madre, datata 15 giugno 1861. Personalmente, non sono stato in grado di reperirla e – dunque – di verificarla.

La memorialistica confederata nega strenuamente che la difesa della schiavitù abbia avuto la minima importanza nello spingere i soldati del Sud a combattere. Così, fra le molte testimonianze, JACKSON 1895, p. 82 (secondo la testimonianza della moglie, il mitico braccio destro di Lee «would never have fought for the sole object of perpetuating slavery», ma – corsivo nell'originale – «it was for her *constitutional rights* that the South resisted the North and slavery was only comprehended among those rights»); ROBSON 1891, p. 27 (il quale afferma di aver combattuto, come tutti i suoi commilitoni, «as a tribute to pure patriotism and unselfish devotion to home and native land», reagendo a «the desolation of our loved Southern land and the subjugation of our people»); POWER SMITH 1906, p. 13 («It was not for the defense of slavery that these men left their homes and suffered privation, and faced the peril of battle»); WOOD 1910, p. 59 (il soldato confederato «fought for home on his own soil» e – p. 135 – i combattenti del Sud «were not rebels as they had not rebelled against lawful authority, but fought for a right as they and their ancestors viewed it, that was denied them»).

<sup>21</sup> CLEVELAND 1866, p. 718.

<sup>22</sup> *Ibidem*.

<sup>23</sup> *Ibidem*.

<sup>24</sup> *Ivi*, p. 719.

pubbliche da una parte all'altra del Paese per il finanziamento di interventi locali, in quanto «this is again the broad principle of perfect equality and justice, and it is especially set forth and established in our new constitution»<sup>25</sup>;

c) la nuova Costituzione «provides that cabinet ministers and heads of departments may have the privilege of seats upon the floor of the Senate and House of Representatives and may have the right to participate in the debates and discussions upon the various subjects of administration»<sup>26</sup>, così avvicinandosi (sebbene non del tutto, perché non è previsto che i membri del Governo siano tratti dal Parlamento) alla pratica del Parlamento inglese, oggetto di universale ammirazione;

d) il mandato presidenziale è esteso a sei anni, ma con la previsione della non rieleggibilità, al fine di «remove from the incumbent all temptation to use his office or exert the powers confided to him for any objects of personal ambition»<sup>27</sup>;

e) la legittimità della schiavitù è confermata, mettendo fine a tutte le «agitating questions relating to our peculiar institution»<sup>28</sup>.

Questo giuoco di equilibrio fra vecchio e nuovo, fra conservazione e innovazione, potrebbe sorprendere: il potere costituente ha ragion d'essere, si potrebbe obiettare, solo per registrare o tracciare linee di frattura, per segnare nei termini del passaggio ordinamentale un cambio di fase sociale o politica, non certo per operare semplici aggiustamenti dell'esistente, nella prospettiva d'una sostanziale continuità<sup>29</sup>. Le cose, però, non sono così semplici.

Il laboratorio politico della Confederazione doveva mescolare più elementi chimici perché il composto che andava elaborando rimanesse stabile. La rottura con il passato era avvenuta quasi *oborto collo* ed era necessario che fosse imputata alla prepotenza del Nord colonizzatore, non certo all'arroganza di un Sud difensore dell'indifendibile. Non il Sud, ma un tiranno, il Presidente dell'Unione, aveva rotto il vincolo di solidarietà tra fratelli ed era contro la tirannide che la Confederazione s'era ribellata: il *sic semper tyrannis* che si dice John Wilkes Booth avesse gridato all'atto di uccidere Abraham Lincoln ricordava la leggendaria frase che Bruto avesse pronunciato pugnalandolo Cesare. E quella frase campeggiava sulla bandiera della Virginia, lo Stato chiave del teatro militare dell'Est, lo Stato che aveva dato i natali a Robert E. Lee, il più autorevole generale dell'esercito secessionista, lo Stato in cui si trovava la seconda (e più duratura) capitale della Confederazione, Richmond. Molti valori del (recente) passato erano ancora condivisi e non si poteva dare alla popolazione il segnale del loro abbandono, sicché il nuovo doveva forzatamente convivere con il vecchio.

La prova migliore di questo tormentato rapporto fra passato e presente la danno i simboli. Non si tratta tanto dell'inno (anche se *Dixie*, il coinvolgente inno confederato, era un motivo

---

<sup>25</sup> *Ivi*, p. 720.

<sup>26</sup> *Ibidem*.

<sup>27</sup> *Ibidem*.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 721.

<sup>29</sup> «Certo, qualche rottura la rivoluzione deve determinarla», ha scritto esattamente Ferrara 2000, p. 50. La questione posta nel testo, tuttavia, è quella – diversa – del rapporto tra innovazione e tradizione *dentro* la rottura costituzionale.

musicale molto popolare in tutto il Nord America, scritto da un musicista dell'Ohio e che venne suonato da «many a Yankee regiment off to war»<sup>30</sup>, quanto della bandiera. Fu proprio per segnalare il legame con il passato che, nonostante il parere contrario di William Porcher Miles, che lo presiedeva, il *Committee on the Flag and Seal*, nominato dal Congresso provvisorio della Confederazione il 9 febbraio 1861, scelse una bandiera (la *Stars and Bars*) che ricordava molto quella dell'Unione, quasi a voler segnalare che la Confederazione era parte integrante della storia iniziata nel 1776 e anzi ne era addirittura l'autentica erede e continuatrice<sup>31</sup>. Per la verità, fu appunto per questa eccessiva somiglianza (causa anche di gravi fraintendimenti sul campo di battaglia e di numerosi incidenti dovuti al fuoco amico) che la *Stars and Bars* non fu amata da tutti e che si finì per sostituirla prima (nel 1863) con la *Stainless Banner* e poi (nel 1865) con la *Blood Stained Banner*, che recavano, nella parte più "nobile" (quella in alto a sinistra, accanto all'asta), un riquadro con quella croce di Sant'Andrea stellata che molti considerano la bandiera della Confederazione, ma che era solo la sua bandiera di guerra. "Solo", in realtà, per modo di dire, perché bandiera nazionale e bandiera di guerra dovevano finire in qualche modo per sovrapporsi, in una nazione che poteva vivere unicamente in quanto il suo esercito ne preservasse l'indipendenza con le armi<sup>32</sup>. Il solco del distacco si approfondiva, dunque, anche simbolicamente, ma questo avveniva solo dopo due anni di guerra e solo dopo che era stato versato così tanto sangue che fatalmente l'equilibrio fra passato e presente doveva cominciare a pendere a favore del secondo.

Ma perché ricordare questa vicenda ottocentesca per intendere il rapporto fra conservazione e innovazione nelle costituzioni del Novecento? Non basterebbe rispondere che è necessario farlo perché il presente s'intende col passato, visto che si tratta anche di capire se quel passato sia davvero pertinente: "tutto si tiene", ma i materiali storici vanno in qualche modo selezionati, perché nessuno è in grado di dominare o anche semplicemente di raccogliere l'intera massa dei fatti già accaduti. In questo caso l'obbligazione di dimostrare la pertinenza dell'esempio sembra ancor più stringente e difficile da assolvere, considerato che nessuna delle esperienze costituzionali del Novecento ha conosciuto un passaggio che esibisca tratti paragonabili a quelli della guerra civile americana. Il ventesimo secolo è stato duramente attraversato da guerre civili: da quella spagnola a quella greca, da quella alto-balcanica a (se si accetta il noto quadro concettuale elaborato da Claudio Pavone)<sup>33</sup> quella italiana, ma nessuna presenta

<sup>30</sup> CATTON 1956, p. 21. Sulla storia di *Dixie* (scritta da Daniel Decatur Emmett, nativo appunto di Mount Vernon, Ohio), McWHIRTER 2012, p. 65 ss. Il travolgente successo del brano nel Sud si dovette molto anche al fatto che fu suonato il 18 febbraio 1861 in occasione dell'insediamento di Jefferson Davis come Presidente della Confederazione (la sua scelta – del tutto casuale – fu del direttore della banda locale, Herman F. Arnold, un immigrato prussiano: McWHIRTER 2012, p. 66)

<sup>31</sup> La vicenda della bandiera confederata (civile e di guerra) è puntualmente descritta da COSKI 2005, p. 3 ss.

Quanto alla questione di chi fosse davvero in linea con la tradizione politica e sociale del passato, MCPHERSON 1988, p. 860, acutamente osserva che la pretesa del Sud era tutt'altro che infondata: «the South's concept of republicanism had not changed in three-quarters of a century; the North's had». La visione socio-politica del Nord industriale sarebbe diventata quella del futuro del mondo, ma nel presente di allora la normalità (a parte la *peculiar institution...*) stava dalla parte del Sud agricolo.

<sup>32</sup> Così ancora COSKI 2005, p. 14.

<sup>33</sup> Il riferimento, ovviamente, è soprattutto a PAVONE 1991.

le caratteristiche del tutto particolari di quella americana, contraddistinta dalla lotta per la secessione di una *parte* e non da quella per la conquista del potere nel *tutto*, nonché dall'assenza di qualunque *contrapposizione etnica* (gli afroamericani non erano una delle parti, ma tutt'al più una delle motivazioni o uno degli "oggetti" della lotta). Le ragioni per parlarne, tuttavia, emergeranno con chiarezza da quando appresso s'andrà dicendo e, comunque, saranno più avanti esplicitate.

## 2. Strategie costituzionali fondative e dimensione temporale

Come si è articolato il rapporto fra passato, presente e futuro nei processi fondativi dei nuovi ordini costituzionali che si sono sviluppati nel Novecento, cioè nel secolo nel quale (mai come prima nella storia) il *Kampf um's Recht*<sup>34</sup> si è manifestato prioritariamente come *Kampf um die Verfassung*?

Anzitutto delimitiamo il campo. Ciò di cui qui mi occupo non è il fenomeno della semplice evoluzione ordinamentale, bensì quello della vera e propria sostituzione di un ordine costituzionale, che, come è noto, può assumere sia il tratto più pacifico dell'avvicendamento di una costituzione scritta a un'altra, ma mantenendo fermo l'assetto delle forze sociali che avevano prodotto la vecchia (in questo caso, con Carl Schmitt, possiamo parlare di *Verfassungsbeseitigung*), sia quello più corrusco dell'accompagnamento della sostituzione testuale con la contemporanea distruzione del precedente equilibrio (si tratta della *Verfassungsvernichtung*)<sup>35</sup>. Restano fuori campo<sup>36</sup>, dunque, la mera revisione costituzionale (*Verfassungsänderung*), la trasformazione costituzionale (*Verfassungswandlung*) intesa come «incongruenza tra le norme costituzionali da un lato e la realtà costituzionale dall'altro»<sup>37</sup>, nonché la rottura della costituzione (*Verfassungsdurchbrechung*)<sup>38</sup>. Più che di *successione* gli usi linguistici oggi in voga preferiscono parlare di *transizione* costituzionale, ma questo è termine alquanto polisemico<sup>39</sup> e scivoloso, non a caso sovente sostituito da altri<sup>40</sup>. Usato correttamente, esso dovrebbe cogliere esclusivamente l'aspetto dinamico del fenomeno, cioè il processo del passaggio ordinamentale<sup>41</sup>, ma risulta evidente *ictu oculi* che le centinaia di opere che parlano di transizioni costituzionali lo fanno considerando anche il profilo (ormai statico) del passaggio già compiuto<sup>42</sup>.

<sup>34</sup> Inutile dire che il richiamo è a VON JHERING 1872.

<sup>35</sup> SCHMITT 1970<sup>5</sup>, p. 99.

<sup>36</sup> Dei fenomeni di cui poi si dice nel testo mi sono occupato, invece, in LUCIANI 2013, p. 3 ss.

<sup>37</sup> Hsü DAU LIN 1932, p. 17.

<sup>38</sup> Sulla quale vd. ancora SCHMITT 1970<sup>5</sup>, p. 100, ma già prima, per una sistemazione teorica del rapporto fra rottura, deroga e sospensione, JACOBI 1924, p. 109 ss.

<sup>39</sup> La variabilità degli usi è segnalata e ricostruita da SPADARO 2000, p. 17 ss.

<sup>40</sup> Indicazioni in proposito in MEZZETTI 2000.

<sup>41</sup> Infatti «il concetto di transizione può essere utilizzato per indicare il *processo dinamico* di formazione di una nuova costituzione [...]» (DE VERGOTTINI 1998, p. 168; corsivo nell'originale); «il vocabolo "transizione" intende indicare un passaggio di condizione» (MEZZETTI 2005, p. 9).

<sup>42</sup> La cosa si può registrare anche nello stesso DE VERGOTTINI 1998, *passim*.

Non solo: anche quando l'uso è linguisticamente sorvegliato, finisce per essere scientificamente azzardato, perché, se si ha transizione solo quando il punto d'arrivo è la successione di un ordine costituzionale a un altro, che transizione sia (stata) possiamo saperlo solo *a posteriori*, cioè se e quando un altro approdo costituzionale s'è effettivamente raggiunto<sup>43</sup>.

Da un ordine costituzionale all'altro dunque. Questo è quanto ci interessa indagare, ragionando sulle molteplici varianti in cui nel passaggio si mescolano i richiami al passato, le urgenze del presente, le suggestioni del futuro<sup>44</sup>.

In nessuna successione costituzionale il passato svanisce del tutto. Non si tratta solo dell'ovvia constatazione che gli edifici della storia degli uomini non si costruiscono *ex nihilo*, ma poggiano su fondamenta ineluttabilmente già esistenti. Si tratta, semmai, di una più profonda e specifica ragione politico-costituzionale, radicata, a me pare, nel problema della *legittimazione*<sup>45</sup>. Anche il più screditato dei regimi politici conta pur sempre su qualche sostenitore e ha dalla sua la forza dell'inerzia e della continuità. Il suo rovesciamento ha dunque sempre un costo in termini di perdita di regole consolidate e di cancellazione di vecchie abitudini, che deve essere compensato da una contropartita che sappia rendere attivo il saldo e giustificare il cambiamento. Qui i fondatori dei nuovi ordini costituzionali hanno a disposizione tre strategie, le quali hanno tutte a che fare con la dimensione del tempo.

*i)* La prima attiene al *presente*. Come è stato esattamente osservato a proposito dell'esperienza sudafricana, nessuna nuova costituzione si può scrivere se non si conosce «lo scenario in cui si andrà ad inserire», perché le scelte dei costituenti sono sempre «obbligatoriamente dettate dalla situazione esistente»<sup>46</sup>. La strategia di legittimazione deve dunque far leva, anzitutto, sulla corrispondenza razionale alle condizioni storiche date e questo è il limite essenziale di un potere apparentemente sconfinato qual è quello costituente, che può fare la storia, certo, ma *non può non farla*, e deve farla secondo le compatibilità squadernate dalle contingenze in cui gli è dato d'essere esercitato<sup>47</sup>. Se la corretta interpretazione del presente, tuttavia, è condizione necessaria, non è condizione sufficiente della buona riuscita della strategia, perché le forze politiche dell'innovazione costituzionale devono adempiere anche a una duplice obbligazione ulteriore: a) farsi anche *percepire* come le corrette interpreti della fase storica; b) promuovere l'idea ch'essa costituisca un progresso rispetto alla precedente e che la traduzione delle sue esigenze in regole costituzionali non sia semplicemente doverosa e inevitabile, ma opportuna e vantaggiosa.

<sup>43</sup> Per questa banale (ma forse non inutile) notazione, rinvio a LUCIANI 2001, p. 428 ss.

<sup>44</sup> È stato esattamente scritto che «tutte le esperienze costituenti sono caratterizzate dall'affannosa ricerca di un modello da ritrovare nella storia, come negli eventi più vicini, se non addirittura contemporanei» (Ciarlo 2000, p. 224). Anche sul piano dell'identificazione dei modelli d'ispirazione, dunque, oltre che su quello delle concrete scelte sostanziali, i diversi piani temporali s'intrecciano inestricabilmente.

<sup>45</sup> Sono appunto le esigenze di legittimazione che inducono sovente i costruttori di un nuovo ordine costituzionale anche a servirsi delle *forme* normative di quello che intendono travolgere (il punto è perspicuamente colto da Pace 2000, p. 121). Nel testo, però, si cerca di indagare il tema dei lasciti *sostanziali* del vecchio ordine.

<sup>46</sup> PHILIPPE 2005, p. 284.

<sup>47</sup> Con maggiore ampiezza d'argomentazione esprimevo quest'ordine di concetti in LUCIANI 1996, p. 148.

Nelle pagine che seguono, dedicate al rapporto tra conservazione e innovazione costituzionale, la questione della corretta lettura del presente emergerà ovviamente solo a tratti e non sarà oggetto di considerazione specifica.

ii) La seconda attiene al *passato*. Qui il discorso si fa necessariamente più articolato e le questioni da risolvere sono molteplici.

La prima è quella della ricostruzione del passato, la cui oggettività certo non esclude soggettive letture o riletture. Esiste una “tradizione costituzionale”, che sia da conservare o da cui discostarsi? Se sì, in cosa consiste?

Se “tradizione” significa «trasmissione, consegna, da una generazione all'altra, di antiche memorie, di abitudini, di costumanze»<sup>48</sup>, va subito detto che su questa problematica la discussione è particolarmente serrata negli Stati Uniti. Già Edward Corwin l'aveva aperta interrogandosi su come la Costituzione dovesse essere considerata: «as an instrument of popular government for the achievement of the great ends of government» oppure «as symbol and bulwark of a previously achieved order of human rights»<sup>49</sup>? La sua prospettiva era quella di uno studioso *liberal* che intendeva opporre le prerogative del potere legislativo al conservatorismo di una Corte Suprema che sabotava tutte le misure del *New Deal* rooseveltiano, aprendo una «constitutional crisis of unpredictable gravity, a crisis due chiefly to the Court's endeavor to put “Big Business” and its methods – the “American Way” – out of reach of effective government»<sup>50</sup>. Nella sua impostazione, porre l'accento sull'autogoverno democratico significava rafforzare il *welfare State* e la capacità d'indirizzo pubblico dell'economia. Paradossalmente, il richiamo all'autogoverno è oggi usato, invece, in prospettiva esattamente speculare, da quella dottrina liberista e conservatrice che si oppone al *big government* e al proliferare dei diritti, le cui esigenze di tutela giustificherebbero un sempre più penetrante intervento della mano pubblica negli affari privati. Per questa seconda impostazione, la tradizione costituzionale americana non sarebbe “diritti ed eguaglianza”, bensì «self-government by a virtuous people deliberating under God»<sup>51</sup>, e questa tradizione sarebbe stata alterata, addirittura rovesciata, solo più tardi e solo con l'avvento di Lincoln, specie con il famoso (sebbene brevissimo) *Gettysburg address*<sup>52</sup>. L'originalismo giuridico americano, alimentato dalla medesima intenzione politica, ha estremo bisogno di questa ricostruzione storica, perché i contenuti di un'interpretazione costituzionale “secondo l'intenzione dei Padri Fondatori” che possa evitare la «judicial prevarication»<sup>53</sup>, ovviamente, dipendono da come quell'intenzione, storicamente, viene ricostruita.

Nell'ipotesi in cui il passato sul quale si edifica non sia lineare, ma si articoli in fasi diverse, talora contraddittorie, il titolare del potere costituente deve stabilire con quale fase intenda

<sup>48</sup> DI SALVATORE 2017, p. 11.

<sup>49</sup> CORWIN 1936, p. 1072.

<sup>50</sup> CORWIN 1936, p. 1084.

<sup>51</sup> CAREY 1995, p. IX.

<sup>52</sup> CAREY 1995, p. XIV. Il *Gettysburg address* si può leggere *online* all'indirizzo <http://www.abrahamlincolnonline.org/lincoln/speeches/gettysburg.htm>.

<sup>53</sup> SCALIA 1995, p. 313.

confrontarsi e se ritenga di dover segnalare continuità o marcare linee di differenziazione. Anche qui le cose sono meno semplici di quanto possa apparire a prima vista.

In Italia, ad esempio, se il costituente repubblicano ha dovuto tracciare una netta discontinuità con il fascismo, non per questo ha potuto acquietarsi nel ritorno agli schemi costituzionali dello Statuto. L'impedivano sia i dubbi sulla tesi crociana (se pienamente crociana è davvero) del fascismo come «parentesi»<sup>54</sup>, sia la compromissione della monarchia con il regime totalitario ch'essa aveva pur ospitato, sia l'oggettiva incompatibilità tra le forme e i valori di una monarchia costituzionale di stampo vetero-liberale e il nuovo scenario che la resistenza e l'avvento dello Stato di partiti stavano aprendo. Rifiuto totale del fascismo, dunque (di qui la XII disp. trans. e fin.), ma quanto dell'esperienza statutaria doveva essere ripreso e quanto abbandonato?

Non più semplice la vicenda del secondo dopoguerra tedesco, anzi. Qui il rifiuto della vicenda costituzionale immediatamente precedente doveva essere addirittura più netto, mentre quella cancellata dalla *Machtergreifung*, veramente pionieristica, sembrava poter essere ripresa senza riserve, visto che era in armonia con quel *Sozialstaat* che i bisogni della ricostruzione esigevano. Invece il lineare ritorno indietro, saltando il passaggio nazionalsocialista, si rivelò nella pratica impossibile<sup>55</sup>. Da un lato, come in Giappone, anche in Germania «i vincitori finirono per imporre il testo della costituzione»<sup>56</sup> e la loro pressione precluse l'approdo a lidi in odor di socialismo; dall'altra, la tragica fine della Costituzione del 1919 suggeriva scelte istituzionali sia più diffidenti nei confronti dei poteri monocratici (una disposizione come l'art. 48 della *Reichsverfassung* non poteva resuscitare), sia meno aperte nei confronti di un indiscriminato pluralismo. La parola d'ordine «Bonn ist nicht Weimar», che sarebbe stata coniata di lì a poco<sup>57</sup>, esprimeva la consapevolezza dei numerosi profili differenziali (politici, culturali, economici, geopolitici) fra la Germania di prima e quella di allora<sup>58</sup>, ma anche la volontà di proteggere la sovranità popolare da sé stessa e rappresentava plasticamente quella scelta in favore della *verteidigte Demokratie* che già aveva condotto alle dure sentenze del *Bundesverfassungsgericht* applicative del divieto dei partiti politici antisistema<sup>59</sup>.

Problemi (solo) concettualmente analoghi si sono posti nei Paesi dell'Europa orientale dopo l'abbandono dell'esperienza del socialismo reale, quando s'è dovuto scegliere: darsi im-

<sup>54</sup> CROCE 1993, I, p. 54 ss. Plausibile o meno che sia su un piano storico più generale, quell'opinione non regge in prospettiva giuridica: lo Stato italiano mantenne la sua continuità; non è identificabile un momento in cui il fascismo avrebbe determinato una vera e propria «rottura» dell'ordinamento statutario; non pochi istituti fascisti sono sopravvissuti a lungo nell'Italia repubblicana (così PALADIN 1967, p. 888).

<sup>55</sup> Lo sarebbe stato agevolmente, in teoria. Per un verso, perché il *Reich* nazionalsocialista non s'era dato una nuova costituzione (la dottrina dominante era quella dell'inoperatività della Costituzione weimariana in seguito all'entrata in vigore delle leggi naziste). Per l'altro, perché il nazionalsocialismo, abbandonando l'idea della coincidenza fra statualità e politicalità (Schmitt 1932, *passim*), aveva reso «fatto concreto» una «crisi della statualità» (Ciarlo 1988, p. 17) che avrebbe potuto essere simbolicamente contestata proprio con il recupero di Weimar.

<sup>56</sup> DE VERGOTTINI 1998, p. 21.

<sup>57</sup> ALLEMANN 1956.

<sup>58</sup> Li analizza dettagliatamente ALLEMANN 1956, specialmente p. 415 ss.

<sup>59</sup> Cui non a caso fa riferimento ALLEMANN 1956, p. 426. Cfr. *BVerfGE* 2, 12; *BVerfGE* 5, 85, 140. Più di recente, un allentamento di questa rigorosa giurisprudenza in *BVerfG* - 2 BvB 1/13,

mediatamente una nuova costituzione, adottare testi provvisori o richiamare in vita testi costituzionali di precedenti fasi storiche<sup>60</sup>?

Non solo *quanto*, dunque, ma anche *quale* passato: questa è una delle scelte fondamentali d'ogni nuova Costituzione.

*iii*) la terza attiene al *futuro*. È abbastanza diffusa nella letteratura di diritto costituzionale la distinzione fra costituzioni-bilancio e costituzioni-programma. Le prime («rivolte al presente») avrebbero per fine il «dare forma giuridica ad una realtà sociale già esistente»; le seconde avrebbero per fine il «promuovere la trasformazione di tale realtà, indicando gli obiettivi da raggiungere e gli strumenti idonei a tale scopo»<sup>61</sup>. Se la si usa al fine di cogliere i lineamenti predominanti di una singola vicenda costituzionale, a me sembra, si tratta di una coppia oppositiva utile, ma se la si assolutizza, cercando di incasellare le costituzioni nell'una o nell'altra categoria, la rigidità della distinzione rischia di far perdere di vista la complessità degli incroci fra le varie dimensioni temporali della Costituzione. Dimensioni varie che, ovviamente, vengono in considerazione perché qui si muove da una concezione eclettica della storia, non coincidente né con la visione lineare di stampo positivistico né con quella ciclica che, muovendo da Pitagora<sup>62</sup>, passa per l'*anakúklesis* platonica<sup>63</sup> per l'*anakúklosis* polibiana<sup>64</sup>, per l'alternanza vichiana delle forme politico-sociali<sup>65</sup> e giunge alla profezia spengleriana del ripetuto (e ormai – se volesse il suo quadro concettuale – nuovamente prossimo!) avvento del cesarismo<sup>66</sup>.

Abbiamo visto che nessuna scelta costituente può pretendere di librarsi in un presente sradicato dal passato che l'ha preceduto, ma a più forte ragione non può darsi una scelta costituente che sia puntata sul futuro senza avere i piedi fermamente poggiati sulla solida terra del *qui e oggi*. Dare forma all'esistente e progettare il futuro vanno di pari passo e non possono essere disgiunti, perché questo è il destino del sovrano, titolare del potere costituente: «il sovrano rappresenta la storia. Tiene in mano l'accadere storico come uno scettro»<sup>67</sup>, ma poiché la storia si articola in tutte e tre le forme di manifestazione del tempo (sì, anche in quella del futuro, nella misura in cui essa è antevuduta), quello scettro è necessariamente tricipite; la *main de justice*, simbolo (francese) della regalità, se figurativamente è rappresentata con due dita alzate, concettualmente ne ha tre, puntate, ciascuna, su uno dei tre volti di *Krónos*.

<sup>60</sup> Sul punto, fra gli altri, MEZZETTI 2000, specialmente p. 60 ss.

<sup>61</sup> MARTINES 2013<sup>13</sup>, p. 193.

<sup>62</sup> Cfr. i frammenti di testimonianze nn. 1, 8 e, soprattutto, 8a («ciò che una volta è esistito ritorna, [...] nulla è nuovo in senso assoluto») in REALE 2006, p. 227. La concezione pitagorica dell'andamento storico (cosmico) transita nella modernità (attraverso gli stoici: «a intervalli determinati di tempo, periodicamente, Dio risolve in sé l'intera realtà dell'universo e di nuovo la genera da se stesso»: DIOGENE LAERZIO, *Vite e dottrine dei più celebri filosofi*, VII, 138, trad. it. a cura di G. Reale, Milano, Bompiani, 2ª ed., 2006, 855) soprattutto grazie alla sua recezione romana. Sul punto, vd. CARCOPINO 1930, specialmente p. 32 ss.

<sup>63</sup> Pl., *Plt.*, 269e.

<sup>64</sup> Plb., *Hist.*, L. VI, II, 9, 10.

<sup>65</sup> Inutili i richiami, ché tutta l'opera vichiana n'è pervasa.

<sup>66</sup> SPENGLER 1923, *passim*. Ho discusso di questa profezia in LUCIANI 2019, specialmente p. 156 ss.

<sup>67</sup> BENJAMIN 1928, p. 47.

### 3. I molteplici costituzionalismi del Novecento e il rapporto fra conservazione e innovazione

Quale rapporto, dunque, fra conservazione e innovazione nelle costituzioni del Novecento? Per rispondere dobbiamo dare un contenuto minimamente più articolato a questa espressione (“costituzioni del Novecento”).

In astratto, sarebbe ovviamente necessario definire, anzitutto, una nozione di “costituzione”, argomentandone poi le ragioni. Poiché si tratta di un compito impossibile da assolvere in questa sede, mi accontento di precisare che, per quanto mi riguarda, il termine “costituzione” è carico di una storia che va rispettata. Pertanto non può essere utilizzato abusivamente, ad esempio per parlare di una “Costituzione europea”, della quale mancano *tutti* gli elementi (dal monopolio della forza alla definizione della sovranità; dal riconoscimento di un vero popolo europeo alla condivisione del medesimo destino economico-finanziario, ecc.). Tra le costituzioni novecentesche cui qui si farà cenno, dunque, non si troverà quella europea, per la semplice ragione ch'essa non esiste<sup>68</sup>.

Distingueri sei gruppi principali, precisando che il qualificativo “principali” è indispensabile, sia perché l'elenco potrebbe essere più lungo, sia perché non tutte le singole costituzioni possono essere inquadrate senza *distinguo* nell'uno o nell'altro, menzionando, per ciascuno d'essi, solo qualche esempio paradigmatico.

*i)* Il primo è quello delle *costituzioni conservatrici*, cioè delle c.d. *old constitutions* che restarono formalmente invariate al passare da un secolo all'altro, apparentemente insensibili al mutamento profondo dei rapporti sociali che s'andava delineando. Di queste vecchie costituzioni ne sono rimaste, oggi, nel mondo occidentale, solo tre: la statunitense (del 1787), la belga (del 1831) e la norvegese (del 1814). Alcuni ne contano quattro, aggiungendo quella francese, perché la Dichiarazione del 1789 fa parte del «bloc de constitutionnalité»<sup>69</sup>, ma questo sembra un passo classificatorio azzardato (sono cose diverse il permanere nel tempo come diritto costituzionale vigente e l'essere oggetto di recezione da parte di una realtà costituzionale nuova). Quale che sia il loro numero, per queste costituzioni il problema cruciale è lo iato fra le concezioni politico-filosofiche dei fondatori e quelle prevalenti al giorno in cui, di volta in volta, vengono interpretate<sup>70</sup>. Uno iato che solo talvolta è colmato da revisioni formali e non da forzature legislative o giurisprudenziali. Il problema del rapporto fra passato e presente, dunque, è primario nella loro concreta vicenda storica<sup>71</sup>.

<sup>68</sup> Ha scritto di recente WEBER 2019, p. 1, che «the notion of European Constitutional Law is widely accepted among European scholars», ma “widely” non significa “unanimously” (vd., da ultimo, p. es., con ampia argomentazione, YANNAKOPOULOS 2019, specialmente p. 89 ss.) e, soprattutto, lo stesso Weber offre un'ottima ragione per non parlare di una Costituzione europea o di un diritto costituzionale europeo, visto che aggiunge che questo «does not entail necessarily the nature of the EU as a fully-fledged constitution in the traditional sense». E, se non c'è una “costituzione”, non intendo come possa darsi un “diritto costituzionale” europeo, del quale in sua vece – quasi per una sorta di ritegno – si parla.

<sup>69</sup> SMITH 1995, p. XI ss.

<sup>70</sup> Così, esattamente, SMITH 1995, p. XIX.

<sup>71</sup> È per questo che il tema della teoria dell'interpretazione costituzionale non è eludibile. E, a mio avviso, non si risolve opponendo una lettura “descrittiva” di quel che in concreto è accaduto nel corso dei decenni e dei secoli, constatando che il

ii) Il secondo è quello delle *costituzioni della prima democratizzazione*. Si tratta di una fase politico-istituzionale molto complessa, che, almeno se limitiamo lo sguardo all'Europa del Novecento (o ai suoi immediati confini: pensiamo alla Costituzione turca del 1923)<sup>72</sup>, si è dipanata lungo un periodo compreso tra i primi anni del secolo e l'inizio degli anni Trenta, sino alla Costituzione della seconda repubblica spagnola (1931). Una fase che ha visto venire alla luce costituzioni anche di grande importanza, come quella cecoslovacca del 1920 e quella austriaca di pochi mesi successiva (che tutti ricordano perché in entrambe si prevedeva un controllo accentrato di costituzionalità), ma nella quale occupano un posto a parte alcune vere e proprie *costituzioni anticipatrici*, tra le quali vanno segnalate almeno quelle di Portogallo (1911), Messico (1917) e Germania (1919), che si mossero qualche decennio prima lungo un percorso che più tardi sarebbe stato seguito dalla maggioranza delle esperienze costituzionali che poi menzioneremo nel quarto gruppo. Le prime due di queste costituzioni sono rimaste più nell'ombra, ma non per la brevità della loro durata: in questo, infatti, ebbero sorte comuni alla *Reichsverfassung*. Per quella del Messico fu la natura periferica (rispetto all'Europa) di quel Paese che ebbe, a me sembra, un peso decisivo. I suoi contenuti, infatti, erano eccezionalmente innovativi e disegnavano anche la trama di uno Stato sociale *ante litteram*: l'intero Titolo VI (artt. 123 ss.), dedicato alla tutela del lavoro e della previdenza sociale, prevedeva l'orario massimo della giornata lavorativa, il diritto al riposo, il salario minimo, ecc., mentre l'art. 28 c. 2 introduceva addirittura il principio della tutela dei consumatori<sup>73</sup>. Quanto alla Costituzione portoghese, invece, si trattò probabilmente di un difetto di audacia, almeno rispetto alle scelte weimariane. Essa, infatti, si distingueva più per l'opzione (all'epoca ancora eterodossa) a favore della forma repubblicana che per la natura progressiva delle previsioni in materia di rapporti Stato-cittadino. Se si eccettuano l'art. 3 c. 29 («É reconhecido o direito à assistência publica»), e l'art. 4, che conteneva una clausola di apertura nell'interpretazione delle norme sui diritti («A especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma do governo que ela estabelece e dos princípios que consigna ou constam de outras leis»), il contenuto di quelle norme era piuttosto tradizionale e si fondava sul mantenimento del classico binomio proprietà-libertà che aveva segnato tutte le costituzioni borghesi del secolo precedente. La prima guerra mondiale non aveva ancora sconvolto il panorama politico-sociale dell'Europa ed è ben comprensibile che le esigenze dell'innovazione si avvertissero in misura minore di quanto sarebbe accaduto solo pochi anni dopo

---

testo costituzionale, ormai, non è che una parte del materiale del giurista, che opera anche e soprattutto (almeno negli Stati Uniti) sui precedenti giurisprudenziali (nel senso qui criticato, invece, MONAGHAN 1995, specialmente p. 186).

<sup>72</sup> Una Costituzione «non [...] del tutto armonica», ma pur sempre la «Costituzione di uno Stato moderno», scriveva GIANNINI A. 1925, p. 80.

<sup>73</sup> Impegnando il legislatore a sanzionare «todo acuerdo o combinación, de cualquiera manera que se haga, de productores, industriales, comerciantes y empresarios de transportes o de alguno otro servicio, para evitar la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados».

sulle rive dell'Ilm. Weimar sarebbe stata cosa ben diversa e, *echte* o *unechte* che fossero i suoi *Kompromisse*<sup>74</sup>, avrebbe funzionato come punto di riferimento e – visto il suo destino – come segnale d'allarme per tutte le costituzioni che l'avrebbero seguita.

*iii*) Il terzo è quello delle *costituzioni fasciste*. Per la verità, mentre il Portogallo (il cui regime, pur autoritario e liberticida, invero, non intendeva qualificarsi formalmente fascista) si diede una nuova Costituzione nel 1933, Italia, Germania e Spagna preferirono farne a meno, anche se per motivazioni e con strategie politico-istituzionali assai diverse. In Italia, per rafforzare la legittimazione del regime affettando un saldo collegamento alla monarchia, si voleva accreditare l'idea di una continuità con lo Statuto, che infatti rimase formalmente in vigore. In Germania nemmeno ci si curò di abrogare la Costituzione di Weimar e semplicemente la si ritenne *de facto* sostituita da una sorta di *völkische Verfassung* radicata nel sentimento nazionale tedesco, che nemmeno aveva bisogno d'essere scritta (e tuttavia trovava espressione nei documenti programmatici del NSDAP). Neppure in Spagna si sentì la necessità di una nuova Costituzione sostitutiva di quella del 1931 (che si ritenne implicitamente abrogata dall'art. 5 del Decreto n. 138/1936 della *Junta de Defensa Nacional*, a tenor del quale «Quedan derogadas y sin vigor cuantas disposiciones se opongan a este Decreto»), ma le *leyes fundamentales del Reyno* cambiarono esplicitamente la struttura istituzionale dello Stato, modellando il sistema franchista. In tutti e tre i casi una sorta di “indifferenza costituzionale”, più o meno marcata, che sembra in qualche modo segnalare, con il disinteresse per il prodotto (la costituzione) l'avversione per il movimento politico-culturale che l'aveva reclamato (il costituzionalismo).

*iv*) Il quarto è quello delle *costituzioni della seconda democratizzazione*. Anche questa è una fase lunga e articolata, di vera e propria rottura storica, è stato detto<sup>75</sup>, che ospita le costituzioni dell'immediato secondo dopoguerra (basta ricordare Italia e Francia *in primis*); quelle degli anni Settanta, dopo la caduta dei regimi fascisti, in Grecia (1975), Portogallo (1976) e Spagna (1978); quella dei Paesi dell'Europa orientale tra la fine degli anni Ottanta e gli anni Novanta, dopo il crollo del Muro di Berlino. Siamo di fronte a un gruppo molto variegato, ma i punti di contatto e i processi imitativi, talora circolari, consentono di cogliere alcune costanti. Difficile dire, tuttavia, se nell'area UE tali costanti riescano a integrare quelle «tradizioni costituzionali comuni», di cui, con complessa e ottimistica formula, parla l'art. 6 c. 3 del Trattato UE<sup>76</sup>, formula replicata (ma con contenuto normativo in parte distinto)<sup>77</sup> dalla

<sup>74</sup> Nel senso che quei compromessi sarebbero stati “impuri” o “apparenti” (*Scheinkompromisse*), come è ben noto, SCHMITT 1970<sup>3</sup>, p. 31.

<sup>75</sup> Cfr. FIORAVANTI 2016, p. 199 ss.

<sup>76</sup> «I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali».

<sup>77</sup> Nella prima delle previsioni menzionate in nota le tradizioni costituzionali comuni sono evocate a fini costruttivi (per delimitare il campo dei principi generali del diritto dell'Unione); nella seconda, a fini difensivi (per confermare che la Carta di Nizza non impoverisce, ma conferma, il patrimonio di diritti del quale sono titolari i cittadini dell'Unione).

“Dichiarazione relativa alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea”, annessa al medesimo Trattato<sup>78</sup>.

v) Il quinto è quello delle *costituzioni della decolonizzazione*, gruppo ancor più degli altri eterogeneo e privo di un’identità comune, sebbene sovente segnato dal «passaggio da una subordinazione passiva alla potenza straniera a una subordinazione costituzionalmente assicurata a un nuovo potere autoritario»<sup>79</sup>. Il processo costituzionale della decolonizzazione novecentesca è stato suddiviso dalla dottrina comparatistica in vari “cicli”, nel primo dei quali i testi costituzionali delle nuove realtà statali indipendenti sono stati meno distanti, perché largamente ispirati alle tradizioni giuridiche delle vecchie potenze coloniali di riferimento<sup>80</sup>, mentre successivamente, anche per specifiche ragioni politiche interne e generali ragioni geopolitiche esterne, l’allontanamento dal calco coloniale s’è fatto più marcato e l’eterogeneità è cresciuta.

vi) Il sesto è quello delle *costituzioni dei Paesi socialisti*. Quello socialista è un modello scelto da non pochi Paesi usciti dalla decolonizzazione, sicché in questo sesto gruppo vanno classificate solo le esperienze costituzionali dei Paesi che hanno compiuto la scelta socialista o senza avere avuto un passato coloniale (l’URSS) o avendolo superato, almeno formalmente, da tempo (Cuba).

Pur nell’evidente difficoltà di un compito così immane<sup>81</sup>, le ricerche comparatistiche hanno proceduto alla ricostruzione sistematica degli atteggiamenti che, nei sei gruppi segnalati, hanno contrassegnato le singole esperienze costituzionali<sup>82</sup>. Non è un’intrapresa in cui intenda avventurarmi. Non soltanto perché la prospettiva che ho scelto (perché la ritengo particolarmente significativa) è unicamente quella del posizionamento rispetto alla dimensione cronologica, ma anche perché preferisco mettere in luce solo alcune questioni generali che nessuna delle scelte concretamente assunte in ordine a quel posizionamento ha potuto eludere. Le esigenze di un corretto rapporto fra scelte costituzionali e dimensione temporale si sono poste in modo assai diverso in ciascuno dei gruppi che prima ho menzionato, ma possiamo identificare, comunque, alcuni temi fondamentali, d’interesse trasversale, limitandoci a quelli che

---

<sup>78</sup> «La Carta dei diritti fondamentali, che ha forza giuridicamente vincolante, conferma i diritti fondamentali garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri».

<sup>79</sup> DE VERGOTTINI 1998, p. 18.

<sup>80</sup> *Ibidem*, p. 129.

<sup>81</sup> Considero la comparazione una fondamentale risorsa di comprensione del reale, ma ritengo indispensabile la consapevolezza di un suo limite strutturale. Una comparazione pienamente attendibile, a me sembra, richiederebbe la conoscenza approfondita della storia, dell’economia, dei rapporti politico-partitici, della cultura dei sistemi messi a raffronto, ma quando si oltrepassa un certo numero di oggetti di studio questo (fosse pure con l’ausilio degli odierni sistemi informatici) eccede le forze di qualunque ricercatore o gruppo di ricercatori. Come ha osservato André Tunc recensendo *Les grands systèmes de droit contemporains* di René David, si possono ben disegnare dei “sistemi” o delle “famiglie” delle forme di esperienza giuridica, ma facendolo si deve inevitabilmente rinunciare a cogliere le particolarità dei singoli casi che vi collochiamo (TUNC 1965, p. 254). E aggiungo io: se l’esigenza della sistematizzazione impone di mettere in luce più i punti comuni che quelli differenziali, non è detto affatto che questa opzione teorica sia necessariamente sempre vantaggiosa sul piano cognitivo.

<sup>82</sup> Nella letteratura italiana, un ampio studio in questa direzione è quello di MEZZETTI 2000, *passim*.

hanno toccato direttamente il passato e il futuro, perché l'adeguatezza delle costituzioni al loro presente (al presente, cioè, della loro adozione) si costruisce proprio grazie al corretto rapporto con le altre due dimensioni temporali.

#### **4. Le Costituzioni (del Novecento): il passato, il presente e il futuro**

Non fare i conti con il passato è, per una costituzione, impossibile. Facendoli, del resto, la costituzione li fa anche col presente e col futuro, perché tutto quanto resta del passato non è conservato tanto per virtù propria, quanto per la sua capacità di armonizzarsi col presente e di proiettarsi negli anni a venire, che la costituzione aspira a normare. Delle molteplici dimensioni in cui quei conti vanno fatti tratterò solo di quella mitico-simbolica e di quella istituzionale (delle istituzioni di governo, intendo). Trascurerò, invece, perché troppo sondata e ovvia, quella dei rapporti Stato-cittadini (della forma di Stato, per seguire il lessico familiare ai costituzionalisti italiani), nella quale il secolo trascorso ha conosciuto la più accanita lotta costituzionale, lacerato fra rivisitazione dell'individualismo proprietario, compressione autoritaria delle spinte innovatrici, costruzione del nuovo Stato sociale e passaggio al socialismo.

##### **4.1. La dimensione mitico-simbolica**

Le costituzioni sono anche luoghi di riconoscimento simbolico e di costruzione di strutture mitiche. Simboli e miti possono porsi in collegamento con il passato (meglio: con uno dei possibili passati di riferimento) o possono segnare uno stacco netto con tutto ciò che ha preceduto la nuova costituzione o semplicemente con la fase storica immediatamente antecedente. La scelta dipende da ragioni che non esito a definire psicologiche o, se si preferisce, di valutazione politica di esigenze psicologiche.

La rottura con l'ordine previgente, per quanto desiderata e fermamente voluta possa essere, crea sempre tensione psicologica e incertezza: quando si ritiene che il disagio sia molto forte può stimarsi necessario, anche in prospettiva costituzionale, elaborare espedienti lenitivi attraverso il recupero di miti e simboli. Se, invece, si ritiene che il rifiuto del passato sia netto, oppure si pensa di governare il disagio con altri strumenti (fosse pure autoritari), si può stimare necessario operare rotture simboliche o trasformazioni mitiche anche profonde.

Mentre per i simboli (bandiere, inni, stemmi, ecc.) vale l'esatto contrario, il posto del mito in una fonte giuridica qual è una costituzione non è tanto quello del vero e proprio testo normativo, nel quale v'è una difficoltà logica e tecnica a calarlo, quanto quello dell'eventuale preambolo. *Non* redigere un preambolo, pertanto, è anche una scelta di moderazione, che sottrae la costituzione all'arduo compito di definire il mito, rimettendolo, semmai, ai suoi interpreti. Qui la vicenda italiana è illuminante: nessun mito in Costituzione, ma elaborazione dottrinale dei miti, a partire da quello, invero storicamente meno infondato di quanto si pensi, del Risorgimento come nuovo Rinascimento e della Resistenza come nuovo Risorgimento.

Affermare che simbolo e mito hanno posti diversi nelle costituzioni, ovviamente, significa postulare che fra i due si possa concettualmente distinguere. E in effetti, mentre i simboli sono rappresentazioni (grafiche, musicali, ecc.) che, sollecitando complessi processi psicologico-emozionali<sup>83</sup>, evocano altrettanto complesse dimensioni di credenze, identità, storie comuni, i miti sono strumenti di indiretta dimostrazione esemplare di una verità (pensiamo a quello platonico della caverna)<sup>84</sup> o racconti che consentono di cogliere il permanere di coordinate valoriali condivise dagli appartenenti a una comunità<sup>85</sup>. Nondimeno, nell'universo del diritto costituzionale, miti e simboli operano comunque in stretto coordinamento gli uni con gli altri: i miti possono far uso di simboli e i simboli possono rappresentare miti; entrambi, comunque, sono funzionalizzati all'attivazione e alla conservazione di quei meccanismi costitutivi dell'unità delle comunità politiche che la smendiana *Integrationslehre* aveva così bene indagato quando, nei primi anni del Novecento, la sfida del pluralismo li aveva resi drammaticamente necessari<sup>86</sup>.

Ma veniamo, nell'ordine, ai miti e ai simboli per come si presentano nelle costituzioni del Novecento.

i) Nella tradizione occidentale della modernità matura, uscita dalla lotta al potere assoluto dei re, il mito per eccellenza fu quello di una sovranità popolare posta accanto a quella divina, della quale era concepita come una continuazione terrena (da Dio autorizzata) o come un vero e proprio succedaneo, come un Dio in terra che era indispensabile adorare una volta che all'unto dal Dio dei cieli s'era sottratta la corona (e magari s'era tagliata la testa su cui la corona poggiava). In una simile prospettiva l'aggancio al passato esibiva una radicalità assoluta affinché l'azione (rivoluzionaria!) del presente venisse legittimata da un incardinamento addirittura nelle origini: che queste fossero nell'atto creativo della divinità o, più laicamente, nella natura, era irrilevante.

La sostanza del mito si rivela appieno nell'implicito avvicinamento della sovranità popolare a quella divina ogni volta che il potere costituente del popolo è rappresentato come "creatore" di un nuovo ordine o anche semplicemente come "restauratore" dei diritti della natura. Le due concezioni della sovranità popolare come continuazione o come succedaneo di quella divina emergono abbastanza chiaramente, nel Settecento, nella cultura politica statunitense e in quella francese. Per la verità, il Preambolo della Costituzione degli Stati Uniti («We the People of the United States, in Order to form a more perfect Union, establish Justice, insure domestic Tranquility, provide for the common defense, promote the general Welfare, and secure the Blessings of Liberty to ourselves and our Posterity, do ordain and establish this Constitution for the United States of America») e quello della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 («Les représentants du peuple français, constitués en Assemblée nationale

<sup>83</sup> Analogamente, ZAGREBELSKY 2012, p. 24 ss.

<sup>84</sup> Pl., R., VII, 518.

<sup>85</sup> Nel medesimo senso, LONGO 2017, p. 240.

<sup>86</sup> Vd. soprattutto SMEND 1923, p. 83 ss.; SMEND 1928, specialmente p. 136.

[...], ont résolu d'exposer, dans une déclaration solennelle, les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'homme») non bastano a rendere visibile la diversità, ma l'intera storia costituzionale dei due Paesi la dimostra.

Concezioni e formulazioni simili s'incontrano ancora, tardivamente, in testi costituzionali del Novecento.

Per fare un solo, significativo, esempio, il Preambolo della Costituzione polacca del 1997<sup>87</sup> afferma quanto segue:

«noi, Nazione Polacca – cittadini tutti della Repubblica, credendo in Dio, fonte di verità, giustizia, bontà e bellezza, o non condividendo questa fede ma gli stessi valori universali sgorganti da altre fonti, uguali nei diritti e nei doveri verso il bene comune – la Polonia, grati ai nostri antenati per il loro lavoro, per la loro battaglia per l'indipendenza, pagata con immensi sacrifici, per la cultura radicata nell'eredità cristiana della Nazione e nei valori universali, riportandoci alle migliori tradizioni della Prima e della Seconda Repubblica, obbligati a mostrare alle future generazioni quanto di più prezioso da un patrimonio ultramillenario, stretti da vincoli di comunione ai nostri connazionali sparsi per il mondo, consapevoli della necessità di collaborare con tutti i paesi per il bene della Famiglia Umana, memori delle amare esperienze dei tempi in cui le basi della libertà e dei diritti dell'uomo erano nella nostra Patria infrante, desiderando garantire per sempre i diritti dei cittadini, e assicurare all'attività delle istituzioni pubbliche accuratezza e funzionalità, con senso di responsabilità verso Dio e la nostra coscienza, deliberiamo la Costituzione della Repubblica Polacca [...]».

Non mancano, però, i casi in cui l'esaltazione del potere costituente non si rinviene. Questo è forse inevitabile quando non si fa menzione della divinità, come nella Costituzione portoghese del 1976, il cui Preambolo (ove si esordisce ricordando che «a 25 de Abril de 1974, o Movimento das Forças Armadas, coroando a longa resistência do povo português e interpretando os seus sentimentos profundos, derrubou o regime fascista») è essenzialmente una breve lezione di storia della “rivoluzione dei garofani”. Ma è quanto accade anche in casi in cui il richiamo alla divinità è presente, ma il potere costituente del popolo è visto in una prospettiva più sobria e moderata. Penso, ad esempio, alla Costituzione albanese del 1998<sup>88</sup>, il cui Preambolo esordisce con «Noi, genti dell'Albania, orgogliosamente consci della propria storia, responsabilmente verso il futuro, con fede in Dio e/o negli altri valori universali», ma prosegue senza alcuna eccessiva sottolineatura dell'illimitatezza del potere costituente.

<sup>87</sup> Cito dalla traduzione di Diego Conte, che può leggersi *online* all'indirizzo <http://www.consiglioveneto.it/croportal/BancheDati/costituzioni/pl/polonia.pdf>.

<sup>88</sup> La cito nella traduzione di Ana Bregu, che può leggersi *online* all'indirizzo <http://www.giurcost.org/links/Costituzione%20della%20Repubblica%20di%20Albania.htm>.

Pure nelle esperienze costituzionali nelle quali il mito, attraverso un preambolo, emerge anche a livello di fonti normative, l'apporto fondamentale alla costruzione mitica è dato dall'elaborazione culturale, soprattutto degli storici e dei giuristi, chiamati a reperire anche nel passato le ragioni profonde delle scelte costituzionali del presente.

ii) Se il tema dei miti è complesso, quello dei simboli è sterminato: nella stessa dottrina giuridica non mancano studi generali, in particolare, sulle bandiere<sup>89</sup> e sugli inni<sup>90</sup>. Mi limito, dunque, a poche notazioni, che mi paiono particolarmente significative, considerando solo il simbolo per eccellenza, cioè la bandiera.

Quando si crea un nuovo ordine costituzionale la scelta della bandiera nazionale è davvero cruciale. La vicenda della Confederazione americana, che prima ho sommariamente ricostruito, è davvero emblematica e non poteva non essere ricordata: staccarsi dal passato o richiamarlo? Simboli proiettati nel futuro o memorie della propria storia? E, in questo secondo caso, di quale parte della propria storia? Opzioni multiple, declinate, di fatto, in modi assai diversi.

Un primo modello è quello della *continuità*. Il cambio di regime non comporta alcuna innovazione simbolica: si resta dove si era, nel presupposto d'essere gli eredi di una tradizione solo abusivamente occupata da chi ci ha preceduti. È, questo, il caso italiano<sup>91</sup>. La nostra bandiera ha una rimarchevole storia di stabilità. Nata come simbolo repubblicano, essa viene assorbita nell'ordine monarchico grazie all'imprevisto (ma lungimirante) passo compiuto da Carlo Alberto. Lo Statuto, concesso il 4 marzo del 1848, non faceva menzione del tricolore, anzi, all'art. 77, disponeva che «lo Stato conserva la sua bandiera, e la coccarda azzurra è la sola nazionale». Solo pochi giorni appresso, però, il 23 marzo 1848, il re, nel proclama che dava inizio alla I Guerra di indipendenza<sup>92</sup>, rovesciava completamente la situazione, dichiarando che «per viemmeglio dimostrare con segni esteriori il sentimento dell'unione italiana, vogliamo che le Nostre truppe, entrando sul territorio della Lombardia e della Venezia, portino lo scudo di Savoia sovrapposto alla Bandiera tricolore italiana». Una decisione storica, che assumeva il tricolore come simbolo *nazionale*, privandolo della carica sovversiva, repubblicana, dalla quale – assai più di quello francese –<sup>93</sup> era stato segnato per cinquant'anni, e consegnandolo a *tutti* come di *tutti* il segnacolo di riconoscimento. Proprio per questo nessuno, in nessun cambio di regime, avrebbe osato abbandonare il tricolore: non lo fece la RSI, non l'ha fatto la Costituente repubblicana. Certo, la rimozione dello scudo Savoia era doverosa, ma il tricolore era e doveva restare il simbolo dell'unità del popolo italiano, al di là delle vicende storiche che l'avevano segnato.

Il secondo modello, opposto, è quello della *rottura*. Questa è una scelta che sovente hanno compiuto le costituzioni della decolonizzazione, per marcare con nettezza il distacco dal

---

<sup>89</sup> HÄBERLE 2008.

<sup>90</sup> HÄBERLE 2007.

<sup>91</sup> Per la cui analisi mi permetto di rinviare a LUCIANI 2018 e alle indicazioni bibliografiche *ivi* offerte.

<sup>92</sup> Può leggersi in BELLOCCHI 1996, p. 224.

<sup>93</sup> Che era nato dall'aggiunta del dinastico bianco al rosso e al blu dei rivoluzionari parigini, proponendosi, all'inizio, non già come simbolo puramente repubblicano, ma come simbolo d'un compromesso fra monarchia e repubblica (vd., sul punto, di nuovo LUCIANI 2018, p. 33).

recente passato di dipendenza. Fra tutti, comunque, va segnalato l'interessante caso del Sudafrica. Nel momento della fine dell'*apartheid* la consapevolezza dell'importanza dei simboli fu acquisita assai rapidamente e non a caso, già nel 1993, si costituì una *Commission on National Symbols*, che doveva sottoporre le proprie ipotesi al *Negotiating Council*. Quanto alla bandiera, la Commissione dovette rispettare alcune linee direttive, fra le quali spiccava quella di tenere conto dell'inserimento del Sudafrica nel contesto africano. Il procedimento, peraltro, divenne rapidamente più complesso, con la partecipazione anche di agenzie pubblicitarie private e di un comitato tecnico nominato dal governo provvisorio, che infine stabilì la foggia provvisoria della bandiera nel 1994, in tempo per le prime elezioni legislative a suffragio universale. Foggia provvisoria che, però, divenne definitiva per scelta dell'Assemblea costituente nel 1996, sicché l'art. 5 della nuova Costituzione dispone che «the national flag of the Republic is black, gold, green, white, red and blue, as described and sketched in Schedule 1». La vicenda ha assunto, di recente, anche tratti di pressante attualità, perché l'*Equality Court* di Gauteng, Johannesburg, sedendo anche come *High Court of South Africa*, con sentenza in data 21 agosto 2019, nel caso EQ 02/2018, *Nelson Mandela Foundation Trust e altri*, ha statuito che «the display of the old national flag of South Africa» costituisce: a) «hate speech»; b) «unfair discrimination on the basis of race»; c) «harassment». Una decisione obiettivamente molto delicata (e chissà quanto politicamente condivisibile per lo stesso Mandela, se oggi fosse con noi), questa, che non a caso ha dato luogo a un aspro dibattito.

Il terzo modello è quello del *recupero*. In questo caso il rifiuto dei simboli del regime precedente si unisce al recupero, appunto, di quelli di un regime ancor più risalente, al quale ci si vuole in qualche misura riagganciare per le ragioni politiche più varie. È questo il caso della Federazione russa, che ha sostituito la bandiera con falce e martello in campo rosso con il tricolore a strisce orizzontali bianco, blu e rosso. Una foggia, questa, tardo-zarista, la cui scelta si deve probabilmente più alla volontà di sottolineare il destino imperiale della Russia (del resto, Mosca non è forse concepita come la «terza Roma»?) che a quella di segnalare una continuità di coordinate assiologiche con il regime degli zar.

Il quarto modello, infine, il più articolato, è quello del *compromesso*. In questo caso si cerca di conciliare la necessità di marcare il distacco dal regime precedente con quella di non rompere la continuità della storia nazionale, intessendo una complessa trama di richiami e di innovazioni, nella quale il passato è variamente rappresentato, in negativo (con la cancellazione di alcuni simboli) o in positivo (con la perpetuazione di altri). Uno dei casi più interessanti è quello della bandiera repubblicana portoghese, definita dalla Costituzione del 1911. I colori monarchici (il bianco e l'azzurro) dovevano essere necessariamente banditi, ma se tutta la simbologia monarchica fosse stata abbandonata il prezzo pagato sarebbe stato troppo alto, perché la monarchia portoghese (al contrario d'altre) era senza macchia ed era stata protagonista non solo del processo di unificazione nazionale, ma anche della cacciata dei mori dalla penisola iberica e dell'espansione trasmarina, mitizzata come vicenda di esportazione della civiltà occidentale in tutto il mondo. La soluzione escogitata fu abilissi-

ma<sup>94</sup>, anche se va detto che la bandiera portoghese non è certo una bandiera “giusta” secondo i dettami della vessillologia (è troppo complicata e difficile da disegnare) o secondo quelli dell’araldica (mette a contatto due colori che l’araldica medievale imponeva di separare con una fascia intermedia, bianca o gialla)<sup>95</sup>. In sintesi: a) al posto del bianco e dell’azzurro subentrano il verde (simbolo repubblicano, positivista e massonico)<sup>96</sup> e il rosso (simbolo del sangue dei patrioti); b) il rapporto fra i due colori è sostanzialmente paritario, perché il rosso occupa la parte più grande della bandiera, ma il verde sta al posto d’onore, accanto all’asta; c) al centro (non della bandiera, ma) della linea di confine fra i due colori si situa uno stemma molto complicato, nel quale alla sfera armillare del re Manuel I (simbolo della potenza marina portoghese) si sovrappone il tradizionale scudo dei re portoghesi, con le cinque *quinas* al centro (cinque scudi, che simboleggiano i re mori sconfitti da Alfonso I a Ourique, recanti cinque piccole macchie bianche, a loro volta simboleggianti le cinque ferite di Cristo) e attorno una bordatura con sette castelli (simbolo della *Reconquista*). L’equazione a due incognite (un passato da conservare e uno da rifiutare) è stata così brillantemente risolta<sup>97</sup>.

#### 4.2. La dimensione istituzionale

La questione del passato, così visibilmente percepibile nel mondo dei miti e dei simboli, è presente anche in quella meno coinvolgente emotivamente, ma certo non meno importante, delle istituzioni.

Le forme giuridiche possiedono una naturale vischiosità, che non solo le rende refrattarie al cambiamento, ma le fa capaci di riprodursi anche in tempi successivi a quello del loro primo concepimento. Non solo. Le costituzioni plasmano la *forma mentis* dei loro stessi interpreti e anche dopo il cambiamento costituzionale inducono il mantenimento di attitudini analitiche e ricostruttive spesso inadatte alla comprensione del nuovo, che tuttavia si solidificano, si perpetuano e diventano *idées reçues* anche nel mutato scenario ordinamentale. Questo della forza d’inerzia degli antichi schemi concettuali mi sembra il terreno più interessante da sondare, perché, anche qui, troppo studiate per essere ancora riprese sono le questioni del peso del passato nell’opzione in favore del bicameralismo; del peso del futuro nella scelta del sindacato (in genere accentrato) di costituzionalità; del peso dell’uno o dell’altro nella definizione del tipo di Stato, unitario o federale che sia.

Venendo, dunque, alle resistenze culturali degli interpreti, se ne possono segnalare soprattutto due, che emergono con chiarezza proprio nel dibattito scientifico italiano: l’incapacità di

<sup>94</sup> È attentamente ricostruita in METELO DE SEIXAS 2019.

<sup>95</sup> PASTOUREAU 2004, p. 294 ss. Lo stesso A. (p. 281) osserva che oltre l’80% delle bandiere contemporanee rispetta le antiche prescrizioni dell’araldica medievale.

<sup>96</sup> METELO DE SEIXAS 2019, p. 93.

<sup>97</sup> Consentendo alla bandiera di passare indenne attraverso l’*Estado novo* di Salazar e il ristabilimento della democrazia con la Rivoluzione dei garofani (cfr. METELO DE SEIXAS 2019, p. 108 ss.).

cogliere la grande novità delle norme costituzionali su diritti e programmi sociali; il perdurante successo della dottrina ottocentesca del potere neutro. Vediamo.

i) La prima questione parrebbe essere stata risolta una volta per tutte dalla sentenza che inaugurò la giurisprudenza della Corte costituzionale, che in genere si dice ha fatto giustizia della dottrina delle norme programmatiche. Un supplemento di riflessione, tuttavia, appare necessario<sup>98</sup>.

Quella sulle norme programmatiche, infatti, è una discussione che ha assunto i toni dell'agiografia, se non della trama cinematografica: ci sono i buoni (alcuni giudici di merito, alcune sezioni semplici della Suprema Corte); ci sono i cattivi (altri giudici di merito e le Sezioni Unite della Cassazione); c'è l'eroe che salva i buoni dai cattivi (la Corte costituzionale). Lo schematismo di questa ricostruzione non mi ha mai convinto e credo che la cosa più interessante da fare sia vedere cosa ci fosse sotto il duro scontro che mise a rumore il mondo giuridico fra l'entrata in vigore della Costituzione e il 5 giugno del 1956, giorno in cui la Corte costituzionale depositava la propria prima sentenza, che almeno in apparenza metteva fine alle ostilità. Cosa ci fosse, dunque, ma anche cosa ancora oggi sia rimasto di quella grande questione, ammesso che qualcosa ancora ne sia davvero rimasto (e dico subito che secondo me, sia pure in prospettiva assai mutata, molto tutt'oggi ne traluce).

Quali fossero i termini della questione e quali le posizioni teoriche è noto e basta limitarsi a qualche cenno.

Paradigmatico era stato il problema del rapporto fra l'art. 113 del T.U.L.P.S. del 1931<sup>99</sup> e l'art. 21 Cost.: il primo era stato abrogato per incompatibilità a seguito dell'entrata in vigore del secondo oppure l'abrogazione non si era prodotta, poiché la natura dell'art. 21 Cost. programmatica e non precettiva l'aveva impedito?

La prima posizione fu sostenuta, ad esempio, dalla sentenza Cass. Pen., sez. III, 24 gennaio 1950<sup>100</sup> e, in buona sostanza, si risolveva in questo: per quanto il dettato costituzionale fosse d'ampia portata, la sua "integrazione" da parte del legislatore non era necessaria, sicché

<sup>98</sup> Mi permetto di riprodurre, anche testualmente, le considerazioni che facevo in un saggio frutto di una relazione tenuta al Convegno organizzato dal CSM a Torino, il 6 marzo 2012 (LUCIANI 2012, p. 75 ss.), sol perché la pubblicazione in cui è ospitato ha avuto limitatissima diffusione.

<sup>99</sup> Così il comma 1: «salvo quanto è disposto per la stampa periodica e per la materia ecclesiastica, è vietato, senza licenza dell'autorità locale di pubblica sicurezza, distribuire o mettere in circolazione, in luogo pubblico o aperto al pubblico, scritti o disegni».

<sup>100</sup> *Rossi e Fatti*, in *Sinossi giur.*, marzo-maggio 1950, fasc. 644. In essa così si scrisse: «è evidente che si è voluto coll'art. 21 abolire ogni controllo anteriore alla sua espressione, che è sottoposta solo a quello successivo dell'A. giudiziaria, ove concreti un illecito penale (diffamazione, vilipendio, ecc.). Indiscutibile conseguenza di questa premessa è pertanto l'incompatibilità dell'art. 113 della legge di P.S., che tali preventivi controlli stabilisce, con l'art. 21 della Costituzione, secondo l'opinione in dottrina stabilita da chiari autori. [...] Le norme consacranti diritti di libertà sono, di massima, precettive e di immediata applicazione, purché non abbiano bisogno di essere integrate dal legislatore ordinario (Sez. unite, 7 febbraio 1948). E la norma dell'art. 21 risponde a tali requisiti per la sua formula completa, categorica, sostanzialmente analoga a quella dell'art. 111 successivo, relativamente alla quale questo supremo Collegio già ha riconosciuto natura precettiva (Sez. unite, 25 giugno 1949)».

la norma di legge che disponeva in difformità doveva ritenersi implicitamente abrogata per incompatibilità<sup>101</sup>.

La seconda posizione trovò accoglienza nella sentenza Cass. Pen., S.U., 15 aprile 1950<sup>102</sup>, e in buona sostanza si risolveva in questo: l'art. 21 conteneva precetti non definiti, sicché un contrasto diretto e puntuale non si poteva determinare e di abrogazione non si poteva parlare.

Entrambe le pronunce, si badi, postulavano l'esistenza della categoria delle norme "programmatiche", ma mentre la prima (secondo l'orientamento – poi abbandonato – che in quel torno di tempo andava sostenendo Vezio Crisafulli) ravvisava la programmaticità nell'assunzione del legislatore a destinatario esclusivo della norma costituzionale, la seconda la ravvisava nella peculiare genericità o vaghezza di questa.

È evidente che sulla discussione gravava una pesante ipoteca dommatica, cioè che i rapporti tra la Costituzione e le leggi anteriori potessero ricostruirsi solo nei termini dell'abrogazione e non in quelli dell'invalidità. Se, infatti, si fosse applicato il criterio gerarchico e non quello cronologico, la problematica sarebbe stata impostata in termini più corretti e anche le soluzioni prospettate avrebbero potuto essere più attentamente costruite.

Appunto il tema della gerarchia tra le fonti, e dunque dell'ammissibilità del sindacato di costituzionalità sulle leggi anteriori alla Costituzione, s'intersecava fatalmente con quello della natura programmatica o precettiva delle norme costituzionali e ne condizionava la soluzione: se infatti si fosse ammesso che le leggi anteriori alla Costituzione si potevano qualificare *invalidae* ove con essa contrastanti, la natura delle norme-parametro sarebbe divenuta recessiva, perché da molto tempo, ormai, l'ordinamento si era abituato ad ammettere l'invalidità di un atto anche in carenza di un contrasto diretto e puntuale con un paradigma normativo di altrettanto puntuale precettività. L'intera vicenda della giustizia amministrativa, dall'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato in poi, era orientata in questo senso e, se si vuole, addirittura la stessa elaborazione del vizio di eccesso di potere poteva essere ricostruita nella chiave dell'ammissione di vizi derivanti dal contrasto con paradigmi fluidi ed elastici.

I tempi, però, non erano maturi perché si giungesse a un simile approdo: la Costituzione aveva costruito un sindacato accentrato di costituzionalità, ma l'organo cui l'aveva affidato non era ancora in funzione, sicché era fatale che le istituzioni cui, nelle more, era stato affidato il

---

<sup>101</sup> È interessante ricordare che, dopo la pronuncia delle Sezioni Unite che appresso si menziona, la Sez. III penale mutò indirizzo e affermò che «per mancanza di concretezza conviene attribuire all'art. 21 della Costituzione l'efficacia di semplice, per quanto solenne, monito rivolto, oltre al futuro legislatore, anche agli altri poteri dello Stato, di guisa che, nel sistema delle leggi vigenti esso non venga trascurato dagli organi giudiziari e da quelli amministrativi».

<sup>102</sup> Bonazzi, in *Sinossi giur.*, marzo-maggio 1950, fasc. 644. In essa così si scrisse: «il citato articolo [e cioè l'art. 21 Cost.], per la sua astratta dizione, non ha carattere precettivo di valore attuale, contenendo solo principi direttivi e programmatici che hanno bisogno di essere concretati e completati da ulteriori leggi ordinarie, le quali dovranno altresì fissare i limiti della libertà di manifestazione del pensiero che nell'articolo stesso non è stabilita in modo indiscriminato. [...] È da aggiungere che la dizione usata dal comma 2 ("la stampa non può essere soggetta ad autorizzazioni o censure") si adegua assai più ad una norma direttiva e programmatica, che non ad una norma precettiva di immediata applicazione, quale sarebbe apparsa quella del comma in questione se si fosse usata la diversa formulazione "la stampa non è soggetta ad autorizzazioni o censure"».

controllo di costituzionalità<sup>103</sup> lo esercitassero secondo i moduli concettuali e argomentativi cui erano abituati.

I giudici italiani, a questo proposito, erano in possesso della conoscenza della problematica dell'abrogazione più raffinata che si potesse desiderare, mentre esitavano – comprensibilmente –, ad applicare al contrasto tra Costituzione e legge un criterio gerarchico che (nelle more della concreta istituzione della Corte costituzionale) avrebbe imposto di raggiungere il medesimo esito già determinatosi quanto al contrasto tra legge e regolamento: la disapplicazione. La tradizione del precedente ordinamento statutario e la difficoltà di abbandonare, tutto d'un tratto, il principio di supremazia della legge rendevano questa strada particolarmente impervia e suggerivano di imboccare il più agevole sentiero tracciato dal criterio cronologico.

La limitazione dell'orizzonte al criterio cronologico (e dunque all'abrogazione) portava con sé l'accentuazione dell'importanza di due elementi che non sarebbero stati altrettanto centrali se si fosse entrati nell'universo del criterio gerarchico (e dunque dell'invalidità): la puntuale precettività della norma-parametro; il puntuale contrasto fra la norma-oggetto e la norma-parametro. Il principio di esclusione, che, nell'ipotesi del contrasto fra due previsioni normative, impone di applicare o l'una o l'altra, si può declinare nelle varieguate forme dei singoli criteri per la risoluzione delle antinomie tra le fonti, ma l'opzione per l'una o per l'altra non è innocente e non è priva di conseguenze.

Che serie difficoltà si sarebbero verificate all'avvento della Costituzione repubblicana e che gli apparati giuridici avrebbero faticato a trovarne l'esatta collocazione nel sistema delle fonti era inevitabile. Da tempo insisto<sup>104</sup> sull'erroneità della diffusa tesi che concepisce lo Stato costituzionale di diritto (fondato sulla Costituzione rigida e sul controllo di legittimità delle leggi) come il pacifico e logico svolgimento dello Stato di diritto (fondato sul primato della legge e sulla impensabilità salvo ipotesi eccezionali di un suo vizio). Non è, infatti, così.

Lo Stato costituzionale di diritto non è nato d'un colpo, ma è scaturito dalla crisi dello Stato di diritto (che si era dimostrato incapace, negli Stati Uniti, di governare i grandi processi di trasformazione del capitalismo e, in Europa, di impedire la legittimazione dei totalitarismi, dei quali secondo alcuni aveva semplicemente certificato la regolarità formale). Ne è derivato che la legalità costituzionale è succeduta e si è sovrapposta alla legalità legale, che le preesisteva e aveva già costruito i propri schemi di funzionamento e le proprie istituzioni di garanzia. L'avvento di altre strutture ordinamentali e soprattutto di nuove istituzioni preposte alla funzione di garanzia ha sconvolto il panorama precedente e ha posto il problema della conciliazione, con queste, di quelle che l'ordinamento già conosceva. I noti (sebbene quantitativamente limitati) episodi di "guerra" tra la Corte costituzionale e la Corte di cassazione stanno a testimoniare la delicatezza del problema e l'esistenza di due distinte sfere della legalità, la cui armonizzazione è tutt'altro che automatica. Già prima che la questione si ponesse

<sup>103</sup> I giudici comuni, ai sensi del comma 2 della VII Disposizione transitoria e finale.

<sup>104</sup> E sono in buona compagnia: vd. ancora FIORAVANTI 2016, specialmente p. 201 ss.

nei termini del confronto-scontro fra le due istanze di garanzia, però, essa aveva avuto modo di mostrarsi in quelli dell'interpretazione della Costituzione e del suo rapporto con le altre fonti dell'ordinamento: il passato non si poteva cancellare d'un tratto e le sue vestigia costituivano pur sempre il sedime di fondazione del nuovo edificio ordinamentale.

Una netta cesura storica separa, dunque, il modello ottocentesco dello Stato di diritto da quello novecentesco dello Stato *costituzionale* di diritto. Se l'Ottocento – come ha mostrato Pierre Rosanvallon – è nella dimensione politica il secolo della lotta per il suffragio universale<sup>105</sup>, in quella istituzionale è il secolo del consolidamento della realtà e del mito della centralità della legge (realtà e mito che troveranno la loro più compiuta ricostruzione critica in Carré de Malberg)<sup>106</sup>. Il Novecento, invece, è il secolo del disincanto e dell'aspirazione alla costruzione di una rete di protezione dei diritti che sappia essere più salda di quella intrecciata dai fili della legge. È, in sintesi, il secolo della crisi della legge.

Era fatale, dunque, che un simile passaggio epocale avesse difficoltà a essere assorbito da strutture ordinamentali concepite in tutt'altra atmosfera politico-istituzionale. Eppure, sul piano dommatico la questione sarebbe stata di grande semplicità. Come scrisse Crisafulli già nel 1952, «una Costituzione, come qualsiasi altra legge, è anzitutto e sempre un atto normativo»<sup>107</sup>. In questo modo, sebbene lo stesso Crisafulli non lo ricordasse esplicitamente, il problema dell'antinomia tra legge e Costituzione veniva impostato come già il *Chief Justice* Marshall aveva indicato nel 1803: se la Costituzione è *paramount law*, è la Costituzione, non la legge, che deve prevalere. Dunque, come si legge in *Marbury vs. Madison*, «Between these alternatives there is no middle ground. The Constitution is either a superior, paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is on a level with ordinary legislative acts, and, like other acts, is alterable when the legislature shall please to alter it».

Se, come è giocoforza fare, si opta per la prima alternativa, la conseguenza è che la legge contraria alla Costituzione è invalida:

«If the former part of the alternative be true, then a legislative act contrary to the Constitution is not law; if the latter part be true, then written Constitutions are absurd attempts on the part of the people to limit a power in its own nature illimitable».

Data questa logica premessa la conseguenza è infallibile: la legge è invalida in presenza di *qualunque* forma di contrasto con *qualunque* norma della Costituzione, nessuna esclusa. Il grado di difformità, che può essere importante nell'apprezzamento di un'intervenuta *abrogazione*, non conta quando ci si trova sul terreno dell'*invalidità*, perché il criterio gerarchico non conosce le medesime *nuances* di quello cronologico, non tollera problematiche coesistenze, ma impone l'espunzione dall'ordinamento (o quanto meno la disapplicazione) della norma di fonte inferiore che sia in contrasto con quella superiore.

<sup>105</sup> Vd., in particolare, ROSANVALLON 2000, specialmente p. 155 ss.

<sup>106</sup> CARRÉ DE MALBERG 1931, *passim*.

<sup>107</sup> CRISAFULLI 1952, p. 128.

Come dicevo prima, il principio del primato della Costituzione in quanto *paramount law* non bastò alla nostra giurisprudenza per risolvere compiutamente il problema dell'antinomia tra Costituzione e legge: scartata l'ipotesi dell'invalidità sopravvenuta una volta che si era operato l'indebito slittamento dal criterio gerarchico a quello cronologico, si aprivano le porte alla contaminazione della problematica del primato della Costituzione con quella dell'abrogazione, che, come accennato, implica l'applicazione di schemi concettuali affatto inadatti alla soluzione delle nuove questioni poste dall'avvento di una Costituzione rigida. Di tutto questo fu pienamente consapevole la Corte costituzionale, che nella sentenza n. 1 del 1956 esordì proprio contestando il metodo seguito sino allora. Si legge, infatti, in quella decisione, che «non occorre [...] fermarsi ad esaminare se e in quali casi, per le leggi anteriori, il contrasto con norme della Costituzione sopravvenuta possa configurare un problema di abrogazione [...]. I due istituti giuridici dell'abrogazione e della illegittimità costituzionale delle leggi non sono identici fra loro, si muovono su piani diversi, con effetti diversi e con competenze diverse. Il campo dell'abrogazione inoltre è più ristretto, in confronto di quello della illegittimità costituzionale, e i requisiti richiesti perché si abbia abrogazione per incompatibilità secondo i principi generali sono assai più limitati di quelli che possano consentire la dichiarazione di illegittimità costituzionale di una legge».

Conclusioni ineccepibili, ma che – come ho cercato di dimostrare qui sopra – solo la Corte costituzionale, solo il giudice chiamato in posizione di monopolio a esercitare il rivoluzionario potere di annullamento delle leggi, poteva, probabilmente, raggiungere in quel momento storico. La resistenza delle costruzioni concettuali sollecitate dal precedente assetto costituzionale era vinta, non a caso, da un'istituzione nuova, che il passato non aveva conosciuto.

*ii)* Veniamo all'altra incrostazione dommatico-concettuale.

Nella concezione ancor oggi predominante il nostro capo dello Stato è visto come titolare di un “potere neutro”. Per la maggioranza degli studiosi che la pensano così, questa qualificazione si fonda sul fatto ch'egli sarebbe titolare, essenzialmente, solo di poteri di interdizione, ma non manca chi la fa risalire alla sua funzione di organo di garanzia<sup>108</sup>. Da tempo considero questa diffusa opinione non convincente.

La sua ascendenza storica è chiara: la dottrina constantiana del *pouvoir neutre*, che a me sembra, invece, inutilizzabile<sup>109</sup>. Inutilizzabile, insisto, proprio perché elaborata nel passato e per intendere passate istituzioni, oggi non più esistenti e indebitamente riesumate. A Constant, infatti, essa serviva per razionalizzare la complessa struttura della monarchia costituzionale, nella quale l'assemblea rappresentativa si era emancipata solo parzialmente da un *roi* che, certo, *ne gouverne pas*, epperò tuttora *regne*. E quella dottrina, a sua volta, va considerata il frutto di una riesumazione, se si vuole di origini ancor più nobili, della distinzione medievale

<sup>108</sup> Così MARTINES 1996, p. 624: «Il Presidente della Repubblica è [...] un “potere neutro” [...] proprio in ragione della funzione di garanzia a lui assegnata dall'ordinamento».

<sup>109</sup> Le considerazioni che seguono sono state sviluppate soprattutto in LUCIANI 2017, p. 1 ss.

fra i *duo magna luminaria*, che troviamo nella decretale *Solitae* di Gregorio IX<sup>110</sup>, a sua volta figlia (ma – diciamo – illegittima, perché l’interpretava in senso assai più favorevole al potere spirituale) di quella gelasiana delle due spade<sup>111</sup>.

Orbene, se già questa serie di riesumazioni rende sospetto il mantenimento di un simile quadro concettuale, quel che più conta è che tutte le teorie dualiste della sovranità sono tipiche di fasi politiche o costituzionali nelle quali la questione del sommo potere è ancora *in-decisa*<sup>112</sup>. Era esattamente questa la condizione nella quale si trovava la monarchia costituzionale francese nella prima metà dell’Ottocento e d’essa Constant si faceva puntuale interprete<sup>113</sup>, ma non è questa la condizione delle democrazie contemporanee, che confidano la sovranità al popolo. Riproporre quella ricostruzione e il suo lessico in una condizione costituzionale totalmente diversa appare davvero un controsenso. Se parlando di “potere neutro” a proposito del nostro Presidente della Repubblica s’intende fare riferimento a un potere lontano dalla politica, non c’è bisogno di sottolinearlo, si dice qualcosa del tutto al di fuori della realtà. Se, invece, ci si limita ad alludere a un potere semplicemente non partigiano, si usa la terminologia sbagliata (magari perché ingannati dal fatto che in francese “neutro” e “neutrale” si rendono sempre con “*neutre*”).

Insomma, nonostante il consenso che questa dottrina ha ricevuto anche da parte di alcuni Presidenti della Repubblica, il suo uso è un errore. Nella condizione costituzionale *in-decisa* della monarchia costituzionale essa serviva a conservare al capo dello Stato alcuni poteri di primario rilievo politico, che contraddittoriamente i suoi odierni sostenitori, invece, vorrebbero sottratti al nostro Presidente della Repubblica. Ma, soprattutto, una dottrina adatta a una condizione dualistica è inservibile in una condizione monistica: cosa ha da spartire la nostra Costituzione con quella francese della Restaurazione, se allora la questione dell’appartenenza della sovranità non era stata ancora definita (sovrano è il parlamento, il re, o l’unione di entrambi?), mentre oggi non sussistono dubbi sull’appartenenza della sovranità al popolo? Le categorie del dualismo costituzionale, insomma, sono inutilizzabili nelle atmosfere del monismo.

Si potrebbe obiettare che, per la vischiosità ch’io stesso ho prima ricordato, potrebbe essere la stessa Costituzione repubblicana ad aver conservato alcuni elementi costitutivi di quella monarchico costituzionale, sicché i sostenitori della dottrina qui criticata non farebbero altro che adeguarsi al dato normativo. Ma sarebbe un’obiezione senza fondamento.

Quando, a causa di quella vischiosità, le costituzioni conservano alcuni istituti del passato, non mettono comunque in discussione i principi costitutivi del nuovo ordine che vanno

<sup>110</sup> Poi trasfusa nel *Liber Extra* L. I, Tit. XXXIII, Cap. VI.

<sup>111</sup> L’epistola di Papa Gelasio I all’Imperatore Anastasio si trova in PL 59.41-47.

<sup>112</sup> La dottrina dei *duo luminaria* sembra istruttiva anche quanto alla polemica che, come ben si sa, oppose Erik Peterson (vd., in particolare, PETERSON 1935) a Schmitt (vd., in particolare, SCHMITT 1934, p. 32 ss.; SCHMITT 1970) quanto all’origine teologica dei concetti politici ovvero all’origine politica dei concetti teologici. Teologica e politica all’un tempo, la dottrina di cui si dice nel testo parrebbe determinare un’inattesa *coincidentia oppositorum*.

<sup>113</sup> CONSTANT 1815, p. 34 ss.

costruendo, perché non deve esserci contraddizione fra il passato che resta e il nuovo che sopraggiunge. Pensare che la scelta monista della nostra Costituzione, formalizzata *in capite libri* con la severa affermazione dell'appartenenza della sovranità al popolo, sia poi smentita dalla disciplina della Presidenza della Repubblica è, a me pare, un azzardo teorico del tutto inappropriato.

## 5. In chiusura

La partita del tempo è forse la più delicata che i fondatori di un nuovo ordine costituzionale siano chiamati a giocare, perché definire male l'equilibrio fra innovazione e conservazione può determinare gravi problemi di legittimazione e di consenso. Se davvero «la légitimité n'est qu'un système de croyances»<sup>114</sup>, le credenze legittimanti vanno alimentate attraverso l'uso sapiente di plurime strategie (molte delle quali lucidamente antevolute nella ciceroniana definizione di *populus*)<sup>115</sup>: la rassicurazione sulla continuità della comunità politica; la definizione di una tavola di valori condivisi; l'attività di produzione mitico-simbolica; il disegno di regole giuridiche comuni; l'identificazione di un patrimonio di interessi condivisi; il radicamento nel presente e la proiezione nel futuro dell'impegno sociale a soddisfare i bisogni individuali e collettivi. Non è un compito da poco. Soprattutto, non è un compito che si possa assolvere senza forze politico-sociali generatrici di identità, catalizzatrici di consenso, mobilizzatrici di partecipazione civica. Questo seppero fare i vecchi partiti, tanto da meritarsi l'appellativo (critico e laudatorio all'un tempo) di “nuovo principe”. E oggi?

## References

- ALLEMANN 1956 = F.R. ALLEMANN, *Bonn ist nicht Weimar*, Köln-Berlin 1956.
- BELLOCCHI 1996 = U. BELLOCCHI, *Il Tricolore. Duecento anni. 1797-1997*, Modena 1996.
- BENJAMIN 1928 = W. BENJAMIN, *Ursprung des deutschen Trauerspiels*, Berlin 1928 [trad. it.: E. FILIPPINI, *Il dramma barocco tedesco*, Torino 1980].
- BLACKMON 2008 = D.A. BLACKMON, *Slavery by Another Name. The Re-Enslavement of black Americans from the Civil War to World War II*, New York 2008.
- CARCOPINO 1930 = J. CARCOPINO, *Virgile et le mystère de la IV<sup>e</sup> Églogue*, Paris 1930 [trad. it.: D. MAZZONE, *Virgilio e il mistero della IV Egloga*, Roma 2001].
- CAREY 1995 = G.W. CAREY, *Preface*, in W. KENDALL, G.W. CAREY, *The Basic Symbols of the American Political Tradition, with a new preface*, Washington D.C. 1995, pp. IX-XXIII.
- CARRÉ DE MALBERG 1931 = R. CARRÉ DE MALBERG, *La Loi, expression de la volonté générale. Étude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875*, Paris 1931.

<sup>114</sup> DUVERGER 1961, p. 47.

<sup>115</sup> Cic., Rep., I, 39.

- CATTON 1956 = B. CATTON, *This Hallowed Ground. A History of the Civil War*, New York 1956.
- CIARLO 2000 = P. CIARLO, *Verso una costituzione normale. 1948 e dintorni*, in AA.Vv., *La nascita delle costituzioni europee del secondo dopoguerra*, Padova, 2000, pp. 221-247.
- CIARLO 1988 = P. CIARLO, *Mitologie dell'indirizzo politico e identità partitica*, Napoli, 1988.
- CLEVELAND 1866 = H. CLEVELAND, *Alexander H. Stephens, in Public and Private. With Letters and Speeches, before, during, and since the War*, Philadelphia et al. 1866.
- CONSTANT 1815 = B. CONSTANT, *Principes de politique, applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la constitution actuelle de la France*, Paris 1815.
- CORWIN 1936 = E.S. CORWIN, *The Constitution as Instrument and as Symbol*, in *The American Political Science Review* 30.6 (1936), pp. 1071-1085.
- COSKI 2005 = J.M. COSKI, *The Confederate Battle Flag. America's Most Embattled Emblem*, Cambridge 2005.
- CRISAFULLI 1952 = V. CRISAFULLI, *Introduzione*, in V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano 1952 [ora in V. CRISAFULLI, *Prima e dopo la Costituzione*, Napoli 2015].
- CROCE 1993 = B. CROCE, *Scritti e discorsi politici (1943-1947)*, a cura di A. Carella, I, Napoli 1993.
- DAU-LIN 1932 = H. DAU-LIN, *Die Verfassungswandlung*, Berlin-Leipzig 1932.
- DAVIS 1977 = S. DAVIS, "That extraordinary document". *W.H.T. Walker and Patrick Cleburne's Emancipation Proposal*, in *Civil War Times Illustrated* 16.8 (1977), pp. 14-20.
- DE VERGOTTINI 1998 = G. DE VERGOTTINI, *Le transizioni costituzionali. Sviluppi e crisi del costituzionalismo alla fine del XX secolo*, Bologna 1998.
- DI SALVATORE 2017 = E. DI SALVATORE, *La tradizione costituzionale. Cultura giuridica e giurisprudenza*, Soveria Mannelli 2017.
- DUVERGER 1961 = M. DUVERGER, *De la dictature*, Paris 1961.
- FERRARA 2000 = G. FERRARA, *L'instaurazione delle costituzioni. Profili di storia costituzionale*, in AA.Vv., *La nascita delle costituzioni europee del secondo dopoguerra*, Padova 2000, pp. 47-78.
- FIORAVANTI 2016 = M. FIORAVANTI, *Legislazione e giurisdizione in Europa: l'età dello Stato costituzionale*, in A. GIORGIS, E. GROSSO, J. LUTHER, *Il costituzionalista riluttante. Scritti per Gustavo Zagrebelsky*, Torino 2016 [ora in M. FIORAVANTI, *La Costituzione democratica. Modelli e itinerari del diritto pubblico del ventesimo secolo*, Milano 2018, pp. 199-212].
- FOOTE 1986 = S. FOOTE, *The Civil War. A Narrative*, I, *Fort Sumter to Perryville*, New York 1986.
- GIANNINI 1925 = A. GIANNINI, *La Costituzione turca*, in *Oriente Moderno* 5.2 (1925), pp. 65-80.
- GLEESON 2013 = D.T. GLEESON, *The Green and the Gray. The Irish in the Confederate States of America*, Chapel Hill 2013.
- GWYNNE 2014 = S.C. GWYNNE, *Rebel Yell. The Violence, Passion, and Redemption of Stonewall Jackson*, New York et al. 2014.
- HÄBERLE 2007 = P. HÄBERLE, *Nationalhymnen als kulturelle Identitätselemente des Verfassungsstaates*, Berlin 2007.

- HÄBERLE 2008 = P. HÄBERLE, *Nationalflaggen. Bürgerdemokratische Identitätselemente und internationale Erkennungssymbole*, Berlin 2008.
- JACKSON 1895 = M.A. JACKSON, *Memoirs of Stonewall Jackson by his widow*, II ediz., Louisville 1895.
- JACOBI 1924 = E. JACOBI, *Die Diktatur des Reichspräsidenten nach art. 48 der Reichsverfassung*, in *Der deutsche Föderalismus. Die Diktatur des Reichspräsidenten. Verhandlungen der Tagung der deutschen Staatsrechtslehrer zu Jena am 14. und 15. April 1924*, Berlin-Leipzig 1924, pp. 105-136.
- JENNINGS 2000 = F. JENNINGS, *The Creation of America. Through Revolution to Empire*, Cambridge 2000.
- VON JHERING 1872 = R. VON JHERING, *Der Kampf um's Recht*, Wien 1872.
- KANE 2017 = S. KANE, *Myths & Misunderstandings. Grant as a slaveholder*, pubblicato on-line il 21 novembre 2017 (<https://acwm.org/blog/myths-misunderstandings-grant-slaveholder/>).
- LINCOLN 1858 = A. LINCOLN, *First Debate, discorso tenuto a Ottawa (Illinois) il 21 agosto 1858*, consultabile on-line (<https://www.nps.gov/liho/learn/historyculture/debate1.htm>).
- LINCOLN 1862 = A. LINCOLN, *Letter to Horace Greeley*, lettera scritta il 22 agosto 1862, consultabile online (<http://www.abrahamlincolnonline.org/lincoln/speeches/greeley.htm>).
- LINCOLN 1863 = A. LINCOLN, *Gettysburg Adress*, discorso tenuto a Gettysburg (Pennsylvania) il 19 novembre 1863, consultabile on-line (<http://www.abrahamlincolnonline.org/lincoln/speeches/gettysburg.htm>).
- LONGO 2017 = A. LONGO, *Edmund Burke e Thomas Paine: stralci di una mitografia costituzional-rivoluzionaria*, in *Diritto pubblico* 23.1 (2017), pp. 239-280.
- LUCIANI 1996 = M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Rivista di diritto costituzionale* 1 (1996), pp. 124-188.
- LUCIANI 2001 = M. LUCIANI, *Il Parlamento negli anni Novanta*, in L. VIOLANTE (ed.), *Il Parlamento (Storia d'Italia. Annali, XVII)*, Torino 2001, pp. 419-442.
- LUCIANI 2012 = M. LUCIANI, *Le norme programmatiche e la sentenza n. 1 del 1956 della Corte costituzionale*, in *La Magistratura ordinaria nella storia dell'Italia unita. Atti del Convegno di Studi del CSM (Torino, 6 marzo 2012)*, Torino 2012, pp. 75-85.
- LUCIANI 2013 = M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Rivista Associazione Italiana Costituzionalisti* 1 (2013), pp. 1-18.
- LUCIANI 2017 = M. LUCIANI, *Un giroscopio costituzionale. Il Presidente della Repubblica dal mito alla realtà (passando per il testo della Costituzione)*, in *Rivista Associazione Italiana Costituzionalisti* 2 (2017), pp. 1-24.
- LUCIANI 2018 = M. LUCIANI, *Costituzione italiana: articolo 12*, Roma 2018.
- LUCIANI 2019 = M. LUCIANI, *Bonapartismo, oggi?*, in *Teoria politica* 9 (2019), pp. 139-168.
- MARTINES 1996 = T. MARTINES, *Organi costituzionali: una qualificazione controversa (o, forse, inutile)*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, III, Modena 1996 [ora in T. MARTINES, *Opere, I, Teoria generale*, Milano 2000].
- MARTINES 2013<sup>13</sup> = T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, XIII ediz., interamente riveduta da G. SILVESTRI, Milano 2013.

- McPHERSON 1988 = J.M. McPHERSON, *Battle Cry of Freedom. The Civil War Era*, New York-Oxford 1988.
- McPHERSON 1997 = J.M. McPHERSON, *For Cause and Comrades. Why Men Fought in the Civil War*, New York-Oxford 1997.
- McWHIRTER 2012 = C. McWHIRTER, *Battle Hymns. The Power and Popularity of Music in the Civil War*, Chapel Hill 2012.
- METELO DE SEIXAS 2019 = M. METELO DE SEIXAS, *Quinas e castelos. Sinais de Portugal*, Lisboa 2019.
- MEZZETTI 2000 = L. MEZZETTI, *Le democrazie incerte. Transizioni costituzionali e consolidamento della democrazia in Europa orientale, Africa, America Latina, Asia*, Torino 2000.
- MEZZETTI 2005 = L. MEZZETTI, *Teoria e prassi delle transizioni costituzionali e del consolidamento democratico. La qualità della democrazia agli inizi del nuovo millennio*, in A. DI GIOVINE, S. SICARDI (edd.), *Democrazie imperfette. Atti del convegno dell'Associazione di Diritto Pubblico Comparato ed Europeo (Torino, Università degli Studi, 29 marzo 2002)*, Torino 2005, pp. 7-82.
- MONAGHAN 1995 = H.P. MONAGHAN, *The Constitution of the United States and American Constitutional Law*, in E. SMITH (ed.), *Constitutional Justice under Old Constitutions*, The Hague-London-Boston 1995, pp. 175-188.
- PACE 2000 = A. PACE, *L'instaurazione di una nuova costituzione. Profili di teoria costituzionale*, in AA.VV., *La nascita delle costituzioni europee del secondo dopoguerra*, Padova 2000, pp. 79-125.
- PALADIN 1967 = L. PALADIN, s.v. *Fascismo (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, XVI, Milano 1967, pp. 887-902.
- PASTOUREAU 2004 = M. PASTOUREAU, *Une histoire symbolique du Moyen Age occidental*, Paris 2004.
- PAVONE 1991 = C. PAVONE, *Una guerra civile. Saggio storico sulla moralità nella Resistenza*, Torino 1991.
- PETERSON 1935 = E. PETERSON, *Der Monotheismus als politisches Problem. Ein Beitrag zur Geschichte der politischen Theologie im Imperium romanum*, Leipzig 1935 [trad. it.: H. ULIANICH, *Il monoteismo come problema politico*, Brescia 1983].
- PHILIPPE 2005 = X. PHILIPPE, *Dall'apartheid alla democrazia liberale: un percorso accidentato*, in A. DI GIOVINE, S. SICARDI (edd.), *Democrazie imperfette. Atti del convegno dell'Associazione di Diritto Pubblico Comparato ed Europeo (Torino, Università degli Studi, 29 marzo 2002)*, Torino 2005, pp. 275-288.
- POWER SMITH 1906 = J. POWER SMITH, *Stonewall Jackson and Chancellorsville. A Paper read before the Military Historical Society of Massachusetts, on the First of March, 1904*, Richmond 1906.
- REALE 2006 = G. REALE (ed.), *I Presocratici. Prima traduzione integrale con testi originali a fronte delle testimonianze e dei frammenti nella raccolta di Hermann Diels e Walther Kranz*, Milano 2006.
- ROBSON 1891 = J.S. ROBSON, *How a One-Legged Rebel Lives. Reminiscences of the Civil War. The Story of the Campaigns of Stonewall Jackson, as told by a high Private in the "Foot Cavalry"*, Charlottesville 1891.
- ROSANVALLON 2000 = P. ROSANVALLON, *La démocratie inachevée. Histoire de la souveraineté du peuple en France*, Paris 2000.

- RUBY 1971 = B.C. RUBY, *General Patrick Cleburne's Proposal to Arm Southern Slaves*, in *The Arkansas Historical Quarterly* 30.3 (1971), pp. 193-212.
- SCALIA 1995 = A. SCALIA, *Modernity and the Constitution*, in E. SMITH (ed.), *Constitutional Justice under Old Constitutions*, The Hague-London-Boston 1995, pp. 313-318.
- SCHMITT 1932 = C. SCHMITT, STAAT, *Bewegung, Volk. Die Dreigliederung der politischen Einheit*, Hamburg, 1932.
- SCHMITT 1934 = C. SCHMITT, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, II ediz., München-Leipzig 1934 [trad. it.: P. SCHIERA, *Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, in G. MIGLIO, P. SCHIERA, *Le categorie del "politico". Saggi di teoria politica*, Bologna 1972, pp. 27-86].
- SCHMITT 1970 = C. SCHMITT, *Politische Theologie II. Die Legende von der Erledigung jeder politischen Theologie*, Berlin 1970 [trad. it.: A. CARACCILO, *Teologia politica II. La leggenda della liquidazione di ogni teologia politica*, Milano 1992].
- SCHMITT 1970<sup>5</sup> = C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, V ediz. [rist. inalterata della I ediz., Berlin 1928], Berlin 1970.
- SHERMAN 1957 = W.T. SHERMAN, *Memoirs of General William T. Sherman by Himself*, Bloomington 1957.
- SMEND 1923 = R. SMEND, *Die politische Gewalt im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsform*, in *Festgabe der Berliner juristischen Fakultät für Wilhelm Kahl zum Doktorjubiläum am 19. April 1923*, Tübingen 1923, pp. 3-25 [ora in R. SMEND, *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, Berlin 1955, pp. 68-88].
- SMEND 1928 = R. SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, München-Leipzig 1928 [ora in R. SMEND, *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, Berlin 1955, pp. 119-276].
- SMITH 1995 = E. SMITH, *Introduction*, in E. SMITH (ed.), *Constitutional Justice under Old Constitutions*, The Hague-London-Boston 1995, pp. XI-XIX.
- SPADARO 2000 = A. SPADARO, *La transizione costituzionale. Ambiguità e polivalenza di un'importante nozione di teoria generale*, in A. SPADARO (ed.), *Le "trasformazioni" costituzionali nell'età della transizione. Incontro di studio, Catanzaro 19 febbraio 1999*, Torino 2000.
- SPENGLER 1923 = O. SPENGLER, *Der Untergang des Abendlandes. Umrisse einer Morphologie der Weltgeschichte*, München 1923 [trad. it.: J. EVOLA, *Il Tramonto dell'occidente. Lineamenti di una morfologia della Storia mondiale*, II ediz., Milano 1970].
- SYMONDS 1997 = C.L. SYMONDS, *Stonewall of the West. Patrick Cleburne and the Civil War*, Lawrence 1997.
- TUNC 1965 = A. TUNC, Rec. a R. DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporains (droit comparé)*, in *Revue internationale de droit comparé* 17.1 (1965), pp. 254-257.
- WEBER 2019 = A. WEBER, *European Constitutions Compared*, München-Oxford-Baden Baden 2019.
- WILSON 2016 = C. WILSON, *Why The War Was Not About Slavery*, pubblicato online il 9 marzo 2016 (<https://www.abbeyvilleinstitute.org/clyde-wilson-library/why-the-war-was-not-about-slavery/>).

WOOD 1910 = J.H. WOOD, *The War. "Stonewall" Jackson. His Campaigns, and Battles, the Regiment as I saw them*, Cumberland 1910 [rist. TOCCOA 2016].

YANNAKOPOULOS 2019 = C. YANNAKOPOULOS, *La déréglementation constitutionnelle en Europe*, Athènes-Salonique 2019.

ZAGREBELSKY 2012 = G. ZAGREBELSKY, *Simboli al potere. Politica, fiducia, speranza*, Torino 2012.

# *Et isto me heredem fecit*

## La consegna dell'anello nel contesto della successione romana

Martin Avenarius

Institut für Römisches Recht, Universität zu Köln, Köln, Deutschland

### Abstract (Italiano)

Secondo la tradizionale visione romana, lo stretto rapporto tra testatore ed erede obbliga quest'ultimo a soddisfare diverse aspettative. Gli obblighi generali che derivano da principi come la *fides* e la *pietas* sono rafforzati dal rapporto speciale delle due parti e dai doveri che ne derivano. Col tempo i doveri amplificati dell'erede hanno in parte influenzato la legge. L'erede resta responsabile nei confronti del defunto testatore perché la carica di successore spetta di diritto a colui che lo merita e che successivamente deve dimostrarsene degno. L'instaurazione del suddetto rapporto si manifesta nella consegna dell'anello sul letto di morte. Ciò, di per sé, non fa del destinatario un erede; piuttosto, tale atto simboleggia l'ambivalenza dell'eredità secondo la mentalità preclassica. Così l'anello rappresenta potere e impegno, autorità e obbligo allo stesso tempo.

Keywords: successione ereditaria, *fides*, *pietas*, sigillo

---

### Abstract (English)

*According to traditional Roman views, the close relationship between testator and heir obliges the latter to fulfil various expectations. The general obligations which arise from principles such as fides and pietas are reinforced by the two parties' special relationship and resulting duties. In time the heir's amplified duties partly influenced the law. The heir remains liable to the deceased testator because the position of successor goes rightfully to whoever deserves it and who subsequently must prove himself worthy. The establishment of the aforementioned relationship manifests itself in the handover of the ring on the deathbed. It does not make an heir of the recipient; instead, it uniquely symbolises the ambivalence of inheritance according to the pre-classical mindset. Thus, the ring stands for power and commitment at the same time, for authority and obligation alike.*

Keywords: succession law, *fides*, *pietas*, seal ring

---

Il significato dell'anello (*anulus, annulus*)<sup>1</sup> nel mondo romano è complesso e quello dell'anello con sigillo (*signatorius anulus*) ancor di più<sup>2</sup>. L'anello personale di un cittadino appartenente a quelle classi sociali delle quali riferiscono le fonti<sup>3</sup> normalmente era inciso in modo che si adattasse alla fabbricazione di sigilli. In un primo momento, il calco del sigillo, nella maggior parte dei casi, veniva scavato direttamente nel metallo, in seguito in una pietra o nella pasta di vetro<sup>4</sup>. Il valore materiale di questi anelli dipendeva dal metallo e dalle pietre preziose, spesso costose, impiegate nella loro realizzazione. Inoltre, il lavoro di fabbri e intagliatori conferiva loro la qualità di oggetti d'arte. Numerosi lapidari sono ricordati per nome dalla tradizione come veri e propri artisti<sup>5</sup>.

Le norme disciplinano direttamente gli anelli da sigillo e il loro impiego solo in limitati e specifici contesti, nondimeno essi giocano un ruolo importante nell'ambito dei procedimenti giuridici. Presso i romani, contrariamente a quanto avveniva presso altre società dell'antichità, l'uso di taluni anelli era oggetto di regole differenziate, le quali, peraltro, erano soggette a mutamenti. Come *symbolum*, l'anello identificava colui che lo portava quale appartenente ad una classe sociale, ad un grado o ad un rango militare determinati<sup>6</sup>. Nel corso del periodo repubblicano indossare tali anelli sarebbe stato concesso solo in certi momenti e, in linea di massima, solo ai membri dell'aristocrazia senatoria, agli *equites* e a taluni funzionari<sup>7</sup>, mentre i normali cittadini avrebbero dovuto accontentarsi di portare anelli in ferro<sup>8</sup>.

## 1. Curculio

Un testo in cui sono esaminati molteplici significati dell'anello è la commedia di Plauto *Curculio*.

La trama è nota: Fedromo ama Planesio, la quale è schiava del lenone Cappadoce. Per poterla comprare Fedromo incarica il "parassita" Gorgoglione di procurarsi il denaro. Questi non ha successo, ma incontra per caso il soldato Terapontigono, il quale ha già acquistato Planesio. Il prezzo è stato depositato presso il banchiere Licone, affinché questi possa portare a termine la compravendita su ordine. Gorgoglione sottrae l'anello al soldato. Egli, insieme a Fedromo,

<sup>1</sup> Per le significative implicazioni di carattere storico-sociale ed artistico connesse al tema, nel dettaglio delle quali in questa sede non è possibile entrare, cfr. ZWIERLEIN-DIEHL 2007, p. 97 ss.; ZAZOFF 1983, pp. 260 ss. e 306 ss., nonché FOURLAS 1971, p. 76 ss.

<sup>2</sup> Per la terminologia cfr. D. 50.16.74 (Paul. 2 ad ed.). Le fonti greche impiegano l'espressione *δακτύλιος*; cfr. Luca 15.22; Diog. Laert., 1.57 e, indirettamente, Plin., N.H., 33.10. Cfr. ZWIERLEIN-DIEHL 2007, p. 7.

<sup>3</sup> La riserva si riferisce al fatto che l'interesse delle fonti si rivolge in prevalenza a uomini facoltosi ed influenti, in misura molto minore alle relazioni tra la gente comune. Cfr. KNAPP 2011, p. 1 ss.

<sup>4</sup> GROSS 1979, col. 1435.

<sup>5</sup> MADERNA-LAUTER 1988, p. 443.

<sup>6</sup> Cfr. NAUMANN-STECKNER 2007, p. 147, con prove a sostegno. Il diritto di indossare l'anello d'oro (*ius o beneficium anulorum aureorum*) nel Principato era prerogativa dei nati liberi. La concessione di un tale diritto da parte del sovrano a un liberto conferiva a quest'ultimo i diritti di un ingenuo, senza che quelli del patrono venissero meno (Frag. Vat. 226; D. 40.10; Nov. 78.1 e 2).

<sup>7</sup> Liv. 9.7.8; 23.12.2; Plin., N.H., 33.8-36; cfr. MARSHALL 1914, col. 821 ss.

<sup>8</sup> Ciò valeva anche per le donne, ma probabilmente con minore regolarità. Cfr. HURSCHMANN 2001, col. 2021.

falsifica l'ordine, lo sigilla con l'anello<sup>9</sup>, lo presenta a Licone e gli dice di essere stato inviato da Terapontigono. Licone paga a Cappadoce con l'accordo che il denaro sarebbe stato restituito nel caso in cui in seguito fosse emerso che Planesio era nata libera. Gorgoglione porta la fanciulla da Fedromo. Quando Terapontigono se ne accorge, chiede conto alle parti interessate. Tuttavia, Planesio ha riconosciuto dall'anello di essere in realtà la sorella di Terapontigono. Era stata rapita da bambina e dunque era nata libera. Terapontigono ottiene il suo denaro indietro e Fedromo può sposare Planesio.

Nel *Curculio* compaiono chiaramente diverse funzioni dell'anello: attraverso il sigillo, esso identifica chi lo porta come individuo. Ciò avviene nel caso di Terapontigono alla maniera di una caricatura: il soldato, che, com'è tipico nei lavori di Plauto, è caratterizzato come borioso e vanitoso, viene dipinto come "supereroe" del proprio tempo. Il sigillo rappresenta un guerriero che con la spada fa a pezzi un elefante<sup>10</sup>. Mediante l'impatto visivo dell'anello, connesso ad una determinata persona, emerge la possibilità del riconoscimento dell'uomo stesso come individuo<sup>11</sup> e come autore di dichiarazioni scritte. Nelle operazioni commerciali questo è il presupposto per la concessione del credito, nella misura in cui sussista il pericolo di un impiego abusivo.

Qui interessa un particolare dettaglio della trama, ossia la consegna dell'anello nell'imminenza della morte<sup>12</sup>. Nella scena chiave Terapontigono, con riguardo all'anello, rivolge a Planesio le seguenti parole (Plaut., *Curc.*, 636-639):

[Ter.:] *pater meus habuit Periplanes <hunc anulum>*<sup>13</sup>, / *is prius quam moritur mihi dedit tamquam suo, / ut aequom fuerat, filio.*

[Pla.:] *Pro Iuppiter. /*

[Ter.:] *Et isto me heredem fecit.*

[Ter.:] Periplane, mio padre, aveva questo anello; / Prima di morire lo dette a me, / Come era opportuno, essendo io suo figlio –

[Pla.:] O Giove! /

[Ter.:] E così mi rese erede.

<sup>9</sup> La falsificazione di lettere con sigilli rubati torna spesso nelle commedie. Cfr. solo Plaut., *Trin.*, 774-775: *ferat epistulas / duas, eas nos consignemus, quasi sint a patre.*

<sup>10</sup> Le commedie di Plauto risalgono a quell'epoca in cui gli elefanti erano impiegati come i più pericolosi strumenti di guerra, quasi insormontabili per la fanteria. La battaglia contro un elefante compare anche in Plaut., *Mil.*, 25-30 come cifra delle massime imprese belliche.

<sup>11</sup> L'identificazione di un uomo con l'ausilio di un anello è motivo chiaramente ricorrente negli spettacoli dell'antichità; cfr. Ter., *Hecyra*, 572-574; Ter., *Haut.*, 614-667; negli *Epitrepontes* di Menandro la paternità di un bambino è accertata con l'aiuto di un anello. Cfr. ancora ANDREAU 1968, p. 510.

<sup>12</sup> Per la letteratura più risalente sulla consegna dell'anello come gesto della successione cfr. KIRCHMANN 1672, p. 221 ss., nonché LONG 1709, p. 24.

<sup>13</sup> È tramandato il termine *Planesium*, che nell'edizione del Lindsay è comprensibilmente contrassegnato con una *crux*. Convincente potrebbe essere la congettura *hunc anulum*, per la quale propende adesso Rau 2008; altre proposte in Collart 1962, p. 114. Il riferimento sostanziale della dichiarazione di Terapontigono – l'oggetto di *habuit* e *dedit* – è ad ogni buon conto univoco, poiché l'anello nel contesto della scena viene più volte richiamato.

Terapontigono riferisce, dunque, che suo padre gli avrebbe in punto di morte consegnato l’anello, «come era opportuno». Qui compare una duplice concezione di correttezza: *aequom* è sia che il padre in vista della morte consegni l’anello, sia che il proprio figlio lo riceva. Inoltre, la consegna dell’anello è effettuata con un significato specifico: Terapontigono la intende in modo tale che il padre proprio a mezzo della stessa lo renda erede<sup>14</sup>.

## 2. L’anello come documento identificativo del suo portatore e come segno impiegato nell’accesso al credito

Se colui che sta per morire consegna il suo anello, egli si separa da un oggetto che lo ha accompagnato per tutta la vita e lo ha contraddistinto come individuo mediante l’immagine su di esso rappresentata. Questa circostanza spiega il fatto che Planesio nel *Curculio* possa identificare suo fratello, che non ha riconosciuto dall’aspetto fisico, proprio grazie alle specifiche figure presenti sull’anello. Ulpiano richiama l’attenzione sull’idoneità del sigillo a identificare il proprietario. Egli ritiene che le sigillature debbano essere realizzate utilizzando un anello il cui sigillo disponga di una peculiare incisione<sup>15</sup>. Gli anelli erano fatti a mano: il metallo era forgiato, la pietra intagliata. In particolare, sui sigilli troviamo motivi tipici, come immagini di divinità o di animali. Ben nota e temuta era la rana, che Mecenate impiegò per firmare le sue cartelle di pagamento<sup>16</sup>. In principio si tratta tuttavia di pezzi unici, i quali consentivano che le impronte dei sigilli di norma fossero riconducibili a determinati anelli. Alcuni sigilli identificavano direttamente attraverso l’immagine il suo portatore. Essi potevano contenere per esempio il ritratto di quest’ultimo, come nel caso del *princeps* Augusto (cfr. *infra*, § 5). Eccezionalmente essi potevano recare anche il nome del portatore accanto all’immagine, come nel caso della pietra dell’anello di Popilio Albano<sup>17</sup>. La rappresentazione iconografica del nome aveva la stessa funzione. Ciò emerge da una lettera del senatore tardoantico Q. Aurelio Simmaco al suo amico Virio Nicomaco Flaviano: temendo che da lettere confidenziali qualcosa potesse venire al pubblico, egli chiede se Flaviano abbia posto sotto custodia tutte le

<sup>14</sup> Nella letteratura filologica si discute se il *Curculio* si rifaccia a un modello greco o a un concetto autonomamente elaborato da Plauto stesso. Cfr. nel dettaglio GAERTNER 2011, p. 93 ss. In questa sede la domanda può restare aperta. La commedia di Plauto presenta un ampio numero di riferimenti al diritto romano. Il passo qui discusso, tuttavia, non ne presenta. L’istituzione del soldato come erede tramite la consegna dell’anello non corrisponde – a differenza di quanto sostenuto da GAERTNER 2011, p. 178 – alla prassi giuridica romana, né le fonti richiamate da quest’ultimo dimostrano il contrario; l’unico autore citato che sembra vedere nel passo del *Curculio* una effettiva istituzione di erede è BESELER 1925, p. 420, ma egli non dice a quale ordinamento giuridico pensi. A ogni buon conto, in considerazione dell’obiettivo perseguito in questo contributo, qui interessa solo la concezione illustrata di Terapontigono relativa alla simbologia della consegna dell’anello.

<sup>15</sup> D. 28.1.22.5 (Ulp. 39 ad ed.): *Signum autem utrum anulo, verum alio quodam impresso? Varie enim homines signant. Et magis est, ut tantum anulo quis possit signare, dum tamen habeat χαρακτήρα*. La scelta terminologica connette la particolarità del sigillo alla sua realizzazione grazie a incisioni (χαρακτῆρα) sulla pietra o sul metallo. Antiche edizioni e commenti, tra le quali anche POTHIER 1821<sup>4</sup>, p. 259, inseriscono qui l’aggiunta: *id est, formam insculptamque signi imaginem*, che la *Littera Florentina* non tramanda. Si tratta certamente di una spiegazione tarda dell’espressione greca.

<sup>16</sup> Plin., N.H., 37.10.

<sup>17</sup> Proveniente da Hadrumetum (Tunisia), essa si trova oggi nel Museum of Fine Arts, Boston, MA. (accession no. 27.733); illustrazione in VON DEN HOFF, STROH, ZIMMERMANN 2014, p. 102.

lettere firmate con il sigillo dell'anello, *quo nomen meum magis intellegi quam legi promptum est*, dal quale dunque «era possibile più riconoscere che leggere il suo nome»<sup>18</sup>. Il sigillo era quindi un simbolo per il nome di Simmaco; probabilmente vi erano raffigurati i *σύμμαχοι*, ossia due guerrieri nell'atto di tendersi la mano<sup>19</sup>.

Con la sua particolare immagine e la sua funzione l'anello simboleggiava niente di meno che l'esistenza civile dell'uomo. Cicerone pone in luce questo aspetto quando, nella sua orazione a favore di Sesto Roscio Amerino, descrive la disponibilità dell'accusato a trasferire il suo intero patrimonio all'avversario, che lo aveva acquistato alle condizioni della proscrizione: «se egli con la migliore intenzione ti ha concesso, pagato e trasferito tutto il suo patrimonio, se egli ti ha consegnato la veste che indossa e l'anello dal suo dito (*anulumque de digito suum tibi tradidit*), se egli di tutto ciò che possiede ha trattenuto per sé solo la sua nuda vita e nient'altro» – allora può essere lasciato in pace<sup>20</sup>. L'anello è la cosa che consegna dopo il suo patrimonio e la sua “ultima camicia”. In un certo qual modo ciò significa che egli ha perso l'identità civile, cosicché non gli resta nient'altro che l'esistenza meramente fisica.

L'impiego del sigillo invece era estremamente vario<sup>21</sup>. Si sigillavano, tra le altre cose, i contenitori chiusi e le lettere<sup>22</sup>, ma in particolare le attestazioni significative a livello giuridico e commerciale, al fine di poter garantire e possibilmente provare la veridicità della dichiarazione inclusa. Forse era più agevole distinguere l'una dall'altra le immagini dei sigilli che le calligrafie individuali<sup>23</sup>. Particolarmente importante era la sigillatura dei testamenti. In questo ambito né la sigillatura per mano del testatore o dei testimoni, né la realizzazione stessa del documento erano requisiti di efficacia del testamento. Anzi, i testimoni imprimevano il loro sigillo su quest'ultimo<sup>24</sup> per poterlo riconoscere poi in occasione dell'apertura del testamento e per provare che il documento presentato era quello al quale il testatore si era riferito con la *nuncupatio*. Nel primo periodo classico, i sigilli consentivano anche al pretore di attribuire la *bonorum possessio* sulla base del testamento all'erede istituito senza che ci fosse bisogno della prova dell'atto di mancipazione<sup>25</sup>.

<sup>18</sup> Symm., epist., 2.12, ed. O. Seeck (MGH, Auctores antiquissimi, 6,1, BEROLINI 1883, p. 46).

<sup>19</sup> ZWIERLEIN-DIEHL 2007, p. 7.

<sup>20</sup> Cic., pro rosc. Amer., 144.

<sup>21</sup> ZAZOFF 1983, p. 269. Cfr. MARQUARDT 1886, p. 701 e 706.

<sup>22</sup> Plin., N.H., 33.21 spiega che Orientali ed Egizi non si curavano di sigillare le loro lettere. Ciò dimostra *a contrario* che invece i Romani normalmente lo facevano. Cfr. PÓLAY 1962, p. 80.

<sup>23</sup> Cfr. ERMAN 1899, p. 183. In linea di massima le calligrafie erano tuttavia assolutamente distinguibili e talora le loro caratteristiche erano rilevanti; cfr. BGU II, 423: il mittente chiede a suo padre una «letterina», al fine di poter rendere omaggio alla calligrafia di esso (*ἵνα σου προσκυνήσω τὴν χέραν*).

<sup>24</sup> Cfr. in generale WENGER 1923, col. 2370 ss. Diverse disposizioni relative ai sigilli e agli anelli con sigillo sono discusse in D. 28.1.22 (Ulp. 39 ad ed.). Importante era che i nomi di coloro che sigillavano fossero annotati; D. 28.1.30 (Paul. 3 sent.) (= P.S. 3.4a.16); cfr. il verbale di un'apertura del testamento in FIRA III, 58 e in P. Mich. VII, 446. Poiché il testamento ad un dato momento (verosimilmente anni dopo) avrebbe dovuto essere aperto, ciò avrebbe facilitato il rintracciamento di quelle persone che dovevano essere invitate a riconoscere il proprio sigillo.

<sup>25</sup> KASER 1971<sup>2</sup>, p. 680.

Come segno d'identità del suo portatore e prova dell'autenticità delle sue dichiarazioni l'anello era lo strumento di un'attività commerciale responsabile. Così esso stesso o l'impronta del suo sigillo identificavano il *pater familias* come cittadino munito di una propria responsabilità personale<sup>26</sup> e gli permettevano l'accesso al credito. Lo stesso valeva per le donne che fossero *sui iuris* e fossero attive a livello negoziale al di là delle transazioni in contanti della vita quotidiana<sup>27</sup>. La vista dell'immagine del sigillo del mittente o la comunicazione della stessa nello scritto di accompagnamento permettevano al destinatario di riconoscere la scrittura come autentica<sup>28</sup>. I negozi bancari, come quello di deposito – ossia la dazione di denaro allo scopo, tra altro, di pagare un terzo sulla base di un ordine di pagamento sigillato – erano effettuati in questo modo<sup>29</sup>. Se l'anello fosse capitato nelle mani di soggetti non autorizzati, questi ultimi avrebbero potuto abusare della sua funzione e arrecare dei danni<sup>30</sup>. Questa eventualità, che Plauto affronta nel *Curculio*<sup>31</sup>, era percepita come un pericolo reale. Quando Cicerone rimprovera Verre per aver privato Lucio Tizio dell'anello con sigillo<sup>32</sup>, non lo accusa solo della sottrazione di un oggetto prezioso dall'alto valore simbolico e forse materiale, ma anche dell'accesso illegittimo a uno strumento impiegato nell'ambito degli scambi commerciali, che, se in possesso di un soggetto non autorizzato, avrebbe potuto essere usato a fini di truffa. Il cittadino, dunque, portava il suo anello al dito non solo per poterlo utilizzare in qualsiasi momento, ma anche per non perderlo<sup>33</sup>. Tacito riferisce che quando Petronio Arbitro, accusato sotto Nerone della partecipazione alla congiura di Pisone, si vide costretto a togliersi la vita, distrusse il suo anello con sigillo affinché quest'ultimo non cadesse in mani sbagliate e fosse usato in maniera abusiva<sup>34</sup>.

### 3. L'anello come strumento per la trasmissione della *fides*

Quando le fonti descrivono un cittadino nell'atto di impiegare il suo anello di fronte a un altro, non di rado attribuiscono a questo comportamento un riferimento esplicito da parte del

<sup>26</sup> Naturalmente potevano apporre il proprio sigillo anche taluni soggetti *in potestate*, per esempio i testimoni della redazione di un testamento. In questo caso, però, essi non erano parti di un negozio.

<sup>27</sup> Cfr. CENERINI 2014, p. 133 ss.

<sup>28</sup> All'occorrenza, il mittente poteva corroborare l'autenticità del contrassegno realizzato mediante l'impressione di un sigillo descrivendo in un'altra scrittura l'immagine rappresentata su quest'ultimo. Così Plinio il Giovane invia (ep. 10.74.3) a Traiano una piccola pepita d'oro e dichiara nella lettera di accompagnamento: «è sigillata con il mio anello, la cui immagine del sigillo è una quadriga». Cfr. ZWIERLEIN-DIEHL, 2007, p. 7.

<sup>29</sup> WEEBER 1997<sup>3</sup>, p. 45. In Plaut., Pseud., 648-652, 988 e 1000-1002 l'impressione di un sigillo (*symbolum*) legittima la ricezione di una prestazione. In Plaut., Bacch., 329 ss. un anello funge da segno di riconoscimento: si sarebbe dovuto pagare a colui che avesse mostrato l'anello.

<sup>30</sup> Plinio il Vecchio si lamenta del fatto che molti delitti venivano commessi con l'ausilio di anelli con sigillo e parla con malinconia dei vecchi tempi, in cui, a detta sua, erano solite intercorrere relazioni più oneste; Plin., N.H., 33.26.

<sup>31</sup> Cfr. LEY 2007, p. 281.

<sup>32</sup> Cic., Ver. II, 4.26.58.

<sup>33</sup> WENGER 1953, p. 142.

<sup>34</sup> Tac., ann., 16.19.3.

primo alla *fides*. Cosa si intenda con quest'ultima espressione è oggetto di numerose ricerche. Nella sua fondamentale trattazione del 1916, Eduard Fraenkel ha richiamato l'attenzione sulla poliedricità del concetto. Egli abbozza lo spettro dei significati prospettati dalla letteratura repubblicana avvertendo che l'espressione starebbe per «garanzia, fideiussione, promessa; affidabilità, lealtà, credibilità»; essa indicherebbe dunque «tutto ciò su cui si può fare affidamento»<sup>35</sup>. Nei molti scritti comparsi, anche in seguito, sul concetto di *fides* sono state elaborate numerose varianti a livello semantico<sup>36</sup>. Esse devono essere precisate a seconda del contesto in cui, di volta in volta, il termine è impiegato. In questa sede è importante rilevare che l'uso dell'anello dava concreta attuazione al principio della *fides* tra gli uomini, i quali, in una società preindividualistica, erano familiari con il carattere vincolante che le era proprio<sup>37</sup>.

Colui che utilizza l'anello impegna la propria *fides* personale. Ciò si appalesa in tutta chiarezza nella rappresentazione del giurista augusteo Ateio Capitone (console suffetto nel 5 d.C.)<sup>38</sup>. Come riferisce Macrobio<sup>39</sup>, egli dichiara:

*veteres non ornatus sed signandi causa anulum secum circumferebant, unde nec plus habere quam unum licebat nec cuiquam nisi libero, quos solos fides deceret quae signaculo continetur.*

Secondo Capitone gli «antichi» avrebbero portato con sé un anello «non per ornamento, ma per sigillare»<sup>40</sup>. Dunque, non sarebbe stato loro consentito averne più di uno e, inoltre, ciò sarebbe stato permesso solo ai liberi «ai quali solo è conferita la *fides* che l'anello assicura»<sup>41</sup>. Su Ateio Capitone le fonti riferiscono che egli aveva una grande conoscenza sia del diritto pubblico che del diritto privato (*publici privatique iuris peritissimus*)<sup>42</sup>. Nella sua descrizione della funzione dell'anello, egli forse idealizza un po' le relazioni dell'«età antica»<sup>43</sup>. Questa tendenza si connette al fatto che Capitone, come è riferito, era fondamentalmente un conservatore e rifiutava le innovazioni<sup>44</sup>. La considerazione del diritto alla luce della tradizione era in linea con una posizione diffusa nella tarda repubblica, ma adesso iniziavano ad emergere delle cri-

<sup>35</sup> FRAENKEL 1916, p. 187 ss.

<sup>36</sup> LOMBARDI 1961, p. 4 ss.

<sup>37</sup> Il pensiero antico aveva riconosciuto all'anello addirittura caratteri magici. Per questo gli anelli possedevano una certa forza o potere e potevano persino conferirli; GANSCHINIETZ 1914, coll. 833 ss. Al gesto di infilarsi l'anello, come nel caso di Trimalcione (Petron. 74.2), era attribuito un effetto apotropaico (Plin., N.H., 28.15). Si reagiva con ciò alla minaccia di un male.

<sup>38</sup> Cfr. KUNKEL 1967<sup>2</sup>, p. 114 ss., nonché adesso BUONGIORNO 2011, p. 195 ss.; BUONGIORNO 2016, p. 413 ss.

<sup>39</sup> Macrobo., sat., 7.13.11.

<sup>40</sup> Hieron., ep., 127.3 riferisce che l'asceta Marcella avrebbe rinunciato a tutto l'oro in suo possesso, eccetto che al suo anello (*usque ad anuli signaculum*), il quale, infatti, le serviva non come ornamento, ma ad altri scopi. Cfr. *infra*, nt. 115.

<sup>41</sup> Macrobo., sat., 7.13.11. Per questo Leone VI, in una costituzione (Nov. Leon. XLII) a proposito della necessità della sigillatura del documento testamentario, spiega che i sigilli innanzitutto conferivano «fedeltà» alle sottoscrizioni: σφραγιδες αξιοπιστιαν παρεχόμεναι ταῖς υπογραφαῖς (Patr. Graec. vol. 107, col. 524).

<sup>42</sup> Gell., N.A., 10.20.2.

<sup>43</sup> ZWIERLEIN-DIEHL 2007, p. 15.

<sup>44</sup> Cfr. D. 1.2.2.47 (Pomp. l. sing. ench.): *in his quae ei tradita fuerant perseverabat*.

tiche. Il giurista conservatore le attraeva a sé, in particolare, per il fatto che egli era vicino al nuovo regime politico in una maniera che era percepita come eccessiva<sup>45</sup>. Non a caso Augusto lo preferiva<sup>46</sup> al suo rivale Antistio Labeone, che era visto come un innovatore e che propendeva per un diritto più liberale nel senso della giurisprudenza classica<sup>47</sup>. Il pensiero giuridico di Capitone, infatti, favoriva la tendenza del Principato a conferire nuovo valore ai principi consolidati e vincolanti che si erano affermati nelle norme extra-giuridiche di comportamento delle classi superiori della Repubblica romana<sup>48</sup> e che erano stati interpretati nel quadro del diritto naturale dai *veteres* preclassici. Dopo la morte del più importante rappresentante di questi ultimi, Q. Mucio Scevola, pontefice nell'anno 82 a.C., questa tradizione del pensiero giuridico fu respinta innanzitutto dalla prima giurisprudenza classica. Ora avrebbe dovuto essere ripristinata<sup>49</sup>. La *fides* era uno di quei valori, dei quali Augusto evidenziava la vincolatività nel quadro della sua politica di restaurazione<sup>50</sup>. Da ciò, come è noto, prese le mosse il riconoscimento dell'esecutività dei *fideicommissa*<sup>51</sup>.

Proprio l'altissima posizione valoriale attribuita al principio della *fides* nel pensiero giuridico preclassico era stata espressa da Cicerone, il quale aveva rilevato che quest'ultima, prima su tutto, avrebbe costituito il fondamento della giustizia<sup>52</sup>. Secondo questa concezione, la *fides* sovraindividuale avrebbe potuto irradiare quella individuale e gli obblighi di comportamento che da essa discendevano<sup>53</sup>. La salvaguardia della *fides* da parte dei singoli emerge, secondo questa concezione, attraverso il senso dell'equità, della fedeltà e della giustizia che scaturisce dalla natura umana e quindi deriva dal sentimento naturale (*aequitas fides iustitia proficiscantur a natura*)<sup>54</sup>. A questa idea e alle sue implicazioni giuridiche si riferisce Capitone quando parla della *fides*, che l'anello con sigillo garantisce. Un'altra prova dell'esistenza di questa concezione nella sfera laica è fornita, nell'ambito della letteratura extra-giuridica, da Petronio, il quale fa dire a un liberto (Petron. 58): «tu vedrai che il mio anello di ferro possiede la *fides*» (*iam scies hoc ferrum fidem habere*).

Misura e qualità della fedeltà prospettata dall'impiego dell'anello non di rado erano sottolineate dall'immagine del sigillo. Ciò che il *pater familias* doveva in prestigio alle «immagini annerite dal fumo dei suoi avi»<sup>55</sup> quando egli rappresentava ufficialmente nell'atrio la sua fa-

<sup>45</sup> JÖRS 1896, col. 1904, sulla base di Suet., gramm., 22.2, di Cass. Dio. 57.17 e di Tac., ann., 3.70, parla di una «odiosa sottomissione», che Capitone avrebbe mostrato negli anni a seguire anche nei confronti di Tiberio. Cfr. BEHREND 1980, p. 84 (= BEHREND 2004, p. 451).

<sup>46</sup> Tac., ann., 3.75.

<sup>47</sup> AVENARIUS 2015a, pp. 117-119.

<sup>48</sup> Cfr. in particolare BLEICKEN 1995<sup>2</sup>, pp. 52-54 e 180-197; ancora SCHNEIDER 1998, p. 56 ss.

<sup>49</sup> AVENARIUS 2015a, p. 68.

<sup>50</sup> Cfr. LONGCHAMPS DE BÉRIER 1996, p. 207.

<sup>51</sup> AVENARIUS 2020a, p. 91.

<sup>52</sup> Cic., de off., 1.7.23: *fundamentum autem est iustitiae fides*.

<sup>53</sup> Cfr. GROSSO 1962<sup>2</sup>, p. 30.

<sup>54</sup> Cic., de fin., 2.18.59.

<sup>55</sup> Cfr. Cic., Pis., 1.

miglia<sup>56</sup> era conferito al loro portatore da taluni anelli dotati di ritratti di antenati famosi o di immagini delle loro imprese. Chi li portava, fruiva del loro prestigio, otteneva la loro affidabilità e, al contempo, dava l'impressione di emulare il modello degli antenati<sup>57</sup>. Era ancor peggio ovviamente, quando qualcuno disonorava quel modello<sup>58</sup>. Cicerone scrisse che la più grande eredità lasciata dai padri ai figli, al di sopra di qualsiasi bene familiare, era la gloria della virtù e delle gesta; disonorarla sarebbe stato considerato un sacrilegio e una colpa<sup>59</sup>:

*Optima autem hereditas a patribus traditur liberis omnique patrimonio praestantior gloria virtutis rerumque gestarum, cui dedecori esse nefas et vitium iudicandum est.*

Sono da interpretare in questo senso diverse reazioni tramandateci che si riferiscono all'immagine del sigillo: Cicerone rimproverò P. Cornelio Lentulo Sura per aver sigillato una lettera proditoria con l'immagine di suo nonno, invece di non lasciarsi andare alla commissione dell'illecito sfruttando l'esempio che aveva a disposizione<sup>60</sup>. Quando il giovane Lucio Scipione si presentò alle elezioni con la toga sporca, i suoi parenti, indignati, gli tolsero dal dito l'anello che recava l'immagine di suo padre Scipione l'Africano<sup>61</sup>.

#### 4. Il vincolo bilaterale: l'anello come segno della conclusione di un negozio giuridico

Osserviamo adesso che, in taluni casi tipici, l'impiego dell'anello obbliga non solo gli utenti, ma anche altre persone. In questi casi colui che utilizza l'anello promette lealtà, ma al contempo la richiede e l'accettazione vincola il destinatario.

La concezione generale in base alla quale gli anelli generano e sono in grado di esprimere determinati vincoli (*vincula*) era diffusa nell'antichità<sup>62</sup>. In questo senso, Plinio il Vecchio, per esempio, intende l'anello di Prometeo come *vinculum...*, *non gestamen*<sup>63</sup>. È evidente che il pensiero giuridico preclassico fu in grado di combinare questa visione con quei principi

<sup>56</sup> AVENARIUS 2012a, pp. 36-39; cfr. AVENARIUS 2017, p. 34.

<sup>57</sup> ZWIERLEIN-DIEHL 2007, p. 10.

<sup>58</sup> Cfr. Cic., de orat., 2.225 ss.

<sup>59</sup> Cfr. Cic., off., 1.33.121; Sall., Iug., 85.29 s.; Pl., Mx., 247b. Giovenale descrive all'inizio della sua ottava satira alcuni modelli di antenati, delle cui gesta taluni successori non sarebbero stati all'altezza.

<sup>60</sup> Cic., Cat., 3.10.

<sup>61</sup> Val. Max., 3.5.

<sup>62</sup> BESELER 1925, p. 418 e BESELER 1920, p. 105, che in una certa misura rinvia a Tac., Germ., 31.

<sup>63</sup> Plin., N.H., 33.8. A questa concezione si ricollegano in parte talune regole secondo le quali gli anelli venivano tolti o proprio non indossati. Così chi ricopriva i diversi uffici sacerdotali non poteva portare nessun anello (chiuso), in quanto il servizio relativo a un culto precludeva ogni altro legame (Gell., N.A., 10.15.6; Fest., 72.25 [ed. Lindsay]; BESELER 1925, p. 419 ss.; altri elementi a sostegno in SAMTER 1901, p. 39); qui è fuor di dubbio che l'anello sia percepito come una "catena". Lo si depone per coricarsi (Mart., epigr., 11.59.2); lo si toglie a coloro che dormono e che stanno per morire (Plin., N.H., 33.27), la qual cosa è spiegata nella stessa maniera anche da altri autori. Cfr. GANSCHINETZ 1914, col. 836 ss. con prove a sostegno. Per la rimozione *post mortem* vedi *infra*, nt. 95.

cogenti che per natura guidano gli uomini e che, nel caso della costituzione di rapporti particolarmente stretti, potevano produrre effetti ancora più forti.

A ciò, innanzitutto, fa riferimento l'anello come simbolo. Questa idea è presente nel *Curculio*: invero, Planesio risponde alla spiegazione sull'origine dell'anello richiamandosi a un principio vincolante per gli uomini. In questo caso, tuttavia, non si tratta di *fides*, in quanto l'anello suscita in lei il diverso principio della *pietas*, intesa come legame tra membri della stessa famiglia, alla quale Planesio così ricorda di appartenere (Plaut., *Curc.*, 639-640): *O pietas mea, / serva me, quando ego te servavi sedulo* (O mia *pietas*, / Proteggimi perché io stessa ti ho sinceramente salvaguardato!). Ella, che si era sempre sentita fedelmente legata alla propria famiglia, spera ora nella riabilitazione come familiare nata libera.

Inoltre, quando venivano consegnati in determinati contesti, gli anelli generavano obbligazioni. Tale effetto è noto nel caso del conferimento di un'arra, nonché nel caso del fidanzamento o del matrimonio. In queste occasioni veniva consegnato un anello scelto appositamente per lo scopo e non l'anello personale con il sigillo. Quando l'arra consisteva in un anello<sup>64</sup>, l'effetto vincolante era particolarmente evidente. Mentre l'arra in denaro era calcolata sulla base del prezzo della compravendita, nel caso dell'anello, non si trattava della determinazione di un valore come "acconto"<sup>65</sup>: la consegna fungeva solo da conferma ed eventualmente da prova dell'avvenuta conclusione della compravendita<sup>66</sup>. Dell'anello veniva chiesta la restituzione all'adempimento del contratto. Dal costume dell'arra prestata mediante la consegna dell'anello derivò la consegna dello stesso in occasione del fidanzamento o del matrimonio<sup>67</sup>. L'anello di fidanzamento in ferro, senza pietra, che lo sposo inviava alla sposa<sup>68</sup>, è tipico del costume romano<sup>69</sup>. In particolare, si è tentato di inquadrare taluni anelli con rappresentazioni di mani che si stringono l'un l'altra come specificamente finalizzati al fidanzamento o al matrimonio<sup>70</sup>. All'inizio di una relazione meno formale si riferisce Plaut., *Mil.*, 957, che parla di un anello consegnato come *arrabo amoris*. In questo caso, era richiesta un'accettazione (*accipe*) e alla consegna erano riconosciute determinate aspettative (Plaut., *Mil.*, 959: *expetessit*)<sup>71</sup>.

<sup>64</sup> Cfr. D. 19.1.11.6 (Ulp. 32 ad ed.): *anulus datus sit arrae nomine*; D. 14.3.5.15 (Ulp. 28 ad ed.): *anulum arrae nomine acceperit*; Plin., N.H., 33.28. Plaut., *Truc.*, 274 menziona gli *abeni anuli*, che dovevano essere impiegati in un negozio di acquisto. KASER 1971<sup>2</sup>, p. 547; PRINGSHEIM 1950, p. 335 ss. e 342 ss. con la nt. 4.

<sup>65</sup> Ciò è posto in luce, come del resto è evidente nel contesto del suo pensiero di fondo, da MAUSS 1990, p. 122.

<sup>66</sup> Gai. 3.139; più chiaramente D. 18.1.35 pr. (Gai. 10 ad ed. prov.). Sul diritto classico, cfr. MASSEI 1941, p. 313 ss.; TALAMANCA 1953, p. 58.

<sup>67</sup> Tert., apol., 6.4: *anulus pronubus*; Plin. N.H., 33.28: *consuetudo vulgi, ad sponsiones etiam nunc anulo exsistente, tracta ab eo tempore, quo nondum erat arra velocior*.

<sup>68</sup> Plin. N.H., 33.12: *etiam nunc sponsae muneris vice ferreus anulus mittitur, isque sine gemma*.

<sup>69</sup> TREGGIARI 1991, p. 148 ss.; JÖRS, KUNKEL, WENGER 1949<sup>3</sup>, § 175 nt. 5 (p. 276); FAYER 2005, p. 72 ss.; ASTOLFI 1989, p. 164; GANSCHINETZ 1914, col. 840.

<sup>70</sup> HURSCHMANN 2001, col. 2021.

<sup>71</sup> Cfr. MASSEI 1941, p. 270 nt. 11.

## 5. La consegna dell'anello come gesto per la disposizione di un successore

Vogliamo porre in relazione la possibilità di vincolare ambo le parti tramite la consegna dell'anello con il caso – del quale parla Plauto nel passaggio chiave del *Curculio* citato all'inizio del presente contributo – in cui l'anello veniva consegnato a un erede. Particolarmente foriera di effetti e parimenti ben attestata è la consegna di anelli da parte di sovrani antichi, la quale esprimeva la concessione di una posizione di potere, che a sua volta poteva essere accompagnata da un regolamento di successione. Mentre queste “investiture” sono ben note nel mondo greco<sup>72</sup>, a Roma ancora il primo *princeps* non poté richiamarsi a una determinata forma, percepita come ufficiale, di trasferimento simbolico del potere. Ancora non si era stabilita in maniera durevole una forma costituzionale di tipo monarchico e men che meno si era riconosciuto che Augusto potesse semplicemente designare un successore come *princeps*<sup>73</sup>. Per il conseguimento della posizione speciale di Cesare in qualità di suo erede, così come per quello della qualifica di *princeps* acquisita nel frattempo, egli si servì allora della simbologia privata, che era nota al pubblico per il fatto di dispiegarsi normalmente nell'ambito della successione di un *pater familias*. Su queste basi Augusto compì gesti politici di natura esclusivamente dichiarativa<sup>74</sup> che avrebbero dovuto essere interpretati sul piano della successione.

I fatti e il contesto in cui essi si svolsero sono ovviamente ben documentati: Gaio Giulio Cesare aveva impiegato un sigillo che recava l'immagine di Afrodite armata (*Venus victrix*)<sup>75</sup>, progenitrice della *gens Iulia*<sup>76</sup>. In genere si suppone<sup>77</sup> che sul sigillo fosse raffigurata una Venere con lancia ed elmo cui era accostato uno scudo con il *sidus Iulium*, ossia l'immagine della cometa che apparve nel 44 a.C. e che fu interpretata come la prova della divinizzazione di Cesare<sup>78</sup>. Il giovane Ottaviano, il quale inizialmente dovette lottare per il riconoscimento della sua qualifica di erede di Cesare e di *princeps*, per prima cosa entrò in possesso dell'anello con sigillo del padre adottivo al fine di utilizzare a sostegno delle proprie affermazioni «il potere dell'immagine»<sup>79</sup>. L'anello è menzionato nelle fonti relative all'età della sua reggenza in molti importanti contesti. La tradizione alla quale Ottaviano si richiama è rappresentata non solo dall'anello di Cesare, ma anche dal sigillo. È stato tra-

<sup>72</sup> Alessandro il Grande consegnò al suo generale Perdicca il suo anello con sigillo e con ciò lo designò come futuro reggente; Nep., Eum., 2.1-2; Curt., 10.5,14; cfr. 10.6.19-20. Tale uso, a ben vedere, ha origini orientali. Il faraone, che si tolse il «suo anello con sigillo» (תְּהַבֵּתֵךְ) dalla mano e lo consegnò a Giuseppe, non predispose nessun piano di successione, bensì la trasmissione di una posizione di potere (Genesi 41.42). Il gesto è conosciuto anche nella cultura ebraica come segno della (ri)costituzione dello stato di erede potenziale: la riammissione del figliol prodigo (Luca 15.22) è accompagnata dal conferimento di un anello (δακτύλιος).

<sup>73</sup> Eck 2006<sup>4</sup>, pp. 106-108.

<sup>74</sup> FURLAS 1971, pp. 76-82.

<sup>75</sup> ZAZOFF 1983, p. 315.

<sup>76</sup> Cass. Dio. 43.43.3.

<sup>77</sup> ZWIERLEIN-DIEHL 2007, p. 11; cfr. ZAZOFF 1983, p. 315.

<sup>78</sup> Il futuro Augusto ed erede dell'anello con sigillo fece inserire questa immagine di Venere sulle monete la cui sigla *CAESAR DIVI F(ilius)* indicava espressamente lui come figlio di Cesare divinizzato; cfr. TRILLMICH 1988, p. 505 nt. 327.

Giulii successivi impiegarono questo tipo di immagine come stemma di famiglia; ZWIERLEIN-DIEHL 2007, p. 11.

<sup>79</sup> Cfr. ZANKER 2009<sup>5</sup>, p. 42 ss.; cfr. MADERNA-LAUTER 1988, p. 452.

mandato che, prima della battaglia di Filippi, Cesare sarebbe apparso in sogno a un tessalo, gli avrebbe annunciato il giorno decisivo e avrebbe consigliato al “giovane Cesare” di indossare qualcosa che egli, in qualità di dittatore, aveva indossato. A fronte di tale messaggio, il futuro Augusto avrebbe infilato al dito l’anello con sigillo di Cesare e in seguito lo avrebbe indossato in più occasioni<sup>80</sup>. Il significato politico e giuridico dell’anello, come segno dell’erede legittimato alla posizione di potere, emerge da numerose gemme di pietra e vetro sulle quali esso è raffigurato sotto al ritratto di Ottaviano. Molto probabilmente il *princeps*, con l’acquisizione del nome Augusto nel 27 a.C., scelse come ultimo sigillo il suo ritratto intagliato da Dioscuride<sup>81</sup>. Nel 23 a.C., seriamente malato, Augusto consegnò il suo anello ad Agrippa, designandolo così come successore nella sua sfera di responsabilità privata<sup>82</sup>. La consegna dell’anello si impose allora per secoli come simbolo del piano di successione imperiale<sup>83</sup>. Laddove la consegna fosse stata attesa, ma in effetti non avesse avuto luogo, ciò avrebbe potuto essere interpretato anche come un’affermazione: secondo quanto riferito da Svetonio, Tiberio, morente, si sarebbe sfilato l’anello dal dito, come se volesse consegnarlo a qualcuno, poi lo avrebbe tenuto in mano per un istante, ma in seguito se lo sarebbe messo di nuovo al dito<sup>84</sup>. I fatti sono riportati anche in maniera diversa<sup>85</sup>, ma a questo riguardo è importante rilevare che il racconto di Seneca, il quale allude al significato della consegna dell’anello, tramanda la notizia secondo la quale Tiberio non avrebbe voluto designare simbolicamente come successore Caligola, che egli stesso aveva adottato per ordine di Augusto e che gli era ostile. In ogni caso, quasi tutti gli imperatori successivi, presumibilmente fino ai Severi, impiegarono il sigillo con il *caput Augusti*<sup>86</sup>. Essi portarono il nome del primo *princeps* e con il sigillo intesero richiamarsi ad una *fides* che derivava da quest’ultimo.

## 6. La trasmissione privata dell’anello in vista della morte

Poiché non esisteva uno specifico regolamento di diritto pubblico per la trasmissione della posizione di *princeps* a un successore, la condotta di Augusto deve essere interpretata, a livello formale, nel quadro di certi modelli comportamentali che si erano imposti nell’ambito della successione *mortis causa* dei privati. Nelle relazioni di questo tipo, la consegna dell’anello da

<sup>80</sup> Cass. Dio. 47.41.2.

<sup>81</sup> ZWIERLEIN-DIEHL 2007, p. 12.

<sup>82</sup> Cass. Dio. 53.30.1 ss. riferisce che Augusto non nominò nessun successore nella sua posizione di *princeps* (anche 53.31.1). Mentre Agrippa ricevette il segno della successione di diritto privato, Augusto consegnò al console Calpurnio Pisone la responsabilità della *res publica*, conferendogli qualche documento dell’esercito e del reddito pubblico. Cfr. SIMPSON 2005, pp. 180 e 186.

<sup>83</sup> Cfr. Cass. Dio. 53.30.2; ISTINSKY 1962, p. 39 ss. Traiano aveva ricevuto dal suo predecessore Nerva un anello con diamante cui era riconnessa la speranza della successione (*spes successionis*). Cfr. Hist. Aug., Hadr., 3.7, nonché MRATSCHEK-HALFMANN 1993, p. 69.

<sup>84</sup> Suet., Tib., 73.

<sup>85</sup> Suet., Tib., 73; Cal., 12.

<sup>86</sup> Cass. Dio. 51.3.7. Cfr. Simpson 2005, p. 185.

parte del *de cuius* al successore ha luogo poco prima della morte. A ciò si riferisce Terapontigono nel *Curculio* di Plauto (Plaut., Curc., 636-639). Il gesto di consegnare l'anello significa dunque che il *pater familias* considera il ricevente come il suo erede.

Tale comportamento non ha niente a che fare con la posizione giuridica del soggetto. In particolare, le parti non compiono alcun atto che possa influire sulla successione secondo il *ius civile*. Con riguardo a Periplane, ciò significa quanto segue: a prescindere dal fatto che egli, come era tipico del suo mondo<sup>87</sup>, avesse redatto un testamento, o che invece si fosse di fronte a una successione *ab intestato* da parte dell'*heres suus*, Terapontigono è chiamato all'eredità solo alla sua morte. La consegna dell'anello in sé non spiega alcun effetto da questo punto di vista. Non era grazie a questa che veniva stabilita la successione; il successore era piuttosto solamente un "designato"<sup>88</sup>.

Nondimeno, l'aspettativa che il destinatario dell'anello fosse in effetti chiamato all'eredità era riconosciuta come legittima<sup>89</sup>. Momento e circostanze della sua esecuzione lasciano apparire la consegna dell'anello come un atto definitivo. Per quanto concerne il momento, si osserva che il fondamento della chiamata all'eredità, di norma, è stabilito molto prima della successione: i presupposti della successione *ab intestato* sussistono sin dal momento in cui l'interessato appartiene ai *sui* del *de cuius* e quelli della successione testamentaria si basano su di un testamento che il testatore generalmente ha redatto molto tempo prima della sua morte. D'altra parte, si portava l'anello al dito sino agli ultimissimi istanti di vita<sup>90</sup>. Ciò non valeva solo in caso di morte improvvisa ed imprevedibile, come quella causata da un incidente, ma anche in vista di un pericolo di morte<sup>91</sup>, come quello generato dalla guerra: i soldati indossavano il loro anello persino in battaglia<sup>92</sup>. I malviventi lo indossavano fino al momento della loro esecuzione. Un rescritto di Adriano, tramandatoci da Ulpiano, stabilisce nel dettaglio che gli oggetti preziosi portati dai condannati non sarebbero dovuti cadere direttamente nelle mani degli esecutori della condanna, ma avrebbero dovuto costituire un fondo amministrato da funzionari pubblici e finalizzato al conferimento di premi<sup>93</sup>. Il rescritto riguarda espressamente il caso in cui un condannato porti al dito una Sardonica o un'altra pietra intagliata di grande valore (*si quis damnatus digito habuerit aut sardonichica aut aliam gemmam magni pretii*). Se il

<sup>87</sup> Nel mondo romano, questa concezione era già presente nella tarda Repubblica. Spesso, a tal proposito, è richiamato il noto racconto di Plutarco relativo a Catone il Censore, il quale si sarebbe pentito di essere stato «senza testamento» (ἄδιάθετος) per un giorno; Plut., Cat. Mai., 9.6. Cfr. SCHULZ 1934, p. 106 ss. e nt. 86; GENZMER 1962, p. 323 ss.; SEIDL 1963, p. 237; PENNITZ 2017, p. 863.

<sup>88</sup> Per la letteratura antica, cfr. KIRCHMANN 1672, p. 227.

<sup>89</sup> Cfr. MEYERS 2013, col. 6104.

<sup>90</sup> In considerazione di questo costume si potrebbe vedere come un segno della morte imminente di Adriano il fatto che l'anello gli fosse caduto dal dito (Hist. Aug., Hadr., 26.7).

<sup>91</sup> I ritrovamenti scheletrici nei luoghi colpiti dall'eruzione del Vesuvio del 79 a.C. dimostrano che le vittime stavano portando l'anello con sé quando sono morte, in certi casi in contenitori insieme ad altri oggetti, che dovevano essere portati in salvo, ma in altri casi proprio al dito. Cfr. CAPASSO 2001, pp. 22 e 24.

<sup>92</sup> Per questo Annibale, dopo la battaglia di Canne del 216 a.C., poté far bottino di molti anelli; Liv., 23.12; Plin., N.H., 33.20; cfr. ZWIERLEIN-DIEHL 2007, p. 15 ss.; ZAZOFF 1983, p. 269.

<sup>93</sup> Cfr. D. 48.20.6 (Ulp. 10 de off. procons.); sul punto MOMMSEN 1899, p. 924 nt. 6.

portatore dell'anello avesse avuto la fortuna di morire in pace tra i propri familiari, lo avrebbe tenuto con sé fino alla fine. Il mantenimento dell'anello fino all'ultimo istante di vita è attestato anche da altre fonti, le quali riferiscono che, quando la consegna per vari motivi non era avvenuta, ai morti veniva tolto l'anello dal dito<sup>94</sup>. La rimozione dell'anello dalle dita dei morti poteva essere effettuata come gesto di pietà<sup>95</sup>.

La comprensione della consegna dell'anello come atto serio e definitivo è favorita anche dalla circostanza che essa rientra tra gli ultimi atti di volontà del *de cuius*. Chi consegna l'anello pone fine alla propria esistenza civile. L'imminenza della morte accresce l'importanza del fatto<sup>96</sup>. Ancora una volta entra in gioco il vincolo della *fides* tra *de cuius* e successore. È noto il potere delle dichiarazioni di volontà che il primo rende mentre è in vita ed eventualmente persino sul letto di morte. Esse, qualora venga avanzata un'"ultima richiesta", possono addirittura obbligare in un modo del tutto peculiare, anche qualora non divengano pubbliche e dunque la persona cui sono indirizzate non sia esposta a nessuna ulteriore pressione. Ovviamente è un fenomeno profondamente radicato nella cultura europea, che spinge a sentirsi in una certa misura vincolati agli ultimi desideri del morente e ciò indipendentemente dal fatto che il morente abbia conferito la sua autorità alla richiesta o che siano state osservate alcune formalità giuridiche. La modalità con le quali l'"ultimo desiderio" genera effetti sulle persone vicine potrebbe somigliare a quella del *fideicommissum* preclassico, la cui peculiarità in origine consisteva nell'essere un "supplemento" al testamento vero e proprio, sottoposto a condizioni provvisorie e alla pressione della morte imminente<sup>97</sup>. Un erede che sia obbligato in questa particolare maniera al rispetto di quelle regole di comportamento che scaturiscono dalla *fides*, è «nella *fides*», secondo quanto afferma Plutarco nel suo racconto sul comportamento di Cicerone come erede onerato del fedecommesso: ἐν πίστει κληρονόμος<sup>98</sup>.

A voler attribuire rilevanza non solo alla consegna dell'anello, ma anche al consenso degli interessati, si potrebbe osservare che il fondamento del vincolo basato sulla *fides* tra il *de cuius* ed il suo erede designato mostra una certa vicinanza con il mandato. Un mandato da adempiere dopo la morte del mandante in età classica era in linea di massima nullo<sup>99</sup>. Nondimeno, indipendentemente da ciò, il parallelismo a livello strutturale è istruttivo. Invero, anche un *mandatum* tra vivi doveva essere proposto ed accettato e generava obblighi di lealtà reciproca.

Per il caso della consegna dell'anello vogliamo ipotizzare che proprio attraverso la ricezione della dazione si instaurasse una relazione bilaterale tra il *de cuius* e l'erede designato, la

<sup>94</sup> Cfr. *supra* nt. 63.

<sup>95</sup> GANSCHINIETZ 1914, p. 839. In Cic., off., 3.38 tuttavia non è chiaro se Gige soddisfi un obbligo di pietà nei confronti del morto che aveva incontrato; il contesto lascia piuttosto pensare a una rimozione a scopo di lucro.

<sup>96</sup> AVENARIUS 2020a, p. 82.

<sup>97</sup> Il sentimento dell'obbligo nei confronti del *de cuius* trova espressione come costante storico-culturale in diverse forme di comportamento. Cfr. AVENARIUS 2020a, p. 82.

<sup>98</sup> Plut., Cic., 41.4.

<sup>99</sup> KASER 1971<sup>2</sup>, p. 578.

quale era caratterizzata dal rafforzamento dell'obbligo di preservare la *fides*<sup>100</sup>. Il fatto che il destinatario si sentisse in una certa misura obbligato potrebbe spiegarsi con la ragione che, come avveniva nella maggior parte dei casi, egli avesse ricevuto un patrimonio in qualità di erede o di legatario. A prescindere dagli eventuali obblighi derivanti dalla posizione di erede, il testatore “obbliga” quest’ultimo attraverso l’attribuzione unilaterale del lascito, secondo il principio, noto grazie agli studi storico-sociologici, della reciprocità. Come ha spiegato Marcel Mauss con riguardo alle donazioni tra vivi, lo scambio ha luogo come transazione morale, volontario solo in teoria; in realtà questo principio vale per le dazioni effettuate e ricambiate fra persone vicine tra loro. Da un punto di vista storico-antropologico, questo processo lega individui e gruppi gli uni con gli altri<sup>101</sup>. L’idea della reciprocità, sviluppata da Mauss per la relazione tra vivi, può essere parimenti applicata al rapporto tra testatore ed erede. Ridotta sul piano materiale, l’idea che l’erede riceva un patrimonio che poi viene a diminuire in ragione delle prestazioni imposte nel testamento<sup>102</sup> non travolge completamente il lato sociale del processo. La *fides* o la *pietas* nei confronti del testatore, così come il soddisfacimento di determinate richieste a ciò connesse, possono piuttosto essere visti come “controprestazione” per la – formalmente gratuita – dazione del lascito: non arricchisce il datore, ma soddisfa i suoi bisogni in un altro modo<sup>103</sup>. Il fatto che in questa situazione, nella quale la “controprestazione” è rivolta in un certo qual modo a una persona già deceduta, abbia luogo una tale reciprocità “obbligatoria” risulta, nel contesto romano, dalla precisione con cui le attribuzioni testamentarie reagiscono alle relazioni personali, le quali non solo vengono confermate, ma anche rafforzate<sup>104</sup>. In questo modo, per esempio, la posizione di erede e successore in un perdurante intreccio di relazioni sociali poteva o meno consolidarsi, in quanto essa era dovuta non solo al ruolo acquisito attraverso la successione, ma dipendeva anche dal fatto che il successore si dimostrasse degno del predecessore con i suoi comportamenti<sup>105</sup>. L’idea della reciprocità, infine, potrebbe essere confermata dal confronto in chiave comparativa con la moderna disciplina delle disposizioni reciproche nel testamento congiuntivo dei coniugi: ogni testatore dispone a favore dell’altro, non allo scopo di dargli qualcosa, ma affinché il secondo faccia qualcosa che

<sup>100</sup> AVENARIUS 2020a, p. 83 ss. La simbologia del processo è fatta propria dalla letteratura cristiana. Secondo il racconto relativo al martirio di Perpetua e di altri cristiani avvenuto a Cartagine nel 202/03 il martire Saturo chiese l’anello al soldato Pudens che era vicino ai condannati, immerse l’anello nel suo sangue, glielo riconsegnò come «eredità» e con ciò gli lasciò un «pegno» e un ricordo del suo sangue (*Passio Sanctarum Perpetuae et Felicitatis* 21.5 [ed. Musurillo]: *simulque ansulam de digito eius petiit, ut vulneri suo mersam reddidit ei hereditatem, pignus reliquens illi et memoriam sanguinis*). Anche in questo contesto emerge l’invito, rivolto al destinatario dell’anello, a ricordare la *fides* (21.4: *memento fidei*), ancorché intesa in senso cristiano.

<sup>101</sup> L’effetto vincolante della dazione nel diritto romano antico è descritto da MAUSS 1990, p. 120 ss.

<sup>102</sup> Si tratta di un concetto che contraddistingue il diritto classico dei legati. Cfr. D. 30.116 *pr.* (Flor. 11 inst.): *Legatum est delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod univversum heredis foret, alicui quid collatum velit*; si veda GROSSO 1962<sup>2</sup>, p. 40 e AVENARIUS 2015b, p. 23.

<sup>103</sup> Per la presenza di una reciprocità lascia propendere anche l’idea di Edward Champlin, secondo la quale alla base di ogni istituzione di erede starebbe un accordo tacito (*tacit pact*) con l’erede riguardante la cura della *memoria*; CHAMPLIN 1991, p. 26.

<sup>104</sup> Cfr. AVENARIUS 2015b, p. 32.

<sup>105</sup> AVENARIUS 2012b, p. 226.

egli desidera, per esempio effettuando una prestazione nei confronti di un terzo, qualora il testatore interessato premuoria<sup>106</sup>.

La consegna, come si è visto, è concepita come atto definitivo, come determinazione che non si accompagna all'istituzione d'erede, bensì la chiarisce. Essa, dunque, non si limita alla simbologia, ma è inserita in un contesto pratico. Allo stesso modo, insieme all'anello con sigillo, venivano consegnate anche le chiavi, come avvenne in un caso, sul valore giuridico del quale Papiniano rese un parere, raccolto in D. 31.77.21 (Pap. 8 resp.): un *pater familias*, che aveva istituito come eredi più figli, sul letto di morte consegnò in custodia alla figlia maggiore il suo anello, nonché le chiavi, con le quali egli probabilmente aveva chiuso determinati contenitori. In particolare, potremmo pensare alla chiave della sua *arca*. Il testatore ordinò a un liberto presente di consegnare alla figlia le cose che egli aveva in custodia. Dopo che la consegna fu effettuata a beneficio di *una* coerede e il significato simbolico del comportamento fu noto, si pose la questione se a ciò fosse connessa l'assegnazione di una qualche posizione speciale in sede divisionale, o di qualche privilegio esigibile di fronte al giudice, a favore della figlia maggiore. Papiniano chiarì che il comportamento del testatore sarebbe stato da intendere in generale (*commune*) come un'azione nell'interesse di tutti i figli e non si sarebbe dovuto presumere che la figlia che aveva ricevuto l'anello e le chiavi avesse un privilegio.

## 7. L'abuso della consegna e la sua valutazione

Anche se la consegna dell'anello non comportava alcuna conseguenza giuridica diretta nel diritto civile, essa poteva influire indirettamente su quest'ultimo. Il coinvolgimento della *fides* era, infatti, comunque foriero di conseguenze, specialmente in un'epoca in cui dominava il pensiero giuridico dei *veteres* preclassici. Richiamandosi le parti interessate in maniera concludente alla *fides*, esse gettavano le basi per la creazione di una stretta relazione obbligatoria. Il pensiero dei *veteres*, fondato sul diritto naturale, che conosceva l'interpretazione del diritto alla luce dei principi, poteva ricavare da questo speciale legame obblighi crescenti, che potevano ripercuotersi anche nella sfera giuridica.

Se l'aspettativa del destinatario dell'anello di essere chiamato all'eredità non fosse stata soddisfatta, il testatore avrebbe dovuto considerare che il suo comportamento sarebbe stato in seguito aspramente criticato. Si riteneva, infatti, che colui che avesse designato un successore attraverso la consegna dell'anello, ma in realtà non lo avesse istituito erede, commettesse una grave violazione del suo obbligo. Quando nel corso della tarda repubblica prese campo la *querela inofficiosi testamenti*, fu disponibile un mezzo giuridico straordinario grazie al quale si

---

<sup>106</sup> Ogni coniuge istituisce l'altro come erede unico e il figlio comune come erede finale dopo la morte del coniuge superstite. Per il caso in cui uno dei coniugi muoia per primo è stabilito il trasferimento del patrimonio all'altro coniuge (e non al figlio), in quanto il testatore può essere sicuro che in cambio il suo patrimonio, giunto all'altro superstite, alla fine arriverà al figlio come parte del suo lascito. Tale comportamento è protetto dall'effetto vincolante del § 2271 Abs. 2 BGB. Cfr. AVENARIUS 2020b<sup>15</sup>, § 2270 nt. 1 ss. e § 2271 nt. 7.

poteva reclamare la violazione dell'obbligo, sebbene ciò non avvenisse sempre. Avrebbe violato gli *officia* di cui era investito non solo un testatore che avesse senza motivo pretermesso i suoi parenti stretti, ma anche quello che non avesse tenuto in debita considerazione le persone con le quali egli aveva un altro tipo di relazione stretta. Tale relazione era stata creata dal testatore attraverso la consegna dell'anello. Inoltre, si sarebbe potuto rimproverare al testatore di aver tenuto un comportamento contraddittorio.

Descrivendo molti di questi casi, Valerio Massimo spiega che il comportamento del testatore non avrebbe condotto all'annullamento del testamento, ma avrebbe integrato i presupposti per una possibile impugnazione<sup>107</sup>. La valutazione diventa chiara nel suo racconto<sup>108</sup> su Quinto Cecilio, che aveva acquisito uno *status* rispettabile e una grande ricchezza grazie al sostegno e alla generosità di Lucio Lucullo e che aveva più volte ripetuto che quest'ultimo sarebbe stato il suo erede unico. Egli avrebbe addirittura consegnato i suoi anelli a Lucullo sul letto di morte e lo avrebbe presentato come erede designato. In seguito, sarebbe emerso che Cecilio nel suo testamento aveva adottato Pomponio Attico e gli aveva lasciato in eredità tutto il suo patrimonio. La storicità del fatto non è sicura, soprattutto perché altri racconti su questi personaggi non menzionano tale scandalo<sup>109</sup>. A ogni buon conto, la reazione dell'opinione pubblica nella narrazione di Valerio Massimo rispecchia il giudizio *personale* dello storico: egli riferisce che gli uomini avrebbero sfogato il proprio disappunto sul cadavere del testatore, ma il testamento sarebbe rimasto valido<sup>110</sup>.

Accuse simili furono rivolte contro T. Barro, il quale, sul suo letto di morte, consegnò i suoi anelli a Lentulo Spintere (console nel 57 a.C.), nel quale egli vedeva un amico intimo e generoso, come se dovesse essere il suo unico erede. In realtà non gli aveva lasciato niente. Stando a Valerio Massimo, il testatore avrebbe immaginato negli ultimi istanti di vita la terribile punizione per la sua cattiva condotta: «ma quale vendetta si prese il rimorso nello stesso istante sull'uomo scellerato, se davvero questo sentimento possiede la forza che gli si attribuisce! Invero, quando egli realizzò la fallacia e l'ingratitude del suo pensiero, esalò il suo ultimo respiro, come se un carnefice dentro di lui tormentasse la sua anima, capendo bene che il suo trapasso dalla vita alla morte sarebbe stato esecrato dagli dei del cielo e maledetto da quelli degli inferi»<sup>111</sup>.

Una analoga valutazione è tramandata ancora da Valerio Massimo per il comportamento di M. Popilio. Egli consegnò l'anello al suo amico intimo Oppio Gallo e gli dette anche un ultimo abbraccio e un bacio. «Egli gli consegnò anche i suoi anelli, affinché non perdesse niente della sua eredità, che mai avrebbe adito». In effetti egli non aveva istituito Gallo come erede<sup>112</sup>.

<sup>107</sup> Val. Max., 7.8 *pr.*: *attinamus ea* (scil : *testamenta*) *quae rata manserunt, cum causas haberent propter quas rescindi possent.*

<sup>108</sup> Val. Max., 7.8.5.

<sup>109</sup> Cfr. WATSON 1971, p. 2 ss. Nep., Att., 5 ss. menziona Q. Cecilio come un amico di Lucullo, ma non accenna a un tale scandalo.

<sup>110</sup> Val. Max. 7.8.5.

<sup>111</sup> Val. Max. 7.8.8.

<sup>112</sup> Val. Max. 7.8.9. Il bacio di commiato era connesso all'idea secondo la quale lo spirito, che abbandonava i morenti

Quando ciò venne alla luce, Gallo si dimostrò estremamente corretto: «in tutta fretta l'uomo scrupoloso, nei confronti del quale l'amico morente aveva rivolto una grave offesa, li ripose in una cassetta, li lasciò sigillare in questa dai presenti nel modo più preciso e la consegnò agli eredi di Popilio, dal quale egli stesso non ricevette alcunché»<sup>113</sup>. Ovviamente gli interessati non considerarono che la proprietà dell'anello potesse essere stata trasferita separatamente a Gallo e attribuirono al gesto piuttosto il significato che l'oggetto dovesse giungere agli eredi effettivi.

Il raggiungimento dell'obiettivo della destinazione dell'anello a colui che per testamento o *ab intestato* è chiamato all'eredità secondo le regole del *ius civile* è favorito dal diritto ereditario anche in un altro contesto, ossia nell'interpretazione dei legati. Quando questi, come di frequente doveva accadere, riguardavano i gioielli (*ornamenta*) e venivano disposti a beneficio delle donne, ci si chiedeva in qual misura vi rientrassero anche gli anelli. In linea di massima alla domanda si rispondeva in maniera affermativa in relazione agli anelli portati per ornamento<sup>114</sup>, tuttavia si sottraevano all'applicazione della regola gli anelli con sigillo, in quanto essi da un lato abbellivano, ma dall'altro soprattutto svolgevano un'altra funzione<sup>115</sup>. Nell'ambito del diritto della compravendita<sup>116</sup> Paolo spiega allo stesso modo che: *signatorius anulus «ornamenti» appellatione non continentur*<sup>117</sup>.

## 8. La consegna dell'anello e la comprensione preindividualistica del testamento

Alla consegna dell'anello del testatore il diritto civile ereditario non ricollega alcuna conseguenza giuridica diretta. Tale consegna, piuttosto, dimostra la scelta dell'erede. Nondimeno, la simbologia della consegna dell'anello non si limita a manifestare all'esterno con maggior chiarezza l'istituzione del destinatario come erede. La connessione con la funzione simbolica, che del resto è insita nell'anello, fornisce elementi per la comprensione della vicenda successoria in diritto romano, che, in origine, fu permeata dall'antico pensiero giuridico preindividualistico e che, anche nell'epoca del predominio della giurisprudenza classica, ne rimase influenzata.

Nell'impostazione tradizionale, la successione non si limita al trasferimento del patrimonio e del relativo potere sulla base del diritto delle persone, ma comporta l'attribuzione all'erede di una più complessa posizione che dipende dal testatore non solo con riguardo alla sua origine, ma anche alla sua peculiarità. Quei poteri che venivano trasferiti si accompagnavano alla responsabilità. I diritti acquistati dall'erede avrebbero dovuto essere esercitati da quest'ultimo nel rispetto di certi doveri, ossia non secondo la sua personale discrezione, ma sulla base

---

insieme al loro ultimo respiro, sarebbe stato raccolto dal successore o da un'altra persona vicina (Sen., cons. Marc., 3.2; Verg., Aen., IV, 684 ss.).

<sup>113</sup> Val. Max., 7.8.9.

<sup>114</sup> P.S. 3.6.83-84.

<sup>115</sup> D. 34.2.25.10 (Ulp. 44 ad Sab.): *anuli praeter signatorios* e la tradizione greca parallela in PSI XIII, n. 1348, p. 4 marg. Sul punto si veda BATTAGLIA 2018, p. 117 ss.; SCHULZ 1941, p. 67; cfr. già SEGRÉ 1930, p. 428.

<sup>116</sup> Lo indica D. 21.1.38 *pr.* (Ulp. 2 ad ed. aed. cur.); cfr. anche LENEL 1899, p. 1096, nt. 4.

<sup>117</sup> D. 50.16.74 (Paul. 2 ad ed. aed. cur.).

di misure di condotta prestabilite ed extra-giuridiche. Centrale era, in questo contesto, l'idea secondo la quale la famiglia avrebbe dovuto essere gestita al meglio anche dopo la morte del *paterfamilias*, il suo patrimonio ben amministrato e il suo prestigio sociale ulteriormente accresciuto.

L'obbligo dell'erede di rispettare tali regole di condotta non trovava il suo fondamento solo nelle disposizioni del diritto civile o pontificale, né unicamente in ideali di giustizia diffusi. Esso era piuttosto basato in special modo sulla relazione tra testatore ed erede e comportava una specifica relazione intima che giustificava *officia* crescenti sulla base di principi generali come la *fides* e la *pietas*. I risultanti obblighi comportamentali erano dunque innanzitutto fondati su elementi pregiuridici, ma in seguito, nella misura in cui l'ordinamento si aprì all'interpretazione alla luce dei principi di diritto naturale, modellarono in parte anche il diritto. La relazione intima tra testatore ed erede fu motivata anche dal trasferimento – formalmente gratuito – del lascito, che, come altre dazioni unilaterali, obbligava il destinatario nei confronti del datore in un modo del tutto particolare. Tale relazione era in grado di legare un erede al testatore *defuncto*. Colui che la meritava, riceveva dunque legittimamente la posizione di successore e doveva in seguito dimostrarsene degno. Gli ultimi desideri che il testatore esprimeva all'erede richiamandosi alla sua lealtà, potevano rendere concreti gli obblighi comportamentali discendenti dalla *fides*. I requisiti della *fides* e del principio di lealtà, concepito all'interno del pensiero di diritto naturale dei *veteres* preclassici come vincolante per tutti gli uomini, venivano tra testatore ed erede in qualche misura rafforzati e il segno esteriore di tale rafforzamento era la consegna dell'anello che avveniva sul letto di morte. Essa simboleggiava in un modo particolare l'ambivalenza della posizione dell'erede secondo la concezione preclassica. L'anello esprimeva potere e allo stesso tempo legame, legittimazione e al contempo obbligo.

## Ringraziamenti

La versione italiana del testo è dovuta al gentile aiuto del dott. Filippo Bonin (Univ. Köln) e della dott.ssa Elena Marelli (Univ. Bergamo).

## Bibliografia

- ANDREAU 1968 = J. ANDREAU, *Banque grecque et banque romaine dans le théâtre de Plaute et de Térence*, in *Mélanges d'archéologie et d'histoire* 80 (1968), pp. 461-526.
- ASTOLFI 1989 = R. ASTOLFI, *Il fidanzamento nel diritto romano*, Padova 1989.
- AVENARIUS 2012a = M. AVENARIUS, *Römisches Erbrecht und Religion. Interdependenzen von Herrschafts-, Vermögens- und Kulturperpetuierung in Pontifikaljurisprudenz sowie Dogmatik und Praxis des ius civile*, in R. ZIMMERMANN (ed.), *Der Einfluss religiöser Vorstellungen auf die Entwicklung des Erbrechts*, Tübingen 2012, pp. 7-78.

- AVENARIUS 2012b = M. AVENARIUS, *Die tabulae ceraeve des klassischen Manzipationstestaments als Archaismus. Die Testamentsurkunde als Ausdruck der Vorstellung vom Gesetzescharakter der letztwilligen Ausgestaltung der römischen Familienverfassung*, in *IURA* 60 (2012), pp. 201-233.
- AVENARIUS 2015a = M. AVENARIUS, *Vom théâtre zur Bühne totalitärer Gesellschaftsstrukturen. Die Rezeption griechischer Elemente in die Theaterordnung des Prinzipats, deren Instrumentalisierung zur politischen Einvernahme der Gesellschaft und die staatsbezogene Ausgestaltung des Ehe- und Familienrechts*, in F. LAMBERTI, P. GRÖSCHLER, F. MILAZZO (edd.), *Il diritto romano e le culture straniere. Influenze e dipendenze interculturali nell'antichità*, Lecce 2015, pp. 59-122.
- AVENARIUS 2015b = M. AVENARIUS, «*Extra propositam quidem materiam videtur...*». *Kontinuität und Neubegründung im System der klassischen und vorklassischen Erbstatbestände*, in K. MUSCHELER, R. ZIMMERMANN (edd.), *Zivilrecht und Steuerrecht, Erwerb von Todes wegen und Schenkung. Festschrift für Jens Peter Meincke zum 80. Geburtstag*, München 2015, pp. 15-34.
- AVENARIUS 2017 = M. AVENARIUS, *Römische Rechtsgutachten, ihre Form und deren Wirkung. Die Responsenurkunde, ihre Folgen für die Wahrnehmung begründungsarmer Fallentscheidungen und die Unzulässigkeit des Rückschlusses auf theoriefreies Judizieren*, in A. FUNKE, K. LACHMAYER (edd.), *Formate der Rechtswissenschaft*, Weilerswist 2017, pp. 13-59.
- AVENARIUS 2020a = M. AVENARIUS, *The Pre-Classical fidei committere and the Order to be Established Upon Death. Emotion as the Basis of the Legal Bindingness of the Decedent's Last Wishes*, in A. BETTENWORTH, J. HAMMERSTAEDT (edd.), *Writing Order and Emotion. Affect and the Structures of Power in Greek and Latin Authors*, Hildesheim 2020, pp. 65-91.
- AVENARIUS 2020b<sup>15</sup> = M. AVENARIUS, in H. PRÜTTING, G. WEGEN, G. WEINREICH (edd.), *BGB. Kommentar*, XV ediz., Köln 2020.
- BATTAGLIA 2018 = F. BATTAGLIA, *Ordo excerptionum in PSI XIII 1348*, in D. MANTOVANI, S. AMMIRATI (edd.), *Giurisprudenza romana nei papiri. Tracce per una ricerca*, Pavia 2018, pp. 93-124 [= *SCDR* 30 (2017), pp. 177-219].
- BEHRENDTS 1980 = O. BEHRENDTS, *Prinzipat und Sklavenrecht. Zu den geistigen Grundlagen der augusteischen Verfassungsschöpfung*, in U. IMMENGA (ed.), *Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung*, Göttingen 1980, pp. 53-88 (= O. BEHRENDTS, *Institut und Prinzip. Siedlungsgeschichtliche Grundlagen, philosophische Einflüsse und das Fortwirken der beiden republikanischen Konzeptionen in den kaiserzeitlichen Rechtsschulen*, hrsg. von M. AVENARIUS, R. MEYER-PRITZL und C. MÖLLER, I, Göttingen 2004, pp. 417-455).
- BESLER 1920 = G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, 4. Heft, Tübingen 1920.
- BESLER 1925 = G. BESELER, *Bindung und Lösung*, in *ZSS, Rom. Abt.*, 45 (1925), pp. 396-488.
- BLEICKEN 1995<sup>2</sup> = J. BLEICKEN, *Die Verfassung der römischen Republik*, II ediz., Paderborn 1995.
- BUONGIORNO 2011 = P. BUONGIORNO, *Ateii Capitoes*, in *IURA* 59 (2011), pp. 195-216.
- BUONGIORNO 2016 = P. BUONGIORNO, *C. Ateius Capito. Appunti per una biografia politica*, in I. PIRO (ed.), *Scritti per Alessandro Corbino*, I, Tricase 2016, pp. 413-427.

- CAPASSO 2001 = L. CAPASSO, *I fuggiaschi di Ercolano. Paleobiologia delle vittime dell'eruzione vesuviana del 79 d.C.*, Roma 2001.
- CENERINI 2014 = F. CENERINI, *Nec desunt mulieres: signacula al femminile*, in A. BUONOPANE, S. BRAITO, C. GIRARDI (edd.), *Instrumenta Inscripta V. Signacula ex aere. Aspetti epigrafici, archeologici, giuridici, prosopografici, collezionistici. Atti del convegno internazionale (Verona, 20-21 settembre 2012)*, Roma 2014, pp. 133-139.
- CHAMPLIN 1991 = E. CHAMPLIN, *Final Judgments. Duty and Emotion in Roman Wills 200 B.C.-A.D. 250*, Berkeley 1991.
- COLLART 1962 = J. COLLART (ed.), *T. Maccius Plautus. Curculio. Édition, introduction et commentaire de Jean Collart*, Paris 1962.
- ECK 2006<sup>4</sup> = W. ECK, *Augustus und seine Zeit*, IV ediz., München 2006.
- ERMAN 1899 = H. ERMANN, *Die pompejanischen Wachstafeln*, in *ZSS, Rom. Abt.* 20 (1899), pp. 172-211.
- FAYER 2005 = C. FAYER, *La familia romana*, II, Roma 2005.
- FOURLAS 1971 = A.A. FOURLAS, *Der Ring in der Antike und im Christentum*, Münster 1971.
- FRAENKEL 1916 = E. FRAENKEL, *Zur Geschichte des Wortes Fides*, in *RMP* 71 (1916), pp. 187-199.
- GAERTNER 2011 = J.F. GAERTNER, *Das antike Recht und die griechisch-römische Neue Komödie: Untersuchungen zu Plautus und seinen griechischen Vorbildern*, Habilitationsschrift Univ. Leipzig 2011.
- GANSCHINIETZ 1914 = R. GANSCHINIETZ, s.v. *Ringe B*, in *RE*, I A1, München 1914, coll. 833-841.
- GENZMER 1962 = E. GENZMER, *La genèse du fidéicommiss comme institution juridique*, in *RHDFE* 40 (1962), pp. 319-350.
- GROSS 1979 = W.H. GROSS, s.v. *Ringe*, in *Der Kleine Pauly*, IV, München 1979, coll. 1434-1436.
- GROSSO 1962<sup>2</sup> = G. GROSSO, *I legati nel diritto romano*, Parte generale, II ediz., Torino 1962.
- VON DEN HOFF, STROH, ZIMMERMANN 2014 = R. VON DEN HOFF, W. STROH, M. ZIMMERMANN, *Divus Augustus. Der erste römische Kaiser und seine Welt*, München 2014.
- HURSCHMANN 2001 = R. HURSCHMANN, s.v. *Ring*, in *DNP*, X, Stuttgart 2001, coll. 1020-1021.
- ISTINSKY 1962 = H.U. ISTINSKY, *Die Siegel des Kaisers Augustus*, Baden-Baden 1962.
- JÖRS 1896 = P. JÖRS, s.v. *Ateius 8*, in *RE*, II2, Stuttgart 1896, coll. 1904-1910.
- JÖRS, KUNKEL, WENGER 1949<sup>3</sup> = P. JÖRS, W. KUNKEL, L. WENGER, *Römisches Recht*, III ediz., Berlin-Göttingen-Heidelberg 1949.
- KASER 1971<sup>2</sup> = M. KASER, *Das römische Privatrecht*, vol. 1, II ediz., München 1971.
- KIRCHMANN 1672 = J. KIRCHMANN, *De annulis liber singularis*, Lugduni Batavorum 1672.
- KNAPP 2011 = R. KNAPP, *Invisible Romans*, London 2011.
- KUNKEL 1967<sup>2</sup> = W. KUNKEL, *Die römischen Juristen. Herkunft und soziale Stellung*, II ediz. 1967, hrsg. von D. LIEBS [ristampa Graz-Wien-Köln 2001].
- LENEL 1889 = O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, Leipzig 1889 [ristampa Graz 1960].
- LEY 2007 = G. LEY, *A material world: costumes, properties and scenic effects*, in M. McDONALD, J.M. WALTON (edd.), *The Cambridge Companion to Greek and Roman Theatre*, Cambridge 2007, pp. 268-285.
- LOMBARDI 1961 = L. LOMBARDI, *Dalla «fides» alla «bona fides»*, Milano 1961.

- LONG 1709 = G. LONG, *De annulis signatoriis antiquorum, sive De vario obsignandi ritu tractatus*, Francofurti-Lipsiae 1709.
- LONGCHAMPS DE BÉRIER 1996 = F. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Allargamento della circolazione dei beni mortis causa: le origini del fedecommesso*, in W. WOŁODKIEWICZ, M. ZABŁOCKA (edd.), *Le droit romain et le monde contemporain. Mélanges à la mémoire de Henryk Kupiszewski*, Varsovie 1996, pp. 205-214.
- MADERNA-LAUTER 1988 = C. MADERNA-LAUTER, *Glyptik*, in *Kaiser Augustus und die verlorene Republik*, Berlin 1988, pp. 441-473.
- MARQUARDT 1886 = J. MARQUARDT, *Das Privatleben der Römer*, II, Leipzig 1886 [ristampa Darmstadt 1964].
- MARSHALL 1914 = F.H. MARSHALL, s.v. *Ringe A*, in *RE*, I A1, München 1914, coll. 807-833.
- MASSEI 1941 = M. MASSEI, *L'arra nella compravendita*, in *BIDR* 48 (1941), pp. 215-402.
- MAUSS 1990 = M. MAUSS, *Die Gabe. Form und Funktion des Austauschs in archaischen Gesellschaften*, Frankfurt am Main 1990.
- MEYERS 2013 = R. MEYERS, s.v. *Seals, Roman*, in R.S. BAGNALL et al. (edd.), *The Encyclopedia of Ancient History*, XI, Chichester 2013, coll. 6103-6104.
- MOMMSEN 1899 = TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1899 [ristampa Darmstadt 1955].
- MRATSCHEK-HALFMANN 1993 = S. MRATSCHEK-HALFMANN, *Divites et praepotentes. Reichtum und soziale Stellung in der Literatur der Prinzipatszeit*, Stuttgart 1993.
- NAUMANN-STECKNER 2007 = F. NAUMANN-STECKNER, *Luxus in Gold – ein Verbrechen an der Menschheit*, in R. ASSKAMP, J. CHRISTIANSEN, H. KENZLER, L. WAMSER (edd.), *Luxus und Dekadenz. Römisches Leben am Golf von Neapel*, Mainz 2007, pp. 139-149.
- PENNITZ 2017 = M. PENNITZ, *Die «Vernichtung» von Testamentsinhalten. Zu einer maior quaestio im klassischen römischen Recht*, in F.A. SCHURR, M. UMLAUFT (edd.), *Festschrift für Bernhard Eccher*, Wien 2017, pp. 863-883.
- PÓLAY 1962 = E. PÓLAY, *Die Zeichen der Wechselwirkungen zwischen dem römischen Reichsrecht und dem Peregrinenrecht im Urkundenmaterial der siebenbürgischen Wachstafeln*, in *ZSS, Rom. Abt.*, 79 (1962), pp. 51-85.
- POTHIER 1821<sup>4</sup> = R.-J. POTHIER, *Pandectae Justinianae Tomus secundus*, IV ediz., Paris 1821.
- PRINGSHEIM 1950 = F. PRINGSHEIM, *The Greek Law of Sale*, Weimar 1950.
- RAU 2008 = P. RAU (ed.), *Plautus, Komödien*, III, herausgegeben, übersetzt und kommentiert von P. RAU, Darmstadt 2008.
- SCHNEIDER 1998 = W.CH. SCHNEIDER, *Vom Handeln der Römer. Kommunikation und Interaktion der politischen Führungsschicht vor Ausbruch des Bürgerkriegs im Briefwechsel mit Cicero*, Hildesheim-Zürich-New York 1998.
- SCHULZ 1934 = F. SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts*, München 1934 [ristampa Berlin 1954].
- SCHULZ 1941 = F. SCHULZ, *A Collection of Roman Legal Maxims on Papyrus*, in *JRS* 31 (1941), pp. 63-69.
- SEGRÉ 1930 = A. SEGRÉ, *Tre papiri giuridici inediti*, in *Studi in onore di Pietro Bonfante nel XL anno di insegnamento*, III, Milano 1930, pp. 419-436.

- SEIDL 1963 = E. SEIDL, *Römisches Privatrecht*, Köln-Berlin-Bonn-München 1963.
- SIMPSON 2005 = J. CH. SIMPSON, *Rome's «Official Imperial Seal»? The Rings of Augustus and His First Century Successors*, in *Historia* 54 (2005), pp. 180-188.
- TALAMANCA 1953 = M. TALAMANCA, *L'arra della compravendita in diritto greco e in diritto romano*, Milano 1953.
- TREGGIARI 1991 = S. TREGGIARI, *Roman Marriage. Iusti Coniuges from the Time of Cicero to the Time of Ulpian*, Oxford 1991.
- TRILLMICH 1988 = W. TRILLMICH, *Münzpropaganda*, in W.-D. HEILMEYER (ed.), *Kaiser Augustus und die verlorene Republik*, Berlin 1988, pp. 474-528.
- WATSON 1971 = A. WATSON, *The Law of Succession in the Later Roman Republic*, Oxford 1971.
- WEEBER 1997<sup>3</sup> = K.-W. WEEBER, *Alltag im Alten Rom*, III ediz., Düsseldorf-Zürich 1997.
- WENGER 1923 = L. WENGER, s.v. *Signum*, in *RE*, II A2, München 1923, coll. 2361-2448.
- WENGER 1953 = L. WENGER, *Die Quellen des römischen Rechts*, Wien 1953.
- ZANKER 2009<sup>5</sup> = P. ZANKER, *Augustus und die Macht der Bilder*, V ediz., München 2009.
- ZAZOFF 1983 = P. ZAZOFF, *Die antiken Gemmen*, München 1983.
- ZWIERLEIN-DIEHL 2007 = E. ZWIERLEIN-DIEHL, *Antike Gemmen und ihr Nachleben*, Berlin-New York 2007.



# *Ius principale e canones*

## Un incrocio funzionale tra fonti del diritto tardoantico

Elio Dovere

Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Napoli Parthenope, Napoli, Italia

### Abstract (Italiano)

Il diritto della Chiesa Cattolica, il *ius canonicum*, dopo il consolidarsi della tradizione apostolica e l'emergere dell'episcopato monarchico, si sarebbe formalmente strutturato soprattutto grazie alle decisioni dei concili ecumenici. Nonostante l'autorevolezza storica del diritto dei Romani, specialmente nel sec. V – in particolare grazie alle decisioni del concilio di Calcedonia (a. 451) – vi sarebbe stato un vero e proprio incrocio tra *canones* e *leges*, con reciproci imprestiti benché con assoluta autonomia nelle rispettive sfere di competenza.

Keywords: storia del diritto canonico, *leges*, *canones*, concilio di Calcedonia

---

### Abstract (English)

*The law of the Catholic Church, the ius canonicum, after the consolidation of the apostolic tradition and the emergence of the monarchical episcopate, has been formally structured mostly thanks to the decisions of the ecumenical councils. Despite the authority of the Roman law, in the 5th century C.E. and in particular on the basis of the decisions of the council of Chalcedon (a. 451), a strong interaction between canones and leges was established: such reciprocal exchanges were balanced by an absolute autonomy in the respective spheres of competence of ius canonicum and ius saeculare.*

Keywords: history of canon law, *leges*, *canones*, council of Chalcedon

---

## 1.

Gli Atti degli Apostoli testimoniano una riunione comunitaria tenutasi a Gerusalemme, intorno alla metà del sec. I (con Pietro, Paolo, Barnaba, Giacomo e altri), costituita da cristiani antiocheni e gerosolimitani<sup>1</sup>: in essa si è solitamente intravisto l'archetipo delle forme conciliari posteriori<sup>2</sup>.

Ebbene, la celebrazione dei concili dei vescovi – un evento non prescritto dalla Bibbia né dalla Tradizione<sup>3</sup> –, al di là dei discussi antecedenti storico-giuridici esterni o interni alla chiesa, per lo studioso del diritto romano tardoantico rimane un dato che dovrebbe essere considerato imprescindibile, e ciò sia per la corretta definizione delle relazioni politico-istituzionali intercorse tra *imperium* post-tetrarchico e *catholica ecclesia*, sia per gli imprescritti allora reciprocamente veicolati tra le nuove fonti del diritto della chiesa, particolarmente i *canones*, e la produzione legislativa civile, le *constitutiones* codificate e non.

Purtroppo, invece, il grande rilievo della prassi conciliare d'età tardoromana nello sviluppo e stabilizzazione dell'istituzione-chiesa e del suo diritto, oltre che nei suoi riflessi sul diritto ordinariamente prodotto dagli *scrinia*, è di solito trascurato dai giuroromanisti. Costoro, almeno di norma – e trattasi di comportamento metodologicamente inexcusabile, perché poi fallante sul piano di stretto riguardo ricostruttivo –, misconoscono se non addirittura ignorano del tutto il ruolo svolto dai sinodi nel disciplinare, con i loro canoni, gli aspetti più vari della tarda realtà ecclesiale: dalla creazione di regole giuridiche per il quotidiano agire sia dei *fideles* sia delle gerarchie, sino alla combattuta definizione dei dogmi della fede. Un vasto operare normativo, questo, con profondi echi e riscontri documentalmente verificabili nella ricca produzione legislativa civile dei secc. dal IV al VI, che assolutamente non può essere accantonato o sottovalutato da chi, con fatica, tenta di ricostruire ogni segmento dell'ordinamento giuridico dei Romani<sup>4</sup>.

Sicché, magari solo *in capita* (vista pure l'esistenza d'una varia letteratura talora finanche schiacciante), vale forse la pena di tentare un rapido approccio metodologico – optando poi

<sup>1</sup> Cfr. At 15.1-35.

<sup>2</sup> Su questo argomento, come su quasi tutti quelli sfiorati nel seguito del testo, si è accumulata una letteratura canonistica, romanistica, patristica, storico-teologica che definire sovrabbondante appare riduttivo (il pensiero va, per es., agli scritti importanti di Yves M.J. Congar, Pierre Th. Camelot, Jean Gaudemet, García M. Colombás, Hermann J. Sieben, Wilhelm de Wries, Michele Maccarrone, Philippe A. McShane, Emmanuel Lanne, Vittorio Peri, André de Halleux, Basil Studer, Bernard Sesboüé, Spyros N. Troianos, Manlio Simonetti, Ewa Wipszycka, ecc.); di essa non solo è assai arduo rendere conto ma, considerate le finalità d'approccio metodologico del presente contributo, è qui fors'anche inessenziale. *In apparatu*, dunque, si farà riferimento solo a qualche fonte e a una ridotta e 'opinabile' selezione bibliografica culturalmente orientativa nella prospettiva storico-giuridica: in linea generale, per es., vd. già FANTAPPÌÈ 2003<sup>2</sup>; ID. 2011.

<sup>3</sup> «La Tradizione è il fiume della vita nuova che viene dalle origini, da Cristo fino a noi, e ci coinvolge nella storia di Dio con l'umanità... La Tradizione è dunque il Vangelo vivo, annunciato dagli Apostoli nella sua integrità... La Tradizione, pertanto, è la storia dello Spirito che agisce nella storia della Chiesa attraverso la mediazione degli Apostoli e dei loro successori, in fedele continuità con l'esperienza delle origini»; così, in anni non lontani, è stata sinteticamente riassunta da Benedetto XVI – vd. Udienza generale Roma 3.5.2006, *La Tradizione Apostolica* (*L'Osservatore Romano* 4.5.2006, 4) – l'idea ecclesiale di Tradizione («essa non è una collezione di cose, di parole, come una scatola di cose morte»).

<sup>4</sup> Sulla questione rinvio a DOVERE 2018, in corso di stampa.

per una tappa più accurata sul primo tratto documentalmente esplicito di tale confluenza – all’incontro di queste realtà istituzionali e normative (concili dei vescovi e *canones*, cancellerie imperiali e *leges*) tendenzialmente universali e governanti, non sempre ciascuna in modo esclusivo entro il proprio orizzonte, il complesso mondo tardoromano.

E dunque, una volta consolidatosi il principio della successione apostolica dei vescovi (pure formalizzata con apposite liste) – e, prima ancora, stabilitosi il canone biblico e la *regula fidei* grazie al biblicismo dei Padri e alla Tradizione orale<sup>5</sup> –, i *sacerdotes* sarebbero formalmente apparsi soggetti dotati tutti d’una medesima *auctoritas*. Gli *episcopi*, con una dignità ormai pubblicamente rilevante, restavano legati in modo inamovibile alla propria *ecclesia*; di questa, con un potere di fatto assoluto, essi erano i soli rappresentanti nei rapporti con tutte le altre comunità ecclesiali: *Una enim caro Domini nostri Jesu Christi, ut unus calix in unionem sanguinis ipsius; unum altare, et unus episcopus, cum presbyterio et diaconis conservis meis*<sup>6</sup>.

Scomparsi gli apostoli, i loro ‘successori’ presbiteri-vescovi assumevano quindi la figura preminente nel governo delle comunità cristiane, e si allontanavano dalla cerchia degli altri presbiteri che, con i diaconi, andavano a occupare una posizione gerarchicamente inferiore; il fenomeno, poi, dal sec. II in avanti si sarebbe dilatato e rafforzato allorché i presbiteri avrebbero diretto, specialmente negli spazi rurali, le chiese per così dire ‘figlie’ e l’*episcopus*, solitamente in area cittadina, sarebbe rimasto il capo della relativa ‘chiesa-madre’<sup>7</sup>. Almeno fino al sec. V la stessa elezione episcopale – implicante il *suffragium* del popolo e il *testimonium* del clero – avrebbe previsto una più o meno complessa e rigida procedura che, per il coinvolgimento del *consensus* del metropolita o di quello dei vescovi vicini, in qualche maniera garantiva il legame forte tra le diverse *ecclesiae* locali di una medesima area: si trattava di un nuovo ordinamento, teologicamente regolamentato su una tendenziale base universale, che in maniera strutturale si serviva di concetti essenziali tratti dal diritto dei Romani, a iniziare da quello di *potestas*.

In questo ordinamento, in cui l’*ordo episcoporum* emergeva come un corpo perfettamente consapevole di essere custode e responsabile, nella sua interezza, della Tradizione Apostolica, il canone delle Sacre Scritture e la Tradizione sia scritta sia orale costituivano autorità assolutamente complementari; l’uso da parte dei *sacerdotes* di celebrare concili locali e regionali, e poi quelli ecumenici, rappresentò perciò un fatto di particolare rilievo nello sviluppo del disciplinamento stabile della chiesa. E nonostante i concili particolari antenici spesso avrebbero visto la partecipazione libera di tutti gli appartenenti alle *ecclesiae*, dai vescovi e fino ad alcuni rappresentanti dei laici (per quanto non votanti), già in essi si sarebbe praticato l’uso della ricezione: l’esercizio, cioè, di quella prassi consistente nell’invio alle varie chiese di documenti

<sup>5</sup> Vd., in maniera assai sintetica, DOVERE 2020.

<sup>6</sup> Cfr. Ignat. Ant., Ep. ad Philadel. 4.1 (Camelot).

<sup>7</sup> Non va dimenticato, tuttavia, che ancora nel secolo costantiniano in molte aree dell’Occidente (Bretagna, Gallia, Italia settentrionale, Spagna, Illirico), parecchie comunità non sarebbero state guidate da un vescovo, e in esse, talora, non vi sarebbe neanche stata una vera e propria organizzazione ecclesiastica.

informativi, le lettere sinodali – dallo stretto punto di vista storico-giuridico quasi una malta ordinamentale –, volti a trasformare in patrimonio comune della chiesa intera le deliberazioni assunte dai Padri localmente riuniti nel sinodo.

Tra i secc. IV e V, per quanto in maniera discontinua e diseguale, l'attività conciliare avrebbe avuto luogo sotto forma di sinodi plenari: in Africa, su base regionale, almeno fino all'invasione vandalica, poi frequentemente in Spagna (per la conversione cattolica dei sovrani visigoti, alla fine del sec. VI) e in Gallia (con una struttura episcopale, qui, in qualche modo rigidamente 'nazionale'). Con questi sinodi, salvo che nelle aree ov'erano presenti sedi episcopali particolarmente prestigiose come nel caso dell'Italia, si sarebbero periodicamente tenuti anche i concili provinciali; questi, modellati sulle ripartizioni amministrative dell'*imperium*, erano costituiti da molti Pastori dipendenti da un medesimo metropolita oppure da un arcivescovo, e destinati a regolare la quotidianità delle comunità locali.

Alquanto diverso, invece, sarebbe stato il 'sistema' dei concili ecumenici celebrati per la soluzione di problemi ecclesiali universali dal principato costantiniano e fino al sec. VIII. Convocati dal *dominus* imperiale e, non foss'altro che per motivi d'ordine pubblico, quasi sempre da questi regolati nello svolgimento dei lavori (e a volte anche alquanto condizionati nelle discussioni), essi avrebbero ottenuto l'approvazione legislativa delle relative decisioni, e per conseguenza l'immediata efficacia secolare dei propri *canones*<sup>8</sup>. Va da sé che la determinante funzione del principe appariva pragmaticamente volta, in primo luogo, ad agevolare materialmente gli *episcopi* nella partecipazione ai concili stessi (si pensi all'uso ecclesiastico dell'estesa e capillare rete del *cursus publicus*) e a garantire ordine e disciplina alle assisi (talvolta essa avrebbe finanche assicurato l'incolumità fisica dei vescovi). Eppure, bisogna comunque notare come tale ruolo dell'imperatore – solitamente incontestato, quando non anche invocato dagli apparati della chiesa –, benché di natura sostanzialmente arbitraria, una volta conclusi i sinodi poteva eventualmente pure costituire un'efficace motivazione (un pretesto), per le singole comunità, al fine di graduare in diversa misura la necessaria ricezione ecclesiale delle decisioni dei Padri: questa poteva andare dal rifiuto più radicale fino alla piena e indiscussa accettazione.

Lo storico-giurista, in ogni caso, non può che riconoscere come la forte 'posizione conciliare' del *dominus* imperiale, e dunque la funzione svolta dall'autorità civile, fosse soprattutto indirizzata, contribuendo alla ricerca e alla difesa del Credo cristiano ortodosso, a tutelare l'identità profonda della *catholica ecclesia*, ma pure a mantenere intatta, al tempo stesso, l'unità politica dell'impero. In una parola, le più complesse questioni ecclesiastiche ora affrontate in sede conciliare venivano intese dal coevo potere laico quali questioni, gravi e indifferibili, dell'*imperium* medesimo.

---

<sup>8</sup> Qui non è inutile ricordare, sul piano essenziale della nomenclatura storico-giuridica, come l'espressione 'canone' diretta a riassumere le norme date alla chiesa da sé stessa sia stata impiegata dapprima a Nicea, nel 325: vd. LALMANT 1937, col. 1283 ss.

Tuttavia, nonostante la teorica ecumenicità dei primi quattro sinodi accolti come tali dalle attuali confessioni cristiane<sup>9</sup>, sappiamo bene come la relativa presenza episcopale, in ciascuna occasione numericamente oscillante in misura vistosa (da una quindicina di decine a Costantinopoli, nel 381, a circa seicento partecipanti come a Calcedonia), sia effettivamente stata quasi esclusivamente orientale. Ciò nondimeno, la generale diffusa consapevolezza che il corpo episcopale conciliare esprimesse in maniera autentica e concorde la fede della chiesa universale così come indicata dalle Sacre Scritture e dalla Tradizione avrebbe comunque garantito la perfetta ecumenicità di tali sinodi, lasciandoli percepire e quindi accogliere pure da un legislatore 'accorsato' come Giustiniano con un'autorità normativa quasi pari alla Bibbia: Θεσπίζομεν τοίνυν, τάξιν νόμων ἐπέχειν τοὺς ἁγίους ἐκκλησιαστικοὺς κανόνας τοὺς ὑπὸ τῶν ἁγίων τεσσάρων συνόδων ἐκτεθέντας ἢ βεβαιωθέντας... τῶν γὰρ προειρημένων ἁγίων δ' συνόδων καὶ τὰ δόγματα καθάπερ τὰς θείας γραφὰς δεχόμεθα καὶ τοὺς κανόνας ὡς νόμους φυλάττομεν (Nov. 131.1 [a. 545])<sup>10</sup>.

Le prime quattro assemblee ecumeniche – tra gli inizi del sec. IV e il centro del secolo successivo, con decisioni ampiamente ricevute (sebbene con tempi diversi) più o meno dalle diverse *ecclesiae* – oltre a stabilire e far risaltare il *focus* della dottrina cristiana<sup>11</sup>, non si sarebbero sottratte a regolare, sul piano giuridico, più di un aspetto della vita religiosa, sovente intervenendo in situazioni di grave conflitto sociale e politico-ecclesiale. Da un lato, esse avrebbero definito antiche dispute di carattere liturgico (per esempio quella relativa alla cadenza della Pasqua), dall'altro avrebbero emanato precise regole di natura normativa e disciplinare sistematiche degli aspetti più vari della vita ecclesiastica: dai criteri per l'ordinazione clericale a quelli riguardanti matrimonio e celibato di *clerici* ed *episcopi*, dai rapporti di preminenza tra sedi episcopali alle difficoltà insorgenti dalle designazioni ecclesiastiche ottenute con l'aiuto, talora proditorio, di settori del potere civile.

I concili, nell'applicare all'assetto del sistema-chiesa più o meno il contemporaneo modello offerto dall'*imperium* – di fatto quello delle circoscrizioni amministrative civili –, avrebbero risolto anche l'annoso problema della turbolenta realtà monastica orientale: dal sec. V i monasteri sarebbero stati totalmente sottoposti all'*auctoritas* episcopale, e ugualmente sarebbe accaduto per qualsiasi aspetto della vita dei monaci, sino al punto da inibire

<sup>9</sup> Vd. i cenni *infra*, nt. 11.

<sup>10</sup> Auth. 119.1 (SCHÖLL-KROLL, p. 654 ss.): *Sancimus igitur vicem legum obtinere sanctas ecclesiasticas regulas, quae a sanctis quattuor conciliis expositae sunt aut firmatae... Praedictarum enim quattuor synodorum dogmata sicut sanctas scripturas accipimus et regulas sicut leges servamus.*

<sup>11</sup> È appena il caso di cennare, benché ciò sia patrimonio comune anzitutto degli antichisti, come a Nicea (a. 325), negando l'arianesimo, si affermava la consustanzialità del Padre e del Figlio, si ribadiva l'incarnazione, morte e resurrezione di Cristo e si dichiarava la sua nascita virginal; come a Costantinopoli (a. 381), tra l'altro, fosse stato confermato il dogma trinitario e definita la divinità dello Spirito Santo; come a Efeso (a. 431), con l'affermazione che l'unione delle due nature in Cristo si era compiuta in modo perfetto nel seno di Maria, praticamente si corroborava la formula relativa alla divinità della madre di Gesù, Θεοτόκος perché genitrice di Dio come uomo; come a Calcedonia (a. 451), condannando il monofisismo, sarebbe stata affermata la coesistenza in Cristo della duplice natura, umana e divina: natura ipostatica di Gesù, al contempo vero uomo e vero Dio, senza fusioni o sfumature dottrinali di alcun genere.

la libera circolazione tra città diverse dei soggetti monacati salvo il parere favorevole del rispettivo *sacerdos*.

In buona sostanza, sebbene ogni volta in un contesto costituito da tensioni e contrasti, se non anche da vere e proprie lotte politiche talora pericolose pure sul piano personale, i concili sarebbero diventati parte strutturale e di governo della chiesa universale con funzioni di regolamentazione, controllo, custodia e difesa non solo del credo dei *fideles*, ma anche dei costumi e dell'ordine delle comunità e delle gerarchie ecclesiali. E ciò con una tale produzione di regole da rendere poi opportuna, sugli *exempla* dei Codici imperiali dei sec. V e VI, la raccolta documentale delle decisioni dei vari sinodi, da quelli ecumenici a quelli di minori dimensioni e orizzonti, sotto forma di *collectiones*, *registri* o *statuta ecclesiae*, *capitula*, *codices canonum*, a seconda dei casi contenenti professioni di fede, regole liturgiche, norme disciplinari: una nuova massa di diritto canonico che sostanzialmente andava ad affiancarsi a quello fino ad allora traibile solo dalla consuetudine, dalla tradizione.

Alla chiesa che costruiva le proprie istituzioni di governo (nel cui orizzonte si sviluppava, su una traccia poi estesa e intricata, l'idea del primato occidentale del vescovo di Roma), che definiva i lineamenti delle procedure giurisdizionali gestite dalle nuove *auctoritates* (e tra queste, nel tempo, quelle dei patriarchi e, a Costantinopoli, quella del Sinodo permanente), che cercava tecniche e cifre formali per le proprie fonti normative, il diritto romano avrebbe offerto campioni esuberanti e diversificati a dir poco raffinati. Senza assolutamente voler penetrare nel dibattito storiografico che, per anni, ha variamente orientato la ricerca circa la direzione e l'entità dello scambio verificatosi in epoca tarda tra diritto canonico e *ius Romanorum*, è senza alcun dubbio incontrovertibile l'avvenuta creazione di un rapporto osmotico, benché fortemente impari a tutto vantaggio del primo, tra le due diverse esperienze giuridiche.

E se anche è vero, giusto per esempio, che assai di rado e comunque in misura davvero limitata, i contenuti del *ius privatorum* avrebbero trovato modifiche sulla base degli ormai diffusi principi cristiani – basti solo pensare, come dato socialmente macroscopico, al perenne persistere della *dominica potestas* sui *servi* (o piuttosto osservare il permanere dell'istituto del *repudium* e, anzi, l'ampliarsi protobizantino delle *iustae causae* di divorzio unilaterale) –, è altrettanto vero come, viceversa, la chiesa avrebbe via via assorbito glossario, tecniche e stili della realtà giuridica del secolo, non ultimo lo sperimentato ritmo del procedere compositivo delle cancellerie imperiali. In particolare, gli atti della sede romana, e in specie le *epistolae decretales* del pontefice, avrebbero acquisito vocabolario e forma delle *constitutiones principum*, e prima ancora l'esercizio generale delle funzioni giurisdizionali da parte di *episcopi* e Padri conciliari si sarebbe uniformato (in relazione al sistema dell'appello, come pure nella valutazione della qualità dei *testes* e in quella dei mezzi di prova) ai tratti delle procedure *extra ordinem* imperiali. E questo per non dire degli imprestiti sul piano del *ius publicum*, come nel caso, per esempio, sia dei segni esteriori del potere dei funzionari imperiali e, di conserva, di quello dei titolari della dignità episcopale, sia delle cadenze o limitazioni consuete alle carriere dei

membri dell'amministrazione civile in qualche modo poi mutate ai fini delle 'progressioni' nelle ordinazioni ecclesiastiche.

Insomma, ben oltre un eventuale parallelismo o, più veridicamente, un'asimmetrica corrispondenza tra il *ius* dei Romani e quello di una *catholica ecclesia* che in epoca tarda andava alla ricerca di una stabile definizione ordinamentale, va di certo ribadita la funzione paradigmatica della ricca esperienza giuridica romana per l'utile strutturazione in forma sociale dell'universale comunità cristiana tardoantica.

## 2.

Anche in un approccio così sintetico come quello presente, dedicato all'incrocio manifesto tra canoni e leggi, per il suo valore finanche esemplare nel nostro contesto merita senz'altro una qualche attenzione specifica quel fenomeno monastico sviluppatosi tra età diocleziana e inizi del sec. IV cui sopra si è già fatto un cenno fugace. Se non altro per essere stato oggetto importante dell'intenso scambio avvenuto, a metà del sec. V, tra le decisioni conciliari e la coeva produzione legislativa, vanno infatti sia pur celermente considerate quelle correnti di *fideles* che, in varia maniera, grazie alla separazione dal mondo avrebbero in antico cercato un legame più immediato con Dio.

In origine organizzato in forme e aree diverse (anacoresi in Egitto, cenobitismo in Siria, Palestina, Persia, ma pure con altre 'soluzioni' singolari), com'è ben noto il movimento monastico avrebbe trovato una sistemazione verso la metà del secolo costantiniano grazie alla stesura di vere e proprie *regulae*, giuridicamente vincolanti per gli aderenti, redatte dall'egiziano Pacomio e dal cappadoce Basilio Magno; estesosi in Africa e poi, tra i secc. IV e VI, sia in Gallia sia in Italia (con un ruolo giocato da Martino di Tours, Giovanni Cassiano, Cesario di Arles, Girolamo), con Benedetto da Norcia e la sua *Regula* esso, dalla metà esatta del sec. VI, avrebbe costituito un modello grosso modo definitivo per l'intero Occidente cristiano<sup>12</sup>. Tale ultimo disciplinamento, da allora in avanti, sarebbe stata una 'guida' normativamente utile per istituzionalizzare dall'interno (*vivere iuxta regulam*) quella *vita monachorum* che per circa due secoli aveva mantenuto una preoccupante autonomia politica creando, tra l'altro, anche seri problemi di tipo sociale e giuridico (si pensi solo, per esempio, a come la *fuga ascetica* potesse infatti apparire una soluzione per quanti intendessero liberarsi da ogni vincolo, magari quelli familiari oppure dai *munera*<sup>13</sup>).

La numerosità delle *societates monachorum*, in effetti, associata ad altre radicate ragioni, almeno fino agli anni del concilio di Calcedonia aveva costituito una preoccupazione più che seria per le gerarchie ecclesiastiche (anche se talora, in verità, proprio da queste localmente

<sup>12</sup> È utile la sintesi che è in ALCIATI 2013, p. 815 ss.

<sup>13</sup> Cfr. per es. C.Th. 12.1.63; *adde* Socr., *Hist. eccl.* 4.22 (HANSEN, p. 248 ss.).

strumentalizzate<sup>14</sup>) e, assieme, per gli organi di governo imperiali sia centrali sia periferici. Spesso le intemperanze di cospicui gruppi di monaci, all'origine di disturbi anche gravi dell'ordine pubblico e causa, talora, di veri e propri abusi, erano state al centro di interventi legislativi, come nel caso di due provvedimenti superstiti di segno opposto – l'uno occidentale del 390 (CTh. 16.3.1), l'altro costantinopolitano del 392 (CTh. 16.3.2) –, entrambi motivatamente attenti alla forte molestia sociale arrecata in aree cittadine dai soggetti *sub professione monachi*.

In realtà, va però osservato, ciò che del movimento monastico davvero sollecitava allarme nelle gerarchie era il 'sentimento' di dissenso e polemica che esso di fatto esprimeva nei riguardi della stessa *catholica ecclesia* – in proposito non va dimenticata l'estraneità dei suoi adepti allo *status* clericale –, in più di una circostanza palesemente esplicitato come forte contrasto e più che vivace opposizione. Una protesta, questa, che occasionalmente si sarebbe fatta espressione di vere e proprie ribellioni o rivolte nei confronti dell'ordine civile costituito, territorialmente rappresentato dalle propaggini del governo imperiale.

Ebbene, giusto la positiva convergenza tra *canones* e *leges* avrebbe avviato a soluzione, nel contesto ecclesiale e politico 'calcedonese' dell'anno 451, quella che sia per la chiesa sia per l'*imperium* era apparsa fino ad allora una spinosa questione politica difficile da recingere giuridicamente per assenza di norme specifiche. Dopo disorganici interventi di consessi episcopali locali (basti ricordare quanto disposto, intorno alla metà del sec. IV, nel concilio di Gangra contro gli abusi degli ambienti ascetici) e abbondanti prese di posizione da parte delle cancellerie (si guardi, per esempio, alla legge in CTh. 9.40.16 pensata, per così dire, contro le interferenze giudiziarie dei monaci)<sup>15</sup>, i canoni di Calcedonia, se letti nel loro insieme e in uno con le sollecitazioni formalmente por-te ai Padri conciliari dall'imperatore Marciano, forniscono l'esatta dimensione costituita dal generale 'cruccio politico monastico'.

Come precisamente ci informano gli *Acta conciliorum* calcedonesi, il *dominus* imperiale, prendendo parte al sinodo ecumenico e attivamente collaborando ai relativi lavori grazie pure alle azioni dei propri funzionari, avrebbe sottoposto alla discussione dei vescovi una regolamentazione, in quasi ogni aspetto assai rigorosa, giuridicamente fondante lo *status* monastico nella sua interezza<sup>16</sup>. Non tutte le istanze elaborate dalla cancelleria, però, sarebbero state accolte dal sinodo (come nel caso, per esempio, della richiesta di negare canonicamente la monacazione agli *adscripticii fugitivi*<sup>17</sup>); peraltro, le proposte civili di fatto recepite non sarebbero

<sup>14</sup> Sarebbe sufficiente tener conto, per es., del ruolo svolto dai monaci negli eventi collegati al concilio efesino del 431, ma soprattutto alla relativa violenza di marca eutichiana dilagata in occasione del *latrocinium* del 449; per tutti vd. con fonti, sintetico ma puntuale, TEJA 1995, spec. p. 137 ss.; cui *adde* ACERBI 2001, p. 95 ss.

<sup>15</sup> È qui ancora esemplare, nonostante la tanta letteratura ormai sedimentatasi (basti solo ricordare gli imprescindibili saggi del compianto Gilbert Dagron), BARONE ADESI 1990, spec. p. 118 ss. con tutte le fonti.

<sup>16</sup> Cfr. ACO (Schwartz) 2.1.2.157(353).11 ss.; ma pure ACO 2.3.2.178(437).22 ss., per quanto confluito nel can. 3; cfr. ACO 2.1.2.157(353).1 ss.; ma pure ACO 2.3.2.178(437).12 ss. e ACO 2.2.2.55(147).8 ss., per quanto poi stabilito col can. 4.

<sup>17</sup> Il can. 4, invero, avrebbe rifiutato l'accoglienza nei monasteri, contro la volontà del *dominus*, solo al *servus* non all'*adscripticius*: cfr. ACO 2.3.2.178(437).18 (per la posizione della cancelleria); ACO 2.3.2.178(437).37 (per l'opzione conciliare).

poi state espresse, nelle disposizioni approvate in ultimo dal concilio, esattamente nelle forme presentate ai vescovi dai funzionari imperiali<sup>18</sup>.

E tuttavia appare chiaro come gli interessi della *catholica ecclesia* qui condensati nei *canones* – specie nei cann. 3 e 4, ma anche nei cann. 2, 7, 8, 16, 18, 23, 24, 27 –, oltre che indirizzati a censurare i monaci ‘erranti’ come pure quelli troppo ‘distratti’ dagli affari del secolo<sup>19</sup>, fossero nettamente orientati in due direzioni precipue, l’una di carattere pragmatico dichiaratamente asseverativo, l’altra, e *contrario*, assolutamente implicita ma politicamente essenziale in ugual modo. Da un lato si trattava di ricondurre qualsiasi manifestazione della *vita monachorum*, anche le meno biasimevoli, sotto quella *potestas episcoporum* esplicitamente richiamata già nella rubrica del can. 8<sup>20</sup>; dall’altro, e forse in posizione idealmente preliminare, si intendeva escludere in maniera netta di dar vita all’interno della chiesa a una ulteriore condizione soggettiva, a un nuovo *status* cioè, diversa da quelle tradizionalmente ormai consolidate dei *laici* e dei *clerici*.

Il contesto prescrittivo tracciato dai canoni disciplinari calcedonesi, riguardante la realtà monastica ma pure, nel suo ragionevole insieme, tanti altri aspetti della vita delle *ecclesiae*, esigeva un ufficiale riconoscimento civile. Il complesso delle nuove regole ecclesiali, e fra queste posizione e funzione di chierici e vescovi, perché non subisse corrotte provenienti da compiacenti autorità del secolo in combutta con ecclesiastici sleali – quelle, per esempio, ipotizzate nel can. 12, che riferiva di problemi generati in modo surrettizio grazie a *pragmaticae sanctiones* imperiali – necessitava di una forte conferma legislativa. Ed è quanto avrebbe subito fatto Marciano, indipendentemente da quella che poi sarebbe stata, nella prima parte del 452, la posizione di difesa piena e attiva delle opzioni dogmatiche conciliari assunta dalla cancelleria costantinopolitana con una sequela di *leges* (C. 1.1.4, 1.3.23, 1.5.8 e 1.7.6; nonché i testi non presenti nel *Codex* ma preservati solo negli *Acta conciliorum*<sup>21</sup>). C. 1.2.12, una *lex generalis* datata 12 novembre 451, sarebbe infatti stata emanata non appena qualche giorno dopo la chiusura dei lavori di Calcedonia; con essa la *potestas* del principe, sia elencando prescrizioni operative sia ponendo un vigoroso divieto generale, avrebbe incondizionatamente confermato e difeso tutto quanto disposto da Padri nei canoni: ...*quae contra canones ecclesiasticos ...cessare praecipimus*<sup>22</sup>.

Con questa esplicita scelta ‘calcedonese’ di Marciano si manifestava in modo deciso e inequivoco un procedere della politica legislativa singolarmente attento alla disciplina interna della chiesa, uno stile normativo di fatto fino ad allora inusitato. Questo editto immediatamente postconciliare rivelava l’interesse sollecito e completo del potere imperiale per la rapida

<sup>18</sup> Cfr. i canoni 3 e 4 che sono rispetti. in ACO 2.1.2.158 s. (354 s.); ma cfr. pure ACO 2.2.2.54 s. (146 s.); ACO 2.1.2.159(355).10 ss.; *adde* ACO 2.2.2.55(147).8 ss.

<sup>19</sup> Cfr. rispetti. ACO 2.3.2.178(437).29 ss. e 2.1.2.162(358).15 ss.

<sup>20</sup> Cfr. ACO 2.2.2.56(148).5 ss.

<sup>21</sup> Per lo studio di questi testi (come sarò ugualmente costretto a fare più avanti, poiché trattasi di temi con cui chi scrive ‘convive’ ormai da oltre un venticinquennio) mi permetto di rinviare ai miei lavori ora tutti in DOVERE 2013, rispetti. nn. 2, 6 e 7.

<sup>22</sup> Cfr. C. 1.2.12.1.

efficacia esterna alla *catholica ecclesia*, ovvero nella quotidianità dei sudditi-*cives* amministrati, del complesso della nuova organizzazione articolata nei tanti *canones* e delle conseguenti non modeste ricadute nella realtà profana<sup>23</sup>: a iniziare da quelle di carattere economico-sociale (relative, per esempio, alla salvaguardia dei patrimoni delle singole *ecclesiae* e di quelli personali degli *episcopi*)<sup>24</sup> fino alle implicazioni, varie e non esigue, rilevanti ai fini della sottoposizione alla *episcopalis audientia*<sup>25</sup>.

Bisogna tuttavia ribadire, e lo si è cennato a proposito delle risoluzioni adottate a Gangra qualche anno dopo la morte di Costantino I, come già nel non remoto passato i provvedimenti sortiti dalle cancellerie si fossero incrociati, e anche frequentemente, con i risultati ufficiali dei consessi episcopali. Per quanto in misura alquanto diversa dal presente atteggiamento normativo 'pieno', ovvero di totale condivisione politica delle posizioni disciplinari conciliari (e ancor più, nelle *leges* del 452, a favore delle scelte dogmatiche), anche in occasione dei precedenti concili efesini, quello ecumenico del 431 e il '*latrocinium*' del 449, leggi e canoni si erano positivamente incontrati in maniera per così dire funzionalmente serrata.

Come attestano i *tituli* del Teodosiano e del Codice di Giustiniano, erano stati diversi, nel tempo, gli interventi normativi che avevano allineato con specifiche e varie soluzioni 'conciliari' i contenuti dell'ordinamento giuridico romano; si pensi solo, come campione cronologicamente non lontano da 'Calcedonia' (e non foss'altro che per le varie stesure pervenute del relativo documento<sup>26</sup>), all'editto indirizzato al prefetto dell'urbe costantinopolitana, nel 436, con la condanna dei nestoriani: il testo legislativo, *apertis verbis*, aveva richiamato come proprio *fundamentum* giusto i *decreta* della "santissima assemblea dei vescovi tenutasi a Efeso". Appunto partendo da queste decisioni del sinodo, la cancelleria aveva motivato gravi limitazioni delle libertà personali dei *cives* e avanzato risolte minacce di confische di beni<sup>27</sup>.

Peraltro, giustappunto per i due sinodi convocati da Teodosio II sono pure disponibili le leggi che ne avrebbero confermato, e dunque rese vigenti in ambito civile, le decisioni racchiuse dai Padri nei canoni dogmatici e in quelli disciplinari: l'editto in C. 1.1.3 e quello, mutilo dell'*inscriptio*, che solo fortunatamente ci è pervenuto in ACO 2.3.2.88 s. (347 s.)<sup>28</sup>. Si tratta di una perfetta testimonianza del rapporto di interscambio ormai pienamente realizzatosi nella prima metà del sec. V, e a livello delle fonti apicali di produzione del *ius tardoantico*<sup>29</sup>,

<sup>23</sup> Per questa *constitutio* vd. il saggio contenuto in DOVERE 2016, n. 6.

<sup>24</sup> Cfr., per es., i cann. 22, 24, 25 e 26, posti a tutela dei beni delle *ecclesiae* e di quelli personali dei *sacerdotes*: ACO 2.2.2.59(151).19 ss. e 60(152).5 ss.

<sup>25</sup> Per es., cfr. il can. 23, relativo a *clerici* e monaci danneggiatori della proprietà privata: ACO 2.2.2.59(151).24 ss.

<sup>26</sup> Cfr. CTh. 16.5.66 (= C. 1.5.6); ma pure ACO 1.1.3.68 (n. 111) in greco (l'editore colloca giustamente la legge al 436); ACO 1.3.1.181 s. (n. 68) in latino.

<sup>27</sup> Da ultimo vd. il mio contributo in DOVERE 2016, n. 5.

<sup>28</sup> Il primo provvedimento (in lingua greca) è del 448, ma è presente anche in ACO 1.1.4.66 (in latino); il secondo, documentalmente non datato ma del periodo 449-450 (Teodosio sarebbe morto a metà del 450), è in ACO 2.3.2.88 s.; vd. qui DOVERE 2013, p. 198 ss.

<sup>29</sup> Vale la pena notare come anche relativamente alle fonti di produzione del diritto per così dire secondarie lo scambio *ius canonicum-ius Romanum* fosse assolutamente 'funzionante'; negli *Acta conciliorum*, per es., per restare al campione richiamato, vi è pure la *pragmatica* imperatoria comminante la *deportatio* di Nestorio, appunto condannato a Efeso nel 431,

tra diritto canonico e diritto romano. Sia il III concilio ecumenico, sia quello radunato nel 449 con intenzioni filomonofisite e poi bollato da Leone come brigantaggio avrebbero registrato l'approvazione legislativa imperatoria dei propri deliberati; in entrambi i casi la cancelleria avrebbe fondato le misure normative che venivano assunte, ossia aspre previsioni concernenti divieti di associazionismo, limitazioni del *ius privatum*, minacce di *publicatio bonorum*, di sanzioni corporali e dell'estremo supplizio, solo sui *sanctae synodi decreta*: era il riferimento formale al concilio e alle sue decisioni (né è certo casuale in entrambi i testi il significativo richiamo al sinodo niceno) che, di fatto, avrebbe fornito una *ratio* ideale alle due diverse manifestazioni del *ius principale*.

E dunque, quello che appare dalla normazione dell'imperatore Marciano degli anni 451-452 è un procedere diversificato nell'intervenire nell'ambito di questi positivi incontri tra *canones* e *leges*: la conferma e difesa legislativa delle determinazioni dogmatiche e di quelle disciplinari calcedonesi sarebbe infatti avvenuta con passaggi in qualche maniera sfalsati nel tempo, benché nell'arco breve neanche di un anno.

Nell'immediato del dopo-concilio, ossia nei giorni subito a ridosso del sinodo, gli *officia* predisponavano l'editto di C. 1.2.12 di cui già si è detto, nel quale i *canones* disciplinari erano il fulcro del dettato; con esso, praticamente, si tutelava tutta intera, finanche contro la probabile esistenza di disomogenee *leges speciales*, l'interna regolamentazione ecclesiale approvata dal consesso dei vescovi. Invece, con l'insieme di provvedimenti assunti durante la prima parte dell'anno 452, dal febbraio al mese di luglio – quelle misure normative che il legislatore medesimo qualificava come «*medicina legum*» atta a recidere il male della contestazione religiosa<sup>30</sup> –, di seguito la cancelleria avrebbe difeso con ogni possibile previsione i canoni dogmatici: *...universi ergo quae a sancta synodo Calchedonensi statuta sunt, custodire debebunt, nihil postea dubitaturi*<sup>31</sup>.

Si intuisce bene come l'accumulo normativo degli inizi del 452, ben quattro leggi, per sua natura di matrice squisitamente politico-religiosa, sarebbe stato *in primis* originato da una situazione emergenziale creata dalle più che vivaci contestazioni, anche (ma non solo), delle conclusioni conciliari provenienti dal turbolento contesto monastico specialmente in alcune aree sensibili dell'*imperium* (Egitto, Palestina, Siria)<sup>32</sup>. Viceversa, non pare vi fossero state impellenti ragioni d'ordine pubblico per intervenire subito a sostegno dei canoni disciplinari, salvo che per introiettare all'istante nell'ordinamento giuridico dei Romani la nuova regolamentazione ecclesiale conciliare che, sia pure di rimbalzo, comportava ricadute importanti nella vita di relazione di molte categorie di *cives*: vescovi, monaci, *clerici*, diaconi, lettori, bu-

e il lungo editto prefettizio predisposto allora contro i Nestoriani: cfr. rispettz. ACO 1.1.3.67 (n. 110) e 69 (n. 112) in greco; in latino ACO 1.3.1.180 s. (n. 67) e 182 s.

<sup>30</sup> Cfr. il testo dell'editto marciano dell'estate 452 conservato in ACO 2.3.2 n. 108 (90-93[349-352]); *adde* ACO 2.1.3 n. 25 (122-124[481-483]).

<sup>31</sup> Cfr. la *versio* più estesa di C. 1.1.4 in ACO 2.2.2.22(114).21-23; *adde* ACO 2.1.3.121(480).3-5.

<sup>32</sup> Per comodità, ancora una volta rinvio, non foss'altro che per la 'raccolta' delle fonti e dell'essenziale letteratura, a un mio saggio: cfr. DOVERE 2013, p. 1 ss.

rocrati sleali, e ancora (se solo si guarda ai soggetti coinvolti nelle norme dei cann. 3, 8, 11 del sinodo) vedove, orfani, bisognosi e pellegrini.

Perciò, aderendo senza indugio alle scelte regolamentari operate dal concilio per l'interno della chiesa, non solo il legislatore post-teodosiano esibiva un'impeccabile identità di vedute con i più importanti Pastori delle *catholicae ecclesiae* (e, anzi, assecondandoli cercava finanche di sopravanzarli in tema di benevolenza filantropica<sup>33</sup>), ma addirittura mostrava di scegliere i relativi *canones* quali testi di riferimento per la sua cancelleria, nelle specifiche materie implicitamente sottintese; e questo, come si è ricordato, anche a detrimento di eventuali provvedimenti normativi imperatori tuttora vigenti: *Omnes sane pragmaticas sanctiones, quae contra canones ecclesiasticos interventu gratiae et ambitionis elicita sunt, robore suo et firmitate vacuatas cessare praecipimus*<sup>34</sup>. Del resto, va altresì aggiunto, pure le misure disciplinari del sinodo avevano espressamente tenuto conto del *ius* dei Romani, e a esso avevano talora consapevolmente rinviato; non a caso, infatti – e qui l'incrocio tra leggi e canoni si affaccia in maniera funzionalmente palese –, i Padri calcedonesi avevano rinviato a chiare lettere all'ordinamento dell'impero in più di un punto essenziale delle loro prescrizioni (per esempio in tema di *crimen cuniurationis et conspirationis*: can. 18<sup>35</sup>), laddove avevano significativamente parlato di *exterae leges*, di *civiles dispositiones et publicas*, di *pragmaticae formae* oltre che di *imperialis potestas*<sup>36</sup>.

Insomma, osservare l'agire sinergico tra *canones* e *leges* focalizzato, negli anni di 'Calcedonia', sulla nuova organizzazione interna dell'*ecclesia* universale permette di lumeggiare un tratto davvero significativo, e forse centrale, dell'incontro tardoantico fra *ius canonicum* e *ius Romanorum*. Si sarebbe trattato di una reciproca collaborazione per così dire tecnica; essa appare indirizzata a meglio consentire da un lato l'arricchimento e l'elaborazione del nuovo diritto della chiesa, grazie pure alle raffinate tecniche offerte dal diritto di Roma, dall'altro a gestire più agevolmente il complesso governo dell'*imperium* in un tempo pressato da tendenze socio-culturali autonomistiche e da forti spinte regionali centrifughe, spesso coagulate da contestazioni religiose non infrequentemente supportate da locali presenze monastiche<sup>37</sup>.

Gli *ecclesiastici canones*, pressoché formalmente sconosciuti al complesso della produzione cancelleresca d'età costantiniana-teodosiana – se n'era fatta isolata menzione in CTh. 16.2.45 (a. 421), e poi erano stati richiamati come *decreta sanctissimi coetus* in CTh. 16.5.66.1 (a. 435)<sup>38</sup>, ove si confermavano gli *Acta* efesini del 431<sup>39</sup> –, con gli interventi marciei emergevano a oggetto perspicuo della normazione 'religiosa'. Essi, appunto dalla metà del sec. V in poi, non avrebbero cessato di interessare lingua e sostanza della produzione autoritativa dell'impero sino a raggiungere, ovviamente con un legislatore come Giustiniano I che avrebbe posto in

<sup>33</sup> Cfr. C. 1.2.12.2.

<sup>34</sup> C. 1.2.12.1.

<sup>35</sup> Cfr. (come avverte l'ed. Schwartz, *secundum versiones Dionysii Exigui*) ACO 2.2.2.58(150).22 ss.

<sup>36</sup> Cfr. rispettz. ACO 2.2.2.58(150).22 ss. (can. 18) e 20 s. (can. 17), 57(149).10 s. (can. 12).

<sup>37</sup> Per ragioni di sintesi, come *supra* nt. 32, rinvio ai materiali in *apparatu* al saggio pubblicato in DOVERE 2013, p. 1 ss.

<sup>38</sup> Vd. *supra* nt. 25.

<sup>39</sup> Vd. *supra* nt. 27.

esergo al *Codex* la formula *in nomine Domini nostri Ihesu Christi*<sup>40</sup>, una sorta di formale identità politica (*synodorum dogmatum regulas sicut leges servamus* si dice nelle *novellae*) con le più alte manifestazioni del *ius principale*<sup>41</sup>.

## References

- ACERBI 2001 = S. ACERBI, *Conflitti politico-ecclesiastici in Oriente nella tarda antichità: il II Concilio di Efeso (449)*, Madrid 2001.
- ALCIATI 2013 = R. ALCIATI, *Il monachesimo. Pratiche ascetiche e vita monastica nel Mediterraneo tardoantico (secolo IV-VI)*, in *Costantino I. Enciclopedia costantiniana*, Roma 2013, pp. 815-831.
- BARONE ADESI 1990 = G. BARONE ADESI, *Monachesimo ortodosso d'Oriente e diritto romano nel tardo antico*, Milano 1990.
- DOVERE 2013 = E. DOVERE, *Medicina legum 3. Credo di Calcedonia e legislazione d'urgenza*, Bari 2013.
- DOVERE 2016 = E. DOVERE, *Il secolo breve del Teodosiano. Ordinamento e pratica di governo nel V secolo*, Bari 2016.
- DOVERE 2018 = E. DOVERE, *Il Codice Teodosiano tra diritto e religione: esperienza cristiana e sistemazione laica del ius*, relazione CEDANT 2018 *Il codice Teodosiano: redazione, trasmissione, ricezione*, destinato alla stampa nel volume degli Atti a cura di Detlef Liebs.
- DOVERE 2020 = E. DOVERE, *Theologia: un approccio per la storiografia romanistica*, in G.M. VIAN (a c. di), *Pensiero giuridico romano e teologia cristiana tra il I e il V secolo*, Torino 2020, pp. 55-77.
- FANTAPPIÈ 2003<sup>2</sup> = C. FANTAPPIÈ, *Introduzione storica al diritto canonico*, II ed., Bologna 2003.
- FANTAPPIÈ 2011 = C. FANTAPPIÈ, *Storia del diritto canonico e delle istituzioni della chiesa*, Bologna 2011.
- LALMANT 1937 = L. LALMANT, *s.v. Canon*, in *Dictionnaire de droit canonique*, II, 1937, coll. 1283-1288.
- TEJA 1995 = R. TEJA, *La "tragedia" de Efeso (431): herejía y poder en la antigüedad tardía*, Santander 1995.

<sup>40</sup> Ed è assai significativa la *praefatio* della Nov. 6 (a. 535) in cui *sacerdotium* e *imperium* sono entrambi *dona dei*, ed entrambi governano le *humanae res*: derivano dallo stesso principio e procedono verso il medesimo fine.

<sup>41</sup> Vd. *supra* nt. 10; cui *adde* C. 1.3.44.1 e 4; nonché le Novv. 6, 132, 137 pr.



# Die Handschrift des Digestum vetus aus der Bibliothek in Kórnik (BK 824)

## Vom ikonographischen Programm der mittelalterlichen Künstler zur Hypothese über die Unterrichtsmethode \*

Wojciech Dajczak

Facoltà di Giurisprudenza e Amministrazione, Università Adam Mickiewicz, Poznań, Polonia

### Abstract (Italiano)

Nella collezione della biblioteca di Kórnik si trova un manoscritto del *digestum vetus*, la cui eccezionalità è sottolineata dagli storici dell'arte. Questa eccezionalità ha due cause. La prima è il numero delle miniature presenti nel testo giuridico. La seconda deriva dal fatto che una parte rilevante delle miniature è stata fatta per attuare un programma illustrativo. L'articolo inizia con la presentazione della storia del manoscritto. La parte centrale del testo è dedicata alla questione relativa a se e come il programma illustrativo del manoscritto rifletta il metodo della didattica medievale basata sui primi 24 libri del Digesto (*digestum vetus*). La collocazione delle miniature nel manoscritto e i loro collegamenti con specifici problemi dogmatici sono la base per la ricostruzione delle caratteristiche essenziali di questo metodo: la posizione centrale della responsabilità aquiliana, l'approccio semi-sistematico alla formazione e all'adempimento del contratto ed il ruolo marginale dei brani, posti all'inizio del Digesto, che si riferiscono al concetto di diritto e al metodo giuridico. L'ipotesi formulata sulla base di questo eccezionale manoscritto dovrebbe sollecitare un dibattito sulla natura frammentaria e pragmatica della didattica medievale basata sui Digesti.

Keywords: iconografia giuridica, scuole giuridiche medioevali, metodologia giuridica

### Abstract (English)

*The collection of the Kórnik Library includes the *digestum vetus* manuscript, the uniqueness of which is emphasized by art historians. There are two main reasons why it is unique. Firstly, because of the number of illuminations in the legal manuscript. Secondly, because of the confirmed fact that relevant part of illuminations was implementing an illustrative program. The paper starts with presenting the history of the manuscript. The main part of the paper focuses on the issues if and how the illustrative program has reflected the medieval teaching method based on the first 24 books of Justinian's Digest (*digestum vetus*).*

\* Dieser Beitrag ist die modifizierte Version eines Vortrages, der auf der 17. Internationalen Rechtsikonographie-Konferenz im Juni 2019 in Posen gehalten wurde.

*The analysis of allocating the illuminations and links between illuminations and specific legal issues give rise to recognizing the main features of this method: central role of the tort (aquilian) liability, semi-systemic approach to the formation and performance of contract and marginal role of the texts related to legal method and general concepts of law at the beginning of the Digest. This hypothesis formulated on the basis of one, unique manuscript should inspire further debate about the fragmentary pragmatic nature of medieval law teaching based on the Digest.*

Keywords: legal iconography, medieval law schools, legal methods

---

## 1. Einführung

Zu den bekanntesten Beispielen der illuminierten mittelalterlichen Manuskripte gehören die Handschriften von Psaltern, Evangelium und für die abendländische Zivilisation fundamentalen Literaturwerken<sup>1</sup>. Die Illuminierungspraxis war auch für juristische Manuskripte nicht unüblich<sup>2</sup>. Zu diesem Teil des europäischen Kulturerbes gehören die Handschriften der justinianischen Kompilation<sup>3</sup>. Das Manuskript aus der Bibliothek in Kórnik (BK 824) fällt in dieser Gruppe durch die Zahl der Illustrationen auf<sup>4</sup>. Im aus 266 Seiten bestehenden Codex sind 24 illuminierte Initialen, davon 21 mit menschlichen Figuren, und 238 marginale Illuminationen<sup>5</sup>. Ein Teil von ihnen bilden Werke von erkennbaren Meistern der Illuminierungskunst. Der Handschrift der justinianischen Digesten von Kórnik steht auf Dolezaleks Liste der Handschriften zum römischen Recht<sup>6</sup>. Viele Fragen zur Entstehungsgeschichte, der Anwendung im mittelalterlichen Rechtsunterricht und zum Schicksal der Handschrift bleiben offen. Seit dem Beginn der 90er-Jahre des 20. Jahrhunderts zieht das Manuskript die Aufmerksamkeit von Kunsthistorikern auf sich<sup>7</sup>. Die historischen<sup>8</sup> und rechtshistorischen<sup>9</sup> Forschungen zu dieser Quelle oder unter Berücksichtigung dieser Quelle sind sehr beschränkt. Bis heute wurde die Handschrift in die rechtsikonographische Debatte nicht einbezogen. In den Studien zum Rechtsunterricht im Mittelalter sind jegliche Anmerkungen an Karten der Manuskripte als relevante Spuren der didaktischen Realität anerkannt<sup>10</sup>. Die

---

<sup>1</sup> Vgl. WALTHER-WOLF 2014, S. 22-28.

<sup>2</sup> Z.B., Vgl. KOCHER 1993, S. 107 ff; S. L'ENGLE-GIBBS 2001.

<sup>3</sup> Vgl. L'ENGLE 2011, S. 58, Fn. 39 mit dem Verweis auf die Datenbank der illuminierten Handschriften des *Digestum vetus* von der Ende des 11. Jh. bis frühen 14. Jh., die von der Verfasserin geschöpft wurde.

<sup>4</sup> FRONSKA 2004, 6.; L'ENGLE 2011, S. 58. Susan L'Engle erwähnt als zwei Manuskripte der justinianischen Digesten mit besonders großer Zahl der marginalen Illuminationen neben dem Manuskript von Kórnik (BK 824) auch das Manuskript aus der Bibliothek (Bibliothèque municipale) in Amiens (MS 374).

<sup>5</sup> FRONSKA 2013, S. 164; BARAN-KOZŁOWSKI 2017, S. 35. Eine digitalisierte Fassung des Manuskriptes ist im Internet erreichbar: <https://platforma.bk.pan.pl/objs/256017> (Zugang 31.05.2020).

<sup>6</sup> Vgl. DOLEZALEK 1972, s.v. Kórnik 824.

<sup>7</sup> Vgl. LIBICKI 1993, S. 47-60.

<sup>8</sup> Vgl. BARAN-KOZŁOWSKI 2017, S. 48 ff.

<sup>9</sup> DAJCAK 2015, S. 327-337; DAJCAK 2017, S. 11-32.

<sup>10</sup> Vgl. BELLOMO 1989, S. 134.

Wahrnehmung in der Kunstgeschichte des Teils der Illuminationen im Manuskript BK 824 als die Umsetzung des ikonographischen Programms<sup>11</sup> bringt die Frage nach den didaktischen Ideen mit sich, die dem Programm zugrunde liegen könnten. Eine kritische Erörterung der wichtigsten Thesen der Kunsthistoriker aus juristischer Perspektive kann der erste Schritt für die Beleuchtung dieser Frage sein. Hier liegt der Zweck meines Beitrages. Dem historischen Kontext der Anwendung und der Auswirkung des Manuskripts BK 824 wird sich in einführenden, instruktiven Bemerkungen zur Entstehungsgeschichte und zum Schicksal der Handschrift angenähert.

## 2. Entstehungsgeschichte der Handschrift

Im uns überlieferten Manuskript sind mindestens drei Stufen seiner Gestaltung zu identifizieren. Erstens ist das die Ausfertigung der Handschrift, höchstwahrscheinlich in der literarischen Tradition der sog. *Vulgata*, d. h. mit kleinen aber gut sichtbaren Abweichungen von der Tradition der *littera Florentina*<sup>12</sup>, die der kritischen Ausgabe der *Digesten* von Theodor Mommsen und Paul Krüger im 19. Jahrhundert zugrunde lag<sup>13</sup>. Wahrscheinlich wurde die ursprüngliche Handschrift des antiken Textes schon mit vorakkursianischen, in erster Reihe interlinearen Glossen hergestellt<sup>14</sup>. Zweitens wurde der juristische Text durch die Ergänzung des Manuskripts mit marginalen Glossen aktualisiert<sup>15</sup>. Drittens wurde das breite Illustrierungsprogramm des aktualisierten Textes mit initialen und marginalen Illuminationen verwirklicht<sup>16</sup>.

Es fehlen die Grundlagen für die eindeutige Datierung und Bestimmung der geographischen Kontexte der einzelnen Stufen der historischen Entwicklung des Manuskripts. Nach der herrschenden Meinung entstand unsere Handschrift des *Digestum vetus* in der zweiten Hälfte des 12. Jahrhunderts, aber nicht später als an der Wende zum 13. Jahrhundert in Norditalien<sup>17</sup>. Als wichtiges Argument für diese Feststellung gilt in erster Linie die Anwendung der sog. „roten Zeichen“<sup>18</sup> im Manuskript, die als Orientierungs- und Verweisungszeichen in Handschriften des kanonischen und römischen Rechts im 12. Jahrhundert angewandt wurden<sup>19</sup>. Die Vielfalt der Schriftarten in den Glossen spricht für die Wahrnehmung des Aktua-

<sup>11</sup> FROŃSKA 2017, S. 75.

<sup>12</sup> DAJCZAK 2015, S. 336.

<sup>13</sup> Vgl. MOMMSEN 1870, S. XII.

<sup>14</sup> Vgl. FROŃSKA 2017, S. 63.

<sup>15</sup> FROŃSKA 2017, S. 64; BARAN-KOZŁOWSKI 2017, S. 38.

<sup>16</sup> FROŃSKA 2017, S. 65. Die Verfasserin bemerkt, dass einige Glossen nach der Umsetzung des Illuminierungsprogramms hinzugefügt wurden; z. B.: Manuskript BK 824, K. 103.

<sup>17</sup> DOLEZALEK 1972, s.v. Kórnik 824; FROŃSKA 2013, S. 164; FROŃSKA 2017, S. 62. Anders: ZATHEY 1963, S. 495. Zathey datierte die Entstehung des Manuskripts auf die erste Hälfte des 13. Jh., als Entstehungsort des Manuskripts nannte er alternativ, jedoch ohne vertiefte Argumente: Rheinland, Bologna oder Nordfrankreich.

<sup>18</sup> FROŃSKA 2017, S. 62.

<sup>19</sup> Vgl. DOLEZALEK-WEIGAND 1983, S. 143-199.

lisierungsprozesses des Manuskripts nicht als einmalige Aktion, sondern als kontinuierliche Tätigkeit, die auf die ersten Jahrzehnte des 13. Jahrhunderts zu datieren ist. Es ist plausibel, die marginalen Glossen im Manuskript als früh-akkursianischen Apparat zu bestimmen<sup>20</sup>. Der Vergleich *pars pro toto* der Glossen in unserem Manuskript und der Glossen, die die akkursianische Tradition bildeten und in früheren Druckausgaben der Digesten vom 16. und Anfang des 17. Jahrhunderts überliefert sind, bestätigt die Unterschiede im Glossenapparat<sup>21</sup>.

Nach der herrschenden Meinung in der kunsthistorischen Debatte wurde das ikonographische Programm in Frankreich in der ersten Hälfte des 13. Jahrhunderts vorbereitet und verwirklicht. Die Meinung überwiegt, dass die Handschrift in Paris illustriert wurde<sup>22</sup>. Das Verbot des Studiums des römischen Rechts in Paris im Jahr 1219 (*Bulla Super speculam*) kann jedoch für die Assoziierung des Illuminierungsortes unseres Manuskriptes mit der damals kosmopolitischen juristischen Fakultät in Orleans sprechen<sup>23</sup>. Identifiziert aufgrund der vergleichenden Analyse zwei französischer und eines englischen Künstlers<sup>24</sup> konnten sie in jeder von diesen Städten damals arbeiten. Das letzte Element der Gestaltung des Manuskriptes in der uns überlieferten Form bildete die Verbindung der Handschrift des *Digestum vetus* mit der glossierten Handschrift der justinianischen Konstitution *Omnes* kurz nach der Vervollständigung des Glossierungs- und Illuminierungsprogramms gegen Mitte des 13. Jahrhunderts<sup>25</sup>.

### 3. Die Geschichte des Manuskripts

Über den Eigentümer und Nutzer unseres Manuskriptes in der Zeit der praktischen Relevanz von Handschriften der römischen Rechtstexte – also seit ihrer Entstehung bis zu den letzten Jahrzehnten des 15. Jahrhunderts – wissen wir nichts. Die älteste Spur des Eigentümers des Manuskripts bilden die Worte *Liber Derslai Carnicze Juris Baccalaurii emptus per ipsum pro quinque florenis*, die auf dem Umschlag des Buches lesbar sind<sup>26</sup>. Derslaw von Karnicze, späterer Kollektor des Peterspfennigs, hat in Jahren 1468-1469 Jura in Rom studiert. Danach, im Jahr 1471, hat die Universität in Bologna ihm den Dokortitel *utrisque iuris* verliehen<sup>27</sup>. Derslaw konnte also als Lizenziat des Rechts das Manuskript in der Zeitperiode zwischen den Jahren 1469 und 1471 erworben haben<sup>28</sup>. Seit dem Jahr 1473 war Derslaw wieder in Polen. Als Generalvikar, Diözesanrichter und Oberhaupt der Schulen in der Diözese Płock blieb

<sup>20</sup> FROŃSKA 2017, S. 64.

<sup>21</sup> Vgl. DAJCAK 2017, S. 19-21. Zentral für den Vergleich des Manuskriptes BK 824 mit der sog. akkursianischen Tradition war die Ausgabe des *Digestum vetus* vom 1627 (*Corpus Iuris Civilis cum commentariis Accursii*, vol. I, *Digestum vetus*, Lugduni 1627).

<sup>22</sup> FROŃSKA 2013, S. 165.

<sup>23</sup> Vgl. YOUNG 2014, 25.

<sup>24</sup> FROŃSKA 2017, S. 65-66.

<sup>25</sup> FROŃSKA 2017, S. 66.

<sup>26</sup> Ms. BK 824, K. V.

<sup>27</sup> HORECZNY 2015, S. 169, Fn. 153.

<sup>28</sup> Vgl. BARAN-KOZŁOWSKI 2017, S. 49.

er bis zum Ende seines Lebens mit dieser Diözese verbunden. Nach Derslaws Tod im Jahr 1493 wurde das illuminierte Manuskript des *Digestum vetus* als Bestandteil seiner juristischen Bibliothek von der Diözese Płock geerbt<sup>29</sup>.

Die zweite Spur des polnischen Schicksals des Manuskriptes bildet die unten sichtbare Bezeichnung von Derslaw Satz: *Hic codex a Capitulo Plocensi in monumentum propensi animi datus est 10 augusti 1800 anno Thadeo Czacki*<sup>30</sup>. Aus diesem Grund kann gefolgert werden, dass das Manuskript nach mehr als dreihundert Jahren seiner Verwahrung in der Kapitelbibliothek in Płock im Jahr 1800 vom Stifter der Porycka-Bibliothek Tadeusz Czacki erworben wurde<sup>31</sup>. Die Sammlungen dieser Bibliothek hat im Jahr 1818 Adam Jerzy Czartoryski von der Witwe Tadeusz Czackis gekauft. Und zuletzt, vielleicht im Jahr 1831, wurde – im Rahmen der Rettungsaktion der Sammlungen der Bibliothek von der Familie Czartoryski in Puławy nach dem Novemberaufstand gegen die russische Besatzung – unser Manuskript in die große Sammlung der Handschriften in der Bibliothek von Tytus Działyński in Kórnik übertragen<sup>32</sup>. Außer der kurzen Periode der deutschen Besatzung von 1939 bis 1945 wird es dort bis heute aufbewahrt<sup>33</sup>.

#### 4. Von kunsthistorischen Forschungen des Manuskripts zur Hypothese über ein Modell der didaktischen Anwendung des *Digestum vetus* im 13. Jahrhundert

Am Anfang der 90er-Jahre des 20. Jahrhunderts stellte der Kunsthistoriker Marcin Libicki die These auf, dass die individuellen Stile der Illuminationen im Manuskript von drei Künstlern geschaffen wurden. Symbolisch bestimmte Libicki diese als die Meister A, B und C<sup>34</sup>. In tiefgehenden kunsthistorischen Studien zum Manuskript BK 824 hat Joanna Frońska zwei Künstler (symbolisch A und B) als französische Illustratoren anderer Handschriften wie des Missals vom Pariser Dom<sup>35</sup>, des sog. Levis Psalters<sup>36</sup> identifiziert. Der Stil von Künstler C spricht ihrer Meinung nach für seine Herkunft aus dem südlichen England<sup>37</sup>.

Aus juristischer Perspektive besonders interessant sind die von Frońska entwickelten oder formulierten Thesen über die methodische Natur des ikonographischen Programms im Manuskript des *Digestum vetus* von Kórnik. In der Handschrift sind noch Hinweise für die Künstler sichtbar, was sie im juristischen Text illustrieren sollten, teilweise auch wie<sup>38</sup>. Das macht die These plausibel, dass die Handschrift mit einem klaren und durchdachten ikonographischen Programm ergänzt wurde. Die kunsthistorische Hypothese über die Funktionen des Programms

<sup>29</sup> ZYGNER 2018, S. 233 (mit Quellen und Literatur).

<sup>30</sup> Ms. BK 824, K. V.

<sup>31</sup> Vgl. BARAN-KOZŁOWSKI 2017, S. 50.

<sup>32</sup> Vgl. PEZDA 2009, S. 13-14.

<sup>33</sup> ZATHEY 1963, S. 504.

<sup>34</sup> LIBICKI 1993, S. 49.

<sup>35</sup> Vgl. <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/btv1b6000450z> (Zugang 22.04.2020).

<sup>36</sup> Vgl. <https://know.freelibrary.org/Record/1466054> (Zugang 22.04.2020).

<sup>37</sup> FROŃSKA 2017, S. 66.

<sup>38</sup> FROŃSKA 2004, S. 6 ff.

verbindet sie mit drei in der juristischen Ausbildung relevanten Zwecken. Das sind erstens die plastische Darstellung der Fälle, zweitens die Veranschaulichung einer juristischen Maxime oder eines juristischen Prinzips mit einem konkreten Beispiel und drittens die bildliche Darstellung der Begriffe oder Worte<sup>39</sup>. Die Berücksichtigung des dogmatischen Sinns der illuminierten Stellen oder Sätze eröffnet neue Forschungsmöglichkeiten. Die Mehrheit der dem ersten Zweck zugeordneten Illuminationen befindet sich an den Rändern der Digestentitel *Ad legem Aquiliam* (D.9,2) und *Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur* (D.9,1). Auf der Karte 100v des Manuskripts wurde mit der Stelle des gajanischen Kommentars folgendes Bild assoziiert.



### K100v

In der Kunstgeschichte werden die Illuminationen dieser Art und Weise als „bildhafte Lesezeichen“ der Digestenstellen benannt<sup>40</sup>. Es entsteht also die Frage, auf welche dogmatischen Fragen die Aufmerksamkeit der Manuskriptnutzer gerichtet wurde. Die gajanische Erörterung an der illuminierten Stelle eröffnet die Erklärung der aquilianischen Haftung eines Maultiertreibers, der durchgehende Maultiere aus Unerfahrenheit (*per imperitiam*) nicht zurückhalten konnte, die einen fremden Sklaven niedergetrampelt haben. Diese *ratio decidendi* wurde für Schadensfälle bestätigt, die vom Mangel an Kraft des Maultiertreibers, seiner

<sup>39</sup> Vgl. FRONŠKA, 2017, SS. 69-74.

<sup>40</sup> FRONŠKA 2017, S. 71.

Unerfahrenheit oder mangelnder Kraft zu zügeln bei einem Reiter verursacht wurden<sup>41</sup>. Das Verständnis der *culpa Aquiliana* als Voraussetzung der deliktischen Haftung wurde hier also im Kontext dreier Beispiele von Verkehrsunfällen erörtert. In jedem Fall ist die Schuld des Täters mit seiner Unerfahrenheit gleichgestellt. Die Konkretisierung der Verschuldung in dieser Art und Weise verschärfte die Haftung des Täters<sup>42</sup>. Die Illumination richtete also die Aufmerksamkeit auf die Fallgruppe der Verkehrsunfälle, die sich durch den besonderen Haftungsstandard unterscheiden. Auf der Karte 100v befindet sich auch die folgende Bild:



### K100v

Die Illumination wurde von den Autoren des ikonographischen Programms mit der ulpianischen Stelle im Ediktskommentar assoziiert. Der Jurist erinnerte die Kontroverse zum

<sup>41</sup> D. 9.2.8.1.

<sup>42</sup> Vgl. ZIMMERMANN 1996, S. 1009; RODRIGUEZ MONTERO 2015, S. 194, Fn. 250.

Anwendungsbereich der direkten aquilianischen Klage daran, wenn jemand einen Hund aufhetzte und dadurch ein Sklave verletzt wurde. Umstritten war, ob die direkte aquilianische Haftung die materiale Verbindung zwischen dem Täter und dem Hund voraussetzt, also die Führung des Hundes an der Leine des Täters. Zwei unterschiedlichen Gutachten gemeinsam war die Anerkennung der aquilianischen Haftung (direkt oder analog) für den vom Hund zugefügten Schaden mit der Auswirkung eines Mannes auf das Tier<sup>43</sup>. Trotz der technisch-prozessualen Differenzen haben beide Meinungen die Abgrenzung zwischen der objektiven Tierhaftung und umstrittenen aquilianischen Haftungsregeln deutlich veranschaulicht<sup>44</sup>. Auf der Karte 100v des Manuskriptes ist noch eine andere schöne Illumination zu finden:



### K100v

Dieses Bild bezieht sich auf die instruktiven Erwägungen über die Grenzen der deliktischen Haftung<sup>45</sup>. Der Jurist unterschied hier zwischen den drei Konstellationen eines Spieles mit dem Spear, die die Widerrechtlichkeit<sup>46</sup> und vielleicht die Mitverschuldung eines Dritten<sup>47</sup> als

<sup>43</sup> D. 9.2.11.5.

<sup>44</sup> Vgl. GIANGRIECO PESSI 1995, S. 74; LOHSSE 2002, S. 265 ff.

<sup>45</sup> D.9,2,9,4.

<sup>46</sup> Vgl. GALEOTTI 2015, S. 226, Fn. 268.

<sup>47</sup> RODRIGUEZ MONTERO 2015, S. 196, Fn. 253.

die Grenzen der Delikthaftung veranschaulichten. Das letzte Element des ikonographischen Programms auf der Karte 100v bildet die folgende Illumination:



### K100v

Mit diesem Bild wurde im ikonographischen Programm der Fall berücksichtigt, der die Zweifel der römischen Juristen provozierte. Ulpian berichtete über die Tötung eines Sklaven durch einen Barbier, der ihn im öffentlichen Raum rasierte, wobei ein Ball mit Wucht auf die Hände des Barbiers geschleudert und dadurch die Kehle des Sklaven vom Rasiermesser durchschnitten wurde<sup>48</sup>. Der Jurist erörterte die kontroverse, unlösbare Frage der Mitver-

<sup>48</sup> D. 9.2.11 pr.

schuldung in seinem Kommentar<sup>49</sup>. Im antiken Juristenrecht und höchstwahrscheinlich für den Schöpfer des ikonographischen Programms war ein klares Problem die Grenze der Delikthaftung. Die Frage wurde damals als die Abgrenzung zwischen rechtlicher Relevanz der Fahrlässigkeit des Täters und objektiven Ursachen des Schadens wahrgenommen<sup>50</sup>. Eine anschauliche Darstellung der Grenze der Fahrlässigkeit als Voraussetzung deliktischer Haftung vermittelt die paulinische Stelle, die mit folgender nicht von Frońska erwähnter Illumination verbunden wurde:



### K103

Paulus erörterte die Haftung für den Schaden, der durch das Abbrennen eines Stoppelfeldes oder Dornengebüschs verursacht wurde<sup>51</sup>. Nur die Ausbreitung des Feuers infolge eines plötzlich einsetzenden Sturms bestimmte der Jurist als nicht schuldhafte Ursache des Schadens<sup>52</sup>. Die Frage nach den Grenzen der aquilianischen Haftung wurde mit einigen weiteren Illuminationen aufgezeigt. Die Ausschlussgründe der deliktischen Haftung sind auf den nachfolgenden Karten mit weiteren Illuminationen gekennzeichnet. Auf der Karte 102v tritt die folgende Darstellung von zwei Booten auf:

<sup>49</sup> Vgl. JANSEN 2003, S. 220 u. 257; RODRIGUEZ MONTERO 2015, S. 195-196.

<sup>50</sup> Vgl. CANNATA 1997, S. 283; ZIMMERMANN 1996, S. 1011-1012. Siehe auch MACCORMACK 1982, S. 278.

<sup>51</sup> D. 9.2.30.3.

<sup>52</sup> Vgl. RODRIGUEZ MONTERO 2015, S. 194-195.



### K102v

Diese Illumination wurde im ikonographischen Programm mit einem anderen ulpianischen Text verbunden. An der Stelle lesen wir über zwei Fälle von Seeunfällen: erstens, wenn ein Schiff vom Sturm auf die Ankertaue eines anderen getrieben wurde. Der zweite Fall betrifft einen Fischkutter, der sich in den Fischnetzen eines anderen verfangen hat<sup>53</sup>. Der Unterschied zwischen diesen Fällen wurde im Juristenrecht zur Erklärung der Trennung zwischen höherer Gewalt und Verschuldung angewandt<sup>54</sup>. Die Illumination auf der Karte 103 geht mit der paulinischen Stelle einher, wo der Jurist die Haftung des Täters erörterte, der einen fremden Sklaven beim Ehebruch überraschend getötet hat<sup>55</sup>.

<sup>53</sup> D. 9.2.29.3.

<sup>54</sup> Vgl. SCHIPANI 1969, S. 341 ff.; RODRIGUEZ MONTERO 2015, S. 182, Fn. 231.

<sup>55</sup> D. 9.2.30 pr.



### K103

Das Bild richtete also die Aufmerksamkeit des Lesers auf die Ausübung des besonderen Rechts als Grund für den Ausschluss der Delikthaftung<sup>56</sup>. Auf der nächsten Karte des Manuskripts wurde die Frage nach den Haftungsgrenzen mit folgender Illumination markiert:

<sup>56</sup> Vgl. GALEOTTI 2015, S. 129; RODRIGUEZ MONTERO 2015, S. 189, Fn. 242.



## K104

An der mit diesem Bild illustrierten ulpianischen Stelle erklärte der Jurist, dass die Lex Aquilia bei widerrechtlich zugefügtem Schaden anzuwenden ist<sup>57</sup>. Im Fall des offensiven Notstandes, wenn die Schadenszufügung unter übermächtigem Zwang, wie einem Feuer, geschah, entfällt die deliktische Haftung des Täters<sup>58</sup>.

Den präsentierten Illuminationen gemeinsam ist, dass sie mit Grenzfragen wie der Verschärfung, Abgrenzung oder dem Ausschluss des aquilianischen Haftung assoziiert wurden. Bis heute spielen diese illuminierte Stelle eine Referenzrolle in systematischen Darstellungen der aquilianischen Haftung. Eine ähnliche Stufe der dogmatischen Kohärenz des ikonographischen Programms lässt sich nicht auf alle Illuminationen ausdehnen, die in der Kunstgeschichte mit der Funktion der plastischen Darstellung eines Tatbestandes verbunden sind. Den anderen in diesem Kontext von Frońska aufgelistete Illuminationen<sup>59</sup> ist jedoch gemeinsam, dass sie auf juristische Erwägungen hinweisen, die auf die Konkretisierung und zu einem gewissen Grad Systematisierung der Haftungsvoraussetzungen zielen.

Zusammenfassend basierte die kunsthistorische Rekonstruktion der Funktion der plastischen Darstellung des Tatbestandes im ikonographischen Programm im Prinzip auf den Illuminationen zum Digestentitel „Zur Lex Aquilia“. Aus juristischer Perspektive bilden die

<sup>57</sup> D. 9.2.49.1.

<sup>58</sup> Vgl. JANSEN 2003, S. 217, Fn. 247; RODRIGUEZ MONTERO 2015, S. 187.

<sup>59</sup> FROŃSKA 2015, S. 69-70.

unter diesem Titel illustrierten Fälle die kohärente Sammlung der paradigmatischen Fragen der Deliktshaftung, die Verschuldung und Widerrechtlichkeit voraussetzt. Der Fokus auf die Fälle dieser Art und Weise macht plausibel, dass ihrer Wahl mit der Nützlichkeit illuminierter Stellen für die systematisierte Erläuterung der Haftungsfrage verbunden wurde. Es ist jedoch bemerkenswert, dass diese Funktion des ikonographischen Programms systematisch nur im Bereich der aquilianischen Haftung umgesetzt wurde.

Die zweite Funktion dieses Programms sieht die Kunstgeschichte in der Darstellung konkreter Beispiele einer juristischen Maxime oder eines juristischen Prinzips. In dieser Art und Weise wurde das Bild auf der Karte 146 interpretiert, das mit der ulpianischen Stelle vom Digestentitel „Über die Klage aus Leihe und die Gegenklage“ verbunden wurde:



#### K146

Der Jurist erklärte in diesem Fragment vom Ediktskommentar, dass die Rückgabe der Sache in verschlechtertem Zustand nicht als die Erfüllung des Leihvertrages vom Schuldner gilt<sup>60</sup>. Im Text lesen wir nichts über ein Pferd. Das Bild des im römischen Text nicht erwähnten Pferdes assoziierte Frońska mit einem anderen Pferdebild an den Rändern des Digestentitels „Über die Klage aus Verwahrung und die Gegenklage“<sup>61</sup>:

<sup>60</sup> D. 13.6.3.1.

<sup>61</sup> Ms. BK 824, K. 146v; D. 13.6.5.7.



## K174

Die Kunsthistorikerin sah in diesem zweiten Bild die Veranschaulichung der Regel aus dem ulpianischen Gutachten<sup>62</sup>, die die Zurückgabe aus einer Verwahrung der Sache in verschlechtertem Zustand als Nichterfüllung erklärte<sup>63</sup>. Auch in diesem Text lesen wir nichts über ein Pferd. Ich stimme Frońska zu, dass ein Pferd das wichtige Transaktionsobjekt symbolisch veranschaulichte. Es ist jedoch fraglich, ob diese zwei Illuminationen im ikonographischen Programm die juristische Maxime veranschaulichten. Der symbolischen Darstellung der Transaktionsobjekte als Pferde ist gemeinsam, dass in beiden Fällen die Illumination mit der Frage der Vertragserfüllung verbunden wurde. Auf der Karte 150 des Manuskriptes ist diese dogmatische Frage mit einer Illumination bezeichnet, die das Transaktionsobjekt symbolisch als Geldsack veranschaulicht:

<sup>62</sup> FROŃSKA 2017, S. 71.

<sup>63</sup> D. 16.3.1.16.



### K150

Das Bild bezieht sich auf die ulpianische Erklärung der Unwirksamkeit der Befreiung eines Schuldners, der gefälschte Münzen an den Gläubiger gezahlt hat<sup>64</sup>. Die symbolische Darstellung des Transaktionsobjektes als Geldsack tritt auch in der Illumination auf, die die Aufmerksamkeit auf das ulpianische Gutachten<sup>65</sup> über die Wirksamkeit der Schließung des Verwahrungskontraktes eines Mündels ohne förmliche Zustimmung des Vormundes richtet:

<sup>64</sup> D. 13.7.24.1. vgl. RÜFNER, S. 106 f.

<sup>65</sup> D. 13.5.1.2.



## K144

Die Berücksichtigung dieser Fälle gibt den Anlass für die kritische Beurteilung der kunsthistorischen Hypothese über die zweite Funktion des ikonographischen Programms. Auch diese Illuminationen richten sich eher nicht auf Maximen, sondern auf von den Autoren des ikonographischen Programms ausgewählte dogmatische Fragen. Den letzten vier präsentierten Bildern verweisen auf die Fälle, wo die Wirksamkeit der Vertragsschließung und Vertragserfüllung<sup>66</sup> erörtert wurde. Mit der Frage der Wirksamkeit der Vertragsschließung wurde höchstwahrscheinlich auch die folgende Illumination auf der Karte 191 verbunden:

<sup>66</sup> Die funktionale Ähnlichkeit der illuminierten Stellen D. 13.6.3.1 und D. 16.3.1.16 bemerkt instruktiv R. Zimmermann; vgl. ZIMMERMANN 1996, S. 788, Fn. 35.



### K191

Dieses Bild bezieht sich auf den im Juristenrecht individualisierten Fall der Kauf einer Hoffnung (*emptio spei*)<sup>67</sup>. In der mit dieser Illumination bezeichneten pomponianischen Stelle hat der Jurist die Wirksamkeit des Vertrages im „Extremfall“<sup>68</sup> des Kaufes einer Chance (*quasi alea emitur*) anerkannt.

Die Spuren des systematischen Ansatzes im ikonographischen Programm zu Materien des *Digestum vetus* lassen sich noch im Bereich der Haftungsfragen in vertraglicher Praxis finden. An den Rändern zum Digestentitel „Über die Gesellschafterklage“ sind zwei schöne Illuminationen. Das Bild der Schachspieler richtet die Aufmerksamkeit auf eine pomponianische Stelle, die nichts mit diesem Spiel zu tun hat:

<sup>67</sup> D. 18.1.8.1.

<sup>68</sup> Vgl. RANDAZZO 2007, S. 275.



## K188

Der Jurist schließt die Finanzierung von Verlusten eines Gesellschafters aus dem gemeinschaftlichen Vermögen beim Spiel oder aufgrund Ehebruchs aus<sup>69</sup>. Der Gegenstand des Gutachtens war die Markierung der Grenze der Haftung eines Gesellschafters, die hier beim vorsätzlich verursachten Schaden anerkannt wurde<sup>70</sup>. Das Spiel veranschaulichte die Frage der Gefahrallokation. Auch die zweite Illumination ist intuitiv nicht mit dem Streit zwischen ehemaligen Gesellschaftern zu assoziieren:

<sup>69</sup> D. 17.2.59.1.

<sup>70</sup> Vgl. Poggi 2012, S. 295-296.



### K187

Die bildliche Darstellung des Lösungsmodells eines Konfliktes verweist auf das von römischen Juristen diskutierte Problem der Abgrenzung der Haftung einzelner Gesellschafter. Das Fragment des ulpianischen Kommentars vermittelt die im Juristenrecht getroffene Unterscheidung zwischen der richtigen und unrichtigen Verurteilung eines Gesellschafter aufgrund der Injurienklage zu einer Buße. Die Stelle macht klar, dass die Haftung der Gesellschafter gegenüber einem Dritten nicht automatisch auf die übrigen Gesellschafter durchgeschlagen hat<sup>71</sup>. Das war hier nur im zweiten der getrennten Fälle genehmigt<sup>72</sup>. Im ikonographischen Programm sind auch die Fragen der Haftungsgrenzen der Verpächter berücksichtigt. Auf der Karte 210 des Manuskriptes ist folgendes Bild zu sehen:

<sup>71</sup> Vgl. MEISSEL 2004, S. 261.

<sup>72</sup> D. 17.2.52.18.



## K210

Diese Illumination richtet die Aufmerksamkeit des Lesers auf das ulpianische Gutachten. Der Jurist erklärte in seinem Kommentar, dass giftige Kräuter auf einer verpachteten Bergweide das Recht auf den Pachtzins aufheben. Hingegen setzt die weitergehende Haftung des Verpächters für den Schaden die Kenntnis des Mangels voraus<sup>73</sup>. Auf der Nachbarkarte der Handschrift befindet sich die Illumination, die sich auf die Auslegung der besonderen Klausel im Pachtvertrag bezieht:

<sup>73</sup> D. 19.2.19.1. Vgl. CORTESE 2020, S. 105 ff. (mit Literatur).



**K211**

Die Stelle der Digesten des Alfenus vermittelt die Vertragsklausel, die dem Waldpächter die Pflicht auferlegt, „nicht zu[zu]lassen, dass jemand abholzt, abschält, oder abbrennt“<sup>74</sup>. Die Konkretisierung des Haftungsstandards gibt hier die für den Verpächter günstige Auslegung des Wortes „zulassen“ (*sinere*). Nach dem Juristen muss der Pächter sich aktiv bemühen (*ut i curatet et daret operam*), dass niemand den Wald abholzt. Die Illumination richtete die Aufmerksamkeit des Lesers auf die Ableitung aus der Vertragsklausel zugunsten des Verpächters der Haftung des Pächters für Vertragsverletzungen durch Dritte<sup>75</sup>. Die Hypothese über die methodische Natur der Berücksichtigung der Fragen der Vertragshaftung im ikonographischen Programm bestätigen auch die Illuminationen, die die Aufmerksamkeit auf die Grenzen der Gewährleistungshaftung richten. Die erste von ihnen bezieht sich auf die Erwägungen des Juristen Vivianus aus dem 2. Jahrhundert n. Chr., die im ulpianischen Kommentar zum Edikt der kurulischen Ädilen überliefert wurden:

<sup>74</sup> D. 19.2.29.

<sup>75</sup> Vgl. MAYER-MALY 1956, S. 108.



## K225

Das vivianische Gutachten gehört zur Gruppe der Digestenstellen, die eine schöpferische Ergänzung der kurulischen Ediktshaftung durch Juristen vermitteln<sup>76</sup>. Die Illumination richtete die Aufmerksamkeit des Lesers auf die Anerkennung der Verkäuferhaftung für psychisch-geistige Mängel des lebendigen Transaktionsobjekts, die sich in diesem Fall durch den gewöhnlich aus Zügellosigkeit resultierenden Zustand des Sklaven manifestierten<sup>77</sup>. Die Grenze der objektiven Ediktshaftung konnten die Parteien durch Zusicherung des Verkäufers über die konkreten Eigenschaften des Kaufobjekts erweitern. Gaius hat in seinem Kommentar zum Edikt der kurulischen Ädilen die Sprachgrenze der Zusicherung instruktiv beleuchtet<sup>78</sup>. Seine realistische Erklärung, dass die Fleischigkeit und Wachsamkeit keine Erwartung nach Arbeit Tag und Nacht ohne Pause legitimiert<sup>79</sup>, wurde in der Handschrift mit der folgenden Illumination assoziiert:

<sup>76</sup> Außer der Grenze der Edikthaftung wurde für die im Juristenrecht diskutierten Fallkonstellationen die Vertragshaftung (*ex empto actionem*) anerkannt. Vgl. PARLAMENTO 2001, S. 326-327.

<sup>77</sup> D. 21.1.1.10.

<sup>78</sup> Vgl. ZIMMERMANN 1996, S. 315.

<sup>79</sup> D. 21.1.18 pr.



## K227

Im Manuskript treten weitere Illuminationen auf, die die Hypothese über das Interesse des Schöpfers des ikonographischen Programms zur Vertragshaftung bestätigen. Das ikonographische Programm richtet die Aufmerksamkeit des Lesers auch auf solche ausgewählte Frage dieser Natur wie die Entstehung und die Grenzen der Pflichten des Auftraggebers zur Erstattung der Aufwendungen des Auftragnehmers in eigener Sache<sup>80</sup>, die besonderen Haftungsregeln für den Fall des Seewurfs in Seenot (*lex Rhodia*)<sup>81</sup> und die Haftungsgrenzen

<sup>80</sup> Ms BK 824, K. 180 bezieht sich auf D. 17.1.16.

<sup>81</sup> Ms. BK 824, K. 153 bezieht sich auf D.14.2.2 pr.

der Gewalthaber aus den Verpflichtungsgeschäften der Gewaltunterworfenen<sup>82</sup>. Die Illuminationen sind ungleichartig im Manuskript verteilt und lassen sich nur teilweise aus juristischer Perspektive mit dem ikonographischen Programm verbinden. Deutlich seltener als Haftungsfragen im Bereich des Schuldrechts wurden im Manuskript des *Digestum vetus* von der Bibliothek in Kórnik die in diesem Digestenteil überlieferten dogmatischen Fragen aus anderen Rechtsgebiete wie Familien-, Erb- und Sachenrecht illuminiert. Für diese Fälle finde ich keine, auch nur fragmentarische, dogmatische Kohärenz. Die seltenen illuminierten Fälle aus dem Bereich des Sachen- und Erbrechts basierten auf für den mittelalterlichen Hörer klaren Wertekonflikten, die die Vielfalt dogmatischer Fragen eher signalisierten als erklärten.

### 5. Hypothese zu Schwerpunkten des Unterrichts des *Digestum vetus* im 13. Jahrhundert

Ein relevanter Teil der in der Kunstgeschichte mit der Funktion der „bildhaften Lesezeichen“ assoziierten Illuminationen der Digestenstellen lässt zu einem gewissen Grad die dogmatische Kohärenz dieser Stellen erfassen. Auch die in der Kunstgeschichte als die Veranschaulichung einer juristischen Maxime interpretierten Bilder (zweite Funktion der Illuminationen) kann man mindestens teilweise mit den dogmatischen Hintergründen des ikonographischen Programms ähnlich assoziieren. Die dritte Funktion der Illuminationen sieht Frońska in der Veranschaulichung der einzelnen Begriffe oder Worte. Zum Beispiel könnte das Bild des Bogenschützen auf der Karte 18 des Manuskripts die Einrede (*exceptio*), also den Mittel der Verteidigung des Beklagten signalisieren<sup>83</sup>. Diese Gruppe der Illuminationen spricht für den beschränkten Umfang oder die Vielfalt der methodischen Inspirationen, die dem ikonographischen Programm des Manuskripts BK 824 zugrunde lagen.

Aus juristischer Perspektive erkennbare Elemente der dogmatischen Kohärenz eines Teils der illuminierten Fälle werfen die Frage nach Inspirationsquellen dieses ikonographischen Programms auf. Die anerkannte Rolle jeglicher Anmerkungen an den Rändern eines juristischen Manuskriptes für die Forschungen der didaktischen Realität im Spätmittelalter richtet die Aufmerksamkeit auf den höchstwahrscheinlich akademischen Anwendungszweck des Manuskripts BK 824 im 13. Jahrhundert. Das Studium des *Digestum vetus* dauerte an der spätmittelalterlichen Universität ein Jahr. In der Vorlesung wurde zunächst der Digestentext vorgetragen. Dann wurde die vorgelesene Stelle erläutert, und zwar langsam, dass die Hörer wiederum mitschreiben und sich so selbst einen Kommentar anfertigen konnten<sup>84</sup>. Diese Lehrmethode setze schon aus Zeitgründen die Wahl einiger Stellen aus den ersten vierundzwanzig Büchern der Digesten zur Exegese voraus. Die methodische Natur des ikonographischen Programms im Manuskript BK 824 macht es plausibel, die Inspirationen seines Schöp-

<sup>82</sup> Ms. BK 824, K. 154v bezieht sich auf D. 14.3.5.9; Ms. BK 824, K. 160 bezieht sich auf D. 15.1.1 pr.; Ms. BK 167 bezieht sich auf D. 15.3.3.4; Ms. BK 167 bezieht sich auf D. 15.3.3.6.

<sup>83</sup> FROŃSKA 2017, S. 74.

<sup>84</sup> WIELING 2008, S. 57.

fers im Unterrichtsprogramm des *Digestum vetus* zu sehen. Die Spuren der dogmatischen Kohärenz öffnen den Weg zur Rekonstruktion dieses Lehrprogramms. Den Schwerpunkt des Studiums der ersten vierundzwanzig Digestenbücher soll die schuldrechtliche Haftung bilden. Die Illuminationen zu dogmatischen Fragen aus diesem Bereich vermitteln uns auch die Vorstellung der Schöpfer des ikonographischen Programms über die Verteilung der Unterrichtsmaterien. In quasi-systematischer Art wurden die Haftungsregeln der Delikthaftung auf Grundlage der *lex Aquilia* erörtert. Im Studium des Vertragsrechts stand im Vordergrund die Frage der wirksamen Vertragsschließung und Vertragserfüllung. Die Fragen der Vertragshaftung wurden fragmentarisch, aber unter Berücksichtigung typischer potenzieller Interessenkonflikte präsentiert. Es ist auffällig, dass die in den ersten Digestentiteln gesammelten allgemeinen Fragen der Rechtslehre wie die Rechtsquellen oder die Auslegung außerhalb des Hauptstroms des rekonstruierten Lehrprogramms geblieben sind. Die rekonstruierte Lehrstrategie richtete sich auf die paradigmatische Rolle der aquilianischen Delikthaftung für die Vermögenshaftung und die beschränkte, pragmatische Nutzung der Quellen zu anderen allgemeinen Fragen des Schuldrechts.

Die auf Grundlage der einzigartigen, luxussilluminierten Handschrift des *Digestum vetus* formulierte Hypothese ist nur ein Zeichen der neuen Forschungsmöglichkeiten zur Geschichte der juristischen Ausbildung in Europa und der erste Schritt auf dem Weg zum rechtsikonographischen Beitrag zu diesen Forschungen. Die kritische Überprüfung dieser Hypothese unter Berücksichtigung des breiteren Quellenmaterials erscheint als die zu ermutigende Forschungsstrategie. Nicht zuletzt die juristischen Kommentare zum ikonographischen Programm des Manuskripts BK 824 beleuchten aus neuer Perspektive, wie tief das Vorverständnis der römischen Texte von den didaktischen und methodischen Kontexten des Rechtsunterrichts geprägt ist<sup>85</sup>.

## Bibliographie

- AVENARIUS 2008 = M. AVENARIUS, *Tradition, Vorverständnis und Wirkungsgeschichte der Quellen*, in M. AVENARIUS (hrsg.), *Hermeneutik der Quellentexte des Römischen Rechts*, Baden-Baden 2008, SS. 9-29.
- BARAN-KOZŁOWSKI 2017 = W. BARAN-KOZŁOWSKI, *Ogólna charakterystyka i dzieje rękopisu "Digestum vetus com glossis" ze zbiorów Biblioteki Kórnickiej*, in *Pamiętnik Biblioteki Kórnickiej* 34 (2017), SS. 35-60.
- BELLOMO 1989 = M. BELLOMO, *Scuole giuridiche e università studentesche in Italia*, in L. GARGAN, O. LIMONE (hrsg.), *Luoghi e metodi di insegnamento nell'Italia medioevale (secoli XII-XIV)*, Galatina 1989, SS. 121-140.

<sup>85</sup> Vgl. AVENARIUS 2008, S. 10 ff.; LONGCHAMPS DE BÉRIER 2011, S. 16-18.

- CANNATA 1997 = C.A. CANNATA, *Per una storia della scienza giuridica europea. Dalle origini all'opera di Labeone*, Torino 1997.
- CORTESE 2020 = B. CORTESE, *La tutela in caso di vizio della res empta e della res locata. Inadempimento e rispondenza ex fide bona*, Roma 2020.
- DAJCZAK 2015 = W. DAJCZAK, *La divisione gaiana in res corporales e incorporales nel manoscritto del Digestum vetus dagli archivi della Biblioteca di Kórník (BK 824)*, in *Seminarios Complutenses de derecho romano* 28 (2015), SS. 327-337.
- DAJCZAK 2017 = W. DAJCZAK, *Justyniańskie Digesta jako inspiracja argumentacji prawniczej. Od kórnickiego rękopisu po współczesne spory o granice interpretacji*, in *Pamiętnik Biblioteki Kórnickiej* 34 (2017), SS. 11-32.
- DOLEZALEK 1972 = G. DOLEZALEK, *Verzeichnis der Handschriften zum römischen Recht bis 1600. Materialsammlung, System und Programm für elektronische Datenverarbeitung*, 4 Bde., unter Mitarb. von H. Van De Wouw, Chr. Messer, Frankfurt am Main 1972-1973.
- DOLEZALEK-WEIGAND 1983 = G. DOLEZALEK, R. WEIGAND, *Das Geheimnis der roten Zeichen. Ein Beitrag zur Paläographie juristischer Handschriften des zwölften Jahrhunderts*, in *Zeitschrift der Savigny Stiftung*, Kan. Abt., 69 (1983), SS. 143-199.
- FROŃSKA 2004 = J. FROŃSKA, *Między tekstem a obrazem. Dyrektywy dla iluminatorów w Digestach Justyniana*, in *Ikonotheka* 17 (2004), SS. 1-21.
- FROŃSKA 2013 = J. FROŃSKA, *The Memory of Roman Law in an Illuminated Manuscript of Justinian's Digest*, in E. BRENNER, M. COHEN, M. FRANKLIN-BROWN (hrsg.), *Memory and Commemoration in Medieval Culture*, Farnham 2013, SS. 163-180.
- FROŃSKA 2017 = J. FROŃSKA, *Ilustracje marginesowe a praktyka czytelnicza w kórnickich Digestach Justyniana*, in *Pamiętnik Biblioteki Kórnickiej* 34 (2017), SS. 61-80.
- GALEOTTI 2015 = S. GALEOTTI, *Ricerche sulla nozione di damnum. Il danno nel diritto romano tra semantica e interpretazione*, Napoli 2015.
- GIANGRIECO PESSI 1995 = M.V. GIANGRIECO PESSI, *Ricerche sull'actio de pauperie dalle XII tavole ad Ulpiano*, Napoli 1995.
- HORECZY 2015 = A. HORECZY, *Prawnicze doktoraty Polaków*, in *Roczniki Historyczne* 81 (2015), SS. 147-185.
- JANSEN 2003 = N. JANSEN, *Die Struktur des Haftungsrechts. Geschichte, Theorie und Dogmatik außervertraglicher Ansprüche auf Schadenersatz*, Tübingen 2003.
- KOCHER 1993 = G. KOCHER, *Die Rechtsikonographie*, in R. SCHMIDT-WIEGAND (hrsg.), *Die Wolfenbütteler Bilderhandschrift des Sachsenspiegels. Aufsätze und Untersuchungen. Kommentarband zur Faksimile-Ausgabe*, Berlin 1993, SS. 107-117.
- L'ENGLE-GIBBS 2001 = S. L'ENGLE, R. GIBBS (hrsg.), *Illuminating of Law. Legal Manuscripts in Cambridge Collections*, London 2001.
- L'ENGLE 2011 = S. L'ENGLE, *The Pro-active Reader. Learning to Learn the Law*, in *Medieval Manuscripts, their Makers and Users. A special issue of Viator in Honor of Richard and Mary Rouse*, Turnhout 2011, SS. 51-75.

- LIBICKI 1993 = M. LIBICKI, *Uwagi o genezie dekoracji rękopisu BK 824*, in *Pamiętnik Biblioteki Kórnickiej* 23 (1993), SS. 47-60.
- LOHSSE 2002 = S. LOHSSE, *Canem vel servum tenuit? D. 9,2,11,5 and the Applicability of the actio legis Aquiliae in Cases involving inanimate Objects used for killing*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 80 (2002), SS. 265-278.
- LONGCHAMPS DE BÉRIER 2011 = F. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Roman Law and Legal Knowledge – Law Faculties versus Law Schools*, in T. GIARO (hrsg.), *Roman Law and Legal Knowledge. Studies in Memory of Henryk Kupiszewski*, Warszawa 2011, SS. 13-19.
- MACCORMACK 1982 = G. MACCORMACK, *Juristic interpretation of the lex Aquilia*, in *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, Milano 1982, I, SS. 265-270.
- MAYER-MALY 1956 = Th. MAYER-MALY, *Locatio conductio. Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht*, Wien-München 1956.
- MEISSEL 2004 = F.S. MEISSEL, *Societas. Struktur und Typenvielfalt des römischen Gesellschaftsvertrages*, Frankfurt am Main 2004.
- MOMMSEN 1870 = Th. MOMMSEN, *Praefatio*, in *Digesta Iustiniani, recognovit adsumpto in operis societatem Paulo Kruegero, Th. Mommsen*, Berolini 1870, I, SS. V-LXXXXIII.
- PARLAMENTO 2001 = E. PARLAMENTO, “*Servus melanbolicus*”. I “*vitia animi*” nella giurisprudenza classica, in *Rivista di diritto romano* 1 (2001), SS. 1-20.
- PEZDA 2009 = J. PEZDA, *Zbiory rękopisów Biblioteki XX Czartoryskich w Krakowie*, in *Bibliotheca Nostra* 18 (2009), H. 2, SS. 11-18.
- POGGI 2012 = A. POGGI, *Il contratto di società in diritto romano classico I-II, con una nota di lettura di Gianni Santucci*, Napoli 2012 [anastatische Ausgabe der Bücher von 1930 u. 1934].
- RANDAZZO 2007 = S. RANDAZZO, *Variabilità del rischio e ricadute sistematiche nella vendita di cosa futura*, in L. GAROFALO (hrsg.), *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, Padova 2007, I, SS. 247-275.
- RODRIGUEZ MONTERO 2015 = R.P. RODRIGUEZ MONTERO, *Responsabilidad contractual y extra-contractual en derecho romano*, Santiago de Compostela 2015.
- RÜFNER 2016 = T. RÜFNER, *Money in the Roman Law Texts*, in D. FOX, W. ERNST (hrsg.), *Money in the Western Legal Tradition. Middle Ages to Bretton Woods*, Oxford 2016, SS. 93-109.
- SCHIPANI 1969 = S. SCHIPANI, *Responsabilità ex lege Aquilia. Criteri di imputazione e problema della culpa*, Torino 1969.
- WALTHER-WOLF 2014 = I.F. WALTHER, N. WOLF, *Codices illustres. The world's most famous illuminated manuscripts 400 to 1600*, Köln 2014.
- WIELING 2008 = H.J. WIELING, *Juristenausbildung im Mittelalter*, in Chr. Baldus, T. Finkenauer, T. RUFNER (hrsg.), *Juristenausbildung in Europa zwischen Tradition und Reform*, Tübingen 2008, SS. 47-59.
- YOUNG 2014 = S.E. YOUNG, *Scholarly Community at the Early University of Paris. Theologians, Education and Society 1215–1248*, Cambridge 2014.

- ZATHEY 1963 = J. ZATHEY, *Katalog rękopisów średniowiecznych Biblioteki Kórnickiej*, Wrocław-Warszawa 1963.
- ZIMMERMANN 1996 = R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford 1996.
- ZYGNER 2018 = L. ZYGNER, *W kręgu kanonistów późnego średniowiecza (Jakub z Kurdwanowa, Mikołaj z Mirzyńca, Dzierław z Karnic)*, in R. BISKUP, K. KWIATKOWSKI (hrsg.), *Collegarum et Discipulorum Gratitude. Studia ofiarowane prof. Andrzejowi Radzimińskiemu z okazji 60. urodzin*, Toruń 2018, SS. 215-238.



# Ideali universalistici o fiscalismo imperiale?

## *Decima hereditatium e constitutio Antoniniana de civitate*

Valerio Marotta

Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Pavia, Pavia, Italia

### Abstract (Italiano)

La *constitutio Antoniniana* è stata emanata per creare una cosmopoli o per risolvere un drammatico problema di liquidità finanziaria? L'esame congiunto di due testi, l'uno di Cassio Dione, l'altro delle Istituzioni di Ulpiano, lascia pensare che Caracalla abbia deciso di accelerare i tempi, concedendo la cittadinanza a tutti gli abitanti dell'Impero per incrementare le entrate fiscali. Tuttavia, la necessità di finanziare l'*aerarium* militare e di pagare, in tal modo, i premi ai veterani, non esclude la possibilità che Caracalla coltivasse, al contempo, il progetto di istituire, nell'intera ecumene, un'unica *civitas*. In ogni caso, contestualmente all'emanazione della *constitutio de civitate*, Caracalla sovvertì la linea di politica del diritto seguita, per più di un secolo, dai suoi predecessori. Egli non solo non volle concedere ai nuovi Aurelii, ossia ai nuovi cittadini, i cosiddetti *cognationis iura*, ma restrinse l'ambito di applicazione di questa norma anche per coloro i quali fossero già da tempo annoverati tra i *cives*, assoggettando il maggior numero di persone possibile al pagamento dell'imposta di successione (*decima hereditatium*).

Keywords: Constitutio Antoniniana, Cassio Dione, Istituzioni di Ulpiano, *cognationis iura*, *decima (vicesima) hereditatium*

---

### Abstract (English)

*Was the constitutio Antoniniana enacted to establish a cosmopolis or to solve a dramatic financial liquidity problem? The joint examination of two texts – one by Cassius Dio, the other by the Ulpian's Institutes – suggests that Caracalla decided to speed things up by granting citizenship to all the inhabitants of the Empire to increase tax revenues. However, the need to finance the aerarium militare and to pay, in this way, the praemia to the veterans, does not exclude the possibility that Caracalla cultivated, at the same time, the project of establishing, in the entire ecumene, a single civitas. In any case, contextually to the issuing of constitutio de civitate, Caracalla subverted the political line followed, for more than a century, by his predecessors. Not only did he avoid granting to the new Aurelii, that is the new citizens, the so-called cognationis iura, but he also restricted the scope of this provision to those who had already been counted among the cives*

*for a long time, by subjecting as many people as possible to the payment of the inheritance tax (decima hereditarium).*

Keywords: Constitutio Antoniniana, Cassius Dio, Ulpian Institutes, *cognationis iura*, *decima (vicesima) hereditarium*

---

## 1.

Chi ripercorre la bibliografia di questi ultimi quarant'anni, ha subito modo di constatare il profondo disaccordo degli interpreti sulla valutazione delle circostanze che, nel 212, indussero Caracalla a concedere la cittadinanza romana a tutti o a quasi tutti gli abitanti liberi dell'Impero<sup>1</sup>. Secondo alcuni studiosi<sup>2</sup>, che a promulgare tale *constitutio* sia stato l'esponente di una dinastia afro-siriana<sup>3</sup> non rappresenterebbe un caso. Anzi – così facendo – costui avrebbe infine realizzato un progetto meditato a lungo: dar forma a un ordine politico davvero degno di Alessandro. Al pari del Macedone che aveva sottomesso, rinnegando la visione di Aristotele<sup>4</sup>, Greci, Persiani e altri popoli, ricompresi nei suoi vasti dominî, al medesimo regime giuridico<sup>5</sup>, anche il figlio di Settimio Severo, una volta eliminato il fratello, per emulare le gesta del suo grande eroe avrebbe consapevolmente deciso di governare tutti in base allo stesso diritto, istituendo, perciò, nell'intera ecumene una sola *civitas*<sup>6</sup>.

Per altri, invece, quest'*edictum*, contraddistinto dai tipici tratti del provvedimento di emergenza, avrebbe perseguito l'obiettivo di incrementare – il più rapidamente possibile – le entrate tributarie<sup>7</sup>. Invero, come vedremo, la *constitutio Antoniniana* – coordinandosi con misure ulteriori – non soltanto ha accresciuto il numero delle ipotesi nelle quali si poteva oggettivamente dar luogo alla *vindicatio caducorum*, ma, al contempo, ha anche ampliato

---

<sup>1</sup> Per una valutazione del dispositivo dell'*edictum de civitate* riferito alle linee 7-9 (δίδομι τοῖς συνάπα- [σιν -ca.?- κατὰ τ] ἤν οἰκουμένην πολιτείαν Ῥωμαίων, μένοντος [τοῦ δικαίου τῶν πολιτευμ]άτων, χωρ[ί]ς τῶν [...]δεικτικῶν) del *P. Giss.* 40 col. I, rinvio a MAROTTA 2020, p. 66 ss., ove altri ragguagli, cui *adde* BESSON 2020, p. 32 ss.

<sup>2</sup> MASTINO 2013, p. 37 ss., in part. 50 ss.

<sup>3</sup> Vd., a tal riguardo, GHEDINI 2020, in part. p. 17 ss.

<sup>4</sup> La lettera di Aristotele ad Alessandro ci è pervenuta attraverso alcune versioni arabe. Di essa esiste una traduzione francese: *Lettre d'Aristote à Alexandre sur la politique envers les cités*, a cura di BIELAWSKI / PLEZIA 1970. Il filosofo, che aveva appreso l'intenzione del suo discepolo di eguagliare i Persiani ai Greci, gli consigliava, invece, di trattare i primi come nemici. Cfr., inoltre, 658 ROSE. Per lo Stagirita egli avrebbe dovuto governare i Greci come un capo (*hegemonikōs*) e i barbari come un padrone (*despotikōs*).

<sup>5</sup> «[...] Devono avere lo stesso diritto quelli che sono destinati a vivere sotto lo stesso re»: *Historiae Alexandri Magni* 10.3.13-14 «[...] Asiae et Europae unum atque idem regnum est. Macedonum vobis arma do. Inveteravi peregrinam novitatem; et civēs mei estis et milites. Omnia eundem ducunt colorem. Nec Persis Macedonum morem adumbrare, nec Macedonibus Persas imitari indecorum. Eiusdem iuris esse debent qui sub eodem rege victuri sunt [...]». A tal riguardo, tuttavia, occorre ricordare che è ancora discussa la datazione dell'opera di Curzio Rufo. Alla fine del IV secolo, un implicito riferimento alla *constitutio Antoniniana* o, forse più verosimilmente, alla unificazione romana dell'ecumene si coglie in Prudenzio: *Contra Symmachum* 2.601 ss.

<sup>6</sup> Adopero le medesime parole di Plutarco: vd. *Moralia: De fortuna Alexandri* 329b.

<sup>7</sup> Così, da ultimo, MERCOGLIANO 2020<sup>2</sup>, p. 37.

la platea di coloro i quali, in quanto cittadini, dovevano ora sottostare al pagamento della *vicesima hereditatum*, un'imposta istituita, nel 6 d.C., per alimentare l'*aerarium militare*<sup>8</sup>. Raddoppiandola nel suo importo (dalla *vicesima* alla *decima* e, dunque, dal 5 al 10%), Caracalla, in coincidenza con la concessione della cittadinanza a tutti gli abitanti dell'Impero, avrebbe perseguito lo scopo di accrescere gli introiti da destinare ai *milites* e, in primo luogo, al pagamento dei *praemia* assegnati, al momento del congedo, ai veterani. Insomma, a giudizio di molti studiosi, è estremamente probabile che Cassio Dione<sup>9</sup> abbia colto nel segno, allorché ricordò il provvedimento del 212, facendone menzione esclusivamente nel quadro di un succinto *excursus* sulla politica fiscale di Caracalla. Sebbene lo storico lo odiasse mortalmente, questi non avrebbe mentito sui veri intenti del *princeps*. Del resto, è stato pur sempre il senatore bitinico a rammentarci la raccomandazione impartita, poco prima di spirare, da Settimio Severo ai due figli: «andate d'accordo, arricchite i soldati e infischiatevene di tutti gli altri»<sup>10</sup>. Perché non supporre, allora, che Caracalla, sovrano unico da pochi mesi dopo aver assassinato Geta, volesse portare a compimento uno dei principali progetti del padre, migliorando la posizione economica e sociale dei *milites*? Si conformerebbero a tale linea politica due provvedimenti assunti all'indomani della cruenta eliminazione del fratello: raddoppiare gli stipendi delle truppe<sup>11</sup> e permettere ai soldati di prendere il denaro direttamente dai templi e dai tesori pubblici<sup>12</sup>. Ma quest'ultima ed estrema decisione, se fu davvero messa in atto, servì solo, nell'immediato, a pagare, 'una tantum', il *donativum* di 2500 dracme, non certo tutti gli aumenti successivi. In effetti, a regime, occorrevano ogni anno, per corrispondere la nuova paga definita dall'imperatore, non meno di 280 milioni di sesterzi, a ulteriore incremento delle precedenti entrate ordinarie<sup>13</sup>.

A mio giudizio che l'analisi degli eventi proposta da Cassio Dione abbia, come sono propenso a credere, colto nel segno, non esclude di per sé la compresenza in Caracalla di afflitti universalistici<sup>14</sup> a tal punto radicati da indurlo a sovvertire quell'indirizzo politico prudentemente 'inclusivo'<sup>15</sup> – valutare gli uomini non in base al loro *ethnos*, ma in ragione della loro

<sup>8</sup> Suet. *Aug.* 49.2; Dio. 54.25.5-6: cfr. GÜNTHER 2008, p. 34 ss.

<sup>9</sup> Dio (Xiph.) 77(78).9.5: *infra*, p. 116.

<sup>10</sup> Dio (Xiph.) 76.15.2 Πρὶν γοῦν μεταλλάξαι, τάδε λέγεται τοῖς παισὶν εἰπεῖν (ἐρῶ γὰρ αὐτὰ τὰ λεχθέντα, μηδὲν ὁ τι καλλωπίσας) “ὁμοιοεῖτε, τοὺς στρατιώτας πλουτίζετε, τῶν ἄλλων πάντων καταφρονεῖτε”. «Prima di morire, si racconta che abbia detto ai suoi figli (io cito le sue stesse parole, senza aggiungervi alcun ornamento): “andate d'accordo, arricchite i soldati e infischiatevene di tutti gli altri”».

<sup>11</sup> Per rinsaldarne la fedeltà. Scrive, a tal riguardo, Erodiano: 4.4.7: Ὑπισχνεῖται δὲ αὐτοῖς ὑπὲρ τῆς ἑαυτοῦ σωτηρίας καὶ μοναρχίας ἐκάστῳ μὲν στρατιώτῃ δισχιλίας καὶ πεντακοσίας δραχμῶς Ἀττικῆς, προστίθησι δὲ τῷ σιτηρεσίῳ ἄλλο τοῦ τελουμένου ἡμισυ. «per il fatto di essersi salvato e di aver ottenuto la sovranità unica, promise loro di dare a ciascun soldato duemilacinquecento dracme attiche, e aumentò di metà la paga».

<sup>12</sup> Erodiano *ibid.*

<sup>13</sup> Cfr. Rocco 2012, in part. p. 33 ss.

<sup>14</sup> Sembra, invece, non tener conto di questa possibilità SACCOCIO 2017, p. 105 ss., in part. 128.

<sup>15</sup> VALDITARA 2018, in part. p. 46 ss.

virtù<sup>16</sup> – inaugurato, a suo tempo, da Claudio<sup>17</sup>, riproposto successivamente dal *milieu* politico che commissionò, tra il 143 e il 144, a Elio Aristide il suo ben noto *Encomio di Roma*<sup>18</sup> e ancora perseguito in fondo, nella disciplina dell'accesso alla *civitas*, dalla cancelleria di Marco Aurelio, come emerge, a tacer d'altro, dalla vicenda attestata dalla *tabula Banasitana*<sup>19</sup>. E tuttavia, nel

<sup>16</sup> A questo criterio invitava ad attenersi anche Mecenate e, dunque, lo stesso senatore bitinico, come emerge da Dio 52.19.2-6 Μὴ μέντοι καὶ διὰ πενίαν τινὰ ἀγαθὸν γε ἄνδρα ὄντα ἀπαλλάξῃς, ἀλλὰ καὶ χρήματα αὐτῷ τὰ ἀναγκαῖα δός. Ἀντί δὲ δὴ τῶν ἄλλων τοὺς τε γενναιοτάτους καὶ τοὺς ἀρίστους τοὺς τε πλουσιωτάτους ἀντεσάγαγε, μὴ μόνον ἐκ τῆς Ἰταλίας ἀλλὰ καὶ παρὰ τῶν συμμάχων τῶν τε ὑπὸ κῶον ἐπιλεξάμενος· οὗτω γὰρ σὺ τε πολλοῖς συνεργοῖς χρήσιμη, καὶ τοὺς κορυφαίους ἐξ ἀπάντων τῶν ἐθνῶν ἐν ἀσφαλεῖ ποιήσῃ, καὶ οὕτε ἐκεῖνα νεοχμῶσει τι μηδένα ἐλλόγιμον προστάτην ἔχοντα, καὶ οἰ πρωτεύοντες παρ' αὐτοῖς φιλήσουσι σε ἅτε καὶ κοινοῖ σοι τῆς ἀρχῆς γεγονότες. Τὰ δὲ αὐτὰ ταῦτα καὶ ἐπὶ τῶν ἱππέων ποιήσον. τοὺς γὰρ τὰ δευτερεῖα ἐκασταχόθι καὶ γένει καὶ ἀρετῇ καὶ πλοῦτῳ φερομένους ἐς τὴν ἱππῶδα κατὰλεξον, τοσοῦτους ἐκατέρους ἀντεγγράψας ὅσοι ποτ' ἂν ἀρέσωσι σε, μηδὲν περὶ τοῦ πλήθους αὐτῶν ἀκριβολογούμενος· ὅσῳ γὰρ ἂν πλείους εὐδόκιμοι ἄνδρες συνῶσι σοι, τοσοῦτω ῥᾶον αὐτός τε ἐν δέοντι πάντα διοικήσεις, καὶ τοὺς ἀρχομένους πείσεις ὅτι οὕτε ὡς δούλοις σφίσι οὐθ' ὡς χεῖροσι πη ἡμῶν οὔσι χρῆ, ἀλλὰ τὰ τε ἄλλα ἀγαθὰ πάντα τὰ ὑπάρχοντα ἡμῖν καὶ τὴν ἡγεμονίαν αὐτοῖς κοινοῖ, ὅπως ὡς οἰκειαν αὐτὴν σπουδάξωσι. ἀλλὰ περὶ μὲν τούτου αὐθις ἀκριβέστερον σκεψόμεθα ἢ χρῆ πρᾶξαι, ἵνα μὴ καὶ πάντα ἀθρόα αὐτοῖς χαρισώμεθα, ὥστε καὶ τῆς πολιτείας πᾶσι σφίσι μεταδοθῆναι φημι δεῖν, ἵνα καὶ ταύτης ἰσομοιροῦντες πιστοὶ σύμμαχοι ἡμῖν ὦσιν, ὥσπερ τινὰ μίαν τὴν ἡμετέραν πόλιν οἰκοῦντες, καὶ ταύτην μὲν ὄντως πόλιν τὰ δὲ δὴ σφέτερα ἀγροὺς καὶ κώμας νομίζοντες εἶναι. ἀλλὰ περὶ μὲν τούτου αὐθις ἀκριβέστερον σκεψόμεθα ἢ χρῆ πρᾶξαι, ἵνα μὴ καὶ πάντα ἀθρόα αὐτοῖς χαρισώμεθα· «Non sollevare dall'incarico uomini valenti soltanto per l'esiguità del loro censo, ma piuttosto forniscili di quel denaro loro necessario. Al posto degli altri [che sono stati esclusi] nomina i più nobili di origine, i migliori cittadini e più facoltosi scegliendoli non solo dall'Italia, ma anche dagli alleati e dai sudditi. In questo modo disporrai di numerosi collaboratori, terrai sotto controllo i notabili più importanti di tutte le province, le quali, non avendo alcuna guida prestigiosa, non si ribelleranno e i loro notabili li tratterranno con riguardo, essendo chiamati a partecipare assieme a te al potere. Adotta gli stessi provvedimenti anche con i cavalieri: ammetti nell'ordine equestre coloro che dappertutto occupano il secondo posto in quanto a origine, eccellenza e ricchezza, scegliendo per ambedue gli ordini il numero di sostituti che riterrai opportuno, senza fissare una quantità precisa: così, quanto più sarà elevato il numero di uomini nobili che collaborerà con te, tanto più facilmente gestirai ogni questione con puntualità e persuaderai i tuoi subalterni del fatto che non li tratti come degli schiavi né li consideri inferiori a noi ma, anzi, li associ a tutti i vantaggi di cui anche noi godiamo e all'esercizio del potere, affinché se ne prendano cura come se lo gestissero in prima persona. Sono così lungi da rimettere in discussione questa posizione, come se fosse il risultato di un ragionamento non corretto, che, al contrario, dichiaro che tutti devono essere chiamati a far parte della cittadinanza, in modo tale che, partecipando alla pari anche in questo, siano nostri fedeli alleati come se vivessero in un'unica città, la nostra, considerandola tutt'uno con i loro campi e i loro villaggi. Ma riguardo a questo problema penseremo più tardi a quello che bisogna fare, per non doverci trovare a concedere dei favori tutti insieme a costoro [...]».

<sup>17</sup> Tac. *Ann.* 11.23-23; *CIL* XIII 1668. Del resto, anche Livio (4.3.13) e Dionigi d'Alicarnasso 2.16-17 erano consapevoli che Roma doveva la sua ricchezza e la sua potenza a popolazione immensa di cittadini liberi e di origine straniera, di nemici vinti e poi integrati nell'*imperium*, che hanno fornito alla *res publica* innumerevoli uomini in armi mobilitabili ed *élites* che non hanno mai cessato di rinnovarsi.

<sup>18</sup> Ael. Aristid. εἰς Πρώμην (or. 26 Keil) § 60. I committenti romani di Elio Aristide gli fornirono, probabilmente, molti dei materiali di cui egli si servì per comporre la propria orazione. Si veda, per esempio, Cic. *de leg.* 3.16, lì dove l'Arpinate mette a confronto il tribunato della plebe con l'eforato. Anche Aristide, a tal riguardo (εἰς Πρώμην [or. 26 Keil] § 90), paragona la *tribunicia potestas* al potere degli efori e l'*imperium* all'*archē dei prytaneis*. Un'altra coincidenza emerge dal confronto tra *de leg.* 2.5 e i §§ 61-65 e 100 dell'εἰς Πρώμην: Elio Aristide – come è noto – sottolineò che «tutto il mondo è per questa cittadinanza (*scil.* quella romana) universale quasi un'unica città», «una sola casa e famiglia». L'Urbe si co-estende con l'Orbe e la terra è patria comune (*ásty koinón*) di tutti gli uomini. Quello proposto dal retore appare un autentico sillogismo, alla luce del quale Roma può davvero definirsi *communis patria* del genere umano. La metafora aristidea, senz'altro efficace sul piano politico, su quello giuridico non lo è altrettanto, perché compara, come già aveva fatto Cicerone nel *de legibus*, l'istituzione d'una comune *civitas iuris* al mito ateniese del sinecismo e della creazione d'un unico centro urbano. E, in effetti, l'immagine aristidea dell'*ásty koinón*, costituito per sinecismo, trova il suo modello e il suo antecedente nella nozione ciceroniana delle due patrie e nella comparazione della vicenda romana con il sinecismo di Teseo. Sul punto DUPONT 2011, p. 15 ss.

<sup>19</sup> *IAM* II 94 = *ILMaroc* II. 1-12 *Exemplum epistulae Imperatorum nostrorum An[toni]ni et Veri Augustorum ad Coiiedium Maximum / li(i)bellum Iuliani Zegrensis litteris tuis iunctum legimus et / quamquam civitas Romana non nisi maximis*

ricercar le tracce della forma dell'Impero immaginata dal figlio di Settimio Severo, si deve procedere senza forzature, ossia non lasciandosi suggestionare dal desiderio di celebrare un evento – l'*edictum* del 212 – che, a torto o ragione, oggi può apparirci fondamentale<sup>20</sup>, ma tenendo conto, piuttosto, dell'insieme delle testimonianze, che, al di là delle poche parole che si leggono in un documento egiziano quasi coevo<sup>21</sup> alla *constitutio* trasmessaci da *P. Giss.* 40 col. I<sup>22</sup>, non consentono, purtroppo, di rispondere a una domanda, almeno in astratto, a mio giudizio legittima: il rilievo di questo provvedimento, oggettivamente epocale, fu percepito e, di conseguenza, celebrato, in qualche forma, dai suoi contemporanei<sup>23</sup>?

## 2.

Invero, già qualche anno fa, ebbi modo di segnalare<sup>24</sup> come Cassio Dione non avesse travisato il senso e la concatenazione degli eventi concomitanti con la promulgazione dell'editto del 212. La sua rassegna delle decisioni assunte, in quello specifico contesto, da Antonino Caracalla – a dispetto della concisione che la caratterizza – appare senz'altro conforme al vero, trovando significativi riscontri non soltanto in quella che rimane, a mio giudizio, la collocazione palinogenetica più plausibile di D. 1.5.17 (Ulp. 22 *ad ed.*)<sup>25</sup>, ma anche in un altro testo ulpiano che prenderemo fra breve in esame<sup>26</sup>. I rapidi cenni dello storico all'*edictum de civitate* e a una

---

*meritis pro/vocata in[dul]gentia principali gentilibus istis dari solita sit / tamen cum eum adfirmes et de primoribus esse popularium / suorum et nostris rebus prom(p)to obsequio fidissimum nec / multas familias arbitraremur apu<d=T> Zegrenses paria pos/s[e] de officis suis praedicare quamquam plurimos cupiamus ho/nore a nobis in istam domum conlato ad aemulationem Iuli/ani excitari non cunctamur et ipsi Ziddinae uxori item / liberis Iuliano Maximo Maximino Diogeniano civitatem / Romanam salvo iure gentis dare.* Trad. it. E. Migliario «Copia della lettera dei nostri imperatori, gli Augusti Antonino e Vero, a Coedius Maximus: abbiamo letto la petizione dello *Zegrensis* Iulianus allegata alla tua lettera e, benché non rientri nel costume abituale donare la cittadinanza romana a tali uomini delle tribù, a meno che dei meriti eccezionali non suscitino la benevolenza imperiale, tuttavia, dal momento che tu attesti che il richiedente è uno dei più eminenti del suo popolo, e che, uomo di assoluta fedeltà, aderisce alla nostra causa senza esitazioni, e giacché siamo del parere che non molti gruppi famigliari degli *Zegrenses* possono vantare meriti comparabili con i suoi – per quanto noi desideriamo che, visto l'onore concesso alla casata di Iulianus, parecchi siano incitati a imitarlo – non esitiamo a donare a lui, a sua moglie Ziddina, nonché ai loro figli Iulianus, Maximus, Maximinus, Diogenianus, la cittadinanza romana, senza che ciò pregiudichi il diritto vigente per il suo popolo».

<sup>20</sup> MASTINO 2013, p. 50 ss.; SACCOCCIO 2017, p. 128 ss.

<sup>21</sup> *B.G.U.* n. 655, *nomós* dell'Arsinoite, 15 agosto 215. Un certo Aurelio Zosimo ricordava di essersi chiamato Zosimo di Leonida «prima del dono divino (*Theía Dōrea*)»: κγ (ἔτους) Μεσορή κγ Ἀπολλω-/νίω και Πτολ(εμαίω) πράκ(τορσι) δερμάτω(v) / χωρύντων ις / κατασκευήν / ὄπλων τῶν ἀνικήτων στρα- / 5 τοπέδων Αὐρήλιος Ζώσιμος / πρὸς μὲν τῆς θίας δωρεᾶς κα-/ λούμενος Ζώσιμος Λεονί- / δου ὑ(πὲρ) τειμῆς δέρματος ἐπ[ι] / λόγου δραχμῆς ὀκτώ (γίνονται) (δραχμαί) η. Vd. BURASELIS 2007; BESSON 2020, p. 46 ss.

<sup>22</sup> Sul piano celebrativo assume rilievo il prologo dell'*edictum de civitate*: Il. 1-5 [Αὐτοκράτωρ Καῖσαρ Μάρκος Αὐρήλιος Σεουήρος] Ἄντωνίνω[ς] Εὐσεβή[ς] λέγει / [-ca.?-] ἢ μᾶλλον ἀν[. . . . .] τὰς αἰτίας καὶ τοῖς] λ[ογισμοῦ[ς] / [-ca.?- θ] εὐ[οῖς] [τοῖς] ἀ[ν]άτοις εὐχαριστήσαιμι, ὅτι τῆ[ς] τοιαύτη[ς] / [-ca.?-] ἤσημε συ[νε]τήρησαν. τοιγ[α]ροῦν νομίζω [ο]ὔτω με / 5 [-ca.?-] ἴως δὴ[ν] μ[ε]σθαι τῆ μεγαλειότητι αὐτῶν τὸ ἱκανὸν ποι- / εῖν -ca.?- ὅσ]ακις ἐάν ὑ[π]εισεέλθ[ω]σιν εἰς τοὺς ἐμοὺς ἀν[θρ]ώπους / [-ca.?-] ἢ θεῶν συνε[σ]ενέγκ[οι]μι.

<sup>23</sup> Così pensa MASTINO 2013, p. 41 ss. Ma la titolatura cosmocratica, indubbiamente utilizzata da Caracalla, non può essere interpretata, di per sé stessa, come una diretta e manifesta celebrazione dell'*edictum de civitate*.

<sup>24</sup> *Infra*.

<sup>25</sup> MAROTTA 2009, p. 103 ss.; MAROTTA 2017, p. 226 ss. e nt. 48.

<sup>26</sup> *Infra*, p. 118 ss.

serie di misure assunte anch'esse nella primavera del 212, nonostante l'indubbia ambiguità del lessico impiegato nelle *Historiae* epitomate da Xiphilinus, vanno, dunque, sottoposti ad analisi più accurate anche e soprattutto sul piano giuridico:

78[77].9.4-5 τῶν τε τελῶν τῶν τε ἄλλων ἃ καινὰ προσκατέδειξεν, καὶ τοῦ τῆς δεκάτης ἦν ἀντὶ τῆς εἰκοστῆς ὑπὲρ τε τῶν ἀπελευθερουμένων καὶ ὑπὲρ τῶν καταλειπομένων τισὶ κλήρων καὶ δωρεᾶς ἐποίησε πάσης, τὰς τε διαδοχὰς καὶ τὰς ἀτελείας τὰς ἐπὶ τούτοις τὰς δεδομένας τοῖς πάνυ προσήκουσι τῶν τελευτώντων καταλύσας (οὗ ἕνεκα καὶ Ῥωμαίους πάντας τοὺς ἐν τῇ ἀρχῇ αὐτοῦ, λόγῳ μὲν τιμῶν, ἔργῳ δὲ ὅπως πλείω αὐτῷ καὶ ἐκ τοῦ τοιοῦτου προσίη διὰ τὸ τοὺς ξένους τὰ πολλὰ αὐτῶν μὴ συντελεῖν, ἀπέδειξεν). «E, infine, c'erano i tributi, sia quelli nuovi che aveva introdotto sia la tassa del dieci per cento, che egli aveva sostituito a quella del cinque sulla manomissione degli schiavi, sulle eredità e su tutte le successioni: aveva infatti abolito il diritto di successione e l'esenzione fiscale che era stata accordata in tali casi ai parenti prossimi dei defunti (ragione per la quale aveva esteso la cittadinanza romana tutti gli abitanti dell'Impero, apparentemente per onorarli ma di fatto per ricavarne maggiori entrate, dato che gli stranieri non pagavano la maggior parte di quelle imposte».

Le imposte (*decima manumissionum* e *decima hereditatum*), cui lo storico fa puntuale riferimento, benché istituite per finanziare l'*aerarium militare*, furono, in alcuni casi, condonate a certe categorie di persone. Come meglio vedremo in seguito, dopo alcune decisivi provvedimenti di Nerva e di Traiano, si sottrassero al pagamento dell'imposta di successione anche i nuovi cittadini gratificati, all'atto del conferimento della *civitas*, dai cosiddetti *cognationis iura*<sup>27</sup>. Ma, secondo Cassio Dione, Caracalla «avrebbe» abolito il diritto di successione e l'esenzione fiscale accordata, in tali casi, dai suoi predecessori ai parenti prossimi dei defunti» (τὰς τε διαδοχὰς καὶ τὰς ἀτελείας τὰς ἐπὶ τούτοις τὰς δεδομένας τοῖς πάνυ προσήκουσι τῶν τελευτώντων καταλύσας): in altre parole il figlio di Settimio Severo, oltre a non riconoscere ai nuovi *Aurelii* quel che Plinio il Giovane aveva, poco più di un secolo prima, definito i "*cognationis iura*", avrebbe privato di questo rilevante complesso di diritti anche i vecchi *cives*.

Lesasperato fiscalismo, cui Caracalla dovette conformare le proprie decisioni, ha lasciato tracce anche in un differente ambito del diritto. Dall'esame di *Tit. Ulp.* 17.2<sup>28</sup> si ricava che:

<sup>27</sup> *Infra*, in part. p. 122 ss.

<sup>28</sup> Per AVENARIUS 2005, p. 347 ss. e BONIN 2020, p. 312 e nt. 758, in *Tit. Ulp.* 17.2, si conserverebbe una costituzione di Marco Aurelio. Ma, a parte le obiezioni avanzate da altri studiosi, su una datazione così risalente dei *Tituli ex corpore Ulpiani*, si può osservare, a tal riguardo, come la congettura formulata dall'Avenarius per nulla si conformi alla linea seguita da Marco Aurelio, così come essa è descritta in questo passo delle *Historiae* dionee: Dio (Xiph.) 71(72).33.2 Ο δὲ Μάρκος καὶ χρήματα ἐκ τοῦ δημοσίου ἤτησε τὴν βουλήν, οὐχ ὅτι μὴ ἔκειτο ἐπὶ τῆ τοῦ κρατοῦντος ἐξουσία, ἀλλ' ὅτι ὁ Μάρκος πάντα τῆς βουλῆς καὶ τοῦ δήμου καὶ αὐτὰ καὶ ἄλλα ἔλεγεν εἶναι: "ἡμεῖς γάρ" ἔφη πρὸς τὴν βουλήν λέγων "οὐτῶς οὐδὲν ἴδιον ἔχομεν ὥστε καὶ ἐν τῇ ὑμετέρᾳ οἰκίᾳ οἰκοῦμεν". «Marco chiese anche al senato il denaro del tesoro pubblico

*Hodie ex constitutione imperatoris Antonini omnia caduca fisco vindicantur, sed servato iure antiquo liberis et parentibus*

In effetti quest'imperatore perseguì, senza scrupoli di sorta, l'obiettivo di incrementare le proprie entrate<sup>29</sup>, decidendo non soltanto di incamerare tutti i *bona caduca* nella cassa imperiale<sup>30</sup>, ma anche di abolire il cosiddetto *ius patris*<sup>31</sup> e, dunque, il privilegio riservato agli eredi e ai legatari *liberos habentes*. In forza di questo provvedimento, alla *vindicatio caducorum* si sottrassero esclusivamente i beni ereditari che, in caso di incapacità dell'erede o del legatario, sarebbero, allora, spettati ai discendenti (*liberi*) e ai *parentes* (ascendenti) entro il terzo grado, per i quali restava in vigore il precedente regime giuridico, ossia il *ius antiquum* previsto dalla *lex Papia*<sup>32</sup>. Insomma, i *caduca* – i beni appartenenti a un patrimonio ereditario non attribuito in successione all'*heres* o al *legatarius incapax* – dopo l'intervento di Caracalla, o li acquistano gli ascendenti e i discendenti entro il terzo grado o si devolvono al *fiscus Caesaris*.

Occorre, adesso, determinare il significato delle parole 'τάς τε διαδοχάς [...] καταλύσας'. Forse, nonostante l'impiego di un lessico estremamente ambiguo, lo storico e il suo epitomatore intendevano alludere, in tal modo, alla revisione *in peius* dei meccanismi normativi definiti per salvaguardare le aspettative successorie dei parenti dell'ereditando, *in primis* di quelli non

---

(*tò dēmósion*), non già perché quei fondi non fossero a disposizione dell'imperatore, ma perché egli sosteneva che quel denaro, come tutte le altre cose, appartenevano al senato e al popolo. 'Noi infatti', disse parlando ai senatori, 'a tal punto non possediamo nulla di nostro che abitiamo persino nella vostra casa'. Proprio perché si deve identificare *tò dēmósion* con l'*aerarium populi Romani* – e ciò spiegherebbe a sufficienza perché Marco Aurelio abbia chiesto al senato l'autorizzazione a impiegarne i fondi – non si può certamente sorvolare sull'altra proposizione formulata dall'imperatore, secondo la quale egli, come i suoi predecessori, non abiterebbe neppure in casa propria, dal momento che anch'essa apparterrebbe al popolo romano. A tal proposito occorre sottolineare che Augusto, una volta eletto nel 12 a.C. *pontifex maximus*, non prese una qualche casa pubblica, ma rese pubblica una parte della propria, poiché era assolutamente necessario che il *pontifex maximus* abitasse *en koinoi* (Dio 54.27.3, ma vd. Dio 49.15.5-6: già nel 36 a.C., dopo la vittoria su Sesto Pompeo, fu decretato che gli fosse data una casa *ek tou dēmoustou*. Nel 3 d.C., dopo aver ricostruito la propria casa sul Palatino a séguito d'un incendio, Augusto la rese per intero pubblica: Dio 55.12.5; Suet. *Aug.* 57.4): cfr. FRASCETTI 1990, p. 338 ss. Sulle origini di queste prassi vd. SCHEID 2001, p. 81. Marco Aurelio rivestì, come tutti i suoi predecessori e i suoi successori fino a Papieno e a Balbino (MAROTTA 2016, p. 150 e nt. 46, ove bibl.), il pontificato massimo, pur avendo avuto, nel corso del tempo, come colleghi, nell'esercizio dell'*imperium* e della *tribunicia potestas*, dapprima Lucio Vero e, in séguito, il figlio Commodo. Cfr., inoltre, H.A. *Ant. Pii* 4.8 ed Herod. 2.4.7 Τοῖς τε βασιλικαῖς κτήμασιν ἐκόλυσεν αὐτοῦ τοῦνομα ἐπιγράφεσθαι, εἰπὼν αὐτὰ οὐκ ἴδια τοῦ βασιλεύοντος εἶναι, ἀλλὰ κοινὰ καὶ δημόσια τῆς Ῥωμαίων ἀρχῆς. «Egli [*scil.* Pertinace] non volle che si iscrivesse il suo nome sui domini imperiali, dicendo che essi non erano beni personali del principe, ma proprietà comune del popolo romano»: vd. LO CASCIO 2000, p. 103 e nt. 117. Insomma, è davvero arduo, come vorrebbe Martin Avenarius, ascrivere a Marco Aurelio una riforma – quale quella attestata da *Tit. Ulp.* 17.2 – tanto distante dalle linee politiche che avrebbero contrassegnato, secondo un testimone oculare di quegli eventi (Cassio Dione), il suo principato.

<sup>29</sup> Stranamente PROVERA 1964, pp. 5, 125, non ricorda – discutendo *Tit. Ulp.* 17.2 – Coll. 16.9.3 e, dunque, neppure la *constitutio* del 212. La connessione di *Tit. Ulp.* 17.2 con l'*edictum de civitate* non è sfuggita, però, a MERCOGLIANO 2020<sup>2</sup>, pp. 71 ss., 102 ss.

<sup>30</sup> In luogo, dunque, dell'*aerarium populi Romani*. Invero è possibile interpretare queste parole in maniera sensibilmente differente. Caracalla si sarebbe limitato ad abolire il *ius patris*, senza disporre, sul piano generale, una generale sostituzione del *fiscus* all'*aerarium*, dal momento che, nella prassi, tutto questo già accadeva da tempo. Cfr. SPAGNUOLO VIGORITA (1978) 2013, p. 15 nt. 71; MOREAU 2020, § 8.4.2, ove ragguagli bibliografici.

<sup>31</sup> Cfr., viceversa, Gai. *Inst.* 2.206, 207.

<sup>32</sup> *Tit. Ulp.* 18. Cfr. MOREAU 2020, § 8.3.1.

annoverati tra i *liberi* (o i *sui heredes*) e tra gli <*adgnati*> *consanguinei*<sup>33</sup>: a costoro, oltre a negare la delazione ereditaria *ab intestato*, non si riconobbero, in caso di successione testamentaria, i privilegi connessi con i cosiddetti *cognitionis iura* e, di conseguenza, le esenzioni – riservate ai parenti più prossimi – dal pagamento della *decima hereditatum*.

Vale forse la pena, a tal riguardo, porre a confronto il succinto *excursus* restituitoci dall'epitome di Xiphilinus con un passo ulpiano quasi coevo alla stesura originale delle *Historiae* del senatore bitinico<sup>34</sup>:

Ulp. 2 *inst.* Coll. 16.8.1 *Post agnatos praetor vocat cognatos: cognati autem sunt, qui nos per patrem aut matrem contingunt: post cognatos virum et uxorem.* 16.8.2. *Et haec, si qui decessit non fuit libertinus vel stirpis libertinae: ceterum si libertinus est vel libertina, patrono eius legitima hereditas patronaeve lege duodecim tabularum defertur.* 16.9.1 *Post familiam patroni vocat praetor patronum et patronam, item liberos et parentes patroni et patronae, deinde virum et uxorem, mox cognatos patroni et patronae.* 16.9.2. *Quod si is qui decessit liber fuit nec ex remanicipatione manumissus, lex quidem duodecim tabularum manumissori legitimam hereditatem detulit, sed praetor aequitate motus decem personas cognatorum ei praetulit has: patrem matrem, filium filiam, avum aviam, nepotem nepotem, fratrem sororem, ne quis occasione iuris sanguinis necessitudinem vinceret.* 16.9.3. *Sed imperator noster in hereditatibus quae ab intestato deferuntur eas solas personas voluit admitti, quibus decimae inmunitatem ipse tribuit.*

Sarebbe superfluo, in un articolo dedicato allo studio di Dio (Xiph.) 78[77].9.4-5 e dell'imposta di successione, soffermarsi puntualmente su tutti gli snodi di Coll. 16.5-16.9 (Ulp. 2 *inst.*)<sup>35</sup>. Devo limitarmi a ricordare che, come tutti sanno, la *bonorum possessio* era concessa secondo sette classi: in primo luogo ai *liberi*; in secondo agli *heredes legitimi*; in terzo ai cognati prossimi; in quarto alla famiglia del patrono; in quinto al patrono o alla patrona (del *libertus patronus*) e similmente ai discendenti e agli ascendenti del patrono e della patrona; in sesto al *vir* e all'*uxor*; in settimo ai *cognati* del manumissore, ai quali la *lex Furia* consentiva di prendere in legato più di mille assi<sup>36</sup>.

<sup>33</sup> Un quadro delle fonti in HANARD 1980, p. 169 ss., in part. 189 ss.

<sup>34</sup> Questa parte delle *Historiae* è stata scritta, probabilmente, circa dieci anni dopo l'assassinio di Ulpiano e, dunque, più o meno venti anni dopo la pubblicazione delle sue *Institutiones*.

<sup>35</sup> Ulp. 2 *inst.* Coll. 16.5 *Ab intestato quoque hereditas defertur aut per ius civile aut per praetoris beneficium: per ius civile suis heredibus vel liberis, qui in potestate fuerunt, qui sunt filii filiae et deinceps qui in locum defuncti parentis, quia ex eodem nati sunt, succedunt.* 16.6 *Post suos ab intestato legitimi admittuntur, primum consanguinei. Consanguinei sunt frater et soror, qui in eiusdem potestate patris fuerunt, etsi ex diversis matribus nati sunt. Consanguineos et adoptio facit et adrogatio et causae probatio et in manum conventio.* 16.7.1 *Deficientibus consanguineis legitimi vocantur. Hi sunt agnati qui nos per patris cognitionem contingunt virilis sexus: nam sciendum feminis ultra consanguineas hereditates legitimas non deferri.* 2. *Suis praetor solet emancipatos liberos itemque civitate donatos coniungere data bonorum possessione, ita tamen, ut bona si qua propria habent, his qui in potestate manserunt conferant. Nam aequissimum putavit neque eos bonis paternis carere per hoc, quod non sunt in potestate neque praecipua bona propria habere, cum partem sint ablaturi suis heredibus.* Cfr., a tal riguardo, MAROTTA 2021, p. 252 ss.

<sup>36</sup> Cfr. *Tit. Ulp.* 28.7: LA PIRA 1930, p. 187.

In assenza di *liberi* e di *legitimi* (o in mancanza di richiesta da parte loro), la *bonorum possessio sine tabulis* spettava ai *cognati*, vale a dire ai parenti di sangue, sia in linea maschile, sia in linea femminile. In questa classe succedevano i discendenti, gli ascendenti e i collaterali fino al sesto grado e del settimo solo i figli di cugini, con preferenza per il più prossimo al defunto. Tra quelli di pari grado l'attribuzione delle quote aveva luogo *per capita*<sup>37</sup>. In assenza di *cognati* (o in mancanza di richiesta da parte loro) il pretore chiamava alla *bonorum possessio sine tabulis* il coniuge superstite (*vir et uxor*), purché unito in *iustae nuptiae* al momento della morte dell'ereditando e indipendentemente dall'esistenza di *conventio in manum*<sup>38</sup>.

Lo stesso Ulpiano (Coll. 16.8.2 [2 *inst.*]<sup>39</sup>) ha, però, cura di precisare che l'eredità era deferita a *cognati* e, immediatamente dopo, a *vir et uxor* solo se il defunto non era libertino o di stirpe libertina. In tal caso, sulla scorta del regime normativo definito dalla *lex XII tabularum*<sup>40</sup>, il pretore avrebbe dovuto dar luogo, nella classe dei *legitimi*, alla chiamata del *patronus* o della *patrona*. Quanto al complesso regime della *bonorum possessio intestati liberti*, sono ben note le seguenti classi successorie: 1) *liberi* (con i quali, nel caso di *liberi non naturales* [*adoptati, mulieres in manu*], dopo la *lex Papia Poppaea*<sup>41</sup> concorrevano i *patroni* e i loro figli (non le figlie) con una *bonorum possessio dimidiae partis*<sup>42</sup>; 2) *legitimi* (tra i quali, oltre ai *sui heredes* del liberto, anche il *patronus* o la *patrona*, nonché i *sui* del solo *patronus*) 3) *cognati proximi*<sup>43</sup>; 4) la *familia patroni*, ossia gli altri membri della *familia* del patrono non ricompresi nella seconda classe; 5) il *patronus* del *libertus patronus*, nonché i suoi figli o *parentes*<sup>44</sup>; *vir et uxor*, *cognati manumissoris*<sup>45</sup>.

Pertanto, come Ulpiano chiarisce in Coll. 16.9.1 (2 *inst.*), se un liberto moriva senza lasciare in vita *sui heredes*, il pretore chiamava alla successione il *patronus* e i suoi discendenti, nonché, nell'ordine, gli altri membri della *familia patronis* non annoverati nella classe dei *legitimi*. Il magistrato, dando luogo alla *vocatio* del patrono o della *patrona*<sup>46</sup> del patrono, si adeguava, in fondo, al medesimo regime normativo delle XII Tavole e, dunque, al *ius civile*<sup>47</sup>.

<sup>37</sup> Naturalmente tra i *cognati* rientravano anche gli appartenenti alle due classi dei *liberi* e degli *agnati*. Ma, nel venire alla successione come puri e semplici *cognati*, essi dovevano sottomettersi alle specifiche regole di questa classe. In altre parole, essi avrebbero dovuto subire il concorso o la precedenza dei *cognati* di grado eguale o anteriore: per esempio i figli avrebbero concorso con i genitori dell'ereditando, essendo entrambi parenti di primo grado. Vd. PULIATTI 2017, p. 663.

<sup>38</sup> *Supra*, cfr. indicazioni in nt. 35.

<sup>39</sup> Ulp. 2 *inst.* (*sub titulo de suis hereditibus*) Coll. 16.8.2 (*supra*).

<sup>40</sup> A tal riguardo vd. HUMBERT 2018, p. 223 ss.

<sup>41</sup> MOREAU 2020, § 9.2.

<sup>42</sup> Gai. *Inst.* 3.41; *Tit. Ulp.* 29.1; I. 3.7.1.

<sup>43</sup> VOCI 1963, p. 28 e nt. 25.

<sup>44</sup> *Infra*, p. 120, a proposito di Coll. 16.9.1-2.

<sup>45</sup> VOCI 1963, p. 25 ss., in part. 27 ss.; ALBANESE 1979, p. 86 ss.; DILIBERTO 1990, p. 1306; MASI DORIA 1996, p. 441 ss.; TALAMANCA 1999, p. 179; MASI DORIA 1999, in part. p. 270.

<sup>46</sup> VOCI 1963, p. 30. MASI DORIA 1996, p. 442 ss., sottolinea opportunamente che, mentre i *fili* (maschi e *feminae*) del patrono al pari di quelli del *patroni patronus* sono ammessi alla successione intestata del liberto, in mancanza di *sui heredes*, sia come *legitimi*, sia nella classe *ex familia patroni*, i figli della *patrona*, invece, sarebbero stati esclusi sia dall'una chiamata, dal momento che una donna, non esercitando la *patria potestas*, non può avere *sui*, sia dall'altra, poiché la donna, essendo, in quanto priva della *patria potestas*, *familiae suae caput et finis* [D. 50.16.195.5 (Ulp. 43 *ad ed.*)] non ha una *familia* propria [D. 50.16.196pr.-1 (Gai. 16 *ad ed. prov.*)].

<sup>47</sup> LA PIRA 1930, p. 187 ss. Cfr. *Tit. Ulp.* 7.4; C. 6.4.4.23 (Iustinian. A. a. 531).

Ulpiano (§ 2) sottolinea, inoltre, che il pretore, ispirandosi all'*aequitas*, non volle comunque conferire all'*extraneus manumissor*, che avesse affrancato, *per vindictam*, un *liber in mancipio* dopo la terza mancipazione effettuata dal *pater*<sup>48</sup> – un soggetto annoverabile in linea di principio tra i *legitimi* – i medesimi diritti che gli sarebbero spettati in base a una stretta osservanza del regime normativo decemvirale e dell'*interpretatio pontificum*, ponendolo sul medesimo piano di un qualunque altro *patronus*. In tal caso, al contrario, il pretore – per evitare che taluno, facendosi forte del pretesto del *ius*, prevalesse sul vincolo di sangue – antepose all'*extraneus manumissor* dieci *personae cognatorum*, vale a dire dieci categorie di parenti, ciascuna definita dalla propria posizione rispetto a *ego e/(o)* dal proprio *sexus*<sup>49</sup>: il padre (*pater*), la madre (*mater*), il figlio (*filius*), la figlia (*filia*), l'avo (*avus*), l'ava (*avia*), il nipote (*nepos*), la nipote (*neptis*), il fratello (*frater*), la sorella (*soror*).

Ma – osserva il giurista (§ 3) – Caracalla ammise alle eredità, che si deferiscono *ab intestato*, soltanto quelle *personae* e, dunque, quelle categorie di *cognati*, cui egli stesso avesse accordato l'esenzione dalla *decima hereditarium*<sup>50</sup>. Queste poche parole – sebbene il loro autentico significato, a un primo sguardo, risulti alquanto oscuro – propongono informazioni di estremo interesse sul piano storico e, come si è segnalato altrove<sup>51</sup>, anche su quello della tradizione testuale delle *Institutiones* ulpianee<sup>52</sup>. Il giurista allude esplicitamente a due riforme precedenti all'estensione generale della *civitas* a tutti gli abitanti liberi dell'ecumene o con essa concomitanti; due riforme ricordate, benché in forme senza dubbio più stringate rispetto all'originale, anche da Xiphilinus l'epitomatore delle *Historiae* di Cassio Dione.

Potremmo domandarci adesso a cosa intendesse alludere Ulpiano con le parole «*sed imperator noster in hereditatibus quae ab intestato deferuntur eas solas personas voluit admitti, quibus decimae immunitatem ipse tribuit*».

<sup>48</sup> Senza, dunque, remanciparglielo, si da permettere al *parens* di procedere, in prima persona, alla *manumissio vindicta*. Come è noto, la terza *mancipatio* del *filius* avrebbe comportato, in forza del dettato normativo di XII Tab. 4.2b (*si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto*: su questo versetto cfr. MAROTTA 2019a, p. 31 ss., ove altri ragguagli), l'estinzione della *patria potestas*. Nel caso in cui fosse stato il fiduciario *extraneus* a manomettere il *liber in causa mancipii*, questi, divenuto *sui iuris*, avrebbe acquistato come proprio *patronus* il fiduciario *extraneus* e non il proprio *parens*, siccome di solito accadeva quando si rispettava il rituale previsto dal formulario tipico dell'*emancipatio*: vd., SAMPER 1971, in part. p. 230 ss.; D'ALESSIO 2014, p. 114 ss., per il quale le parole *quodsi-detulit*, che parrebbero attribuire tale disciplina alla legge decemvirale, descrivono, in realtà, una regola elaborata nel quadro dell'*interpretatio* pontificale e 'laica' del testo normativo delle XII Tavole; da ultimo, CRISTALDI 2020, p. 76 ss. Sulla nozione di *remancipatio* vd. anche le osservazioni di SCHAUB 1965, p. 106 ss., in part. 129 ss. Un quadro generale in VOCI 1963, p. 28.

<sup>49</sup> Sulla nozione di *persona* nel diritto successorio vd. THOMAS 1988, pp. 105 ss., 107 ss.

<sup>50</sup> GUNTHER 2008, p. 88 ss.; BENOIT 2012, p. 25 ss.

<sup>51</sup> Un quadro generale in VOCI 1963, p. 36; VOCI 1967, p. 452. Caracalla aveva raddoppiato l'aliquota dell'imposta di successione: dal cinque (*vicesima*) al 10%. Ma questa riforma fu abrogata, tra il 217 e il 218, dal suo successore Macrino (Dio 78.12.2 *τά τε περί τούς κληρούς και τά περί τās έλευθερίας καταδειχθέντα υπό του Καρακάλλου παύσας, και τόν Αύρηλιανόν έξαιτηθέντα ύπ' αυτών οία άπεχθέστατον σφισιν έν πολλαίς στρατείας ταίς πρόσθε γεγονότα παρατησάμενος ώς ούχ όσιον όν βουλευτήν τινα άποκτείναι*. «(Macrino) abrogò, inoltre, i provvedimenti introdotti da Caracalla sulle eredità e sulle emancipazioni e revocò la richiesta di arresto di Aureliano da parte dei soldati, ai quali era divenuto oltremodo invisibile durante le passate campagne militari, poiché non era lecito mandare a morte un senatore». Insomma la *vicesima hereditarium* fu definita *decima hereditarium* soltanto tra il 211 e il 217. Non di meno nessun editore, tra III e IV secolo, provvide a emendare, sul piano normativo, il testo delle *Istituzioni* di Ulpiano.

<sup>52</sup> Cfr. MAROTTA 2021, p. 87 ss.

## 3.

Ma prima di metter più compiutamente a confronto Dio (Xiph.) 78[77].9.4-5 con Coll. 16.9.3 (Ulp. 2 *inst.*), per verificare quale fosse la portata innovatrice di queste *constitutiones* di Caracalla, dovremmo chiederci se e in quale misura il principe avesse modificato il regime normativo definito a tal riguardo da una serie di provvedimenti promulgati, nel breve volgere di pochi anni, da Nerva e da Traiano. Non è improbabile che il successore di Settimio Severo, quanto al regime della successione testamentaria e *ab intestato*, abbia fortemente ridotto il numero delle *personae* ammesse al regime preferenziale riservato, fin dagli ultimi anni del I secolo<sup>53</sup>, a certe categorie di ‘*cognati*’ (parenti) esonerati dal pagamento della *vicesima*:

Nel suo *Panegyricus Traiani* pronunciato nel 101 d.C., Plinio il Giovane, in un lungo *excursus* sulla *vicesima hereditatium*, si diffonde, ovviamente, sulla generosità di Traiano:

*Pan. 37.1-4 Onera imperii pleraque vectigalia institui ut pro utilitate communi, ita singularum iniuriis coegerunt his vicesima reperta est, tributum tolerabile et facile heredibus dumtaxat extraneis, domesticis grave. 2. itaque illis irrogatum est, his remissum, videlicet quod manifestum erat, quanto cum dolore laturo seu potius non laturo homines essent destringi aliquid et abradi bonis, quae sanguine, gentilitate, sacrorum denique societate meruissent, quaeque numquam ut aliena et speranda, sed ut sua semperque possessa ac deinceps proximo cuique transmittenda cepissent. 3. haec mansuetudo legis veteribus civibus servabatur: novi, seu per Latium in civitatem seu beneficio principis venissent, nisi simul cognationis iura impetrassent, alienissimi habebantur, quibus coniunctissimi fuerant. 4. ita maximum beneficium vertebatur in gravissimam iniuriam, civitasque Romana instar erat odii et discordiae et orbitatis, cum carissima pignora salva ipsorum pietate distraheret.*

Per far fronte alle gravose necessità dell'impero si avvertì l'esigenza di istituire numerose imposte, che, sebbene vantaggiose per la collettività (*pro utilitate communi*), finivano inevitabilmente per ledere gli interessi dei singoli. Si escogitò, così, quella del 5% (*vicesima*) sulle successioni, tributo tollerabile e leggero per gli *heredes* purché estranei, ma gravoso per quelli *domestici* (ossia per i *sui heredes* o, secondo il regime pretorio, per i *liberi*)<sup>54</sup>. Di conseguenza, essa rimase in vigore per i primi, mentre ai secondi fu concessa un'esenzione. In effetti era chiaro con quanto dolore si sarebbe tollerato o, piuttosto, non si sarebbe tollerato che fosse sottratta una parte dei beni che spettavano per comunanza di sangue, di stirpe, di culto domestico perfino, e che non si erano considerati mai come altrui e oggetto solo di speranza,

<sup>53</sup> *Pan. 37.5-7; Pan. 38.1-7.*

<sup>54</sup> *Gai. 2.157 Sed sui quidem heredes ideo appellantur, quia domestici heredes sunt et vivo quoque parente quodam modo domini existimantur; unde etiam si quis intestatus mortuus sit, prima causa est in successione liberorum. necessarii vero ideo dicuntur, quia omni modo, velint nolint, tam ab intestato quam ex testamento heredes fiunt.* È evidente, dunque, che, Plinio, in *Pan. 37.1*, allude, adoperando l'espressione *heredes domestici* ai *sui heredes*.

bensì come propri e posseduti da sempre e trasmissibili successivamente ai parenti più stretti<sup>55</sup>. Questo temperamento della legge era, però, riservato ai cittadini di antica data. I nuovi al contrario, divenuti tali o *iure Latii* o per *beneficium principis*, sarebbero stati considerati estranei perfino dei loro più stretti congiunti, a meno che non avessero ottenuto, contestualmente alla *civitas*, i cosiddetti *cognitionis iura*. In tal modo – osservava Plinio il Giovane – il più grande dei benefici si tramutava nella più grande delle ingiustizie, e la cittadinanza romana diveniva, per molti, sinonimo di odio, di discordia, di perdita di figli e di genitori, poiché separava, con violenza, i familiari più cari a dispetto del loro reciproco affetto.

Una questione non può essere elusa: cosa nascondono le parole *cognitionis iura*? Sappiamo che coloro i quali perdono, in séguito a *capitis deminutio*, i *iura adgnationis* – sì da non poter essere *vocati* in quel grado in cui lo sarebbero stati per legge se non l'avessero subita – vengono chiamati quali congiunti (*cognati*) dal pretore nella terza classe. Benché essi abbiano perso, per effetto della *capitis deminutio*, il *ius legitimum*, senza dubbio conservano i *cognitionis iura*. Pertanto, se qualcun altro mantiene integro il *ius adgnationis*, costui verrà loro comunque anteposto, sebbene sia di grado più lontano<sup>56</sup>. I legami di cognazione, proprio perché fondati sul sangue, dovrebbero di per sé risultare imprescrittibili. Eppure, un altro brano del *Panegirico* (37.6-7), enumerando alcune riforme di Nerva volte a correggere gli aspetti più problematici connessi con l'acquisto della *civitas*, ricorda che il padre adottivo di Traiano aveva vicendevolmente esentato dal pagamento dell'imposta del 5% madre e figli per il passaggio di beni (eredità testamentarie o legati), pur in assenza dei *cognitionis iura* all'atto del conseguimento della cittadinanza. Del pari il medesimo *princeps* concesse un identico beneficio al figlio sui beni del padre, purché il primo fosse stato sottoposto alla di lui *potestas*, ritenendo una malvagità, un'insolenza, un'empietà che un *publicanus* si interponesse tra i nomi di padre e di figlio. Frammettervi la *vicesima*, spezzando, così, i più sacri vincoli di parentela, sarebbe apparsa una sorta di profanazione. Tale imposta non era stata istituita per rendere *liberi* e *parentes* vicendevolmente *extranei*.

Se i reciproci *cognitionis iura* di madre e figli o di padre e figli, nel senso che Gaio conferisce a questo termine in *Institutiones* 3.27<sup>57</sup>, non possono estinguersi<sup>58</sup>, occorre supporre, allora, che qui Plinio intendesse alludere, piuttosto, ai *iura adgnationis*, pur adoperando una nozione (*cognatio*) che, per il fatto stesso di ricomprendere in sé qualunque rapporto di parentela<sup>59</sup>,

<sup>55</sup> Cfr. ntt. 54 e 69 (ove, in particolare, D. 28.2.11).

<sup>56</sup> Gai. *Inst.* 3.27 *Adgnatos autem capite deminutos non secundo gradu post suos heredes vocat, id est non eo gradu vocat, quo per legem vocarentur, si capite minuti non essent, sed tertio proximitatis nomine. Licet enim capitis deminutione ius legitimum perdidierint, certe cognitionis iura retinent. itaque si quis alius sit, qui integrum ius agnationis habebit, is potior erit, etiamsi longiore gradu fuerit.*

<sup>57</sup> *Supra*, nt. 56.

<sup>58</sup> A maggior ragione se questi parenti sono tutti – come è ovvio che sia (MAROTTA 2019b, p. 563 ss.) – cittadini romani.

<sup>59</sup> Cfr. D. 38.10.10.4 (Paul. *l.s. de gradibus*) *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.* Cfr. THOMAS 1988, p. 86.

riusciva a sussumere al proprio interno anche quelli nei quali o la catena del legame agnazio era stata spezzata o non era mai esistita:

*Pan. 37.6-7 Igitur pater tuus sanxit, ut, quod ex matris ad liberos, ex liberorum bonis pervenisset ad matrem, etiamsi cognationum iura non recepissent, cum civitatem apiscerentur, eius vicesimam ne darent. 7. Eandem immunitatem in paternis bonis filio tribuit, si modo reductus esset in patris potestatem, ratus improbe et insolenter ac paene impie his nominibus inseri publicanum, nec sine piaculo quodam sanctissimas necessitudines velut intercedente vicesima scindi, nullum tanti esse vectigal, quod liberos ac parentes faceret extraneos.*

Dal momento che gli *adgnationis iura a patre oriuntur*<sup>60</sup>, qualora quest'ipotesi colga nel segno, dovremmo al contempo ipotizzare che, in tal caso, *mater e liberi*, quanto alla *vicesima hereditatum*, fossero equiparati, per beneficio del principe, rispettivamente alla madre soggetta alla *manus* e ai suoi figli. Sicché, ma ai soli fini della *vicesima hereditatum* e, ovviamente, nello specifico campo delle successioni testamentarie e dei legati, per madri e figli la cancelleria imperiale avrebbe escogitato un "artificio del diritto" che precorre, in parte, quello posto a fondamento del dispositivo del senatoconsulto Orfiziano<sup>61</sup>. La legge delle XII Tavole non aveva concesso ai figli l'eredità della madre morta intestata, perché le donne, per statuto, non possono avere *sui heredes*<sup>62</sup>. Nel 178 d.C. questo senatoconsulto<sup>63</sup> stabilì che i figli ricevessero le successioni legittime delle loro madri, sebbene esse non fossero sposate sotto il regime giuridico della *manus*<sup>64</sup>. Di conseguenza, a vantaggio dei figli della defunta, furono esclusi dalla successione fratelli e sorelle *consanguinei* di quest'ultima, nonché tutti gli altri *adgnati*<sup>65</sup>. A non voler accogliere tale congettura, saremmo giocoforza costretti a presumere che l'espressione *cognationis iura* sia stata adoperata da Plinio senza alcun puntuale riferimento alla lingua tecnica del diritto, in un significato, dunque, ancor più generico di quello dianzi prospettato<sup>66</sup>, ossia per indicare la mera parentela di sangue, anch'essa venuta meno – ma inverosimilmente non riusciremmo a comprendere perché – per effetto della concessione della cittadinanza. Tuttavia, tale ipotesi, oltre a risultare implausibile, si porrebbe, a ben vedere, in esplicito contrasto con altre fonti<sup>67</sup>.

<sup>60</sup> D. 38.8.4pr. (Ulp. 6 reg.).

<sup>61</sup> *Tit. Ulp. 26.7 Ad liberos matris intestatae hereditas ex lege duodecim tabularum non pertinebat, quia feminae suos heredes non habent; sed postea imperatorum Antonini et commodi oratione in senatu recitata id actum est, ut sine in manum conventionione matrum legitimae hereditates ad filios pertineant, exclusis consanguineis et reliquis agnatis.*

<sup>62</sup> THOMAS 1990, p. 130 ss.

<sup>63</sup> Sull'Orfiziano cfr. i rilievi di GIUNTI 2012, in part. p. 369 ss.

<sup>64</sup> Nel qual caso i figli sarebbero succeduti alle loro madri e viceversa a titolo di fratelli e sorelle *consanguinei*.

<sup>65</sup> *Tit. Ulp. 26.7: supra*, nt. 61.

<sup>66</sup> *Supra*, p. 122.

<sup>67</sup> Si pensi all'*epistula* a Ramnius Martialis: cfr. MAROTTA 2019b, p. 565 ss. e nt. 52. Individui appartenenti a differenti *civitates* non potevano lasciare alcunché (né eredità, né legati, né fedecommissi dopo Vespasiano [*Gnōmōn Idiologi* 18: eredità fedecommissarie] e Adriano [Gai. *Inst.* 2.285: lasciti a titolo particolare]) a persone che non condissero il loro medesimo *status civitatis* (cfr. Pausan. *Descr. Graeciae* 8.43.5; *Gnōmōn Idiologi* §§ 13, 34 35, 39, 45, 46, ma vd. § 38 da

Subito dopo Plinio affronta, più nel dettaglio, l'esame dei contenuti di un editto di Traiano promulgato per risolvere, in maniera definitiva, le medesime questioni. Traiano estese lo stesso beneficio anche alla successione del padre al figlio, fosse stato o meno quest'ultimo, se non altro per un sia pur brevissimo periodo di tempo, soggetto a potestà:

*Pan. 38.2 Statim ergo muneri eius liberalitas tua adstruxit, ut, quemadmodum in patris filius, sic in hereditate filii pater esset immunis nec eodem momento, quo pater esse desisset, hoc quoque amitteret, quod fuisset.*

In effetti l'*optimus princeps* eliminò la clausola restrittiva “*si modo filius in potestate patris fuisset*” prevista, invece, da Nerva, tenendo conto – come osserva Plinio il Giovane – della forza della *lex naturae*, che imporrebbe ai figli di restare per sempre sotto la potestà dei *parentes*, diversamente dagli animali, tra i quali, al contrario, finisce inevitabilmente per comandare il più forte.

*Pan. 38.7 Cur enim posteris amplior honor quam maioribus haberetur, curve non retro quoque recurreret aequitas [non] eadem. Tu quidem, Caesar, illam exceptionem removisti, 'si modo filius in potestate fuisset patris', intuitus, opinor, vim legemque naturae, quae semper in ditione parentum esse liberos iussit nec uti inter pecudes, sic inter homines potestatem et imperium valentioribus dedit.*

Traiano non si contentò d'aver esonerato dal pagamento dell'imposta del 5% i parenti di primo grado<sup>68</sup>, ma vi aggiunse anche quelli di secondo, provvedendo a esentare il fratello per i beni ereditati dalla sorella e la sorella per quelli del fratello, nonché l'avo e l'ava per i beni lasciati da un nipote o da una nipote, e viceversa:

*Pan. 39.1-2 Nec vero contentus primum cognationis gradum abstulisse vicesimae secundum quoque exemit cavite que, ut in sororis bonis frater et contra in fratris soror, utque avus et avia in neptis nepotisque et invicem illi servarentur immunes. 2. his quoque, quibus per Latium civitas Romana patuisset, idem indulisit omnibusque inter se cognationum iura commisit simul et pariter et more naturae, quae priores principes a singulis rogari gestiebant non tam praestandi animo quam negandi.*

---

coordinare, ovviamente, con i §§ 45 e 47: sul diritto ereditario nello *Gnōmōn Idiologi* cfr. BABUSIAUX 2018, p. 107 ss., ove bibl.), ma – fatta salva quest'indispensabile premessa – i rapporti di cognazione, come emerge da *B.G.U.* 1. 140 (*FIRA*, *Leges* n. 78: *Epistula* a Ramnius Martialis) erano salvaguardati. Altrimenti non si spiegherebbe il senso di questa decisione adrianea del 119 d.C.

<sup>68</sup> Sul termine *gradus*, i suoi significati e i suoi impieghi vd. THOMAS 1988, p. 81; BETTINI 2009, p. 13 ss. Occorre ricordare che Plinio, in *Pan.* 39.5, propone un uso improprio dei termini *gradus* e *adfinitas*. In *Pan.* 39.5 egli, parlando di *adfinitatis gradus*, loda, in effetti, Traiano per aver esentato dal pagamento dell'imposta non soltanto *primum cognationis gradum*, ma *secundum quoque* (*Pan.* 39.1: fratello e sorella, avo e ava), prospettando la possibilità che, in futuro, saranno salvaguardati *adfinitatis gradus* assai lontani e quasi in via di estinzione.

Egli accordò lo stesso beneficio anche a coloro i quali erano stati ammessi alla cittadinanza romana per *ius Latii* e a tutti attribuì contemporaneamente ed egualmente, secondo il *mos naturae*<sup>69</sup>, quei diritti di parentela che i suoi predecessori, prima di Nerva, desideravano ardentemente far domandare dai singoli più con l'intenzione di rifiutarli che di concederli.

In effetti, in precedenza, come attesta lo statuto d'età flavia dei municipi latini della *Baetica*, il nuovo cittadino romano, tale in virtù del *ius Latii*, permaneva nella *manus, mancipium* o *potestas* in cui si trovava (cap. 22), né perdeva i diritti di patronato sui propri liberti (*iura libertorum*) (cap. 23). Malgrado la *mutatio civitatis*, una finzione (*si civitati mutati mutatae non essent*) gli permetteva di perpetuare questi rapporti, e, di conseguenza, il proprio *status familiae*, le proprie potestà o i propri *iura*. Se, da un canto, il mantenimento – attraverso l'espedito della  *fictio* – di questi diritti e di queste facoltà, dopo il conferimento della *civitas Romana*, prova che essi già esistevano in precedenza, per altro tale assetto normativo consente di chiarire anche un aspetto ulteriore: nella *lex Salpensana* e nell'*Irnitana* d'età flavia<sup>70</sup>, il conferimento

<sup>69</sup> Cfr., in *Pan.* 38.7, le parole *vim legemque naturae*. Per un ulteriore confronto si tenga conto di D. 48.20.7pr. (Paul. *l.s. de portionibus quae l. damn. conceduntur*) *Cum ratio naturalis quasi lex quaedam tacita liberis parentum hereditatem addiceret, velut ad debitam successionem eos vocando (propter quod et in iure civili suorum heredum nomen eis indictum est ac ne iudicio quidem parentis nisi meritis de causis summoverti ab ea successione possunt): aequissimum existimatum est eo quoque casu, quo propter poenam parentis aufert bona damnatio, rationem haberi liberorum, ne alieno admissio graviorem poenam luerent, quos nulla contingeret culpa, interdum in summam egestatem devoluti. quod cum aliqua moderatione definiri placuit, ut qui ad universitatem venturi erant iure successionis, ex ea portiones concessas haberent. Qui, benché in forme meno esplicite di D. 28.2.11 [(Paul 2 ad Sab.) In suis heredibus evidentius apparet continuationem domini eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur. unde etiam filius familias appellatur sicut pater familias, sola nota hac adiecta, per quam distinguitur genitor ab eo qui genitus sit. itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur. hac ex causa licet non sint heredes instituti, domini sunt: nec obstat, quod licet eos exheredare, quod et occidere licebat], Paolo propone quasi una sorta di razionalizzazione del fenomeno della successione istantanea che si produce nel caso degli *heredes sui*. Egli, in effetti, si limita a suggerire che la successione dei «suoi», in quanto istantanea, dà l'impressione che non si verifichi né successione né trasferimento dei beni da una persona all'altra. Nella sua trattazione sul diritto dei figli di quei condannati cui siano stati confiscati i beni, egli spiega che nemmeno in questo caso si possono privare i discendenti di una parte della loro eredità, che spetta loro per ragioni naturali e per legge non scritta, come sufficientemente indica il loro appellativo di «eredi suoi» in diritto civile. Questa razionalizzazione ha anche indotto certi romanisti a pensare che *suus* significasse semplicemente «naturale», nel medesimo senso in cui i retori (Quint. *Inst. Or.* 8.6.7), definiscono *sua verba* le espressioni naturalmente semplici, contrapponendole a quelle ricercate, *verba arcessita*. Il diritto qui non sembra mutar nulla nell'ordine esistente delle cose: la successione va da sé. Per comprenderne l'immediato attuarsi, bisogna immaginare che essa sia impercettibile, sempre virtualmente presente. Questa razionalizzazione è di natura irrefutabilmente analoga a quella di cui reca testimonianza il passo di Gai. *Inst.* 2.157, a parte il concetto di eredi domestici, ed è assolutamente inutile contrapporre i testi paolini a quello gaiano. Sul punto ho seguito THOMAS 2017, p. 139 ss. Per «parentela naturale», i giuristi non intendevano quella derivante da una filiazione fuori dal matrimonio (THOMAS 2020, p. 43 ss.), ma quella esistente al di fuori della potestà paterna: i legami con i figli e le figlie emancipati, i legami con i parenti materni e i legami con i collaterali, infatti, non appartengono alla medesima sfera potestativa. La ragion di natura dipende dunque da un ambito del diritto in cui la parentela non è sussunta sotto un legame di potestà: così THOMAS 2017, p. 159.*

<sup>70</sup> *Lex Salp.* XXII (*FIRÆ, Leges*, n. 23, p. 204) e *Irn.* XXII *R(ubrica)*. *Vt, qui civitatem Romanam consequentur, maneant in eorum[47]dem manu mancipio potestate.[48] Qui quaeve ex h(ac) l(ege) exue ed[i]cto imp(eratoris) Caesaris Vespasiani Aug(usti) imp(eratoris)ue T(iti) Caes(aris) [49] Vespasiani Aug(usti) aut imp(eratoris) [C]aesaris Domitiani Aug(usti), p(atris) p(atriciae), civitatem Roma[50]nam consecutus consecuta erit, is ea in eius, qui civis Romanu[51] h(ac) l(ege) factus erit, potestate manu mancipio, cuius esse deberet, si [52] civitate mutatus mutata non esset, esto it((a))que ius tutoris op[53]tand[i] habeto, quod haberet si a civie Romano ortus orta neque ci[54]uitate mutatus mutata esset.* «Rubrica. Affinché le persone che conseguono la cittadinanza romana permangano nella *manus, mancipium* o *potestas* in cui si trovano. Colui o colei che, sulla base della presente legge, per editto dell'imperatore Cesare Vespasiano Augusto, dell'imperatore Tito Cesare Vespasiano Augusto o

della cittadinanza romana a chi avesse ricoperto una magistratura municipale era concepito nella chiara prospettiva del mutamento della cittadinanza e non del sommarsi della nuova alla precedente. Sicché – proprio al fine di garantire la perdurante titolarità di situazioni giuridiche di ambito familiare regolate, fino a quel momento, *iure Latino* – questi statuti ebbero cura di sancire espressamente che tali rapporti si perpetuavano in capo ai neocittadini. Non di meno<sup>71</sup>, occorrerà attendere la decisiva riforma traianea rammentata da Plinio il Giovane, perché la struttura familiare preesistente ottenesse un riconoscimento sia pur estremamente parziale. Vi erano inclusi, infatti, soltanto i figli nati da un matrimonio legittimo, non gli adottati e gli emancipati. I figli legittimi potevano ricadere sotto la *patria potestas* del loro *pater* qualora questi avesse ottenuto la cittadinanza romana. Al contrario i diritti di parentela con fratelli, madri, figli illegittimi, nonni e nipoti non furono salvaguardati dal *ius Latii* fino alle soglie del I secolo d.C., come emerge, appunto, dal confronto con il *Panegyricus Traiani* (*Pan* 39.1).

Ha buon gioco, dunque, Plinio il Giovane a sostenere che adesso, dopo le riforme traianee, la cittadinanza romana non avrebbe lasciato più nessuno come un tronco tagliato e spoglio<sup>72</sup>: al contrario, tutti avrebbero continuato a godere, come prima, dei più cari affetti familiari<sup>73</sup>. Nel *Panegirico*, del resto, egli procede ben oltre, sollecitando il principe a sovvenire in futuro, con l'esenzione dall'obbligo di versare l'imposta del 5%, perfino i gradi di parentela più lontani e già quasi in via di estinzione<sup>74</sup>. Traiano, inoltre, aveva in effetti concesso, probabilmente nel medesimo editto, l'esenzione totale per le eredità meno cospicue<sup>75</sup>: non sappiamo se questa

---

dell'imperatore Cesare Domiziano Augusto, padre della patria, avrà conseguito la cittadinanza romana, permanga nella *potestas, manus o mancipium* in cui avrebbe dovuto trovarsi, se non avesse cambiato cittadinanza, di colui che sarà divenuto cittadino romano in base alla presente legge; ed abbia lo stesso diritto di scelta del tutore che avrebbe avuto se fosse nato o nata da cittadino romano e non avesse cambiato cittadinanza»: cfr. LAMBERTI 1993, pp. 69-73; Lex Salp. XXII (*FIRA*, *Leges*, n. 23, p. 204 ss.) e Irn. XXIII *R(ubrica)*. *Vi, qui ciuitatem Romanam* [55] *consequere(re)ntur, iura libertorum retineant. 3 B* [1] *Qui quaeue ex h(ac) l(ege) exue edicto edicto imp(eratoris) Caesaris Vespasiani Aug(usti) imp(eratoris)ue Titi Cae[2] saris Vespasiani Aug(usti) aut imp(eratoris) Caesaris Domitiani Aug(usti) ciuitatem Roma[3]nam consecutus consecuta erit, eis in liberos libertas suos suas* [4] *paternos paterna(q)ue, qui quaeue in ciuitatem Romanam non ue[5]nerint, deque bonis eorum earum et is, quae libertatis causa impo[6][s]ita sunt, idem ius eademque condicio esto, quae esset, si ciuitate [7] mutati mutatae non essent.* «Rubrica. Affinché le persone che conseguono la cittadinanza romana conservino i diritti sui propri liberti. Colui o colei che, in base alla presente legge o per editto dell'imperatore Cesare Vespasiano Augusto, dell'imperatore Tito Cesare Vespasiano Augusto o dell'imperatore Cesare Domiziano Augusto, avrà conseguito la cittadinanza romana, conservi gli stessi diritti e la stessa condizione che avrebbe avuto se non avesse mutato cittadinanza, in ordine ai propri liberti o liberte, ed a quelli dei propri genitori, che non avranno acquistato la cittadinanza romana, e nei confronti dei beni di costoro e delle opere loro imposte *libertatis causa*»: cfr. LAMBERTI 1993, pp. 73-74. Bibl. ulteriore in Russo 2018, p. 481 ss.

<sup>71</sup> Lo ha mostrato GARCÍA FERNÁNDEZ 2020, p. 75 ss., in part. 97 ss.

<sup>72</sup> Sull'impiego di metafore tratte dalla botanica per descrivere i rapporti di parentela e, *in primis*, la parentela agnaticia, vd. BETTINI 2009, p. 16 ss.

<sup>73</sup> *Pan.* 39.5.

<sup>74</sup> *Supra*, nt. 73.

<sup>75</sup> *Pan.* 39.5-40.1 *Laeti ergo adite honores, capessite civitatem; neminem hoc necessitudinis abruptum velut truncum amputatum que destituet: isdem omnes quibus ante pignoribus, sed honestiores perfruuntur. Ac ne remotioris quidem iam que deficientis adfinitatis gradus a qualibet quantitate vicesimam ut prius inferre cogentur. Stauit enim communis omnium parens summam, quae publicanum pati posset. 40.1 Carebit onere vicesimae parua et exilis hereditas et, si ita gratus heres volet, tota sepulcro, tota funeri seruiet; nemo observator, nemo castigator adsiestet. Cuicumque modica pecunia ex hereditate alicuius obuenerit, securus habeat quietus que possideat.*

soglia sia ulteriormente ridotta dall'editto adrianeo di cui si fa menzione in C. 6.33.3 o da altri provvedimenti posteriori<sup>76</sup>.

#### 4.

Come valutare, anche grazie a quel che si è posto in luce nel corso dell'esame di Coll. 16.7-16.9, le parole τὰς τε διαδοχὰς καὶ τὰς ἀτελείας τὰς ἐπὶ τούτοις τὰς δεδομένας τοῖς πάνυ προσήκουσι τῶν τελευτώντων καταλύσας? Una volta scartata l'ipotesi – senza dubbio inverosimile – secondo la quale, per Cassio Dione, l'imperatore avrebbe *tout court* abolito le successioni (τὰς τε διαδοχὰς), si può forse avanzare una congettura più persuasiva. A partire dal V secolo d.C. il termine διάδοχος venne adoperato sempre più spesso per indicare l'erede *ab intestato*<sup>77</sup>. È possibile che sia stato Xiphilinus stesso, l'epitomatore dell'XI secolo, a semplificare un più articolato ragionamento del senatore bitinico<sup>78</sup>, facendo uso di un termine tecnico proprio del suo tempo. In ogni caso il confronto con l'estratto ulpiano racchiuso in Coll. 16.9.3 può indicarci la giusta via. È probabile che Caracalla, rispetto al regime normativo preesistente, abbia decisamente ristretto il numero delle *personae cognatorum* ammesse a succedere *ab intestato* al *liber in mancipio* affrancato *per vindictam*, conferendo questo diritto esclusivamente ad alcune delle *personae* enumerate in Coll. 16.9.2, vale a dire soltanto a quelle da lui ammesse a godere del beneficio dell'esenzione dal pagamento dell'imposta di successione (*decima hereditatum*). Inteso in tal modo, il testo ulpiano può chiarire il pensiero di Cassio Dione e del suo epitomatore. Le parole 'τὰς τε διαδοχὰς [...] καταλύσας' alluderebbero a quel provvedimento di Caracalla che aveva abolito non già le successioni e, in particolare, le successioni *ab intestato*, ma il regime preferenziale, nel pagamento della *decima hereditatum*, riservato ai parenti non ricompresi tra quelli più prossimi, ossia ai *liberi* (figli, figlie e altri discendenti, non importa se emancipati o meno). Allo stesso tempo Coll. 16.9.3 segnala che il successore di Settimio Severo decise di *vindicare* in favore del *fiscus Caesaris* tutte le eredità *ab intestato* cui in astratto avrebbero avuto diritto – in forza dell'editto del pretore<sup>79</sup> – quelle *personae* non ricomprese nel novero di quanti godevano dell'esenzione dal pagamento dell'imposta di successione.

<sup>76</sup> Iustinianus A. Iuliano PP. *Edicto divi Hadriani, quod sub occasione vicesimae hereditatum introductum est, cum multis ambagibus et difficultatibus et indiscretis narrationibus penitus quiescente, quia et vicesima hereditatis a nostra recessit re publica, antiquatis nibilo minus et aliis omnibus, quae circa repletionem vel interpretationem eiusdem edicti promulgata sunt, sancimus, ut, si quis ex asse vel ex parte competenti iudici testamentum ostenderit non cancellatum neque abolitum neque ex quacumque suae formae parte vitiatum, sed quod prima figura sine omni vituperatione appareat et depositionibus testium legitimi numeri vallatum sit, mittatur quidem in possessionem earum rerum, quae testatoris mortis tempore fuerunt, non autem legitimo modo ab alio detinentur, et eam cum testificatione publicarum personarum accipiat* (a. 531).

<sup>77</sup> Cfr., per il VI e il VII secolo d.C., URANO 2015, p. 173 ss. Vd. anche TAUBENSCHLAG 1944, p. 137 ss.; NOWAK 2015, p. 11.

<sup>78</sup> BESSON 2020, p. 349.

<sup>79</sup> Modificato in senso restrittivo dall'intervento imperiale riferito in Dio (Xiph.) 78[77].9.4-5, ma, in séguito, ripristinato nella sua più antica e ampia dimensione normativa da Macrino: vd., *supra*, nt. 51.

Pertanto, il senso della frase τὰς τε διαδοχὰς καὶ τὰς ἀτελείας τὰς ἐπὶ τούτοις τὰς δεδομένας τοῖς πάνυ προσήκουσι τῶν τελευτώντων καταλύσας può esser reso con queste parole: «avendo abolito, allo stesso tempo, il regime preferenziale delle successioni e le esenzioni accordate a tutte le categorie di parenti».

In conclusione, Caracalla non solo non concesse ai nuovi *Aurelii*, ossia ai destinatari della *Théia dôreá*, i cosiddetti *cognationis iura*<sup>80</sup>, ma ridusse il numero delle *personae* ammesse a usufruirne anche nel caso in cui alle categorie di parenti escluse dal loro esercizio appartenessero individui di famiglie integrate, da più generazioni, nella cittadinanza. Le *Institutiones* ulpianee confermano – limitandosi a constatare con poche, scabre parole la portata normativa di questa riforma antoniniana<sup>81</sup> – che la denuncia dionea dell'esasperato fiscalismo imperiale non doveva apparire, agli occhi dei contemporanei, del tutto infondata: in effetti Caracalla, al fine di procurarsi le risorse indispensabili per migliorare il trattamento economico dei *militēs*<sup>82</sup>, decise di rovesciare una linea di politica del diritto seguita, per più di un secolo, da tutti i *principes* suoi predecessori, a partire da Nerva<sup>83</sup>.

## Bibliografia

- ALBANESE 1979 = B. ALBANESE, *Le persone in diritto romano*, Palermo 1979.
- 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 2018 = U. BABUSIAUX, *Römisches Erbrecht im Gnomon des Idios Logos*, in *ZRG* 135 (2018), pp. 107-177.
- BENOIT 2012 = D. BENOIT, *De vicesima hereditatum: étude d'un vectigal romain: l'impôt de vingtième sur les successions et les legs d'Auguste à Dioclétien*, Mémoire Université de Neuchâtel 2012 (in rete).
- BESSON 2020 = A. BESSON, *Constitutio Antoniniana. L'universalisation de la citoyenneté romaine au 3<sup>e</sup> siècle*, Basel 2020.
- BETTINI 2009 = M. BETTINI, *Affari di famiglia. La parentela nella letteratura e nella cultura antica*, Bologna 2009.
- BIELAWSKI / PLEZIA 1970 = J. BIELAWSKI, M. PLEZIA, *Aristotle, Lettre d'Aristote à Alexandre sur la politique envers les cités. Arabic text ed. and trans.*, Wrocław 1970.
- BONIN 2020 = F. BONIN, *Intra 'legem Iuliam et Papiam'. Die Entwicklung des augusteischen Eherechts im Spiegel der Rechtsquellenlehren der klassischen Zeit*, Bari 2020.

<sup>80</sup> *Supra*, p. 122 ss.

<sup>81</sup> Riforma che – come sottolinea VOCI 1978, p. 22 – durò molto poco: vd., *supra*, nt. 51, nonché MAROTTA 2021, in c.s.

<sup>82</sup> MAROTTA 2013, p. 60 ss.

<sup>83</sup> FAYER 1994, p. 95 nt. 275; GARDNER 2001, pp. 51-60; MANOLORAKI 2015, p. 245 ss.; BESSON 2020, p. 349 ss., ove ampia bibl.

- BURASELIS 2007 = K. BURASELIS, *Theía Dōreá. Das göttlich-kaiserliche Geschenk. Studien zur Politik der Severer und zur Constitutio Antoniniana*, Wien 2007.
- CRISTALDI 2020 = S. CRISTALDI, *In mancipio esse. Genesi e assetti di una speciale dipendenza dei liberi in età imperiale*, Napoli 2020.
- D'ALESSIO 2014 = R. D'ALESSIO, *Studii sulla capitis deminutio minima. Dodici Tavole Giurisprudenza Editto*, Napoli 2014.
- DILIBERTO 1990 = O. DILIBERTO, s.v. *Successione legittima (dir. rom.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLIII, Milano 1990, p. 1302 ss.
- DUPONT 2011 = F. DUPONT, *Rome, la ville sans origine. L'Énéide: un grand récit du métissage?*, Paris 2011.
- FAYER 1994 = C. FAYER, *La famiglia romana. Aspetti giuridici e antiquari. Parte prima*, Roma 1994.
- FRASCHETTI 1990 = A. FRASCHETTI, *Roma e il principe*, Roma-Bari 1990.
- GARCÍA FERNÁNDEZ 2020 = E. GARCÍA FERNÁNDEZ, *La condición latina como instrumento de integración de la población provincial*, in L. GAGLIARDI, D. KREMER (a c. di), *Cittadinanza e nazione nella storia europea*, Milano 2020, pp. 75-99.
- GARDNER 2001 = J.F. GARDNER, *Death, Taxes and Status in Pliny's Panegyricus*, in J.W. CAIRNS, O.F. ROBINSON (edd.), *Ancient Law, Comparative Law and Legal History*, Oxford 2001, pp. 51-60.
- GHEDINI 2020 = F. GHEDINI, *Giulia Domna. Una siriana sul trono dei Cesari*, Roma 2020.
- GIUNTI 2012 = P. GIUNTI, *Il ruolo sociale della donna di età imperiale: tra discriminazione e riconoscimento*, in *Index* 40 (2012), pp. 342-379.
- GÜNTHER 2008 = S. GÜNTHER, *Vectigalia nervos esse rei publicae: die indirekten Steuern in der römischen Kaiserzeit von Augustus bis Diokletian*, Wiesbaden 2008.
- HANARD 1980 = G. HANARD, *Observations sur l'adgnatio*, in *RIDA* 27 (1980), pp. 169-204.
- HUMBERT 2018 = M. HUMBERT, *La loi des XII Tables. Édition et commentaire*, Roma 2018.
- LAMBERTI 1993 = F. LAMBERTI, *Tabulae Irnitanae. Municipalità e «ius Romanorum»*, Napoli 1993.
- LA PIRA 1930 = G. LA PIRA, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*, Firenze 1930.
- LO CASCIO 2000 = E. LO CASCIO, *Il princeps e il suo Impero. Studi di storia amministrativa e finanziaria romana*, Bari 2000.
- MANOLORAKI 2015 = E. MANOLORAKI, *Death and Taxes: The Vicesima Hereditatum in Pliny's Panegyricus*, in O. DEVILLERS (éd.), *Autour de Pline Le Jeune. En hommage à Nicole Méthy*, Bordeaux 2015, pp. 245-258.
- MAROTTA 2009 = V. MAROTTA, *La cittadinanza romana in età imperiale (secoli I-III d.C.). Una sintesi*, Torino 2009.
- MAROTTA 2013 = V. MAROTTA, *Tre riflessioni sulla cittadinanza: da Roma antica al mondo attuale*, in *Iuris Antiqui Historia* 5 (2013), pp. 53-72.
- MAROTTA 2016 = V. MAROTTA, *Esercizio e trasmissione del potere imperiale (secoli I-IV d.C.). Studi di diritto pubblico romano*, Torino 2016.

- MAROTTA 2017 = V. MAROTTA, *I Giuristi e l'Impero. Tra storia e interpretazione*, in A. SCHIAVONE (a c. di), *Giuristi romani e storiografia moderna. Dalla Palingenesia iuris civilis agli Scriptores Iuris Romani*, Torino 2017, pp. 213-255.
- MAROTTA 2019a = V. MAROTTA, *La prima sapienza del ius. La formazione del ius civile*, in *Antiquissima Iuris Sapiencia (saec. III-VI a.C.)*, Roma 2019, pp. 23-43.
- MAROTTA 2019b = V. MAROTTA, *Doppia cittadinanza e pluralità degli ordinamenti. La Tabula Banasitana e il Papiro di Giessen 40 col. I*, in E. CHEVREAU, C. MASI DORIA, J.M. RAINER (édd.), *Liber amicorum. Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Coriat*, Paris 2019, pp. 551-570.
- MAROTTA 2020 = V. MAROTTA, *Militia e civitas tra III e VI secolo d.C.*, in *L'esercito romano e l'alba dell'Europa. Modelli concettuali e sperimentazioni sociali tra linguaggi, istituzioni e diritto (secoli IV-VIII)* (Convegno di Studi, Roma, 9-11 maggio 2019), Santarcangelo di Romagna 2020, pp. 65-100.
- MAROTTA 2021 = V. MAROTTA, in J.-L. FERRARY, V. MAROTTA, A. SCHIAVONE, Domitius Ulpianus, *Institutiones / De censibus*, Roma 2021.
- MASI DORIA 1996 = C. MASI DORIA, *Bona libertorum. Regimi giuridici e realtà sociali*, Napoli 1996.
- MASI DORIA 1999 = C. MASI DORIA, «Libertinitas» e successione gentilizia, in *Index 27* (1999), pp. 251-300.
- MASTINO 2013 = A. MASTINO, *Constitutio Antoniniana. La politica della cittadinanza di un imperatore africano*, in *BIDR* 107 (2013), pp. 37-56.
- MERCOGLIANO 2020<sup>2</sup> = F. MERCOGLIANO, *Hostes novi cives. Diritti degli stranieri immigrati in Roma antica*, Seconda edizione riveduta e ampliata, Napoli 2020.
- MOREAU 2020 = PH. MOREAU, «Loi Iulia de maritandis ordinibus», dans *Lepor. Leges Populi Romani*, sous la dir. de Jean-Louis Ferrary et de Philippe Moreau. [En ligne]. Paris: IRHT-TELMA, 2007. URL: <http://www.cn-telma.fr/lepor/notice449/>. Date de mise à jour :12/03/20.
- NOWAK 2015 = M. NOWAK, *Wills in the Roman Empire: A Documentary Approach*, Warsaw 2015.
- PROVERA 1964 = G. PROVERA, *Vindicatio caducorum. Contributo allo studio del processo fiscale romano*, Torino 1964.
- PULIATTI 2017 = S. PULIATTI, *Successioni*, in A. LOVATO, S. PULIATTI, L. SOLIDORO, *Diritto privato romano*, Torino 2017<sup>2</sup>, pp. 617-748.
- ROCCO 2012 = M. ROCCO, *L'esercito romano tardoantico. Persistenze e cesure dai Severi a Teodosio I*, Limena (PD) 2012.
- RUSO 2018 = F. RUSSO, *Sullo ius adipiscendae civitatis Romanae per magistratum nella Lex Irnitana*, in *Gerión* 36.2 (2018), pp. 481-505.
- SACCOCCIO 2017 = A. SACCOCCIO, *Un'alternativa alla globalizzazione è possibile: Roma communis patria*, in D. D'ORSOGNA, G. LOBRANO, P.P. ONIDA (a c. di), *Città e diritto. Studi per la partecipazione civica. Un «Codice» per Curitiba*, Napoli 2017, pp. 105-138.
- SAMPER 1971 = F. SAMPER, *De bonis libertorum. Sobre la concurrencia sucesoria del patrono con los hijos del liberto*, in *AHDE* 41 (1971), pp. 237-334.
- SCHAUB 1965 = V. SCHAUB, *Der Zwang zur Entlassung aus der Ehegewalt und die remancipatio obne uxor*, in *ZRG* 82 (1965), pp. 106-131.

- SCHEID 2001 = J. SCHEID, *Religion et piété à Rome*, Paris 2001.
- SPAGNUOLO VIGORITA (1978) 2013 = T. SPAGNUOLO VIGORITA, «*Bona caduca*» e giurisdizione procuratoria agli inizi del III secolo d.C. (1978), in ID., *Imperium mixtum. Scritti scelti di diritto romano*, con una nota di lettura di F. Grelle, Napoli 2013, pp. 1-38.
- TALAMANCA 1999 = M. TALAMANCA, *Cic. "De orat." 1.176 ed i «bona liberti»*, in *Index 27* (1999), pp. 166-249.
- TAUBENSCHLAG 1944 = R. TAUBENSCHLAG, *The Law of Graeco-Roman Egypt in the Light of the Papyri: 332 B.C.-640 A.D.*, vol. I, New York 1944.
- THOMAS 1988 = Y. THOMAS, *Le traité des degrés du jurisconsulte Paul. Edition, traduction et commentaire*, in P. LEGENDRE (éd.), *Leçons IV, suite. Le dossier occidental de la parenté. Textes juridiques indésirables sur la généalogie*, Paris 1988, pp. 19-102.
- THOMAS 1990 = Y. THOMAS, *La divisione dei sessi in diritto romano*, in P. SCHMITT PANTEL (a c. di), *Storia delle donne in Occidente*, I, Roma-Bari 1990, pp. 103-176.
- THOMAS 2017 = Y. THOMAS, *La mort du père. Sur le crime de parricide à Rome*, Paris 2017.
- THOMAS 2020 = Y. THOMAS, *Imago naturae. Note sull'istituzionalità della natura a Roma*, in Y. THOMAS, J. CHIFFOLEAU, *L'istituzione della natura*, Macerata 2020, pp. 15-45.
- URANO 2015 = S. URANO, *The Apionic Inheritors and Successors in the Late Sixth to Early Seventh Centuries*, in *Kodai. Journal of Ancient History* 16 (2015), pp. 173-184.
- VALDITARA 2018 = G. VALDITARA, *Civis Romanus sum*, Torino 2018.
- VOCI 1963 = P. VOCI, *Diritto ereditario romano. Parte speciale. Successione ab intestato, successione testamentaria*, Milano 1963.
- VOCI 1967 = P. VOCI, *Diritto ereditario romano. Vol. I: Introduzione, parte generale*, Milano 1967<sup>2</sup>.
- VOCI 1978 = P. VOCI, *Il diritto ereditario romano nell'età del tardo impero. I: il IV secolo. Prima parte*, in *Iura* 29 (1978), pp. 17-113.



# La pervivencia del derecho romano en Bizancio

## Una nota a partir del uso de latinismos en algunas fuentes jurídicas bizantinas

Francisco J. Andrés Santos

Universidad de Valladolid, España

### Abstract (Italiano)

Questo articolo fornisce una visione d'insieme sulla sopravvivenza del diritto romano nell'impero bizantino grazie all'analisi dell'uso di termini in lingua latina da parte della giurisprudenza bizantina in diversi momenti della sua storia, e specialmente nella cosiddetta Eisagoge, un testo giuridico scritto al fine del IX secolo e attribuito al patriarca Fozio.

Keywords: diritto bizantino, diritto romano, Eisagoge

---

### Abstract (English)

*This article provides a general outlook on the survival of Roman law in the Byzantine empire by the means of the use of Latin language terms by the Byzantine jurisprudence in different moments of its history, especially in the so called Eisagoge, a law book written at the end of 9th century and attributed to the patriarch Photios.*

Keywords: Byzantine law, Roman law, Eisagoge

---

### 1.

Entre los centenares de manuscritos griegos traídos a Occidente por los eruditos bizantinos huidos tras la caída de Constantinopla en manos de los turcos otomanos<sup>1</sup>, sin duda hubo un buen número que correspondió a textos con un contenido jurídico, ya fuera de carácter civil o canónico, los cuales de inmediato despertaron un gran interés para los juristas europeos de tinte humanista. No obstante, a pesar de la relevancia y calidad de muchos de esos manuscritos, desde un punto de vista jurídico-material al menos su aportación fue escasa, en la medida

---

<sup>1</sup> Vd. Gilmore 1955, p. 260. Sobre las vicisitudes de la llegada de los estudiosos bizantinos a Occidente y el aparato de manuscritos que trajeron consigo, vd. la magnífica síntesis de Signes Codoñer 2003, p. 187 ss.

en que, en su mayor parte, los textos (al menos los de Derecho secular) estaban relacionados, de un modo más o menos intenso, dependiendo de los casos, con la obra más importante de la historia jurídica del Imperio oriental, es decir, la gran compilación o codificación del emperador Justiniano I (*Corpus iuris civilis*). Esta, como es bien sabido, era una obra ya bien conocida y estudiada, y ampliamente utilizada en la práctica, por los juristas europeo-occidentales al menos desde los orígenes del *studium civile* de Bolonia a finales del siglo XI, si bien es cierto que de una manera incompleta y mediatizada por las circunstancias jurídicas, políticas y culturales de la Baja Edad Media. Los nuevos descubrimientos textuales no fueron, sin embargo, del todo irrelevantes en el campo jurídico, puesto que al menos sirvieron, por un lado, para permitir un mejor y más completo conocimiento de lo que fue la Compilación justiniana en sentido histórico (al tenerse en cuenta, no solo manuscritos de mayor calidad, sino también todos los textos al respecto escritos en lengua griega, cosa que entre los juristas medievales estuvo vedada debido a la aplicación de la máxima: ‘*Graeca sunt, non leguntur*’<sup>2</sup>), lo que facilitó la elaboración de ediciones mucho más exactas de los diversos *libri legales* de Justiniano, particularmente el Digesto<sup>3</sup>. Y, por otro lado, esas aportaciones también facilitaron el conocimiento en Occidente de la existencia en Bizancio de una floreciente jurisprudencia de carácter científico desarrollada en el periodo que media entre los tiempos de Justiniano y el siglo XV, la cual, si bien es cierto que no alcanzó los mismos niveles de profundidad y creatividad que se observan en las homólogas escuelas jurídicas occidentales de la Baja Edad Media, sin embargo, sí ofrece un interés en sí misma por su mayor cercanía cultural a lo que fue el *Corpus* justiniano en su formulación originaria (lo que por tanto contribuía a una mejor reconstrucción crítica del texto compilatorio<sup>4</sup>) y porque aporta unos desarrollos conceptuales

<sup>2</sup> Como es sabido, durante gran parte de la Edad Media el conocimiento del griego en el Occidente de Europa era una rareza en medios intelectuales, con excepción de los territorios bizantinos del sur de Italia y, curiosamente, la aislada Irlanda, donde se habían preservado los textos clásicos con más cuidado que en el continente. Las conexiones con el Imperio bizantino además se vieron fuertemente afectadas por la conquista longobarda de Italia y de otros territorios occidentales por los normandos, y a ello hay que sumar el factor no menor de los sucesivos cismas religiosos. Las fuentes jurídicas bizantinas dejaron de usarse en el Exarcado de Rávena desde mediados del s. VIII y en gran medida también en el sur de Italia y en Sicilia a partir de la conquista normanda en el s. XI. La presencia de eruditos bizantinos de habla griega en la corte de Rávena durante el tiempo de la emperatriz Teofanó († 991) no dejó ninguna huella significativa. Los juristas occidentales solo se ocuparon de las fuentes jurídicas romanas escritas en latín: los textos griegos del *Corpus iuris* justiniano fueron sencillamente ignorados por los eruditos occidentales, salvo que estuvieran traducidos al latín desde antiguo (como es el caso de algunas Novelas o las constituciones bilingües del *Codex*, vd. *infra* en el texto y nt. 15), o, a partir del s. XI, utilizados únicamente por medio de la versión latina de Burgundio de Pisa (ca. 1110-1193), tal vez precedido por textos de un desconocido Bernardo de Cremona (“...*lex Graeca hic deficit sed translata fuit bernardo cremonensi a Burgundione*...”, se lee en un Ms. Leidenensis del Digesto: cfr. Ribas Alba 2004, p. 224): sobre todo ello, vd. Lange 1997, pp. 2 ss., 244 ss. Sin embargo, el griego no podía ser desconocido en el norte de Italia y en otros puntos de la cuenca mediterránea debido a los múltiples contactos con el Imperio bizantino y la gran importancia, por tanto, de la lengua griega en el terreno de las relaciones políticas y comerciales (vd. muchas indicaciones al respecto en Jacoby 2001; en el aspecto jurídico, cfr. Penna 2017). De ahí que pueda presumirse, con razón, que la aversión por los textos griegos en la Escuela de Bolonia se debió más a la impericia lingüística de los juristas que a un verdadero rechazo intelectual: cfr. al respecto Hattenhauer 1994<sup>2</sup>, p. 259; Van Caenegem 2002, p. 86 ss.

<sup>3</sup> Sobre este tema sigue siendo capital la aportación de Troje 1971a; una versión sintetizada, con bibliografía complementaria, puede verse en Troje 1977; cfr. también Troje 1970 y 1971b. Críticos al respecto, Thür 1975 y Osler 1984.

<sup>4</sup> Stolte 2011; Andrés Santos 2013.

y hermenéuticos de los textos justinianos distintos, y a veces más innovadores, que los elaborados por las escuelas occidentales, pero que representan un desarrollo más “orgánico” (*pace* Savigny) de la tradición jurídica de origen romano<sup>5</sup>. La existencia de esa jurisprudencia, hasta ese momento desconocida prácticamente en su totalidad en el mundo occidental, pone de manifiesto el enorme peso y prestigio que la tradición romana mantuvo en el terreno jurídico del mundo bizantino durante toda la historia, sin que apenas puedan percibirse cesuras o vacíos ni tampoco influencias externas decisivas que contribuyeran a cambiar de modo sustancial la naturaleza profunda del Derecho sentido como vigente a un nivel ideológico y normativo (con independencia de que la praxis real, en la medida que pueda ser conocida, nos ofrezca un cuadro algo diferente de esa formulación estilizada que se desprende de las obras de los expertos<sup>6</sup>). Mucho más que en otras esferas de la cultura bizantina, puede decirse que, en el plano del Derecho, Bizancio no fue sino una continuación de la tradición imperial de Roma, pero teñida de ideología cristiana ortodoxa y de cultura griega<sup>7</sup>.

En las páginas sucesivas prestaremos cierta atención a cuáles fueron algunas de esas obras jurisprudenciales bizantinas que tanto impresionaron a los juristas humanistas de la Edad Moderna, y a varias de sus características lingüísticas en tanto que obras literarias de carácter técnico que mantuvieron la presencia de elementos de origen latino con mucha mayor solidez que otros tipos de textos producidos por los autores bizantinos desde la desaparición de Justiniano<sup>8</sup>.

## 2.

El origen de la literatura jurídica en Bizancio se debe, en realidad, a una paradoja. En diciembre del año 533, el emperador Justiniano I publicaba la segunda parte (y la más importante) de su formidable compilación jurídica: el Digesto (*Digesta*) o Pandectas (Πανδέκται)<sup>9</sup>. En la constitución *Tanta/Ἐδέωκεν* (§ 21), el emperador parece dictar una prohibición explícita los comentarios críticos a propósito de su obra legislativa<sup>10</sup>. La razón de esta actitud tan restrictiva obedecía,

<sup>5</sup> Kaser 1986<sup>2</sup>, p. 284. La idea había sido apuntada ya en el s. XIX por Karl Eduard Zachariä von Lingenthal 1840, p.v.

<sup>6</sup> A. Kazhdan 1989.

<sup>7</sup> Baynes-Moss (ed.) 1948, p. 3.

<sup>8</sup> En relación con las características lingüísticas de la literatura jurídica bizantina y sus rasgos distintivos respecto de otros géneros del período puede consultarse con interés Martino 2012.

<sup>9</sup> Sobre el significado del *Digesto*, y la compilación justiniana en su conjunto, en el contexto de la historia jurídica bizantina vd. últimamente, Lokin, Van Bochove 2011, p. 107 ss. (con más indicaciones). Sobre el contexto histórico-cultural del surgimiento del *Digesto*, vd. D. Mantovani 2011.

<sup>10</sup> *Hoc autem [...] tempestivum nobis videtur et in praesenti sancire, ut nemo neque eorum, qui in praesenti iuris peritiam habent, nec qui postea fuerint audeat commentarios isdem legibus adnectere [...] /...ἀπαγορευομεν τὸ μηδὲν θαρρησαι... τούτων δὴ τῶν νόμων ὑπομνήματα γράφειν...;* cfr. también const. *Deo auctore*, § 12: *...nullis iuris peritis in postero audentibus commentarios illi applicare et verbositate sua supra dicti codicis compendium confundere. quemadmodum in antiquioribus temporibus factum est, cum per contrarias interpretantium sententias totum ius paene conturbatum est: sed sufficiat per indices tantummodo et titulorum subtilitatem quaedam admonitoria eius facere, nulla ex interpretatione eorum vitio oriundo.* El verdadero alcance de esta “prohibición” es, no obstante, objeto de una acerbada disputa entre los estudiosos. Según la interpretación tradicional

por un lado, al deseo de evitar la proliferación de controversias doctrinales y la manipulación de los textos que generaban una enorme inseguridad jurídica y habían llegado a convertirse en un auténtico cáncer del sistema jurídico romano hasta ese momento; y, por otro, al afán del emperador por sentar de modo indiscutible un Derecho renovado, que, aunque recogía la herencia del pasado, se presentaba de alguna manera como la fundación de un nuevo orden jurídico y la inauguración de una nueva era en la historia del Derecho (lo que justifica que deba ponerse el auténtico inicio de la literatura jurídica bizantina en la propia Compilación justiniana, y no antes)<sup>11</sup>. Pues bien, la historia de la literatura jurídica bizantina es, hasta cierto punto, el relato de cómo se vulneró – o, al menos, se trató de eludir – esta prohibición de Justiniano.

De ello era consciente el propio Justiniano, lo cual se evidencia al menos en virtud de dos indicios probatorios. En primer lugar, el emperador revocó de hecho el antiguo uso de la cancellería imperial, establecido por Diocleciano (y confirmado por Constantino), de que en todas las constituciones imperiales y en todos los actos de la administración romana se utilizase exclusivamente la lengua latina<sup>12</sup>. De hecho, la mayor parte de los textos griegos del *Codex Iustinianus* corresponden a constituciones del propio Justiniano<sup>13</sup>, y sus nuevas leyes (las *Novellae* o νεαράι μετὰ τὸν κώδικα διατάξεις) posteriores al año 534 (probablemente redac-

---

(vd., por todos, Wieacker 2006, p. 300, con lit.; cfr. además, recientemente, A. Torrent 2013, p. 191 ss.), la prohibición afectaba a la escritura de toda clase de *comentarii* o ὑπομνήματα (salvo las excepciones referidas en el texto) con relación tanto al *Digesto* como al *Código* y las *Institutiones* (en contra, Wenger 1953, p. 681 y nt. 7, sostiene que la prohibición debía de referirse exclusivamente al *Digesto*, ya que era la parte de la compilación más susceptible de manipulación textual), de modo que quien osara vulnerar tal norma imperativa sería procesado por comisión de un delito de *falsum*; la aparición de una nutrida literatura exegética del *Corpus iuris* ya en la propia vida de Justiniano y por los mismos compiladores se explica solamente como una consecuencia derivada de las prácticas docentes, debida al descuido de Justiniano de no reiterar la prohibición en su const. *Omnem* (16 de diciembre de 533) dirigida a los profesores y la reorganización de los estudios de Derecho; en este sentido, vd. últimamente Falcone 2004). Frente a esta interpretación, un tanto endeble, Scheltema 1977 propuso una explicación alternativa: no existió tal prohibición con carácter general, sino que la que se lee en las constituciones introductorias del *Código* y el *Digesto* se refiere en realidad a la aposición de notas explicativas, marginales o interlineales, al texto legislativo (similar a la prohibición de usar *sigla* o abreviaturas en las copias de la ley: const. *Deo auctore*, § 13; const. *Omnem*, § 8; const. *Tantal'Δέδοκεν*, § 22; const. *Cordi*, § 5), con el fin de mantener el texto de la ley en su estado original, sin sufrir las alteraciones y corrupciones que fueron tan típicas de la época postclásica y que la Compilación de Justiniano justamente trataba de evitar; las excepciones admitidas hacían referencia a los breves resúmenes, guiones o traducciones palabra por palabra de los textos legislativos que se podían escribir en el mismo manuscrito que los contenía, porque no corrían el peligro de ser confundidos con el tenor mismo de la ley. Esta segunda interpretación ha sido especialmente seguida por los estudiosos holandeses discípulos de Scheltema: cf. Van der Wal, Lokin 1985, pp. 36-37; Wallinga 1989, p. 107 ss. y 2012; Lokin, Van Bochove 2011, pp. 114-115.

<sup>11</sup> Habitualmente se sitúa el inicio de la literatura jurídica bizantina en el reinado del emperador Constantino el Grande (306-337) (vd. Pieler 1978, p. 366 ss.; Van der Wal-Lokin 1989, p. 14 ss.), lo cual no es incorrecto, pero no permite resaltar las especificidades de la creación jurídica romano-oriental, ya que durante esa época los desarrollos jurídicos aún son comunes en el Oriente y el Occidente del Imperio, y todavía no hay una decidida voluntad de establecer un nuevo orden jurídico específico como la que se verá en Justiniano. En cambio, Troianos 2011<sup>3</sup> (2015) arranca ya desde Diocleciano como punto de inflexión en la secular historia del Derecho romano.

<sup>12</sup> Pieler 1978, p. 374. No obstante, el griego comenzó a ganar terreno a partir de los emperadores de la dinastía teodosiana, aunque con valor sólo para la parte oriental del Imperio; desde Teodosio II hay constituciones bilingües y el emperador León (457-472) ya redactó directamente en griego algunas disposiciones (vd. *Cod. Iust.* 1, 3, 29; 1, 4, 14, 11; 1, 5, 9/11; 1, 14, 10; 4, 59, 1), como también lo hicieron sus sucesores: al respecto, Honoré 1978, p. 39 y nt. 385; más recientemente, Plisecka 2012. Con todo, el uso establecido por Diocleciano se mantuvo con carácter general hasta la compilación justiniana: vd. N. van der Wal (1983), p. 29 y nt. 2.

<sup>13</sup> T. Honoré 1975 y 1978, p. 124 ss.; Wacke 1999, p. 120; últimamente, Van Bochove, 2015 y 2019.

tadas en su mayor parte por su ministro Triboniano<sup>14</sup>) aparecen predominantemente escritas en lengua griega<sup>15</sup>. Por otra parte, y en segundo lugar, aunque el emperador eventualmente hubiera prohibido realmente los comentarios críticos a propósito de su compilación legal<sup>16</sup>, en todo caso sí autorizó de forma explícita, la realización de traducciones literales (*κατὰ πόδας*) de los textos originales latinos al griego, así como la elaboración de tablas razonadas o resúmenes de materias sobre pasajes complejos u obras completas (*ἰνδικες*) y de anotaciones de pasajes paralelos de los distintos títulos de una obra (*παράτιτλα*)<sup>17</sup>. Ello es indicativo, sin duda, de la conciencia de la autoridad imperial respecto de la anomalía que suponía la imposición de un cuerpo legal escrito en su mayor parte en latín a una población cuyo vehículo habitual de comunicación era el griego<sup>18</sup>.

De hecho, ya desde finales del siglo IV, la enseñanza del Derecho en las grandes escuelas de Beirut y Constantinopla había comenzado a hacerse en griego, dada la incapacidad de

<sup>14</sup> Sobre su figura y aportación a la historia del Derecho europeo, vd. Honoré 1978 y, más recientemente, 2004 (con lit.). La actividad legislativa de Justiniano decayó gravemente a partir de mediados del año 542, casualmente la presumible fecha de muerte de Triboniano, víctima de la peste (Honoré 1978, p. 64). Como es de sobra conocido, nunca hubo una colección oficial de las *Novelas*, ni siquiera lo fue la llamada desde los humanistas *Collectio Graeca*, editada modernamente por Schöll-Kroll 1895 (con múltiples reimpresiones), que recoge 158 *leges* justinianas hasta el año 565 (y otras disposiciones imperiales, incluso de algunos sucesores de Justiniano I).

<sup>15</sup> Vd. al respecto, Honoré 1978, p. 124 ss. Sobre el vocabulario griego justiniano, vd. exhaustivamente, Avotins 1992. El latín sólo se emplea ocasionalmente en las *Novelas*, ya que el emperador consideraba – con buen criterio – que el griego era “más usual y más fácil de comprender para el pueblo” (*Nov. 7, 1 in fine*), y tal vez por otros condicionamientos (cfr. González Fernández 1997, p. 48 ss.). No obstante, hubo tempranas traducciones latinas de muchas de las *Novelas* justinianas escritas originariamente en griego, como se observa en las colecciones privadas conocidas tradicionalmente como *Epitome Iuliani* (124 constituciones) y *Authenticum*, (134), ambas de finales del reinado de Justiniano. Es probable, no obstante, que durante los años comprendidos entre la segunda edición del *Codex* (534) y la muerte de Triboniano (542) hubiera habido un proyecto codificador tendente a la preparación de una tercera edición del *Codex*, como parece apuntar el texto de las *Novelas* 117 (542), 118 (543), 120 (544) y 123 (546), que la muerte del ministro habría cortado de raíz, ya que el propio Justiniano carecía como tal de todo programa de actuación legislativa: cfr. Simon 1991; Troianos 2011<sup>3</sup> (2015), p. 74 ss.

<sup>16</sup> Cfr. *supra* en el texto y nt. 10.

<sup>17</sup> Sobre los significados precisos de estos términos, vd. Wenger 1953, p. 681, y las referencias citadas *infra*, nt. 22.

<sup>18</sup> La convivencia del latín y el griego en el territorio de los antiguos reinos helenísticos ha sido objeto de muchas especulaciones respecto a su nivel de conflictividad. Es dudoso que pueda hablarse propiamente de un “bilingüismo” en la parte oriental del Imperio fuera del ámbito puramente administrativo y militar, ya que el predominio de la lengua griega, tanto desde el punto de vista de la alta cultura como de la vida práctica, era tan notorio, que la presencia del latín en la realidad vital del Oriente bizantino no deja de ser un elemento casi puramente anecdótico. La prueba de esa neta predominancia de la lengua griega se evidencia, incluso en el ámbito jurídico, en el creciente uso de textos y terminología griega por parte de los propios juristas romanos tardoclásicos, de lo cual tenemos incluso un buen número de testimonios en el propio Digesto (sobre todo los pasajes llamados *Modestiniana* de *Dig. 27, 1, 1-2/4/6/8/10/12-17*; vd. una clasificación de los ‘*Graeca in Pandectis*’ en Troje 1971, p. 12 ss.), por no hablar de los abundantes restos contenidos en documentos papirológicos (sobre esto, vd. las indicaciones de Mantovani 2011, p. 117; a este respecto, el propio Mantovani ha dirigido recientemente en la Universidad de Pavia un macroproyecto de investigación internacional sobre el tema de la cultura jurídica y la supervivencia de la tradición jurisprudencial romana en la Antigüedad Tardía – proyecto REDHIS –, cuyos resultados están próximos a publicarse y que sin duda arrojarán nueva luz sobre estas cuestiones: cfr. <http://redhis.unipv.it/>). Sobre el problema del bilingüismo en el Imperio romano, y en particular en la parte oriental, puede verse, entre otros, desde una perspectiva sociolingüística, Adams 2003, esp. p. 417 ss. Respecto a la presencia de la lengua latina en el Imperio bizantino y su significación más allá del ámbito estrictamente jurídico, hay una nutrida bibliografía: vd., últimamente, Garcea-M. Rosellini-Silvano (ed.), 2019, con numerosas indicaciones; para cuestiones de índole jurídica, vd. las aportaciones de Van Bochove 2019, Rodríguez Martín 2019 y Miglietta 2019.

los estudiantes para comprender una exposición oral en lengua latina<sup>19</sup>: sin duda estarían en condiciones de leer y entender los textos jurídicos romanos originales, pero no así las explicaciones de clase impartidas por profesores de Derecho (*antecessores*)<sup>20</sup>, ellos sí perfectamente bilingües<sup>21</sup>. De ahí que estos profesores fueran viéndose progresivamente en la necesidad de emplear en las tareas docentes la lengua de uso común para tratar de verter los conceptos y reglas jurídicas romanas concebidos y plasmados originariamente en latín y para un público familiarizado con ciertas instituciones de raigambre puramente romana. Ello condujo a la paulatina introducción, mucho antes de la propia compilación justiniana, de una literatura jurídica escrita en griego, consistente en la redacción de textos que trataban de reflejar las explicaciones de clase, destinadas a la exégesis y aclaración de los pasajes de los juristas romanos y de constituciones imperiales de la época clásica, ya muchas veces ininteligibles para los estudiosos de mentalidad estrictamente griega. En efecto, en las lecciones, los profesores hacían una lectura integral del texto de la ley originario (τὸ ῥητόν) que se proponían explicar y hacían luego una traducción para sus alumnos, no literal (κατὰ πόδας), sino interpretativa y de sentido. Esta traducción se denominaba con el latinismo ἰνδιξ (gr. ἐπιτομή). Sobre tal traducción hacían sus comentarios específicos (παραγραφαί), que, cuando no eran puntuales, sino exhaustivos en relación con una determinada parte del texto, se llamaban ὑπομνήματα. A veces, la explicación procedía de las preguntas de los estudiantes sobre detalles del texto (ἑρωταποκρίσεις); en otras ocasiones, los comentarios proponían la formulación de reglas generales, de las que el texto concreto sería aplicación o excepción, según los casos (προθεωρία). De todos estos tipos de comentario – y de otros más – quedaba constancia escrita a través de anotaciones marginales en los manuscritos de los textos legales<sup>22</sup>.

De ahí que la prohibición imperial de realizar comentarios a los textos legales objeto de la compilación no pudiera llegar muy lejos. Incluso los propios protagonistas de la obra codificatoria, como los *antecessores* Teófilo<sup>23</sup> o Doroteo<sup>24</sup>, así como otros profesores de la época ajenos a esa tarea pero cercanos al círculo de Justiniano, como Estéfano, Taleo, Cirilo y otros<sup>25</sup>,

<sup>19</sup> Van der Wal-Lokin 1985, p. 21. Sobre las dificultades de enseñar y aprender en latín a comienzos del Imperio bizantino, vd. últimamente Signes Codoñer 2019. Con todo, la presencia de latinismos en la lengua griega utilizada a inicios del Imperio bizantino no constituía, ni mucho menos, un fenómeno inusual: vd. E. Dickey 2012.

<sup>20</sup> El término *antecessor* (también ἀντικλήτωρ) para referirse a los profesores de Derecho está tomado de la jerga militar: eran llamados así en el ejército bizantino los batidores o expedicionarios enviados por delante de la tropa para buscar los caminos más practicables y los mejores lugares para acampar. En este sentido figurado sólo se aplica a los profesores que enseñaron entre 533 y 560: cfr. últimamente Lokin, Van Bochove 2011, p. 119.

<sup>21</sup> L. Burgmann 1991, p. 62; Fögen 1996, p. 12.

<sup>22</sup> Sobre los métodos de enseñanza de los *antecessores*, sigue siendo esencial la aportación de Scheltema 1970, pass.; vd. también Gómez Royo 1996, p. 170 ss.; últimamente Lokin, Van Bochove 2011, p. 118 ss.; Troianos 2011<sup>3</sup> (2015), 57 ss.

<sup>23</sup> Sobre la figura de Teófilo y su aportación, tanto a la supervivencia de la cultura jurídica en Bizancio como a la mejor comprensión del Derecho justiniano en Occidente a partir del Renacimiento, hay una abundante bibliografía, imposible de reseñar aquí: vd. una síntesis en J. Llanos Pitarch 2004 (con lit.); además, Lokin-Van Bochove 2011, p. 122 ss.; más recientemente, Scarcella 2014; vd. además *infra*, nt. 26.

<sup>24</sup> Al respecto, vd. Agudo Ruiz, 2004 (con lit.); además, Lokin, Van Bochove 2011, p. 128.

<sup>25</sup> En la rúbrica de la constitución ‘*Omniem de conceptione digestorum altera*, el emperador Justiniano se dirige a ocho *antecessores*, a quienes se encarga la reforma de las enseñanzas jurídicas en las escuelas de Constantinopla y Beirut mediante

llevaron a término trabajos que no se limitaban a los géneros de reproducción cuasimecánica tolerados por Justiniano, sino que los desbordaban ampliamente, pasando al terreno en principio prohibido de la interpretación y el comentario. El más famoso de estos textos es la *Institutionum Graeca Paraphrasis* de Teófilo<sup>26</sup>, una reelaboración de las *Instituciones* de Justiniano, que constituye el mejor ejemplo de esta literatura jurídica de índole didáctica de la primera época bizantina y el único que ha llegado hasta nosotros en su totalidad: formalmente, es una traducción del libro justiniano, pero, de hecho, el autor introduce numerosos elementos interpretativos que no se encuentran en el original. Otros tipos de obras de esta literatura son de carácter más exegetico, como los que se han llamado *παραφρασαί, σημείωσαι, ὑπομνήματα, ἐρωταποκρίσεις* o *παραπομπαί*, así como los *ἵνδικες* del Código o el Digesto o las *συνόψεις* de las Novelas, todos ellos géneros derivados directamente de las enseñanzas de los *antecessores*.<sup>27</sup> De este tipo de obras de este período sólo nos han quedado muestras fragmentarias recogidas en los escolios a los *Basílicos*, la compilación griega del s. X, según veremos más adelante.

Ahora bien, ya en la propia elaboración de estas obras se puso de manifiesto la enorme dificultad que suponía verter a la lengua griega la terminología técnica del Derecho romano, concebida y acuñada desde muchos siglos antes en la lengua del Lacio<sup>28</sup>. Se trataba de intentar expresar con palabras griegas un conjunto de conceptos e instituciones que sintetizaban siglos de experiencia jurídica en Roma y que no tenían paralelo alguno, o tan sólo aproximaciones, en la historia jurídica helénica. De esta dificultad eran del todo conscientes los propios juristas romanos, acostumbrados como estaban a manejar los textos de la filosofía y la ciencia helenísticas<sup>29</sup>. Los profesores prejustinianos (los llamados posteriormente en las escuelas *ἥποες*)<sup>30</sup> y los *antecessores* contemporáneos del emperador trataron de solventar esta dificultad a través de un método expeditivo. Como regla general, dejaron sin traducir los *termini technici* de los textos jurídicos romanos que debían ser objeto de explicación en las clases, de modo que la lengua jurídica se acababa configurando como una jerga especial de aspecto esotérico, apta sólo para los iniciados. De ahí que los fragmentos de la literatura jurídica de ese período que han sobrevivido hasta nosotros se nos presenten repletos de expresiones latinas originales (aunque escritas a menudo con el alfabeto griego). Así, en los fragmentos de la literatura de estos autores de los siglos VI y VII que nos han llegado, encontramos fundamentalmente tres clases de latinismos técnicos explícitos:

la introducción de los nuevos textos legislativos; tales destinatarios son: Teófilo, Doroteo, Teodoro, Isidoro, Anatolio, Taleo, Cratino y Salamina.

<sup>26</sup> Ed. de Contardo Ferrini 1884-1887, y J.H.A. Lokin *et al.* 2010. Sobre la composición de esta obra, vd. una panorámica general en Falcone 2000, p. 417 ss.

<sup>27</sup> Sobre estos géneros, vd. Scheltema 1970, p. 3 ss.; Pieler 1978, p. 419 ss.; Gómez Royo 1996, p. 170 ss.; Lokin-Van Bochove 2011, p. 77 ss. (con lit.).

<sup>28</sup> Van Bochove 2013.

<sup>29</sup> Por todos, Wieacker 1988, p. 640 ss.

<sup>30</sup> Wenger 1953, p. 637 ss. (con lit.); Gómez Royo 1996, p. 159 ss.; Van der Wal, Lokin 2011, p. 23 ss.

1) expresiones adverbiales que recogen giros típicos de la lengua jurídica (*v. gr. bona fide, causa cognita, donandi animo*, etc.); a ellas se asimilan los términos utilizados para calificar las acciones procesales (*v. gr. actio venditi, actio conducti, actio praescriptis verbis*), que aparecen como sustantivos indeclinables y de género femenino (*v. gr. ἡ venditi o ἡ praescriptis verbis*), por elipsis del sustantivo griego correspondiente a *actio* (ἀγωγή).

2) adjetivos y sustantivos latinos, declinados según las reglas griegas: *v. gr. ὁ reos* (gen. τοῦ reu), ὁ actor (gen. τοῦ actoros), ὁ usufructos (gen. τοῦ usufructou) o τὸ iurisgention (gen. τοῦ iurisgentiou).

3) verbos latinos conjugados como los verbos griegos en -εύειν: *v. gr. de delego, delegatεύειν*; de *usucapio, usucapiteύειν*; de *defendo, defendeύειν*, etc.<sup>31</sup>.

Estos textos representan, por tanto, una mezcla de lengua coloquial griega y elementos procedentes de la jerga técnico-jurídica latina romana<sup>32</sup>, que era utilizada en los ámbitos académicos, pero dudosamente en el foro y en la administración. La presencia constante y masiva de estos latinismos en la literatura jurídica dio a esos textos un aspecto extraño en el contexto lingüístico de la época, adoptando la forma de una especie de jerga esotérica respecto a la lengua griega ordinaria, sólo apta para hablar del mundo del foro. Con todo, ese expediente cumplió la función para la que había sido pensado y sirvió como mecanismo práctico en la enseñanza del Derecho, al menos mientras los estándares de cultura lingüística y jurídica se mantuvieron a un nivel suficientemente aceptable.

### 3.

La situación cambió dramáticamente con posterioridad al siglo VI. Entre los siglos VII y IX, como consecuencia de la grave crisis que atravesó el Imperio, los conocimientos, tanto de la lengua latina (en particular, de la terminología técnico-jurídica) como del saber jurídico en su conjunto, disminuyeron dramáticamente y se fue haciendo cada vez más ininteligible tanto una legislación general escrita en una lengua arcaica y exótica, como incluso esa literatura de profesores, “griega en su letra pero latina en su espíritu”, como muy bien ha sugerido alguna autora<sup>33</sup>. Mientras existió un cuerpo de juristas bien formado en las grandes escuelas y aún ligados espiritualmente a la Antigüedad romana, ese Derecho y esa literatura derivada de él aún pudieron encontrar un reconocimiento en la praxis jurídica bizantina. Sin embargo, con la profunda reorganización administrativa del Imperio del s. VII y la crisis iconoclasta del s. VIII se hacía imposible seguir utilizando las normas justinianas en su estado originario y fueron abriéndose camino representaciones jurídicas populares de origen oriental. Con todo, la litera-

<sup>31</sup> Sobre estos modos de escribir la terminología técnico-jurídica romana, vd. Van der Wal 1964, p. 1161 ss., y 1983, p. 29 ss.

<sup>32</sup> Fögen 1996, p. 14.

<sup>33</sup> Fögen 1996, p. 22.

tura jurídica de época justiniana debió de seguir leyéndose y copiándose, puesto que a partir de esta época surgen una serie de glosarios jurídicos bilingües, tradicionalmente llamados, aunque de modo incorrecto, *Glossae nomicae*<sup>34</sup>, destinados precisamente a intentar aclarar esos términos latinos fosilizados en las obras de los juristas prejustinianos y justinianos, y que ya resultaban incomprensibles para los operadores jurídicos de la época siguiente, a través de la utilización de términos puramente griegos de uso común en su época (*exhellenismoi*). Tales léxicos proceden sin duda de pequeños comentarios y glosas interlineales y marginales incorporados a las copias de las obras de los *antecessores* y que con posterioridad se independizaron de ellas, formando auténticos diccionarios jurídicos, que son los que se nos han transmitido a través de una serie de manuscritos desde el s. XI<sup>35</sup>. Estos glosarios presentan, no obstante, una gran cantidad de errores e imprecisiones, lo que hace suponer que sus autores anónimos no habían llegado a comprender enteramente el significado de los términos técnicos para los que dan traducciones elementales o mecánicas. La aparición de estos léxicos no es sólo indicativa de una falta de conocimientos históricos y lingüísticos en los operadores jurídicos bizantinos del momento, sino también de la necesidad cada vez más perentoria que se sentía de sustituir los viejos *libri legales* justinianos por un nuevo código auténticamente griego.

Un ensayo de ello, aún muy imperfecto y sumamente problemático, fue la llamada *Ecloga* (Ἐκλογή τοῦ νόμου)<sup>36</sup>, elaborada bajo los emperadores isaurios León III (717-741) y Constantino V (741-775) y promulgada seguramente en 741. Se trata de un compendio sintético de lo fundamental (para su época) del Derecho justiniano, junto con elementos procedentes del vulgarismo jurídico del período, escrito todo él en griego, en un lenguaje muy alejado de la jerga profesoral antedicha. La obra estaba encaminada a dar pautas a los jueces (sobre todo los de las provincias) para una adecuada ordenación del proceso civil y penal; seguramente por su gran apego a la praxis, tuvo una amplia influencia ulterior, y fue objeto de varias reelaboraciones posteriores, como la *Ecloga privata* y la *Ecloga privata aucta*, del s. IX<sup>37</sup>. Tal vez de esa misma época provienen también algunos textos especiales (“leyes”) que presentan algunas características similares a las de la *Ecloga*<sup>38</sup>, como son las llamadas νόμος γεωργικός (*lex rus-*

<sup>34</sup> Más correctamente, λέξεις λατινικαί ο ῥωμαϊκαί: vd. sobre ello, con detalle, Burgmann 1991, *pass.*; para la concepción tradicional del fenómeno, vd. ya Mortreuil 1843, I, p. 100 ss. Una puesta al día, con abundante información respecto a las vías de recepción de estos textos, se encuentra en Signes Codoñer 2013.

<sup>35</sup> Burgmann 1977.

<sup>36</sup> Ed. moderna de Burgmann 1983. Según su propia concepción, esta no era sino una ἐκλογή, esto es, una antología de las normas vigentes, que no eran otras que las del Derecho justiniano, y su función era únicamente facilitar el acceso al conocimiento del Derecho (demasiado extenso y complejo en su forma original) a los jueces y administradores de provincias (Ecl. proemio, ll. 36-40, ed. Burgmann 1983, p. 162); sin embargo, los propios emperadores León III y Constantino V reconocen que en ella se han incluido también sus propias leyes reformadoras cuando ello resultaba pertinente para dar regulación a las cuestiones tratadas en la obra (Ecl. proemio, ll. 45-48), además de someter a las leyes justinianas a cierta moderación con vistas a hacer su contenido φιλανθρωπότερον. Con todo, en esta compilación, el Derecho justiniano aparece sumamente deformado por la influencia de normas canónicas y elementos procedentes de las costumbres orientales y representaciones vulgares de las normas romanas: cfr. Burgmann 1983, p. 4 ss.; Humphreys 2015, p. 81 ss. (con lit. anterior).

<sup>37</sup> Pieler 1978, pp. 442 ss., 458 ss.; Van der Wal, Lokin 2011, p. 75 ss.; Troianos 2011<sup>3</sup> (2015), pp. 102, 112, 177.

<sup>38</sup> Sobre el conjunto de estas obras, vd. ahora Burgmann 2009.

*tica*)<sup>39</sup>, νόμος στρατιωτικός (*lex militaris*)<sup>40</sup> y νόμος Ῥοδίων ναυτικός (*lex Rhodia nautica*)<sup>41</sup>, obras referidas a diversos aspectos del Derecho penal, administrativo, agrario, comercial y militar, de tendencias vulgarizantes, que, en realidad, debieron de ser trabajos privados de juristas anónimos.

#### 4.

El panorama vuelve a cambiar en el último tercio del siglo IX, en un contexto de visible mejora de las condiciones económicas, políticas, sociales, militares, religiosas, y también culturales, del Imperio bizantino tras la superación de la crisis iconoclasta. El reinado de Basilio I Macedonio (867-886) marca un giro en la historia de Bizancio, y también de su Derecho, por lo que se ha dado en llamar a su tiempo, y el de sus sucesores, la época del “renacimiento macedonio” o “época clásica” en la historia del Derecho bizantino<sup>42</sup>. Bajo esta dinastía y las siguientes de los Ducas y los Comnenos (ss. IX-XII) se desarrolló el período áureo de la jurisprudencia bizantina propiamente dicha.

#### 4.1.

En efecto, tras asumir el poder en 867, uno de los primeros y más firmes propósitos de Basilio I será la reforma del ordenamiento jurídico por la vía de la recuperación del Derecho justiniano en toda su integridad, pero adaptado a la praxis de su tiempo, es decir, liberado de aquellos elementos considerados anacrónicos o contradictorios, ordenado en su disposición interna y, sobre todo, escrito completamente en una lengua griega comprensible sobre todo para los operadores jurídicos de su época (en especial, los jueces de provincias). Este proceso constituyó una auténtica “recepción” del Derecho justiniano en Bizancio<sup>43</sup>, que culminó con la elaboración de una nueva compilación jurídica omnicomprendiva, paralela al *Corpus iuris* de Justiniano. En efecto, los juristas de ese periodo apenas realizaron ninguna lectura renovada ni una nueva traducción completa del *Corpus iuris*, sino que se valieron en general de aquella literatura jurídica escolar de los *antecessores* y los *σχολαστικοί* de los siglos VI y VII, pero despojándola de aquellos molestos e incomprensibles latinismos que le daban un aspecto particular y misterioso, pero también un perfil técnico muy bien definido. Estos objetivos dieron lugar a la elaboración de una serie de obras, a medio camino entre textos legales y obras doctrinales,

<sup>39</sup> Ed. de W. Ashburner 1910; con respecto a esta obra, vd. Humphreys 2015, p. 195 ss. (con lit. anterior).

<sup>40</sup> Ed. de W. Ashburner 1926; cfr. Korzenszky, 1931. Al respecto, vd. también Humphreys 2015, p. 152 (con lit. anterior).

<sup>41</sup> Ed. de W. Ashburner 1909; cfr. al respecto Humphreys 2015, p. 179 ss. (con lit. anterior).

<sup>42</sup> Un balance general del “renacimiento macedonio” en el ámbito jurídico puede verse en Fögen 1996, p. 11 ss. La denominación, con todo, resulta impropia: vd. argumentos concluyentes al respecto en Schminck 2000; cfr. al respecto Troianos 2011<sup>3</sup> (2015), p. 137 ss., y, más recientemente, Chitwood 2017.

<sup>43</sup> Fögen 1996, p. 16.

que facilitaron la ulterior recuperación de la enseñanza técnica del Derecho y la jurisprudencia científica en Bizancio<sup>44</sup>.

Este proyecto de recuperación y renovación del viejo Derecho (ἀνακάθαρσις τῶν παλαιῶν νόμων = “depuración de las viejas leyes”)<sup>45</sup>, acomodándolo a las nuevas circunstancias, eliminando normas obsoletas y refundiendo las vigentes en una sola obra de conjunto, culminó en la elaboración de los *Basilicos*<sup>46</sup> (τὰ Βασιλικά, “las leyes imperiales”<sup>47</sup>), una reelaboración del *Corpus iuris* justiniano en 60 libros en lengua griega, destinada a sustituir en la práctica a la compilación justiniana, ordenada por el hijo y sucesor de Basilio, León VI el Sabio (886-912), siguiendo, al parecer, los planes iniciados por su padre. La compilación fue llevada a cabo por una comisión de jurisconsultos (*Basilicorum repurgatores*), cuyos nombres desconocemos, presididos por el protosbatario *Symbatios*<sup>48</sup>. Cada libro aparece dividido en títulos y cada título en párrafos (κεφάλαια), siguiendo en general el orden del *Codex Iustinianus*: la obra presenta así un carácter sistemático mayor que el *Corpus iuris* original, dado que el material jurídico aparece ordenado de modo homogéneo, siguiendo la técnica de colocar en serie los títulos análogos del Digesto y el Código, seguidos de una o varias Novelas, lo que facilitó enormemente el manejo del *Corpus* a los prácticos del Derecho.

Los textos que sirvieron de base a la nueva compilación no fueron propiamente ni los del *Corpus* justiniano (con excepción de las Novelas) ni nuevas traducciones de estos, sino de las versiones griegas ya existentes – los κατὰ πόδας, los *indices* y los *paratitla* –, permitiéndose a los compiladores, en un último estadio de elaboración, la introducción de interpolaciones, que sirvieron particularmente para la helenización de los *termini* latinos del texto originario (ἐξῆλληνισμοί)<sup>49</sup> que no estuvieran ya previamente helenizados<sup>50</sup>.

Esta magna obra constituye el punto final del proceso de transformación o metamorfosis del lenguaje jurídico latino en uno nuevo griego a fin de expresar sustancialmente el mismo Dere-

<sup>44</sup> Una panorámica general actualizada de esta literatura jurídica se encuentra en Troianos 2011<sup>3</sup> (2015), p. 185 ss.; además, Chitwood 2017, *pass*.

<sup>45</sup> Vd. al respecto, Pieler 1989; Chitwood 2017, p. 16 ss.

<sup>46</sup> Sobre esta obra la literatura es inmensa: vd. ahora, por todos, Troianos 2011<sup>3</sup> (2015), p. 165 ss. (con abundantes referencias), y Lokin-Van Bochove 2011, p. 135 ss.

<sup>47</sup> Aunque su título oficial debió de ser el de *Los LX libros* (ἑξάκοντα βιβλία) de León VI: Schminck 1986, p. 27 ss.; pero también pudo ser conocida entre sus contemporáneos directamente como Ἀνακάθαρσις τῶν παλαιῶν νόμων τοῦ Λέοντος (Wenger 1953, p. 702). Han existido dudas no solo sobre su verdadero título, sino también sobre su datación o sobre su auténtico valor normativo: vd. la discusión doctrinal en Troianos 2011<sup>3</sup> (2015), p. 172 ss. Con todo, parece que, en cualquier caso, la compilación sí acabó adquiriendo fuerza de ley en 1175 por una disposición del emperador Alejo I Comneno (cf. Van der Wal, Lokin 2011, p. 84), es decir, casi tres siglos después de su elaboración, por lo que la probabilidad de existencia de corrupciones textuales es en todo caso bastante alta: vd. Andrés Santos 2013, p. 15 nt. 44.

<sup>48</sup> Mortreuil 1843, II, pp. 68 ss. 499 ss.; Wenger 1953, p. 702 y nt. 263 (con más lit.).

<sup>49</sup> Burgmann 1977 (con más indicaciones); últimamente Lokin, Van Bochove 2011, pp. 140-141; Chitwood 2017, p. 160 ss.

<sup>50</sup> Las alteraciones – fuera de la helenización de los términos técnicos latinos – no debieron de ser muchas, ya que se impuso una actitud conservadora hacia los textos, e incluso se dejaron como Derecho vigente normas de Derecho administrativo claramente obsoletas, mientras que no se incorporaron muchas de las innovaciones normativas de la legislación anterior a León VI, incluso algunas de Basilio I contenidas en el *Prochiron*: cfr. Pieler 1978, p. 456. p. 456; Lokin, Van Bochove 2011, p. 141; Troianos 2011<sup>3</sup> (2015), p. 171.

cho romano forjado por los jurisconsultos clásicos de los siglos I a III y conservado por el *opus magnum* justiniano. Si bien esta obra está construida sobre la base de las traducciones literales y los comentarios del *Corpus iuris* de los autores de la época justiniana (y, en ese sentido, tiene más bien poco de original), sin embargo, de ella desaparecieron casi todos los latinismos profesorales y fueron casi sistemáticamente sustituidos por *exhellenismoi*, ahora mucho más precisos que en las *Glossae nomicae*. Tanto para hacer esto como para la propia selección y adaptación de los textos justinianos que debían ser objeto de la nueva compilación, los juristas bizantinos del momento tuvieron que realizar un importante esfuerzo de reaprendizaje del antiguo Derecho romano, durante varios siglos muy adulterado y casi abandonado en la práctica, proceso que ha sido adecuadamente calificado de auténtica “recepción” del Derecho justiniano en Bizancio (anterior, pero paralela, a la que se dio en Occidente)<sup>51</sup>. Asimismo, esta corriente restauradora y renovadora a la vez del antiguo Derecho justiniano propició la aparición de una nueva y floreciente literatura jurídica en Bizancio en los siglos X-XII. Al hilo de la codificación macedonia surgió un literatura compilatoria que se orientó, bien a la simplificación del material de los *Basílicos*, bien a su aclaración por medio de escolios<sup>52</sup>, pero también de una literatura isagógica (como la *Synopsis Pselli*<sup>53</sup>, del s. XI, una obra en verso memorial dirigida por el filósofo Miguel Pselo (1018-1178) a su alumno, el futuro emperador Miguel VII Dukas (1061-1078) y numerosas monografías) y tratados sobre temas específicos y repertorios de decisiones judiciales<sup>54</sup>.

#### 4.2.

A esta tarea de restauración y puesta al día del Derecho justiniano en Bizancio hubo de contribuir, sin duda, el proceso de recuperación de la antigua cultura clásica emprendido por los intelectuales del período, encabezados por el patriarca Focio (810-*post* 893)<sup>55</sup>, al que se atribuye también una obra jurídica compilatoria menor que tal vez sirvió de preparación a los *Basílicos*, la titulada *Εἰσαγωγή τοῦ νόμου* (o “Introducción al Derecho”)<sup>56</sup>, seguramente de en torno al 886<sup>57</sup>.

<sup>51</sup> Fögen 1996, p. 16 ss.

<sup>52</sup> En efecto, a partir del s. X, quizá por orden del emperador Constantino VII Porfirogénito (913-957), el texto de los *Basílicos* vino acompañado sistemáticamente por escolios explicativos que en gran medida proceden de extractos de los *paratitla* y *paraphraseis* de los autores del s. VI (*scholia antiqua*), enriquecidos posteriormente por los escolios de autores de los s. XI y XII (*scholia recentiora*). Sobre el tema, vd. últimamente Lokin-Van Bochove 2011, p. 141 ss.

<sup>53</sup> Ed. en Zepos, Zepos 1931, VII, pp. 377-407; cfr. Weiss 1977; más indicaciones en Troianos 2011<sup>3</sup> (2015), p. 188 ss.

<sup>54</sup> Sobre todo la *Peira* (Πεῖρα) atribuida al juez Eustathios Romaïos; vd. al respecto Troianos 2011<sup>3</sup> (2015), p. 196 ss.

<sup>55</sup> Sobre el tema, vd. Treadgold 1984. Sobre la figura de Focio, vd. nota siguiente.

<sup>56</sup> Tradicionalmente conocida como *Epanagoge* (vd. Pieler 1978, p. 454), pero cf. Schminck 1986, p. 4 ss. La edición estándar de la obra sigue siendo la de K.E. Zachariae von Lingenthal de 1892 (en Zepos-Zepos 1931, II, pp. 229-328). Hay una nueva ed. del proemio en Schminck 1986, p. 1 ss. (con trad. alemana), reproducido en Stolte-Meijering 2011, pp. 96-101 (con trad. inglesa y comentarios). Al respecto, cf. Troianos 2011<sup>3</sup> (2015), p. 156 ss.; monográficamente (con traducción española), Signes Codoñer-Andrés Santos 2007 (sobre la aportación de Focio, vd. p. 147 ss.); cfr. una síntesis sobre la obra y su problemática en Andrés Santos (2007).

<sup>57</sup> Sobre la fecha de composición y, eventualmente, promulgación de esta obra hay controversia (sobre todo en relación

Precisamente esta obra puede servirnos de pauta para la comprensión del proceso formativo del lenguaje jurídico bizantino como manifestación de un auténtico fenómeno de recepción jurídica. Se trata de una obra que se encuentra justamente a medio camino en este proceso de helenización que acabamos de enunciar. Efectivamente, la *Eisagogé* es un compendio-síntesis del Derecho secular bizantino de finales del siglo IX que se inscribe plenamente en el programa de renovación o ἀνακάθαρσις que hemos señalado anteriormente (incluso, según la opinión de autores, marca el punto de partida de dicho proceso reformador<sup>58</sup>). En todo caso, se trata de un compendio que reúne un conjunto de textos, ordenados temáticamente, tomados en lo esencial de la compilación justiniana y de las *Novelas*, pero también de la *Écloga* en algunos casos, y con algunos materiales originales de gran interés, sobre todo en cuestiones de Derecho público, y que trata de sintetizar en 40 títulos lo fundamental del Derecho público y privado del Imperio bizantino en ese momento histórico, con vistas a servir de preámbulo e introducción (de ahí su título) a la gran compilación del conjunto del ordenamiento jurídico que debía ser llevada a cabo en cuarenta libros. La obra, aunque tiene una forma legislativa y una evidente vocación normativa (y no estrictamente didáctica), parece que nunca llegó a entrar realmente en vigor como ley y se quedó en un mero proyecto legislativo<sup>59</sup>, cuya difusión e influencia se debieron sobre todo al prestigio y personalidad de su autor o inspirador, el patriarca Focio.

Esta obra es sumamente interesante para examinar el proceso de cambio en la terminología jurídica bizantina porque, además de ser una obra primeriza en el marco del “renacimiento jurídico macedonio”, contiene información sobre muchas más instituciones que otras obras del período, como por ejemplo el *Procheiros nomos* o *Prochiron*, el otro compendio-síntesis tal vez del reinado de Basilio I (aunque su datación es muy incierta, si bien pensamos que puede proceder de en torno al año 872), el cual se limita a las instituciones del Derecho privado (incluyendo ahí también el Derecho penal), mientras que la *Eisagogé* presta una atención muy especial al Derecho público y al eclesiástico. No obstante, debe tenerse en cuenta también el sello personal de la pluma de su autor (o, al menos, inspirador), que la distinguirá de cualesquiera otras obras de la historia del derecho en Bizancio y que también puede haber tenido una incidencia significativa en sus características lingüísticas, lo que debería ser objeto de un estudio específico.

---

con su posición respecto del otro compendio-síntesis de la época, el *Prochiron*): la opinión tradicional de K.E. Zachariae von Lingenthal (1892<sup>3</sup>, p. 22) la databa cerca de 879; por el contrario, Schminck (1986, p. 62 ss.) sostiene que hubo de ser escrita a finales del reinado de Basilio I, es decir, en 885 o primeros meses de 886; en cambio, T. van Bochove (1996, p. 7 ss.) adelanta su fecha de elaboración a 880; y Signes Codoñer-Andrés Santos (2007, pp. 161 ss., 190 ss.) la ubican en un momento impreciso entre 880 y 886, con más tendencia hacia el final del período.

<sup>58</sup> Schminck 1986, p. 62 ss.; lo siguen Pieler 1989, 61 ss., y Fögen 1996, p. 11; con dudas, Troianos 2011<sup>3</sup> (2015), p. 156 ss.; más escéptico, F. Gorla 1989; vd. un resumen de la controversia en Andrés Santos 2007, p. 8 ss.; Van Bochove 2011, p. 239 ss.

<sup>59</sup> Así ya Zachariä von Lingenthal 1892<sup>3</sup>, p. 85 y también, más recientemente, Signes Codoñer-Andrés Santos 2007, p. 165 ss. En contra, Schminck 1986, p. 72 ss.; y Van Bochove, 1996, p. 7 ss., 2011, p. 250.

Desde el punto de vista de lo que aquí interesa, que es la presencia de latinismos en su texto, la obra, como decimos, se sitúa en una posición intermedia respecto de la situación de la literatura jurídica de época justiniana – o inmediatamente posterior – y la que encontramos en los *Basílicos*. En efecto, la obra ya no presenta tantos ni tan señalados términos técnicos latinos como en los textos de los *antecessores* y, además, la grafía latina ha desaparecido absolutamente de su interior. Pero, por otra parte, los *exhellenismoi* no son tan frecuentes como en el texto definitivo de los *Basílicos*, sino que conserva aún muchas palabras y expresiones heredadas de las obras que le sirven de inspiración y que en modo alguno se corresponden con el griego hablado en su época. La obra recoge, por tanto, un buen número de latinismos que la alejan sustancialmente del resto de la obra de Focio, y que hacen suponer que aquellas partes más técnicas del compendio nunca fueron redactadas directamente por él (cosa que, por otra parte, se comprueba fácilmente a través de la comparación con los pasajes del *Corpus iuris civilis* que están en la base de los respectivos capítulos de la obra). Estos latinismos son en la mayoría de los casos similares a los que encontramos en los fragmentos de las obras de *antecessores* y σχολαστικοί, es decir, palabras y expresiones técnicas tomadas directamente del latín y que conservan su forma, en grafía griega y, normalmente, con declinación o conjugación igualmente griegas, como hemos señalado antes, pero con algunas peculiaridades. Así, en primer lugar, ha desaparecido completamente la grafía latina de su texto: todos los términos latinos aparecen escritos en letras griegas sin mezcla ninguna. Por otra parte, en segundo lugar, se deja notar la ausencia en su texto de las palabras indeclinables en género femenino referidas a las acciones procesales, tan típicas de la literatura de los siglos VI y VII. En la *Eisagogé*, las referencias a las acciones se hacen a través del sustantivo ἀγωγή y el complemento determinativo pertinente, es decir, un calco de las correspondientes expresiones latinas: v. gr. ἀγωγή καιωνίας (*actio socii*), περὶ καταθήκης ἀγωγή (*actio depositi*), τοῦ ἐνεχύρου ἀγωγή (*actio pignoratitia*), περὶ δόλου ἀγωγή (*actio de dolo*), περὶ προικῶς ἀγωγή (*actio rei uxoriae* o *de dote*), etc. En tercer lugar, finalmente, en la *Eisagoge* no se encuentran con tanta frecuencia expresiones adverbiales latinas fosilizadas propias de la lengua jurídica, tan extraordinariamente abundantes en la literatura jurídica de los siglos VI-VII (y, por otra parte, también en el lenguaje jurídico español actual), como hemos señalado con anterioridad. Esos tecnicismos aparecen aquí helenizados y convertidos en expresiones propiamente griegas: así, v. gr., ‘*bona fide*’ se convierte en πίπτει ἀγαθῆ; ‘*sui iuris*’, en ἀντεξούσιος; o ‘*ipso iure*’, en τῷ αὐτῷ δικαίῳ (*Eis.* 28,29). Prácticamente el único ejemplo de este tipo de expresiones latinas adverbializadas que encontramos en la *Eisagoge* es la palabra φάκτω (*Eis.* 40, 64), como equivalente al latino *de facto* – contrapuesto a νόμῳ (*de iure*) –, curiosamente en un capítulo de la obra que carece de un paralelo directo en las fuentes justinianas.

La *Eisagoge*, en cambio, sí es rica en los otros tipos de latinismos que hemos observado en la literatura de los siglos VI-VII, a saber, por un lado, adjetivos y sustantivos plenamente latinos, pero declinados según las reglas griegas (y, en ocasiones, con pequeñas variaciones

grafemáticas), y, por otro, verbos de raíz latina, pero conjugados como verbos griegos en -εύειν. De ambos tipos hay numerosos ejemplos, aunque tampoco con la abundancia con que se encuentran en aquella literatura jurídica anterior, y predominan además claramente los primeros sobre los segundos. Veamos algunos:

a) Adjetivos y sustantivos. Abundan mucho más los sustantivos que los adjetivos. Aparecen sobre todo para designar cargos o dignidades públicas, como κοιίστωρ, ἰλλούστριοι, τριβούνος, πατρίκιος, o cargos privados, como κουράτωρ o πρωκουράτωρ; también con relación a oficios: ταβουλλάριος (pero también ταβελλίων), δομέστικος, φοιδεράτοι y σχολάριοι (con referencia a soldados). Asimismo se usan para designar instituciones típicas del Derecho civil romano: φαλκίδιον (= *cuarta* o *pars Falcidia*), πεκούλιον, φιδοκόμισσα, λεγάτων, κωδίκελλος, πάτρων, δεφενσίων o δόλος; y a los sujetos de las relaciones jurídico-privadas: λεγατάριος (o λιγατάριος), μανδάτωρ, φιδοκομισσάριος. Con respecto a las fuentes del Derecho y las formas de la ley, aparece únicamente la expresión δέκρετον, en repetidas ocasiones (Eis. 10, 7; 15, 3/6; 23, 15). Un caso particular es el del sustantivo μόνιτα, que no aparece más que dos veces consecutivas (Eis. 40, 17-18), haciendo referencia al *crimen de falsa moneta* de C. 9.24, mientras que normalmente en la obra se habla de χρυσός (oro) para aludir al dinero en metálico.

Casos extraordinarios, que tienen una explicación más compleja, son los de algunas palabras que, aunque son términos de origen latino y funcionan en la obra como tecnicismos, no encuentran en las fuentes justinianas una referencia latina explícita. Uno de estos supuestos particulares es el del sustantivo κόμπλα, que aparece sólo en Eis. 23, 2. No está del todo claro a qué se refiere exactamente el texto con esta expresión, pero sin duda reproduce libremente el tenor de su fuente, *Teoph. Inst.* 3, 23 pr., donde se habla de *completiones* (*sic*, en el original), si bien en el texto latino de las *Institutiones* justinianas se utiliza el término *completiones*, es decir, ‘subcripciones’ de los documentos notariales. Se trata, por tanto, de un ejemplo de un uso productivo del latinismo, ya que, a partir de una expresión latina originaria, se acaba construyendo un nuevo tecnicismo griego que ya no responde exactamente al original, si bien tampoco guarda relación con expresiones auténticamente griegas. Otro caso similar es el del sustantivo κάσος: aquí no se trata realmente de una innovación de la *Eisagogé*, porque ya se encuentra la expresión en las *Novelas* justinianas con el significado de “parte” o “porción” de una determinada masa de bienes (*Nov. Iust.* 2, 4; 123, 40). Sin embargo, en el único pasaje de la *Eisagogé* en que aparece esta palabra (Eis. 19, 5) no existe una correspondencia exacta con las fuentes que le han servido de inspiración al autor en este punto, y debe de tener un significado más preciso que el de mera “parte o porción” indeterminada, que, en correspondencia con un pasaje de la *Écloga* en que se habla igualmente de κάσος (*sic*), parece aludir más bien a la “cuarta parte”, en este caso del patrimonio del marido (excluida la dote). La conexión, en cualquier circunstancia, con el original latino ‘*casus*’ es, como se ve, muy remota.

En cuanto a los adjetivos de origen latino, éstos son mucho menos abundantes en la obra que los sustantivos. Hay algunos adjetivos sustantivados alusivos a los sujetos que se encuen-

tran en determinadas situaciones jurídicas: ἔμεινεν (Eis. 15, 15) e ἵνα (Eis. 22, 8; 40, 80). En función puramente adjetival se encuentran únicamente καστρίσιον y παγανικόν, para calificar al πεκούλιον, y πούβλικον, utilizado solamente en un pasaje (Eis. 34, 7) para calificar a ἔγκλημα (i. e. *crimen publicum*).

b) El otro tipo de latinismos en sentido propio detectables en la *Eisagoge* es el de los verbos helenizados a través de la conjugación en -εὖειν. Se trata de verbalizaciones de sustantivos técnicos latinos que, en muchas ocasiones, hacen el recorrido inverso al de sus términos originales: mientras en latín algunos de esos sustantivos son nominalizaciones de formas verbales (v. gr. *defensio*, de *defendere*; o *actio*, de *agere*), en la lengua de los juristas bizantinos se construyen los verbos a partir del sustantivo técnico latino: así es el caso, p. ej., de λεγατεύω, a partir de λεγάτον; o de μανδατορεύω, a partir de μανδάτωρ. Con todo, este género de latinismos es en la *Eisagoge* mucho menos frecuente que el anterior y, en todo caso, de mucha menor incidencia que en la literatura jurídica de la primera época bizantina.

c) Pero, aparte de estos que pueden calificarse como latinismos *stricto sensu*, la *Eisagoge* contiene también otros tipos de palabras que, aunque no pueden catalogarse propiamente de “latinismos”, ya que se trata de palabras y expresiones que no son morfológicamente latinas, resultan, no obstante, anómalas y muy llamativas en el discurso de la obra y su presencia en la misma sólo puede explicarse por la referencia al original latino del que proceden, por lo que, hasta cierto punto, podrían calificarse de latinismos “en sentido impropio”. En concreto, estos “latinismos” de la *Eisagoge* pueden englobarse, a nuestro modo de ver, en dos categorías:

aa) Una de ellas comprendería palabras y expresiones griegas que traducen literalmente, y no sustancialmente, las expresiones técnicas latinas que les sirven de base, careciendo de referentes helénicos: más que de latinismos se trata aparentemente de auténticos *exhellenismoi*, aunque, en realidad, son palabras “griegas en su forma, pero latinas en su espíritu”: v. gr. τὰ πίστει τινὶ παρατεθέντα (Eis. 34,6), frente al más común φιδοκομίσσα.

bb) La otra de estas categorías es más sutil y discutible, ya que se trata de palabras y expresiones absolutamente griegas, que responden en ocasiones incluso a instituciones propias del mundo griego antiguo, pero que, en realidad, están netamente alejadas de la lengua griega hablada en su época, y actúan, de hecho, como auténticos “fósiles” lingüísticos. En la mayoría de los casos esos términos se encuentran ya en la literatura de los siglos VI y VII, pero con un significado distinto, de modo que su presencia en la *Eisagoge* implica un apego a la tradición terminológica de la época anterior alejada de las exigencias de adaptación a la época que presiden el proceso de la ἀνακάθαρσις τῶν παλαιῶν νόμων. Tampoco aquí se trataría de latinismos en sentido estricto, obviamente, pero tampoco de *exhellenismoi*, puesto que son formas que aparecen ya en la literatura de los *antecessores*, aunque con un significado que ya no se corresponde con la realidad de la época en que se escribe la obra que nos ocupa, sino que están aludiendo a una realidad normativa pasada que es, propiamente, la romano-justiniana. De ahí que pueda hablarse en tal caso de latinismos “en sentido impropio”. Algunos ejemplos

de este tipo de expresiones serían, p. ej., ἐπίτροπος (tutor)<sup>60</sup> o καινοτομία (¿obra nueva?)<sup>61</sup>. En cualquier caso, todos estos supuestos resultan sumamente problemáticos en su evolución histórico-lingüística, por lo que un análisis pormenorizado de los mismos está aquí descartado y debemos limitarnos, por tanto, a hacer un mero apunte de su existencia.

En definitiva: este caso de la *Eisagoge*, tan singular por muchos conceptos, puede servir, no obstante, para ejemplificar las graves dificultades con que se encontraron los juristas bizantinos a la hora de construir un lenguaje técnico idóneo para hacer frente a las necesidades jurídicas de su tiempo, pero, al mismo tiempo, sin renunciar a los elementos esenciales de una tradición jurídica de la que se sentían especialmente orgullosos, frente a los *barbaroi* occidentales. Como puede observarse, este proceso constituyó un verdadero fenómeno de aculturación jurídica – en cuanto que sirvió como vía de asimilación de un orden jurídico en sí mismo extraño para la mayoría de la población afectada –, pero, paradójicamente, no sentido como tal, en la medida en que la tradición cultural en la que se insertaba tal orden jurídico era tenida como la propia de ese vasto territorio, que se aprestaba en esos momentos a iniciar un nuevo impulso en aras de la recuperación de un antiguo esplendor.

## 5.

Para concluir: como puede comprobarse, la literatura jurídica bizantina fue una continuación del estilo, las técnicas compositivas y los géneros de la jurisprudencia romano-tardía, y permaneció siempre atrapada entre el sentimiento de fidelidad a unos textos conceptuados como inmutables (y crecientemente sacralizados) y la necesidad de adaptarse a las urgentes demandas de la praxis y las radicales transformaciones de la sociedad bizantina a lo largo de casi mil años. El resultado es una rica producción de literatura técnica que, si bien no tiene la frescura, imaginación y virtuosismo dialéctico que lucirá la jurisprudencia occidental durante la Baja Edad Media, sí presenta una gran versatilidad y un elevado sentido jurídico y estilístico, así como una mejor comprensión de los textos que le sirven de base. Los juristas bizantinos supieron utilizar con soltura unos textos jurídicos creados en una sociedad muy distinta de la suya (la romana de los primeros siglos de nuestra era) para resolver problemas prácticos del mundo greco-oriental de la Edad Media. De ahí que su estudio (como ya vieron con exactitud los humanistas de la Modernidad) resulte sumamente interesante para analizar las virtualidades del *Corpus iuris* justinianeo en contextos distintos de aquellos en que esta obra vio la luz, como sucedió también en la Europa medieval y moderna, y ofrezca asimismo un interesante ejemplo de la construcción de un lenguaje y un discurso propios a través de una mixtura de elementos que, sin perder de vista el recuerdo del origen histórico de cada uno de

<sup>60</sup> Van der Wal 1999, p. 130.

<sup>61</sup> Andrés Santos 2016.

ellos, permite la creación de una entidad nueva de carácter mestizo capaz de dar una respuesta inteligente a los desafíos de su época.

## Bibliografía

- ADAMS 2003 = J.N. ADAMS, *Bilingualism and the Latin Language*, Cambridge 2003.
- AGUDO RUIZ 2004 = A. AGUDO RUIZ, s.v. *Doroteo*, en DOMINGO (ed.), *Juristas Universales*, vol. I. *Juristas antiguos*, Madrid 2004, pp. 237-238.
- ANDRÉS SANTOS 2007 = F.J. ANDRÉS SANTOS, *La Eisagoge de Focio: un compendio jurídico del siglo IX*, en *Revista General de Derecho Romano* 9 (2007), pp. 1-34 [online: <http://www.iustel.com>].
- ANDRÉS SANTOS 2013 = F.J. ANDRÉS SANTOS, *El valor de las fuentes jurídicas bizantinas para la crítica textual y la Quellenforschung del Corpus Iuris Civilis: panorámica general*, en *e-Legal History Review* 16 (2013), pp. 1-30 [on-line: <http://www.iustel.com>] (también en J. SIGNES CODOÑER-I. PÉREZ MARTÍN [edd.], *Textual Transmission in Byzantium: between Textual Criticism and Quellenforschung*, Turnhout 2013, pp. 419-453).
- ANDRÉS SANTOS 2016 = F.J. ANDRÉS SANTOS, *Algunas observaciones en torno al título 39 (Περὶ κλινοτομῶν καὶ ὄρων) de la Eisagoge de Focio*, en I. PIRO (ed.), *Scritti in onore di Alessandro Corbino*, vol. I, Tricase 2016, pp. 11-35.
- ASHBURNER 1909 = W. ASHBURNER, *The Rhodian Sea Law*, Oxford, 1909 (reimpr. Scientia, Aalen 1976) (= en J. ZEPOS-P. ZEPOS [edd.], *Jus Graecoromanum*, vol. II, Athena, 1931, pp. 91-103).
- ASHBURNER 1910 = W. ASHBURNER, *The Farmers' Law*, en *Journal of Hellenic Studies* 30 (1910), pp. 85-108 (= en J. ZEPOS, P. ZEPOS [edd.], *Jus Graecoromanum*, vol. II, Athena, 1931, pp. 63-71).
- ASHBURNER 1926 = W. ASHBURNER, *The Byzantine Mutiny Act*, en *Journal of Hellenic Studies* 46 (1926), pp. 80-109 (= en J. ZEPOS, P. ZEPOS [edd.], *Jus Graecoromanum*, vol. II, Athena, 1931, pp. 75-79).
- AVOTINS 1992 = I. AVOTINS, *On the Greek of the Novels of Justinian. A Supplement to Liddell-Scott-Jones together with Observations on the Influence of Latin on Legal Greek*, Hildesheim 1992.
- BAYNES-MOSS 1948 = N.H. BAYNES, H.ST.L.B. MOSS (ed.), *Byzantium. An Introduction to East Roman Civilization*, Oxford 1948.
- VAN BOCHOVE 1996 = T. VAN BOCHOVE, *To Date and Not to Date. On the Date and Status of Byzantine Law Books*, Groningen, 1996.
- VAN BOCHOVE 2011 = T.E. VAN BOCHOVE, *Some Byzantine Law Books. Introducing the Continuous Debate Concerning Their Status and Their Date*, en J.H.A. LOKIN, B.H. STOLTE (eds.), *Introduzione al diritto bizantino. Da Giustiniano al Basilici*, Pavia 2011, p. 239 ss.
- VAN BOCHOVE 2013 = T. VAN BOCHOVE, *Terminus technicus. A note on the handling of technical terms in Indices Titulorum of the Basilica*, en *Seminarios Complutenses de Derecho Romano* 26 (2013), pp. 219-232.
- VAN BOCHOVE 2015 = T. VAN BOCHOVE, *Between Scylla and Charibdis. Language, law and legal teaching during the reign of Justinian* (comunicación presentada al Workshop "Latin in Byzantium, ca. 400-700 AD", Roma, 6-7 de mayo de 2015).

- VAN BOCHOVE 2019 = T. VAN BOCHOVE, Justinianus Latinograecus. *Language and Law during the Reign of Justinian*, en A. GARCEA, M. ROSELLINI, L. SILVANO (eds.), *Latin in Byzantium I. Late Antiquity and Beyond*, Turnhout 2019, pp. 199-246.
- BURGMANN 1977 = L. BURGMANN, *Byzantinische Rechtslexika*, en *Fontes Minores 2* (1977), pp. 87-97.
- BURGMANN 1983 = L. BURGMANN, *Ecloga. Das Gesetzbuch Leons III. und Konstantinos' V.*, Frankfurt am Main 1983.
- BURGMANN 1991 = L. BURGMANN, Λέξεις ρωμαϊκά. *Lateinische Wörter in byzantinischen Rechtstexten*, en W. HÖRANDNER, E. TRAPP (edd.), *Lexicographica Byzantina. Beiträge zum Symposium zur byzantinischen Lexikographie (Wien, 1-4-3.1989)*, Wien 1991, pp. 61-79.
- BURGMANN 2009 = L. BURGMANN, *Los nomoi stratiotikos, georgikos und nautikos*, en *Recueil des Travaux de l'Institut d'Études Byzantines* [en serbio] 46 (2009), pp. 53-54.
- VAN CAENEGEM 2002 = R. VAN CAENEGEM, *European Law in the Past and in the Future. Unity and Diversity over Two Millennia*, Cambridge, 2002.
- CHITWOOD 2017 = Z. CHITWOOD, *Byzantine Legal Culture and the Roman Legal Tradition, 867-1956*, Cambridge, 2017
- DICKEY 2012 = E. DICKEY, *Latin Loanwords in Greek. A Preliminary Analysis*, en M. LEIWO, H. HALLA-AHO, M. VIERROS (eds.), *Variation and Change in Greek and Latin*, Helsinki, 2012, pp. 57-70.
- FALCONE 2000 = G. FALCONE, *La formazione del testo della Parafrasi di Teofilo*, en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 68 (2000), pp. 417-431.
- FALCONE 2004 = G. FALCONE, *The prohibition of commentaries to the Digest and the antecessorial literature*, en *Subseciva Groningana* 9 (2004), pp. 1-36.
- FERRINI 1884 = E.C. FERRINI (ed.), *Institutionum Graeca Paraphrasis Theophilo Antecessori vulgo tributa* (ed. bilingüe griego-latín), 2 vols., Berlin-Milano 1884-1887 (reimpr. Scientia Verlag, Aalen, 1967).
- FÖGEN 1996 = M.TH. FÖGEN, *Reanimation of Roman Law in the ninth century: remarks on reasons and results*, en L. BRUBAKER (ed.), *Byzantium in the Ninth Century. Dead or Alive? Papers from the Thirtieth Symposium of Byzantine Studies*, Birmingham 1996, pp. 11-22.
- GARCEA, ROSELLINI 2019 = A. GARCEA, M. ROSELLINI, L. SILVANO (eds.), *Latin in Byzantium I. Late Antiquity and Beyond*, Turnhout 2019.
- GILMORE 1955 = M. GILMORE, *Le mond de l'humanisme: 1453-1517* (traducción francesa), Paris 1955.
- GÓMEZ ROYO 1996 = E. GÓMEZ ROYO, *Introducción al Derecho bizantino*, en *Seminarios Complutenses de Derecho Romano* 8 (1996), pp. 170-207.
- GONZÁLEZ FERNÁNDEZ 1997 = R. GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, *Las estructuras ideológicas del Código de Justiniano*, Murcia 1997.
- GORIA 1989 = F. GORIA, Rec. a SCHMINCK, *Studien zu mittelbyzantinischen Rechtsbüchern*, Frankfurt a.M. 1986, en *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 55 (1989), pp. 529-553.

- HATTENHAUER 1994 = H. HATTENHAUER, *Europäische Rechtsgeschichte*, Heidelberg 1994<sup>2</sup>.
- HONORÉ 1975 = T. HONORÉ, *Some Constitutions composed by Justinian*, en *Journal of Roman Studies* 65 (1975), pp. 107-123.
- HONORÉ 1978 = T. HONORÉ, *Tribonian*, London 1978.
- HONORÉ 2004 = T. HONORÉ, s.v. *Triboniano*, en R. DOMINGO (coord.), *Juristas universales*, vol. I. *Juristas antiguos*, Madrid 2004, pp. 234-237.
- HUMPHREYS 2015 = M.T.G. HUMPHREYS, *Law, Power, and Imperial Ideology in the Iconoclast Era: c. 680-850*, Oxford 2015.
- JACOBY 2001 = D. JACOBY, *Byzantium, Latin Romania and the Mediterranean*, Aldershot 2001.
- KASER 1986 = M. KASER, *Römische Rechtsgeschichte*, Göttingen 1986<sup>2</sup>.
- KAZHDAN 1989 = A. KAZHDAN, *Do We Need a New History of Byzantine Law?*, en *Jahrbuch der österreichischen Byzantinistik* 39 (1989), pp. 1-28.
- KORZENSZKY 1931 = E. KORZENSZKY, *Leges poenales militares e codice Laurentiano LXXV*, Budapest 1931 (= en J. ZEPOS, P. ZEPOS [edd.], *Jus Graecoromanum*, vol. II, Athena, 1931, pp. 80-89).
- LANGE 1997 = H. LANGE, *Römisches Recht im Mittelalter*, vol. I. *Die Glossatoren*, München 1997.
- LLANOS PITARCH 2004 = M. LLANOS PITARCH, s.v. *Teófilo*, en R. DOMINGO (ed.), *Juristas Universales*, vol. I. *Juristas antiguos*, Madrid 2004, pp. 232-234.
- LOKIN-VAN BOCHOVE 2011 = J. LOKIN, T. VAN BOCHOVE, *Compilazione-educazione-purificazione. Dalla legislazione di Giustiniano ai Basilica cum scholiis*, en J. LOKIN, B.H. STOLTE (edd.), *Introduzione al diritto bizantino. Da Giustiniano ai Basilici*, Pavia 2011, pp. 107-146.
- MATINO 2012 = G. MATINO, *Lex et scientia iuris. Aspetti della letteratura giuridica in lingua greca*, Napoli 2012.
- MIGLIETTA 2019 = M. MIGLIETTA, *Per lo studio dei rapporti tra Istituzioni di Giustiniano e Libri basilici*, en A. GARCEA, M. ROSELLINI, L. SILVANO (eds.), *Latin in Byzantium I. Late Antiquity and Beyond*, Turnhout 2019, pp. 431-446.
- MORTREUIL 1843 = J.-A.-B. MORTREUIL, *Histoire du droit byzantin ou du droit romain dans l'empire d'Orient, depuis de la mort de Justinien jusqu'à la prise de Constantinople en 1453*, 3 vols., Paris 1843 (reimpr. Osnabrück 1966).
- OSLER 1984 = D. OSLER, *Feels Like Heaven. A legal-historical drama in five acts*, en *Rechtshistorisches Journal* 3 (1984), pp. 313-358.
- PENNA 2017 = D. PENNA, *Odd Topics, Old Methods and the Cradle of Ius Commune: Byzantine Law and the Italian City-States*, en *Utrecht Law Review* 13 (2017), pp. 49-55 [online: <http://doi.org/10.18352/ulr.403>].
- PIELER 1978 = P.E. PIELER, *Byzantinische Rechtsliteratur*, en H. HUNGER, *Die hochsprachige profane Literatur der Byzantiner*, vol. II, München 1978, pp. 343-480.
- PIELER 1989 = P.E. PIELER, *Ἀνακάθαρσις τῶν παλαιῶν νόμων und makedonische Renaissance*, en *Subsecivva Groningana* 3 (1989), pp. 61-77.
- PLISECKA 2012 = A. PLISECKA, *Legal Translation and the Bilingual Publication of Roman Imperial Constitutions*, en *International Journal of Language and Law* 1 (2012), p. 3 ss.

- RIBAS ALBA 2004 = J.M. RIBAS ALBA, s.v. *Burgundio de Pisa*, en R. DOMINGO [coord.], *Juristas universales*, vol. I: *Juristas antiguos*, Madrid 2004, pp. 224-226.
- RODRÍGUEZ MARTÍN 2019 = J.D. RODRÍGUEZ MARTÍN, *On the Use of Latin Legal Terminology in the Byzantine Legal Treatise De actionibus*, en A. GARCEA, M. ROSELLINI, L. SILVANO (eds.), *Latin in Byzantium I. Late Antiquity and Beyond*, Turnhout 2019, pp. 415-430.
- SCARCELLA 2014 = A.S. SCARCELLA, *The personality of Teophylus and the sources of the Paraphrase: a contribution*, en *Subseciva Groningana* 9 (2014), pp. 121-155.
- SHELTEMA 1970 = H.J. SHELTEMA, *L'enseignement de droit des antécédents*, Leiden 1970.
- SHELTEMA 1977 = H.J. SHELTEMA, *Das Kommentarverbot Justinians*, en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 45 (1977), pp. 307-331.
- SCHMINCK 1986 = A. SCHMINCK, *Studien zu mittelbyzantinischen Rechtsbüchern*, Frankfurt a.M. 1986.
- SCHMINCK 2000 = A. SCHMINCK, *The beginnings of the 'macedonian' dynasty*, en J. BURKE, R. SCOTT (eds.), *Byzantine Macedonia. Identity, Image and History (Papers of the Melbourne Conference, July 1995)*, Melbourne 2000, pp. 61-68.
- SCHÖLL-KROLL 1895 = R. SCHÖLL, W. KROLL (edd.), *Corpus iuris civilis*, vol. III: *Novellae*, Berlin 1895.
- SIGNES CODOÑER 2003 = J. SIGNES CODOÑER, *Translatio studiorum: la emigración bizantina Europa occidental en las décadas finales del Imperio (1353-1453)*, en P. BÁDENAS DE LA PEÑA, I. PÉREZ MARTÍN (edd.), *Constantinopla 1453: mitos y realidades*, Madrid 2003, pp. 187-246.
- SIGNES CODOÑER 2013 = J. SIGNES CODOÑER, *El léxico jurídico griego desde Justiniano hasta hoy*, en *Seminarios Complutenses de Derecho Romano* 26 (2013), pp. 83-123.
- SIGNES CODOÑER 2019 = J. SIGNES CODOÑER, *Asimetric Exchange: Latin Speakers Learning Greek and Greek Speakers Learning Latin in Late Antiquity. On the Evidence of Grammars and Bilingual Texts*, en A. GARCEA, M. ROSELLINI, L. SILVANO (eds.), *Latin in Byzantium I. Late Antiquity and Beyond*, Turnhout 2019, pp. 143-162.
- SIGNES CODOÑER, ANDRÉS SANTOS 2007 = J. SIGNES CODOÑER, F.J. ANDRÉS SANTOS, *La Introducción al Derecho (Eisagoge) del patriarca Focio*, Madrid 2007.
- SIMON 1991 = D. SIMON, *Gesetzgebung als Weltordnung. Die Auffassungen der byzantinischen Kaiser von Justinian I. bis Leon VI. vom Zweck der Gesetze*, en Επετήρις του Κέντρου Είρευνας της Ιστορίας του Έλληνικού Δικαίου 31 (1991), pp. 23-50.
- STOLTE 2011 = B.H. STOLTE, *The Value of the Byzantine Tradition for Textual Criticism of the Corpus Iuris Civilis: 'Graeca leguntur'*, en J.H.A. LOKIN, B.H. STOLTE (eds.), *Introduzione al diritto bizantino. Da Giustiniano al Basilici*, Pavia 2011, pp. 667-680.
- STOLTE-MEIJERING 2001 = B.H. STOLTE, R. MEIJERING, *The Prooimion of the Eisagoge: Translation and Commentary*, en *Subseciva Groningana* 7 (2001), pp. 91-155.
- THÜR 1975 = G. THÜR, Rec. a H.E. TROJE, *Graeca leguntur. Die Aneignung des byzantinischen Rechts und die Entstehung eines humanistischen Corpus iuris civilis in der Jurisprudenz des 16. Jahrhunderts*, Köln-Wien 1971, en *Göttingische Gelehrte Anzeigen* 227 (1975), pp. 144-156.

- TORRENT 2013 = A. TORRENT, *La fractura justiniana en la producción del Digesto, la prohibición de comentar el Digesto, y su ideología positivista*, en *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 79 (2013), pp. 191-219.
- TREADGOLD 1984 = W. TREADGOLD, *The Macedonian Renaissance*, en W. TREADGOLD (ed.), *Renaissances Before the Renaissance. Cultural Revivals of Late Antiquity and Middle Ages*, Stanford 1984, pp. 75-98.
- TROIANOS 2011 = Sp. TROIANOS, *Οι πηγές του βυζαντινού δικαίου*, Αθήνα Κομοτηνή 2011<sup>3</sup> (trad. italiana a cargo de P. BUONGIORNO, *Le fonti del diritto bizantino*, Torino 2015).
- TROJE 1970 = H.E. TROJE, *Arbeitshypthesen zum Thema 'Humanistische Jurisprudenz'*, en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 30 (1970), pp. 519-563 (= *Humanistische Jurisprudenz. Studien zur europäischen Rechtswissenschaft unter dem Einfluß des Humanismus*, Goldbach, 1993, núm. 5).
- TROJE 1971a = H.E. TROJE, *Graeca leguntur. Die Aneignung des byzantinischen Rechts und die Entstehung eines humanistischen Corpus iuris civilis in der Jurisprudenz des 16. Jahrhunderts*, Köln-Wien 1971.
- TROJE 1971b = H.E. TROJE, *Europa und griechisches Recht* (inaug. lect.), Frankfurt am Main 1971.
- TROJE 1977 = H.E. TROJE, *Die Literatur des gemeinen Rechts unter dem Einfluß des Humanismus*, en H. COING (ed.), *Handbuch des Quellen und Literatur der Neueren Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, vol. II: *Neuere Zeit (1500-1800): Das Zeitalter des gemeinen Rechts*, t. 1. *Wissenschaft*, München 1977, pp. 615-795.
- WACKE 1999 = A. WACKE, *El pluralismo lingüístico y su reglamentación jurídica en el Imperio Romano*, en *Seminarios Complutenses de Derecho Romano* 11 (1999), pp. 117-146.
- VAN DER WAL 1964 = N. VAN DER WAL, *Der Basilikentext und die griechischen Kommentare des sechsten Jahrhunderts*, en *Syntelesia Vincenzo Arangio Ruiz*, vol. II, Napoli 1964, pp. 1158-1165.
- VAN DER WAL 1983 = N. VAN DER WAL, *Die Schreibweise der dem lateinischen Entlehnten Fachworte in der frühbyzantinischen Juristensprache*, *Scriptorium* 37 (1983), pp. 29-53.
- VAN DER WAL 1999 = N. VAN DER WAL, *Les termes techniques grecs dans la langue des juristes byzantins*, en *Subseciva Groningana* 6 (1999), pp. 128-141.
- VAN DER WAL-LOKIN 1985 = N. VAN DER WAL, J. LOKIN, *Historiae iuris Graeco-Romani delineatio. Les sources du droit byzantin de 300 à 1453*, Groningen 1985.
- WALLINGA 1989 = T. WALLINGA, *Tanta/Δέδωκεν: Two Introductory Constitutions to Justinian's Digest*, Groningen, 1989.
- WALLINGA 2012 = T. WALLINGA, *The Reception of Justinian's Prohibition of Commentaries*, en *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité* 59 (2012), pp. 375-386.
- WEISS 1977 = G. WEISS, *Die Synopsis legum des Michael Psellos*, en *Fontes Minores* 2 (1977), pp. 147-214.
- WENGER 1953 = L. WENGER, *Die Quellen des römischen Rechts*, Wien 1953.
- WIEACKER 1988 = F. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte*, vol. I: *Einleitung, Quellenurkunde. Frühzeit und Republik*, München 1988.

WIEACKER 2006 = F. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte*, vol. II: *Die Jurisprudenz vom frühen Prinzipat bis zum Ausgang der Antike im weströmischen Reich und die oströmische Rechtswissenschaft bis zur justinianischen Gesetzgebung. Ein Fragment* (ed. J.G. WOLF), München 2006.

ZACHARIÄ VON LINGENTHAL 1840 = K.E. ZACHARIÄ VON LINGENTHAL, *Reise in den Orient in den Jahren 1837 und 1838*, Heidelberg 1840 (reimpr. Frankfurt a.M. 1985).

ZACHARIÄ VON LINGENTHAL 1892 = K.E. ZACHARIÄ VON LINGENTHAL, *Geschichte des griechisch-römischen Rechts*, Berlin 1892<sup>3</sup>

ZEPOS-ZEPOS 1931 = J. ZEPOS, P. ZEPOS (edd.), *Jus Graecoromanum*, 8 vols., Athena, 1931.



# La teologia giuridica di Jean Domat

Massimo Brutti

Dipartimento di Scienze Giuridiche, Roma Sapienza, Italia

## Abstract (Italiano)

L'opera giuridica di Jean Domat si ispira agli orientamenti religiosi del giansenismo. Domat sostiene le posizioni del gruppo di Port Royal e del filosofo Blaise Pascal nella battaglia contro i gesuiti. Nella teoria generale delle norme, nei cinque libri delle *Lois civiles dans leur ordre naturel*, egli propone una sistemazione del diritto privato vigente in Francia durante gli ultimi decenni del Seicento. Nel *Droit Public* si occupa dell'organizzazione politica. Il diritto romano della tradizione è il punto di partenza del suo lavoro teorico. L'immagine della 'società civile' delineata nei suoi scritti ha un fondamento teologico. Gli obblighi che reggono la vita collettiva corrispondono al disegno divino. Dalla volontà di Dio derivano la composizione degli egoismi, l'uguaglianza naturale che regge i contratti e le differenziazioni tra gli status personali. Le forme moderne dello scambio coesistono con i residui feudali della subordinazione ed egli illustra le forme giuridiche di questo intreccio, distinguendo le *lois immuables* dalle leggi arbitrarie. L'idea che la scienza giuridica debba avere una base indiscutibile, una componente dogmatica, centrale nelle pagine di Domat, tornerà più volte nella cultura europea dei secoli successivi. Sarà alla base delle dottrine civilistiche contemporanee.

Keywords: Teologia giuridica, Giansenismo, Gesuiti, Sistemazione delle leggi, Società civile, Leggi immutabili ed arbitrarie, Dogmi giuridici.

---

## Abstract (English)

*Jean Domats' legal work is inspired by the religious orientations of Jansenism. Domat supported the positions of the group of Port Royal and of the philosopher Blaise Pascal in the battle against the Jesuits. In the general theory of norms, in the five books of 'Les Lois civiles dans leur ordre naturel', he proposes an arrangement of private law in force in France during the last decades of the seventeenth century. In 'Droit Public' he deals with political organization. The Roman law of tradition is the starting point of his theoretical work. The image of 'civil society' outlined in his writings has a theological foundation. The obligations that govern collective life correspond to the divine plan. From God's will derive the composition of selfishness, the natural equality that governs contracts and the differentia-*

*tions between personal statuses. Modern forms of exchange coexist with feudal remnants of subordination, and he illustrates the legal forms of this interweaving, distinguishing lois immuables from arbitrary laws. The idea that legal science must have an unquestionable basis, a dogmatic component, central to the pages of Domat, will return several times in the European culture of later centuries. It will be the basis of contemporary civil law doctrines.*

Keywords: Juridical theology, Jansenism, Jesuits, System of laws, Civil society, Im-mutable and arbitrary laws, Juridical dogmas.

---

## 1. La scelta giansenista

Il sesto capitolo del *Trattato sulle leggi* di Jean Domat è dedicato al tema dell'amicizia. In poche pagine si definisce la struttura di questa 'unione' volontaria e gratuita. Il suo scopo è la condivisione di un'affinità, di un legame morale nella comune ricerca del bene. Sembra una digressione di scarso peso nel discorso giuridico, eppure ha alla base la stessa concezione religiosa su cui Domat costruisce la scienza del diritto. Ne svela anzi alcuni tratti paradossali: l'impianto delle relazioni fondate sull'utile individuale è lo stesso dell'amicizia. Obbedisce agli stessi principi.

Secondo il suo pensiero, tutti i rapporti – e tra questi in particolare la comunanza nella fede – rispecchiano un ordine divino che li domina e che richiede il massimo di dedizione. La libertà è assoggettata alla provvidenza e il rigore morale è il riflesso di una religiosità assoluta, che esclude il lassismo. Egli riprende così le tesi fondamentali dei giansenisti ed assume, scegliendo di stare dalla loro parte, una posizione politica controcorrente<sup>1</sup>.

Il *Traité* costituisce la base dei libri su *Les lois civiles dans leur ordre naturel* e fissa alcuni punti fermi, variamente richiamati nel corso dell'opera. Tra questi, la dipendenza della natura

---

<sup>1</sup> Domat nasce a Clermont nel 1625 e muore a Parigi nel 1694. Le sue opere sono: il *Traité des lois*, seguito dai cinque libri (di cui esso costituisce l'introduzione) intitolati *Les Lois civiles dans leur ordre naturel*. La pubblicazione di questo primo blocco è conclusa nel 1694. Più tardi vedranno la luce *Le droit public* (1696) e *Legum delectus ex libris Digestorum et Codicis ad usum scholae et fori* (1700). Come sottolinea TARELLO 1976, p. 160, il *Traité* funge da scritto introduttivo non solo delle *Lois civiles*, ma anche del *Droit public*. Vd. sul *traité* CALVO 2020 (nell'introduzione, l'analisi dei profili tecnici e della loro trasfigurazione). Vi sono poi le *Harangues prononcées dans le temps qu'il exerçait la charge d'avocat du roi au siège présidial de Clermont*. L'insieme di questi scritti (composto da quattro tomi) è raccolto in REMY 1835. L'edizione ha nelle note riferimenti puntuali agli articoli del *Code civil* che il curatore riconduce alla trattazione del giurista. Traspare una visione che inciderà molto sugli studi attorno al pensiero di Domat, considerando il giureconsulto giansenista come un precursore del codice di Napoleone. Vedi al riguardo MATTEUCCI 1959, p. 8 ss. (con riferimenti agli studi francesi che attribuiscono all'autore delle *Lois civiles* il merito di avere «devancé son siècle»); TARELLO 1976, p. 157 ss., secondo il quale si fronteggiano, a proposito di Domat «due schiere di studiosi, [...] rispettivamente gli amici del *Code Napoléon* e i nemici del *Code Napoléon*. I primi venerano in Domat il nonno del codice (padre essendone Pothier); i secondi lo venerano come uomo spirituale, amico di Pascal, volto alla costruzione di una teologia giuridica giansenista che avrebbe, tra l'altro, potuto evitare la necessità della codificazione». Tarello interpreta la sistematica di Domat come una implicita affermazione del primato della scienza sulla legislazione positiva. Questa impostazione ci riporta all'alternativa, che nel primo Ottocento sarà in primo piano nella cultura giuridica tedesca: da una parte, la scienza giuridica che rivendica il compito di guidare la prassi, di orientare l'interpretazione e l'applicazione di tutte le norme in uso; dall'altra, l'idea di un codice unitario ed esaustivo. Savigny contro Thibaut e contro i modelli francesi fissati nella costruzione napoleonica.

umana dal volere di Dio (definito «incomprensibile» e «segreto»<sup>2</sup>), l'agire governato dalla predestinazione, ed inoltre la società e le leggi legate, in diversa misura, alla trascendenza. Si tratta di immagini nettamente definite ed oggetto di forti discussioni nel cattolicesimo francese del Seicento.

*L'amitié* è un modello filosofico: è considerata da Domat una manifestazione diretta di amore e di aspirazione alla felicità. È il punto estremo di una vocazione degli esseri umani a spendersi per il bene reciproco. Sofferinarsi su di essa aiuta a comprendere quale sia la verità essenziale non soltanto dei rapporti dominati dalla gratuità, ma anche di quelli che nascono per acquisire, trasmettere o utilizzare beni privati. In entrambi i campi (pur tenendo conto della distanza che li separa) è l'amore che ispira e sorregge l'incontro interpersonale: fondamento dell'amicizia, ma contemporaneamente base delle discipline giuridiche<sup>3</sup>.

L'amore è all'origine della tendenza a stare insieme e ad obbligarsi verso gli altri; è l'autentico motore degli impegni vincolanti entro la vita sociale e ne costituisce il senso, il ruolo provvidenziale<sup>4</sup>. Nell'amicizia esso è sostanzialmente indifferente al mondo delle leggi e si svolge in modo del tutto spontaneo, fino a toccare il livello più alto di relazione con Dio. Qui non vi è alcun interesse, se non spirituale.

Come cercherò di mettere in luce, Domat pone all'inizio della propria teoria una visione teologica dell'azione umana, ancorando ad essa le relazioni naturali, gli atti imposti dall'alto o liberi ed i conseguenti obblighi. Ne deriva un'originale duplicità di piani e di linguaggi, che di volta in volta dà risalto all'altruismo o alle utilità individuali.

Il diritto romano è al centro dei suoi studi ed è la parte più ampia nel suo progetto di riorganizzazione della scienza. Se i materiali normativi provengono dagli antichi testi romani, l'impianto dottrinale, in cui sono comprese e spiegate le regole privatistiche, è tecnicamente un frutto dell'umanesimo. In questo contesto, il termine 'leggi' è usato in un'accezione generale: si riferisce a discipline che hanno storie e modi di espressione diversi<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> *Traité*, cit., IX, 3 e 4, in REMY 1835, I, pp. 25 e 26.

<sup>3</sup> Vedo perciò un parallelismo tra amicizia ed obblighi giuridici. Nella relazione libera, gratuita, reciproca vi è la stessa discendenza dalle prime due leggi (circa il rapporto con la divinità e con gli altri esseri umani), che vediamo sia nei doveri non derivanti dalla volontà di chi vi è soggetto, sia nelle pratiche sociali di cooperazione e di scambio economico. Non mi pare che l'amicizia – a parte le occasioni empiriche, dalle quali di volta in volta può nascere – dipenda dagli impegni giuridici delle persone, come invece suggerisce MATTEUCCI 1959, p. 18. Né vedo una 'transvalutazione' degli obblighi che possa dirsi opera dell'uomo. Il paradosso di Domat è nel pensare che le obbligazioni derivino da una vocazione all'amore fissata dal disegno divino, proprio come avviene per la vera amicizia (pur seguendo un itinerario diverso).

<sup>4</sup> Da esso muove infatti l'esposizione del diritto in vigore.

<sup>5</sup> La parola è usata al plurale nel suo significato più ampio, prescindendo da una considerazione delle forme eterogenee che le determinazioni normative assumono. Sono 'leggi' sia i principi fondamentali del rapporto con Dio e con il prossimo, sia lo *ius naturale* fissato dalla scienza, sia il diritto romano recepito negli usi, sia le consuetudini, sia le disposizioni positive mutevoli e diverse a seconda degli ordinamenti. Vd. *Les lois civiles*, cit., livre prélim., tit. I, sez. I, in REMY 1835, I, p. 76 ss.: «Si intende comunemente con le parole *lois* e *regles*, ciò che è giusto, ciò che è ordinato, ciò che è regolato». Esse indicano di volta in volta un giudizio di valore che si applica ai comportamenti (e ne sottintende la conformità ad un modello ideale) oppure gli enunciati della legge come espressione del legislatore. Comprendono le regole scritte e le «*règles naturelles de l'équité*». 'Regola' può essere quindi sinonimo di 'legge'. Nell'opera sistematica costruita da Domat, anche le regole (o leggi) non scritte trovano una traduzione linguistica e si riversano in formulazioni testuali, che sono oggetto di disposizione logica. Muovendo da questa, e nell'ambito della connessione tra regole, si svolge l'attività interpretativa. Questo aspetto

La visione complessiva della scienza è simile a quelle di Hugues Doneau, legata a spunti neo-stoici: in primo luogo, l'idea di una struttura interna al diritto, logicamente decifrabile e tale da imporsi ai legislatori (chiunque siano). È questo il filone sistematico che viene avanti nella cultura giuridica del Cinquecento<sup>6</sup>. La scienza compone, lavorando sulla memoria, un quadro certo delle regole di diritto privato, che devono orientare la prassi<sup>7</sup>.

L'altro filone è quello che mira a storicizzare le fonti romane. Domat segue, quando frequenta l'ateneo di Bourges, l'insegnamento di Edmond Mérilles, allievo di Jacques Cujas<sup>8</sup>. La conoscenza necessaria a sistemare la materia del diritto romano viene proprio dalla prospettiva di studio filologico che in quella università era stata propria di Cujas, come di Alciato e di Hotman<sup>9</sup>. Negli *Observationum libri VIII* di Mérilles si coglie una spiccata attenzione allo stoicismo: come fonte di principi e come filosofia che ha influenzato la giurisprudenza romana<sup>10</sup>. Vi sono in questa opera elementi che la avvicinano al pensiero di Doneau e lo stoicismo non è per l'autore soltanto una corrente del passato, utile a comprendere le posizioni dei giuristi antichi.

Di origine stoica è infatti il richiamo alla natura, considerata fonte di ordine, da cui lo *ius* può allontanarsi. Un esempio di questo dualismo si incontra in tema di *usurae*<sup>11</sup>. La trattazio-

---

è già chiarito nel *Traité*, cit., XII, 4, in REMY 1835, I, p. 60: «On a vu que les coutumes et les usages servent de lois; d'où il s'ensuit que, si les coutumes et les usages ont la force de lois, ils servent aussi, à plus forte raison, de règles pour l'interprétation des autres lois». Segnerò ancora questa funzione degli usi come fonte di regole che servono ad interpretare altre regole o a colmare lacune. Comunque, l'esplicitazione delle regole ravvisabili negli usi è opera della scienza.

<sup>6</sup> Adopero l'espressione 'filone sistematico' per indicare la tendenza a comporre il discorso giuridico secondo un ordine. Questo può essere concepito come esterno alla materia, volto a fini di chiarezza espositiva, di efficacia didattica, di persuasione retorica, oppure interno, cioè in vario modo inerente al campo teorico che si vuole descrivere. Alla prima strutturazione (quella esterna) possiamo riferire l'antico termine *dispositio*. Quando invece parliamo di un ordine intrinseco da rivelare con la scienza, allora frequentemente viene impiegata la categoria 'sistema'. Questa duplice definizione è sintetizzata limpidamente in ORESTANO 1987, p. 133 ss. Non possiamo parlare di sistema nel senso indicato, come ne parliamo per la scienza giuridica dell'Ottocento, poiché il concetto nell'Umanesimo non è ancora formalizzato, non ha il ruolo che assumerà da Leibniz alla pandettistica. Tuttavia, a me sembra che il problema dell'ordine dall'interno e della coerenza da scoprire sia già posto da Doneau. Si vedano alcuni spunti in questo senso nella nt. 7. Cfr. PIANO MORTARI 1978, in particolare su DONEAU, pp. 42 ss.; 143 ss.; 210; BRETONNE 1998, p. 227 ss.: sulla «natura e coerenza delle cose che solo la scienza svela».

<sup>7</sup> DONEAU 1589-96, tom. I, cap. I, col. 9 ss.: «...*Ut enim verba bona, eorumque significationem Iustinianus, quamvis Princeps, mutare non potuit quae usu populi constant non cuiusquam arbitrio aut voluntate: sic nec efficere, ut non sit certa methodus ea, quam natura ipsa rerum et cohaerentia praescribit...* La natura delle cose detta il metodo. Ciò che preme all'autore è disporre lo *ius civile* non secondo l'ordine giustiniano nel quale i testi normativi della *vetus Roma* sono stati tramandati, ma applicando schemi capaci di attingere alla natura. «Mi sforzo» – scrive il giurista – attraverso il nostro lavoro di spiegare lo *ius* (*id conor opera nostra explicare*) e di portarlo sempre di più alla luce». Qui è chiaro l'impegno della scienza, ma contemporaneamente si adombra l'ipotesi di un ordine logicamente anteriore all'*explicitio*. Occupandosi di contratti, nel commento al titolo XXXV del Codice (tom. VII, col. 543) Doneau raffigura chiaramente la duplicità di piani tra costruzione concettuale ed ordine delle cose. La scansione dell'*ordo doctrinae*, di cui parla, si risolve nel passaggio dal semplice al complesso: *Naturae ordo postulat, ut in rebus natura primis ordiamur, deinde ad secundas et natura tertias progrediamur... At doctrinae ordo hic est, ut in rebus facilioribus et levioribus progressus fiat ad res difficiliore et latius patentes [...]*. Cito queste brevi formulazioni, poiché esse sommariamente indicano la stessa struttura logica che sarà seguita da Domat (vd. più avanti).

<sup>8</sup> Vd. MATTEUCCI 1959, p. 41 ss.

<sup>9</sup> L'indirizzo filologico è legato nell'Umanesimo giuridico ad una visione storica del diritto, che viene progressivamente avanti; serve a prendere le distanze dalla Compilazione giustiniana ed insieme pone le premesse per progettare nuovi assetti normativi. In questo senso spicca il lavoro di François Hotman. Anche riguardo a questa componente filologico-storica resta fondamentale ORESTANO 1987, p. 193 ss. Rinvio anche a BRUTTI 2011, p. 614 ss.

<sup>10</sup> MÉRILLES 1618 (ed. 1720), spec. lib. I, pp. 9-28.

<sup>11</sup> MÉRILLES 1618 (ed. 1720), lib. I, cap. XIV, p. 14, cita vari testi antichi, riconducibili all'idea di un contrasto tra le *usurae*

ne riprende le tesi espresse da Hugues Doneau in una monografia del 1556 sulla medesima materia: un'opera giovanile, già con un sicuro impianto logico<sup>12</sup>. In linea di principio, Doneau considerava contrario alla natura il *faenerari*: il mutuo a cui accede l'obbligo degli interessi. Lasciava però uno spazio nello *ius* alla concreta disciplina delle *usurae*, con la determinazione di limiti e con l'esclusione di un possibile danno per il mutuatario<sup>13</sup>.

Molti anni dopo, Domat, trattando il mutuo feneratizio, drammatizzerà la differenza di piani; si appellerà alla proibizione della Chiesa ed alle *ordonnances* vigenti, per escludere dalla costruzione sistematica le deroghe alla natura. Il diritto romano le prevedeva, ma esse non vanno recepite<sup>14</sup>. Così egli distinguerà la sua posizione da quella dei 'Culti', dando argomentazioni giuridiche al rigorismo.

Ancora un esempio di puntuale lettura delle fonti da parte di Mérites si trova in un commento al racconto dei Vangeli sul processo nei confronti di Gesù e sulla sua morte (le *Notae*

---

e la natura. Vedi in particolare Seneca, *De beneficiis* 2.10.3, che riporta il pensiero del filosofo cinico Demetrio (assimilato da Mérites allo stoicismo): *...video istic diplomata et sygraphas et cautiones: vacua habendi simulacra, umbram avaritiae quaedam laborantis, per quae decipiat animum inanium opinione gaudentem. Quid enim ista sunt, quid fenus et calendarium et usura nisi humanae cupiditatis extra naturam quaesita nomina? I nomina quaesita, i crediti richiesti nel prestito dal quale si trae un guadagno, alla scadenza del termine fissato e secondo l'accordo relativo alle usurae, sono al di fuori della natura. In un ordine di idee analogo, Gaio segnalava il contrasto tra usufrutto del danaro e *naturalis ratio* (anche se vi è un senatoconsulto, probabilmente dell'età di Tiberio, che consente l'estensione di quel diritto reale al danaro). Vd. D. 7.5.2 (Gai. 7 ad ed. prov.). Cfr. BRUTTI 2015, p. 347 ss. Pomponio, a sua volta, distingueva nettamente le *usurae* dai frutti, non essendo l'obbligo al pagamento degli interessi prodotto dalla dazione del danaro, ma *ex alia causa*: vale a dire da una *stipulatio* autonoma. Vd. D. 50.16.121 (Pomp. 6 ad Q. Mucium), che forse riflette un enunciato muciano (cfr. STOLFI 2018, p. 239 ss.). Raccogliendo queste citazioni, Mérites traccia un confine che separa il mutuo, di cui si dà per scontato il carattere gratuito, dal pagamento delle *usurae*. Questo può essere stabilito da una specifica regolamentazione giuridica, ma non corrisponde alla natura. Sul punto, egli trascrive due volte nello spazio di poche righe, una formulazione di Papiniano: *...usura natura non provenit, sed iure percipitur*. Vd. D. 6.1.62 (Pap. 6 quaest.). Il testo, letto nella sua interezza, ammette che possano richiedersi i canoni di locazione a chi in mala fede abbia tenuto il possesso di una nave; e stabilisce un parallelismo tra il reddito derivante dal nolo della nave e le *usurae*. In entrambi i casi, il pagamento *iure percipitur*. Ma al giurista francese preme la distinzione tra *ius* e *natura* più che la soluzione papiniana della *quaestio*. Sul terreno dello *ius*, richiama enunciati che limitano le *usurae* a quantità 'modiche' (lib. IV, cap. XVIII, p. 134); sottolinea come esse non siano dovute nell'ipotesi di una *stipulatio donationis causa*, con adempimento tardivo (lib. V, cap. XIV, p. 167); segnala i limiti fissati per le *usurae* dovute dal tutore, in caso di mora nel *reddere rationes* (lib. VII, cap. XXXI, p. 270). Tende quindi a restringere il campo di applicazione di questo obbligo aggiuntivo. Riguardo alla natura, dà rilievo al passo delle *institutiones* di Ulpiano, riportato in D. 1.1.1, e ad altri frammenti che pone in diretta relazione con il pensiero stoico (lib. I, cap. XI, p. 11). L'insegnamento di Mérites sembra riflettersi nel modo in cui Domat trae principi e norme dalle fonti antiche, con una speciale attenzione alla *iurisprudencia*.*

<sup>12</sup> DONEAU 1556, p. 6 ss. Muove da una categoria generale, quella delle accessioni (*de quibus praestandis agitur in omni obligatione, omnique persecutione, in qua res aliqua petitur*), per disporre unitariamente il contenuto dei testi romani (sparso e non ordinato nella compilazione giustiniana). La trattazione mette a fuoco la *ratio iuris*. Il procedimento svela un tratto che rassomiglia alla teoria di Domat, circa l'analisi del diritto e l'interpretazione a partire da un insieme di contenuti normativi che hanno aspetti in comune. L'idea di *ratio* è concepita come risultato del lavoro scientifico, che però obbedisce ad un impulso, ad una domanda proveniente dall'interno delle materie giuridiche esaminate; e fa i conti con la connessione genetica tra l'una e l'altra *res* (cioè tra l'uno e l'altro oggetto di studio). Cito per ora un passo del *De usuris* che è in questa ottica. Con esso – pur tenendo presente la diversità dei contesti – potremo più avanti confrontare il significato di *raison écrit* quale emerge dalla lettura di Domat: *... Itaque collegi breviter, quae ad eam rationem pertinere mihi videbantur, et in ordinem conieci, deque singulis, quantum quisque locus postulare videbatur, meam sententiam exposui: ut sperem rebus omnibus in unum locum conductis, et suis quasi regionibus descriptis ac dispositis, cum alia ex aliis tanquam nascuntur et efficiuntur, quid in his quaerendum sit; tum quae sit de iis ipsis iuris ratio, multo melius et certius ab omnibus cognosci posse*. Vd. più avanti, p. 193 ss.

<sup>13</sup> Vd. DONEAU 1556, pp. 9 ss. e 29 ss.

<sup>14</sup> Vd. più avanti, p. 187 ss.

*philologicae in Passionem Christi*, pubblicate per la prima volta nel 1631). L'autore evoca la contiguità tra giurisprudenza e teologia, mettendo a confronto la narrazione degli evangelisti con testi giuridici e letterari utili a spiegarla<sup>15</sup>. Ma le scritture sacre, illuminate attraverso l'erudizione, non sono per lui oggetto di un'autonoma meditazione religiosa.

Domat invece sceglierà proprio questa via. Muovere dal messaggio cristiano, ricercarne la purezza originaria, metterlo a confronto con la realtà attuale e con le forme del diritto.

La religione da cui fa scaturire la teoria giuridica non è quella alla quale era stato educato. Aveva compiuto i primi studi nel collegio di Clermont, sua città di origine, sotto la guida del prozio, sacerdote gesuita, e confessore del re Luigi XIII<sup>16</sup>. La conversione al giansenismo, che egli considera «vero cristianesimo», sembra essere avvenuta nel 1655, dopo il periodo di apprendimento a Bourges e dopo la morte di Mérilles (nel 1647)<sup>17</sup>. A metà degli anni Sessanta gli viene attribuita la carica di avvocato del re, con seggio a Clermont. Manterrà per molti anni questo ufficio pubblico, con dedizione e senza mai interrompere gli studi<sup>18</sup>.

Durante la maturità resta fedele ad una visione austera del cattolicesimo, d'impronta agostiniana, nella quale la solidarietà verso i poveri e la dirittura morale si uniscono all'impegno contro la negligenza e la debolezza dei pastori, contro il potere che porta il male nella Chiesa<sup>19</sup>. È qui l'espressione politica della sua conversione. Una frase emblematica gli viene attribuita: «N'aurait-je jamais, disoit-il, la consolation de voir un pape chrétien sur la chaire de saint Pierre?». Come racconta Joseph Remy, in una *Notice historique* dedicata alla biografia del giurista, il lavoro intenso lo allontana dalla vita mondana ed i solitari del Monastero di Port-Royal (ecclesiastici ed intellettuali giansenisti) diventano i suoi veri amici<sup>20</sup>. Lo saranno a lungo, anche quando si profileranno divisioni nel modo di concepire l'impegno religioso.

In seguito ad una riforma interna, dettata dall'esigenza di maggiore rigore nella fede e nella morale, era stato introdotto nel Monastero, dopo il 1608, il pensiero di Cornelio Giansenio, ispirato dalla lettura di Sant'Agostino. Dagli anni Trenta, sotto la guida dell'abate di Saint-

<sup>15</sup> MÉRILLES 1631 (ed. 1657), p. 11 ss. *Monet vel ipsa Notarum Philologicarum inscriptio, quaenam fuerit mens scribentis: non ut plurima, quae ab aliis observata sunt, accerseret; sed ut locis quibusdam, ex jure Romano aliisque scriptoribus lumen interpretationemque afferret*. Uno studioso di diritto – afferma di seguito – può trattare un argomento come la passione di Cristo; in realtà egli descrive il processo penale svoltosi davanti a Pilato, ricorrendo in larga misura alla lettura di testi giuridici, che aiutano a comprendere la vicenda conclusa con la crocifissione. *Nec vero ex ipso iure adversus Jurisconsultum interdicto contendere oportere existimes, qui se in alienam possessionem induxerit. Nam qua contermina est Theologiae Jurisprudentia, si non latifundium ingredi, saltem communes fines ambire licuit*. L'interdetto contro il giurista per avere invaso il campo altrui, qui richiamato metaforicamente, non ha, secondo l'autore, una ragion d'essere, dal momento che teologia e giurisprudenza sono saperi limitrofi.

<sup>16</sup> Jacques Sirmond è il religioso che guida la sua educazione. Vd. COUSIN 1861, p. 424 ss. Vari documenti inediti circa la vita di Domat sono raccolti nella terza Appendice di questo libro, imperniato sulla biografia della sorella di Pascal. Il collegamento deriva dal fatto che Jacqueline Pascal condivide con il fratello e con Domat la linea più intransigente entro la comunità giansenista.

<sup>17</sup> Vd. MATTEUCCI 1959, p. 20.

<sup>18</sup> COUSIN 1861, p. 430.

<sup>19</sup> COUSIN 1861, p. 432 ss.

<sup>20</sup> REMY 1835, I p. XV: «Cherchant pour toute distraction la société de quelques vrais amis, il trouva parmi les solitaires de Port-Royal, cette confraternité des lettres qu'il préférait à toutes choses. C'est ainsi qu'il resserra les noeuds de cette ancienne amitié qui l'unissait à Pascal, son compatriote. Celui-ci lui confia en mourant ses papiers les plus secrets».

Cyran<sup>21</sup> (che sarà perseguitato e due volte recluso in carcere), poi con la direzione di Antoine Arnaud (fratello della giovane badessa Jacqueline, promotrice della riforma), Port-Royal diviene luogo di incontro aperto a religiosi e laici che fanno proprio l'insegnamento giansenista e che si scontrano con i gesuiti<sup>22</sup>.

Il punto di maggiore contrasto riguarda l'idea della grazia efficace che, secondo la dottrina di Giansenio, mette l'uomo in rapporto diretto con Dio. Resta il riconoscimento del magistero della Chiesa; eppure il riscatto dal peccato prescinde da ogni mediazione. Il premio, dopo la caduta, non ammette un effettivo libero arbitrio, ma – come la fede – è un dono puramente unilaterale che viene dalla decisione divina<sup>23</sup>. Giansenio interpreta così la libertà: suscitata e governata da Dio: *libertas a necessitate*<sup>24</sup>.

Con la scelta religiosa del 1655, Domat partecipa attivamente alla battaglia politica e ideale contro la potenza dei gesuiti e contro gli abusi della nobiltà. Nel 1665, durante i *Grands Jours* a Clermont, gli viene affidata la funzione di inquisitore per frenare gli eccessi del potere nobiliare e per affermare il primato delle leggi sulle consuetudini feudali<sup>25</sup>.

<sup>21</sup> Jean Duvergier de Hauranne (1581-1643).

<sup>22</sup> *L'Augustinus* di Cornelis Jansen (Giansenio) è pubblicato dopo la sua morte nel 1640; ma la corrente neo-agostiniana si era andata formando a partire dal primo incontro tra Duvergier de Hauranne e Jansen nel 1609. Nell'unione di questo pensiero religioso (che ha al centro la grazia) con la tendenza moralizzatrice e rigorista già affermatasi nel Monastero si crea una tendenza nuova, da cui nasce un'aggregazione. La dottrina della grazia ha un'assolutezza tale da rafforzare la resistenza agli attacchi avversari e con essa un atteggiamento di dedizione morale, che si scontra con il lassismo. Vd. RACINE 1767, tr. it. 1965, p. 29 ss. La composizione dell'opera, chiara espressione delle scelte ideali del drammaturgo, è di incerta datazione; forse è stata iniziata nel 1693. Mostra l'adesione piena all'indirizzo religioso di cui racconta la storia; ripercorre gli avvenimenti dagli inizi del secolo fino al 1666. Dà un'immagine del giansenismo dall'interno. Immagine utile anche alla ricerca delle intenzioni teologiche di Domat. Indica un momento di svolta nella vicenda del Monastero nel 1653. *Ibidem*, p. 56 ss.: «Si ritiravano intanto colà, per cercare Dio nella quiete della solitudine e unirsi alle preghiere delle sante monache, parecchie persone di nobile stato». Sappiamo che già vi erano da tempo riunioni di intellettuali ed ecclesiastici ed il nuovo indirizzo religioso era già forte. Racine mette in luce, negli anni Cinquanta – quando si esprime l'impegno convergente di Pascal e Domat – un punto di sutura tra la predicazione giansenista ed una parte dei ceti addetti ad uffici pubblici. Vd. anche p. 71, ove sono ricordati alcuni degli uomini illustri educati attraverso l'insegnamento di intellettuali giansenisti come Pierre Nicole, Claude Lancelot e Antoine Arnaud. L'elenco sommario si riferisce a personalità che apparterranno alla *noblesse de robe*. Al riguardo, vedi più avanti, nt. 27.

<sup>23</sup> MENUET, LAVIALLE 2015, p. 8 ss. Su questo punto, un complesso tentativo di dare senso al libero arbitrio, per bloccare le obiezioni dei gesuiti, è in ARNAULD 1605, II, p. 241 ss. (spec. p. 244, sulla libertà di non agire, di non consentire).

<sup>24</sup> Vd. ICARD 2013, p. 4; MENUET, LAVIALLE 2015, p. 10 ss. Il modello così delineato di libertà ha qualcosa a che fare con la visione del mondo che si affermerà con il capitalismo (il *Geist des Kapitalismus* di cui parla Max Weber)? La domanda è presente negli autori che ho appena citato. In particolare – secondo loro – l'idea giansenista del lavoro, come attività che punta al soddisfacimento dell'individuo, è partecipe di una concezione affine allo spirito borghese. Direi in proposito che certamente alcune formulazioni gianseniste riconoscono il ruolo del singolo, portatore di volontà e soggetto per così dire 'desiderante' (si veda la concezione dell'amor proprio in Nicole e in Domat, ed inoltre nell'opera del giurista il riferimento non marginale agli usi mercantili). Ma questa visione, almeno per quanto riguarda Domat, è fortemente condizionata dall'idea che il lavoro non sia un esercizio libero e che esso – anche quando sia oggetto di una *conventio*, come nella *locatio operarum* – rientri in un'azione sottoposta al volere divino. Al pari della fede e della preghiera. Domat accentua l'elemento del dovere, senza lasciare spazio al piacere come fine dell'opera umana. Del resto, ad un simile dovere, che agisce sul terreno economico, si affiancano altri vincoli, come l'obbligo del soccorso ai poveri e quello derivante dall'interdizione del prestito ad interesse, i quali – presi assieme – hanno un segno diverso dalle ideologie che accompagneranno l'ascesa delle classi borghesi (vedi più avanti pp. 175; 179 ss.; 189 ss.; 196 ss.).

<sup>25</sup> COUSIN 1861, p. 430 ss. Cfr. MATTEUCCI 1959, p. 70, nt. 108. È il tempo dell'amicizia tra Domat e Henri d'Aguessau (1635-1716), consigliere di Stato, padre del futuro Cancelliere Henri-François d'Aguessau (1668-1751). Gli scritti di questo saranno molto vicini al pensiero di Domat, che egli aveva conosciuto negli anni della giovinezza. Vd. GILLES 2011,

I documenti da cui ricaviamo notizie biografiche provengono da memorie o manoscritti vicini alle vicende narrate. Hanno un'impronta apologetica: la rievocazione di episodi esemplari esalta la sua dirittura ed il suo orientamento giansenista<sup>26</sup>.

In questa prospettiva, si rammentano le minacce contro di lui da parte dei *gentilshommes* che lo considerano un nemico. Sullo sfondo vi è il conflitto tra due ceti che esercitano poteri distinti nella società: il primo è costituito dalle famiglie di nobiltà risalente, abituate a vivere di rendita, ed è addetto prevalentemente a funzioni militari; il secondo, cui egli stesso appartiene, è composto da chi esercita funzioni di governo, di amministrazione della giustizia e di direzione delle finanze pubbliche (la così detta *noblesse de robe* o *d'État*)<sup>27</sup>. Il ruolo sociale di questi uomini di Stato subirà un forte ridimensionamento. Si affermerà infatti un nuovo apparato alle dipendenze del re, che imporrà meccanismi più rigidi di accentramento e di controllo in tutte le province.

Di fronte a questi cambiamenti, l'organizzazione unitaria e coerente delle regole perseguita da Domat traduce in termini giuridici l'unità dello Stato e si accorda con l'intento moralizzatore che guida il suo impegno politico. Stando ai documenti sulla sua vita, l'azione istituzionale da lui condotta contro gli abusi, a metà degli anni Sessanta, tocca il punto più alto di conflittualità e suscita reazioni feroci; ma neanche i colpi di fucile lo intimidiscono<sup>28</sup>.

Sebbene impegnato nell'ufficio pubblico di *avocat du roi*, o forse proprio perché adopera il proprio potere a sostegno della fede giansenista, si schiera (ma senza successo) nel 1663 contro le manovre dei gesuiti che vogliono impadronirsi del Collegio di Clermont<sup>29</sup>. Non cede ed in altri casi dà ancora battaglia, sfidando l'alleanza tra la componente gesuitica della chiesa e gli ambienti politici più vicini al Re.

Va ricordata in proposito la sua adesione agli argomenti usati da più parti contro l'infallibilità del papa. È un problema politico prima che religioso. Nel 1673 denuncia al Procuratore

---

pp. 163 e 165 ss. In particolare sulle tesi sostenute da Domat nel 1665 nello scritto *Memoire de quelques abuse à corriger dans l'administration de la justice*, vd. p. 175 ss. Si ristabilisce la sovranità attraverso questo episodio di giurisdizione eccezionale. In proposito vd. SARZOTTI 1995, p. 120 ss.

<sup>26</sup> Il documento più significativo è uno scritto che si trova tra le carte 'Perier' presso la Biblioteca Nazionale di Parigi (*Supplément français*, n. 1485) e che è riprodotto da COUSIN 1861, p. 428 ss. È intitolato *Memoire pour servir à l'histoire de la vie de M. Domat, avocat du roi au présidial de Clermont en Auvergne*.

<sup>27</sup> Vd. GOLDMANN 1955, tr. it., 1971. p. 153 ss. Secondo questo autore, i fatti salienti dell'esperienza giansenista, tra gli anni Trenta e gli anni Settanta del Seicento, si collegano «alla comparsa e allo sviluppo di una ideologia che affermava la radicale impossibilità di realizzare nel mondo una vita valida, ideologia o più esattamente visione totale – cioè ideologia, affettività e comportamento – che definiremmo tragica». È esplicitamente dichiarato, nelle pagine che descrivono la visione del mondo praticata dal gruppo di Port-Royal, il debito teorico di Goldmann nei confronti di György Lukács e del suo insegnamento. L'ambiente sociale ove mette radici l'ideologia tragica è principalmente quello della *noblesse de robe*. Goldmann mette in luce la progressiva emarginazione e la delusione politica di questo ceto, durante gli anni in cui il potere assoluto della monarchia crea un nuovo apparato governativo, rigidamente controllato dal centro. Si veda l'istituzione degli 'intendenti' nel 1637. Essi avranno in tutte le province pieni poteri di giustizia, di polizia e di finanza. Contemporaneamente, si impone il potere del Consiglio del re (*ibidem*, p. 172 ss.). In questo modo è lo Stato, a cui i funzionari tradizionali sono sottomessi, che li esautorata. La visione pessimistica sarebbe quindi legata – secondo l'allievo di Lukács – alla perdita di influenza e all'isolamento. Cfr. MATTEUCCI, p. 11 ss.

<sup>28</sup> COUSIN 1861, p. 431.

<sup>29</sup> COUSIN 1861, p. 443 ss.: la posizione dell'avvocato del re è esposta nella *Requête présentée par les habitants de la ville de Clermont en Auvergne contre les r. p. jésuites*. Vd. SARZOTTI 1995, p. 116 ss.

Generale Achille de Harlay il comportamento di un predicatore gesuita (il *père Duhamel*) che ha sostenuto proprio l'assoluta infallibilità del pontefice. La tesi è in contrasto con le massime della chiesa gallicana: contravviene ad una dichiarazione della facoltà di teologia di Parigi formulata dieci anni prima ed approvata dal monarca. Il quale inoltre ha provveduto, con una propria ordinanza, a vietare che i sacerdoti trattino, nei loro discorsi, materie estranee alla salute delle anime e pregiudizievoli per la pace pubblica<sup>30</sup> (come in questo caso).

La vicenda agita la città di Clermont, ove sono state propalate le tesi di Duhamel<sup>31</sup>. La presa di posizione di Domat si basa sulle tradizionali prerogative riconosciute al Re di Francia nei suoi rapporti con la Chiesa nazionale. Il giurista fa leva su un indirizzo politico che è difficile mettere in discussione. È infatti a partire dall'inizio dagli anni Sessanta che Luigi XIV punta chiaramente al rafforzamento dei propri poteri in campo religioso. Ravviva una linea che ha radici nella storia della monarchia francese e che sarà recepita nella *Déclaration* del vescovo Jacques Bénigne Bossuet del 1682. Sul tema dell'infalibilità le prescrizioni più recenti a cui può appoggiarsi l'accusa sono del 1663<sup>32</sup>.

Egli tenta così di costruire un'alleanza con un ambiente esterno alla cerchia giansenista, costituito da ecclesiastici e da funzionari che condividono le tendenze gallicane e le norme che le traducono in pratica. Lo scopo della sua iniziativa è combattere il potere dei gesuiti e l'occasione sembra propizia. Confida probabilmente in un intervento dello stesso monarca, di fronte ad un episodio eclatante, enfatizzato nella denuncia. Vi è in lui il proposito di difendere la presenza giansenista a Clermont, nel suo territorio, ove era nato anche il filosofo Blaise Pascal<sup>33</sup>.

Duhamel viene costretto dall'autorità giurisdizionale ad un pubblico atto di sottomissione. Ma i gesuiti non si danno per vinti. Anzi, riescono ad ottenere dal Re che avochi a sé l'intera questione, attuando alla fine un sostanziale insabbiamento. Domat rimane isolato, pur avendo l'appoggio del Procuratore Generale<sup>34</sup>.

Infine, tra le vicende di cui resta memoria vi è quella della sua difesa a favore dell'ecclesiastico Légerat, di fronte agli attacchi di coloro che volevano farlo tacere, negandogli il diritto di predicare. I sermoni che questi pronunzia riguardano l'amore verso Dio come primo

<sup>30</sup> COUSIN 1861, p. 433, nt. 4, cita uno dei documenti da cui trae notizie su Domat, il *Supplément au Nécrologe de Port-Royal*, 1735, a proposito dell'energia con la quale «il réprima le P. Duhamel, jésuite, qui avait osé, dans la Cathedral de Clermont, prêcher l'infailibilité du pape et contredire les maximes du royaume et les sentiments de l'Église gallicane». Vd. più estesamente COUSIN 1861, p. 449 ss.: l'autore riporta il processo verbale redatto da Domat a proposito di questa vicenda e la lettera indirizzata al Procuratore Generale.

<sup>31</sup> Tesi ancor più perniciose, secondo l'*avocat du Roi*, in quanto espresse «par un sermon prêché dans le cours d'un carême, dans une église cathédral, à la face d'un des plus amples auditoires du royaume et des mieux remplis d'officiers de trois compagnies, d'ecclesiastiques d'une cathédrale, des trois collégiales, un grand séminaire et onze communautés de réguliers de divers ordres». (Vd. al riguardo il *Procès-verbal* relativo alla denuncia e la *Lettre de M. Domat a. M. le Procureur général*, che lo accompagna, in COUSIN 1861, pp. 449 ss.; 451 ss. e 456).

<sup>32</sup> COUSIN 1861, p. 430.

<sup>33</sup> Sul legame che unisce Domat al territorio ove è nato e nel quale esercita il suo ufficio (la regione dell'Auvergne), vd. MATTEUCCI 1959, p. 69 ss. Egli richiama, tra l'altro, una notazione di CONCHON 1959, p. 19 sull'antica e consolidata povertà di queste terre. Un'oppressione ingiusta secondo Domat (vd. più avanti, p. 175 e nt. 69).

<sup>34</sup> Sull'intera vicenda vd. SARZOTTI 1995, p. 126 ss.

e semplice precetto della convivenza. Hanno un'ispirazione giansenista e da ciò nascono le ostilità<sup>35</sup>. La semplificazione, l'affidarsi pienamente alla trascendenza sono in contrasto con le sottigliezze della casistica morale dominante.

Proprio l'ideale affermato dal predicatore di Clermont invisibile ai gesuiti regge l'intera elaborazione teorica di Domat. Quel precetto, posto all'origine di tutti gli altri, che pone l'uomo in un rapporto immediato con Dio, è la premessa dell'ordine da stabilire nelle leggi.

Dopo le battaglie religiose, otterrà apprezzamenti per il lavoro che svolge. «L'éstime générale» – leggiamo – «qu'il s'étoit acquise par son savoir, par son intégrité et par sa droiture, le rendoit l'arbitre de toutes les grandes affaires de la province»<sup>36</sup>. Perciò nel 1684, raccomandato da due illustri giureconsulti, egli avrà dal re una pensione, destinata a sostenerlo per il compimento della sua opera scientifica<sup>37</sup>. In questa riverserà le sue convinzioni, lo studio approfondito del sapere giuridico antico e l'attenzione alle *lois positives*, lungamente maturata attraverso l'ufficio pubblico.

L'ordine naturale che svolge nella sua opera si radica nella materialità dell'esistenza e tiene insieme diversi tipi di norme giuridiche: da un lato quel che resta dello *ius* antico, ripensato nella tradizione dottrinale e negli usi forensi; dall'altro le consuetudini e le *ordonnances* regie. L'impianto complessivo privilegia le regole dei rapporti privati, ma abbraccia anche norme di diverso stampo, trattate ampiamente nel *Droit public*, relative al potere politico ed ai suoi riflessi sulle condizioni personali e sui doveri (alcuni profili pubblici emergono anche nelle *lois civiles*).

Così, per mezzo della scienza, Domat intende costruire un diritto che non conosca incertezze o contrasti interni. Per il diritto privato fissa forme stabili e logicamente coerenti. Per quello pubblico, un'organizzazione gerarchica ed accentrata. Insomma, in entrambi i campi, un'alternativa strategica ai poteri incontrollati ed al permanere dell'anarchia feudale<sup>38</sup>.

La sistemazione più complessa e strutturata (destinata ad avere maggior seguito) riguarda la normativa vigente dei rapporti tra privati: dal *Corpus* giustiniano, recepito e ripensato nelle dottrine moderne e negli usi forensi, alle consuetudini più diffuse, alle disposizioni autoritative.

Nelle pagine che seguono mi propongo di far emergere alcuni elementi ideali e teorici che costituiscono il suo pensiero. Anzitutto, spiegherò il significato e gli effetti dell'intransigenza religiosa che lo ispira. In secondo luogo, esaminerò la teoria emblematica dell'amicizia, nei suoi nessi con la rappresentazione della vita giuridica. In terzo luogo, ripercorrerò la definizione e l'articolazione degli obblighi che strutturano la società. In essi sembra manifestarsi una visione distinta dal pessimismo pascaliano, o almeno più articolata. In quarto luogo, descriverò la correlazione tra 'leggi immutabili' poste a base dell'ordine giuridico (prevalentemente tratte dal diritto romano) e 'leggi arbitrarie', che lo integrano. Le une e le altre rientrano nel

<sup>35</sup> COUSIN 1861, p. 431 ss.

<sup>36</sup> COUSIN 1861 p. 432.

<sup>37</sup> COUSIN 1861, p. 434.

<sup>38</sup> Vd. MATTEUCCI 1959, p. 62 ss.

percorso di sistemazione delle norme. Vedremo un esempio peculiare di questa correlazione nel capitolo delle *Lois civiles* ove è affrontata la problematica dell'usura. Il divieto del prestito ad interesse introduce una forte limitazione alla libertà economica: un contrappeso rispetto ad altri enunciati teorici riguardanti il lavoro e il mercato. Infine, mi soffermerò sull'ordine degli argomenti nella sua opera, sulla lettura delle fonti e sull'aspirazione a creare schemi teorici indiscutibili, utili alla sicurezza della scienza.

## 2. Il sodalizio con Pascal e il valore dell'amicizia

Determinante per il lavoro intellettuale di Domat è la relazione fraterna e profonda che lo unisce a Pascal, nella fede e nei contrasti dottrinali di cui entrambi sono partecipi.

Le prime occasioni di incontro nascono dal comune studio della matematica e dagli esperimenti di fisica che conducono assieme<sup>39</sup>. Più avanti nel tempo, condividono la battaglia religiosa in nome del rigorismo giansenista. Soprattutto, esprimono la medesima posizione quando si fa più aspro lo scontro con i gesuiti. Nel 1653 questi ottengono dal papa Innocenzo X la solenne condanna di cinque proposizioni, che la facoltà di teologia di Parigi aveva estratto dall'opera *Augustinus* di Giansenio. Per resistere all'attacco, Antoine Arnauld tratterà una linea difensiva del gruppo di Port-Royal, che è destinata alla sconfitta.

Un'assemblea di vescovi, riunita dal cardinale Mazzarino, rigetta la distinzione tra questione di diritto (le proposizioni meritano il biasimo) e questione di fatto (esse non appartengono a Giansenio). Il papa, d'altro canto, dichiara di aver voluto condannare proprio la sua dottrina.

Durante gli anni successivi, Domat e Pascal si schierano decisamente contro la facoltà e contro la condanna. Essi credono che si debba concentrare la discussione sul merito dell'insegnamento e respingere le accuse di eresia.

Pascal scrive, a sostegno delle convinzioni comuni, tra il 1656 e il 1657, le *Provinciales* in diretta polemica con le sottigliezze e la flessibilità dottrinale dei gesuiti, denunciando la concentrazione di potere religioso e politico che sta dietro quelle tesi e trova un appoggio nelle élites parigine legate al re Luigi XIV<sup>40</sup>.

Nel 1657 le *Provinciales* vengono condannate dalla Congregazione dell'Indice. Le gerarchie ecclesiastiche esigono che tutto il gruppo di Port-Royal si sottometta alle disposizioni superiori, con la sconfessione delle cinque proposizioni di Giansenio. Il formulario nel quale sono elencate e biasimate dev'essere sottoscritto. È consentito introdurre una riserva, consistente proprio nella distinzione tra diritto e fatto, a cui si aggrappa Arnauld. Da una parte, il tema da affrontare è se le proposizioni siano giuste. Dall'altra, resta la questione di fatto:

<sup>39</sup> COUSIN 1861, pp. 429; 436 ss.

<sup>40</sup> Vd. ROMEO 2020, p. 961 ss. La subordinazione della morale alla politica è denunciata nella quinta lettera: per estendere il governo delle coscienze, i gesuiti sacrificano il rigore delle regole.

si trovano esse realmente nell'opera di Giansenio? Nasce un dibattito interno al gruppo, sul modo migliore per obbedire all'ordine, senza venir meno alla propria fede né «alle regole della sincerità cristiana». Pascal e Domat sostengono la linea più radicale. Non basta attestarsi sulla questione di fatto con una riserva al momento della firma. Bisogna anche aver cura di sostenere la corretta interpretazione di Giansenio, in particolare la dottrina della 'grazia efficace' concessa per disegno divino e legata alla carità. I testi che tramandano la vicenda ci parlano di un contributo di Domat agli scritti pascaliani e di un'intesa tra i due amici, contro la tendenza alla conciliazione con gli avversari<sup>41</sup>.

Un documento redatto da Domat, che Pascal ha rivisto e con il quale era d'accordo, esprime bene la linea comune, in contrasto con il moderatismo di Antoine Arnauld.

«Io temo che questa condanna che mi si fa firmare cada sulla grazia di Gesù Cristo, della quale io trovo il senso sia nelle proposizioni condannate sia nella dottrina di Giansenio [...] Poiché nel dubbio in cui sono, che la testimonianza a me richiesta si volga contro la grazia di Gesù Cristo, ad opera dei suoi avversari e nemici, io preferisco morire piuttosto che firmare qualcosa che mi faccia ritenere o anche dubitare di aver condannato la grazia efficace».

È una pubblica professione di fede; non si accontenta di giustificare in segreto la dottrina che è sua e non vuole mascherare neanche in parte i propri sentimenti. Le argomentazioni di Arnauld costituiscono, a suo giudizio, «une voie si recherchée, si astruse, si métaphisique, si pleine de subtilités, si difficile à entendre», da far sì che il pensiero giansenista vada incontro ad una condanna definitiva agli occhi dei più, rimanendo privo di ragionevoli difese<sup>42</sup>.

Trovandosi a Parigi, Domat assiste Pascal durante i giorni ultimi della sua vita, nell'agosto del 1662. Testimonierà la sua fedeltà intatta verso l'amico con una lettera di venti anni dopo, smentendo con durezza la voce, messa in giro dai gesuiti, di un'abiura del giansenismo da parte del filosofo: un soprassalto conformista, dopo l'impegno che lo aveva portato ad un forte combattimento intellettuale<sup>43</sup>. Le ragioni dell'opposizione al gesuitismo vanno ricordate e salvaguardate ed il giurista può farlo, per la sua diretta conoscenza della verità. Contro ogni calunnia.

<sup>41</sup> COUSIN 1861, p. 439.

<sup>42</sup> COUSIN 1861, p. 440 ss., ove sono citati i manoscritti sulle dispute interne al gruppo di Port-Royal: in particolare il testo di Domat che, secondo una nota interna al documento, è «revue par Pascal». Sulla vicenda del Formulario, vd. SARZOTTI 1955, p. 108 ss. Egli tra l'altro suppone che la sconfitta delle posizioni sostenute da Domat sia all'origine di «un certo intiepidimento dei suoi entusiasmi giansenisti». Non abbiamo notizie in questo senso e l'opera di Domat non offre elementi che suggeriscano l'ipotesi di un distacco. La lettera che menziono nella nota seguente mostra un atteggiamento fermo, nel 1682, cioè due anni prima della concessione di una pensione a Domat da parte del re (né vi sono elementi per ritenere che questa sia stata l'effetto di un cedimento del giurista sul terreno delle idee).

<sup>43</sup> COUSIN 1861, p. 441 ss. La lettera è indirizzata a M. Audigier, che voleva pubblicare la falsa notizia fornita da un curato sulla 'ritrattazione' di Pascal.

Nel raccontare questo sodalizio, non si sfugge all'impressione che le pagine teoriche di Domat sull'amicizia riflettano l'intensità dell'accordo con Pascal, che dura nei decenni dopo la morte del filosofo. È un'intesa dettata non dall'attaccamento terreno, ma dalla forza delle idee comuni.

«Le amicizie» – scrive Domat – «sono di due specie: l'una di coloro che per principio hanno lo spirito delle prime leggi; l'altra, che non essendo fondata su questo principio, non può averne altri al di fuori dell'amor proprio. Poiché, se l'amicizia è priva dell'attrazione che indirizza l'unione degli amici alla ricerca del bene supremo, essa seguirà altre vie dirette a guadagnare beni che sarà possibile amare soltanto tramite l'amor proprio».

La prima specie è più alta e rara; la seconda ci appare immersa nella vita quotidiana e connessa con la posizione sociale di ciascuno. L'impostazione generale del *Traité de lois* e la ricerca di un fondamento dei rapporti interpersonali, che sia al di fuori e al di sopra dell'esistenza, si riflettono in queste enunciazioni. Sicché l'anatomia dell'amicizia svela gli stessi elementi che costituiscono il mondo delle obbligazioni giuridiche.

Qual è lo «spirito delle prime leggi» e come si scoprono i principi che le reggono? Bisogna anzitutto conoscere – scrive il giurista – il fine dell'uomo: il suo tendere verso una meta sarà la prima regola che governerà il cammino di ognuno e sarà «per conseguenza la sua prima legge e il fondamento di tutte le altre»<sup>44</sup>. La scienza muove da questa scoperta, che ha in sé un carattere di verità percepibile con il cuore e con la ragione.

La struttura dell'essere umano, l'anima e il corpo, l'intelletto e la volontà sono i mezzi per raggiungere la felicità. Ma il compimento di questa non è nelle cose che circondano l'uomo né in lui stesso. L'intero mondo degli oggetti contiene i semi della miseria e della morte<sup>45</sup>; perciò non potrà mai garantire la felicità, neanche a «coloro che lo hanno di più amato e posseduto». Per individuare il cammino umano, la via da seguire, è necessario guardare oltre. E ci si deve volgere a Dio: l'unico in grado di riempire il vuoto dello spirito e del cuore<sup>46</sup>, che sono stati creati non per gli oggetti, ma per la ricerca del divino.

«È dunque per Dio stesso che Dio ha creato l'uomo; gli ha dato un intelletto affinché conoscesse Dio; gli ha dato una volontà affinché lo amasse; e attraverso i legami

<sup>44</sup> *Traité*, cit., I, 3, in REMY 1835, I, p. 3.

<sup>45</sup> *Ibidem*: «De tous les objets qui s'offrent à l'homme dans tout l'univers, en y comprenant l'homme lui-même, il ne trouvera rien qui soit digne d'être sa fin. Car en lui-même, loin d'y trouver la félicité, il n'y verra que les semences des misères e de la mort; et autour de lui, si nous parcourons tout cet univers, nous trouverons que rien ne peut y tenir lieu de fin, ni à notre esprit, ni à notre coeur». Questo enunciato conferma che la conoscenza del fine e di Dio attiene allo spirito e al cuore. È un richiamo implicito alla visione pascaliana. Il mondo oggettivo sembra irrilevante per il destino dell'uomo, poiché si esaurisce in un insieme di mezzi. E la scienza delle cose si limita all'utilità dei mezzi messi a disposizione dell'agire umano.

<sup>46</sup> L'idea di questo vuoto nell'uomo privo di Dio viene da Pascal. Vd. più avanti, p. 175 s. e nt. 72.

di questa conoscenza e di questo amore Dio vuole che gli uomini si uniscano a lui, per trovare in lui sia la loro vera vita, sia la loro unica felicità. È questa costruzione dell'uomo, formato per conoscere e per amare Dio, che lo rende somigliante a Dio. Poiché, essendo Dio il solo bene supremo, è nella natura dell'uomo conoscersi ed amarsi: ed è in questa conoscenza e in questo amore che consiste la sua felicità»<sup>47</sup>.

La persona viene così pensata esclusivamente in funzione della trascendenza.

«Rassomigliare a lui significa avere una natura capace di conoscerlo e di amarlo e partecipare alla sua beatitudine significa raggiungere la conoscenza di questa perfezione e di questo amore. Così noi scopriamo in questa rassomiglianza dell'uomo a Dio in che cosa consista la sua natura, in che cosa consista la sua religione, in che cosa consista la sua prima legge: poiché la sua natura non è altro che il fatto di essere creato ad immagine di Dio e capace di possedere questo bene supremo, che dev'essere la sua vita e la sua beatitudine»<sup>48</sup>.

Tutte le leggi si collegano alla prima. La religione abbraccia l'insieme delle norme, che il giurista dovrà trattare: «Sa religion, qui est l'assemblage de toutes ses lois [l'espressione si riferisce alle leggi umane, anche le più limitate e concrete], n'est autre chose que la lumière et la voie qui le conduisent à cette vie».

Se il fine della vita, costituito dalla conoscenza e dall'amore verso Dio, si riflette nell'insieme delle leggi, solo il rapporto dell'uomo con Dio potrà svelare il loro fondamento. Perciò assume rilievo il modo di concepire questo rapporto e con esso l'impatto della decisione divina sulle azioni umane, che è alla base delle dottrine sulla grazia, sui rimedi volti a sollevare gli esseri umani dalla caduta, dalla perdita dell'innocenza.

Sono ora più chiare le ragioni per le quali la teologia diviene propedeutica alla scienza del diritto. Essa illumina l'ispirazione, il senso vero delle norme che governano i comportamenti dell'essere umano:

«e la sua prima legge, che è lo spirito della sua religione, è quella che gli ordina la ricerca e l'amore di questo bene supremo, al quale egli deve elevarsi con tutte le forze del suo spirito e del suo cuore, che sono state create per possederlo»<sup>49</sup>.

Definito quello che può dirsi il livello normativo più elevato, Domat passa ad esaminare la seconda legge. Essa obbliga gli uomini ad unirsi e ad amarsi vicendevolmente. Implica un amore

---

<sup>47</sup> *Ibidem*.

<sup>48</sup> *Ibidem*, I, 3 e 4,5,6, p. 4.

<sup>49</sup> *Ibidem*, I, 4-6, p. 4.

per il prossimo, ma anche di ciascuno per sé stesso, che non è qui trattato in modo negativo e dipende direttamente dalla ricerca e dall'amore del sommo bene:

«poiché, essendo destinati ad unirsi nel possesso di un bene unico, che deve fare la loro comune felicità, e ad unirsi così strettamente da far dire che costituiscono una cosa sola, essi non possono essere degni di questa unità nel possesso del loro fine comune se non cominciano la loro unione legandosi di un reciproco amore nel cammino che li guida»<sup>50</sup>.

Il fine di ogni cosa è insito nella creazione. Siamo di fronte ad un elemento essenziale nel dispositivo teorico di Domat: il fine è nell'inizio e la natura dell'uomo è tutta fissata dall'azione divina che gli dà la vita. L'amore verso sé stessi e l'amore reciproco nascono dal fatto che l'uomo sia stato creato per il bene e ad immagine di Dio.

«E non vi è altra legge che ordini a ciascuno di amare se stessi, poiché non ci si può amare in modo migliore che osservando la prima legge e procedendo verso il bene al quale essa ci chiama»<sup>51</sup>.

La seconda legge sta nella prima: vi aderisce fatalmente<sup>52</sup>.

Il legame con gli altri, che diventa lo schema concettuale destinato a descrivere la società, è rimesso al disegno divino. Il giurista avvicina i termini di questo rapporto: l'amore è la condizione, percepibile con lo spirito e con il cuore, per pensare la cooperazione sociale. Si apre uno spazio per la descrizione del lavoro, delle concrete relazioni entro cui questo si sviluppa. Il lavoro è parte del movimento che guida verso il sommo bene. Ci appare quasi come un'azione umana costante. Prima del peccato originale essa è libera; e ciò significa che anche nella dimensione dell'innocenza vi sono bisogni umani da soddisfare. Dopo la caduta, il lavoro si trasforma in pena e fatica. È fatto di spirito e di materia: due elementi uniti «par un lien inconcevable», irraggiungibile dalla sola ragione<sup>53</sup>. Anche in questa immagine la volontà di Dio ci appare determinante e sovrana. Stabilisce i legami terreni, prefigura ogni loro dinamica.

Insomma, con le due prime leggi e con il loro ingresso nella vita si definiscono forme disparate di unione tra gli esseri umani. Il presupposto è dato da una concezione teocentrica. In questo ambito, l'amicizia, specialmente quando è vera e disinteressata, è un esempio-limite

<sup>50</sup> *Ibidem*, I, 7, p. 5.

<sup>51</sup> *Ibidem*.

<sup>52</sup> In questa direzione già Augustin., *De trinitate* 8.7.10: «Perché chi ama Dio è naturale che faccia ciò che Dio comanda e lo ami nella misura in cui lo fa. Di conseguenza amerà anche il prossimo, perché Dio glielo ha comandato».

<sup>53</sup> *Traité*, cit., II, 2. p. 7.

dell'incontro con gli altri («de l'amor mutuel»<sup>54</sup>) conseguente alla somiglianza con Dio. È su questa base che si fonda la singolare affinità con i vincoli giuridici.

D'altro canto, benché Domat insista sul carattere libero dell'*amitié*, mi sembra che essa sia sempre all'interno di una logica prefissata, di un disegno ultraterreno che la muove. Discende dalla seconda delle leggi fondamentali<sup>55</sup>:

«Sebbene sia vero che le amicizie non sono imposte a nessuno in particolare, esse non smettono di essere una conseguenza naturale della seconda legge; poiché questa legge, comandando a ciascuno di amare il suo prossimo, racchiude in sé il comandamento dell'amore reciproco»<sup>56</sup>.

Queste parole sono forse riconducibili all'idea di provvidenza, limpidamente evocata poche pagine più avanti, quando egli definisce il concetto di ordine, voluto da Dio nella società:

«l'ordine nel quale egli conserva la società in ogni tempo e in ogni luogo, attraverso la sua onnipotenza e la sua saggezza. È tramite la forza infinita di questa onnipotenza che, contenendo l'universo come una goccia d'acqua ed un granello di sabbia, egli è presente ovunque; ed è attraverso il carattere dolce di questa saggezza che egli dispone ed ordina tutto»<sup>57</sup>.

Dalla saggezza divina dipende ogni rapporto, ogni vita.

### 3. Gli obblighi e lo schema della reciprocità

Mentre al di sopra della società vi sono i legami generali derivanti dalle due prime leggi, se si scende nella pratica, a questi si affiancano altri obblighi particolari (*engagemens*), pensati come una conseguenza della seconda legge<sup>58</sup>. Questi obblighi si articolano in due specie, definite in termini esplicitamente giuridici. La prima comprende le relazioni naturali originate dal ma-

<sup>54</sup> *Traité*, cit., VI, 4, p. 21.

<sup>55</sup> È una subordinazione che la fa rassomigliare ai vincoli del diritto. Anche se di essa non possono definirsi le regole.

<sup>56</sup> *Traité*, cit., VI, 3, p. 20 ss.

<sup>57</sup> *Ibidem*, IX, 6, p. 27. Si vedano le notazioni di MATTEUCCI 1959, p. 28 ss.: «il giansenismo di Domat è stato contestato molto spesso dato che nella sua opera giuridica non appare il dogma della predestinazione». Ma è comprensibile che svolgendo la descrizione giuridica l'autore non si inoltri in una speculazione che lo porterebbe lontano. Per lui la teologia giuridica si risolve nel rapporto tra le prime due leggi e la società civile, iscritta in un ordine provvidenziale. Si stabilisce così la dipendenza dell'ordine sociale (attuato soprattutto nella struttura degli *engagemens*) dal disegno divino. Del resto, il collegamento tra gli obblighi giuridici e l'amore voluto da Dio non si intende se non in uno schema di etero-determinazione. Di questo fa parte la 'grazia efficace' che decide la salvezza (concetto discusso nella disputa con i gesuiti). Come sintetizza Matteucci (p. 31), essa è trascendente ed al tempo stesso è intima alla volontà. Anche gli obblighi, al pari della carità o dell'amicizia, discendono da una disposizione soprannaturale.

<sup>58</sup> Sul significato del termine *engagement* come legame ed obbligazione, in ogni caso come rapporto che non si costituisce attorno alla libertà, ma attorno al dovere, vd. HEURTIN 2013, p. 27.

trimonio e dalla nascita (che danno luogo a doveri di amore reciproco). Spicca la posizione sovraordinata del marito e del padre; il matrimonio è governato dall'autorità familiare, essendo necessario, accanto alla decisione degli sposi, il consenso dei parenti, «che prendono il posto di Dio in più modi»<sup>59</sup>. La seconda specie di obblighi è invece molto più ampia e complessa.

«È per creare questa seconda specie di obblighi che Dio moltiplica i bisogni degli uomini, e li rende necessari gli uni agli altri per tutti questi bisogni. Egli si serve di due vie per mettere ciascuno nell'ordine di obblighi a cui è stato destinato»<sup>60</sup>.

La prima via per creare gli obblighi passa attraverso la condizione personale. Ognuno è vincolato al proprio rango ed al ruolo svolto nella società (in questo ambito figura anche la condizione lavorativa). Da qui nascono obblighi molteplici. Secondo l'articolazione binaria che regge il discorso di Domat, essi sono volontari o involontari.

La classificazione procede, distinguendo gli obblighi volontari in due specie: direttamente fondati sul modello della reciprocità o unilaterali.

I vincoli che si organizzano secondo la reciprocità riflettono i rapporti economici più usuali e diffusi.

«Per i diversi bisogni che hanno gli uomini di scambiarsi gli uni con gli altri la loro industria ed il loro lavoro e per i differenti commerci di tutte le cose, essi si associano, locano, vendono, comprano e scambiano, e formano tra loro ogni altra sorta di convenzioni»<sup>61</sup>.

L'ambito degli obblighi unilaterali è ristretto. Vengono citati gli esempi dell'erede obbligato verso il creditore dell'eredità e di colui che gestisce gli affari dell'assente. Il primo ha accettato l'eredità; il secondo ha assunto volontariamente un incarico ed è tenuto agli obblighi che ne derivano<sup>62</sup>. D'ora in avanti, l'impianto logico è tutto riempito da regole e concetti del diritto romano.

Quanto agli obblighi involontari, bisogna dire che essi riguardano lo svolgimento di funzioni o comunque la soggezione ad oneri che non si sono voluti, ma che risultano imposti e devono essere rispettati. Gli uffici pubblici, il compito di tutore, l'obbligo dell'assente a rifondere le spese sostenute dal *negotiorum gestor* sono tutti *engagemens* stabiliti dalla volontà

<sup>59</sup> *Traité*, cit., III, 2, in REMY 1835, I p. 9.

<sup>60</sup> *Traité*, cit., IV, 1, p. 12. Quindi i bisogni sono creati per introdurre gli obblighi. Sono funzionali al costituirsi della società civile; favoriscono una corrispondenza della vita alla seconda legge. E ciò avviene proprio attraverso il meccanismo degli obblighi. Il soddisfacimento dei bisogni non è il fine. Lo è invece la relazione con gli altri che realizza – possiamo dire – un accesso all'amore attraverso il diritto.

<sup>61</sup> *Ibidem*, IV, 3, p. 13.

<sup>62</sup> *Ibidem*.

divina<sup>63</sup>. Attraverso una sorta di piano che viene dall'alto. Anche qui la libertà è vista come esercizio di volontà delle persone, *a priori* vincolato.

Nel volume intitolato *Le Droit Public*, Domat sposta la sua attenzione sull'organizzazione politica<sup>64</sup>. Tratta le condizioni giuridiche dei singoli e le loro decisioni, nell'ambito del corpo sociale a cui appartengono ed in funzione del rango di ciascuno. Gli attori delle dinamiche economiche (come si vede nelle pagine delle *Lois civiles* circa le convenzioni private) appaiono tutti sullo stesso piano nel prendere su di sé gli obblighi; invece, la compagine politica è strutturata in modo autoritario, rassomigliando per questo aspetto alla famiglia; ed il regime monarchico ne è l'espressione più conseguente. Se si confrontano le descrizioni dello spazio pubblico con la spiegazione dei rapporti privati nelle *Lois civiles*, emerge una tensione tra gli obblighi legati all'assetto gerarchico e quelli originati dalla convergenza paritaria dei soggetti<sup>65</sup>.

L'accordo tra potestà temporale e religiosa, spesso affiorante nel *Droit public*, è ispirato all'idea di un potere divino assoluto, che fonda e riconosce le funzioni di chi opera entro gli apparati statali. Questa visione rende possibile la convergenza tra dottrine gianseniste e gallicanesimo, accettata dal giurista di Clermont<sup>66</sup>.

In realtà, l'idea che il vincolo degli obbligati sia immediatamente e pienamente disposto dal volere divino accomuna la concettualizzazione della politica e le diverse forme di *engagemens*.

In una *Harangue* pronunciata nel 1669 Domat aveva già dato rilievo all'aspetto autoritario della politica<sup>67</sup>. La moltitudine – aveva sostenuto – non può reggersi sull'uguaglianza. I meccanismi della subordinazione gli sembravano necessari; e soltanto – scriveva – chi è elevato da Dio potrà stare al di sopra degli altri. Era una visione con spunti eterogenei, secondo la quale il desiderio di dominare e di possedere doveva trovare un limite nell'uguaglianza naturale e nell'autorità divina affidata ai principi e ai giudici. Ne derivava un intreccio, che torna nell'opera sistematica, tra l'organicismo sociale della dipendenza e la spinta dei soggetti ad agire come uguali<sup>68</sup>.

<sup>63</sup> *Ibidem*, IV, 4, p. 13 ss.

<sup>64</sup> *Le Droit Public. Suite des Lois Civiles dans leur ordre naturel* (1697), in REMY 1835, tom. III.

<sup>65</sup> *Droit public* I, 1, p. 5, e I, 1, section première, in REMY 1835, III, p. 15 ss.: «Toutes les hommes étant égaux par leur nature, c'est-à-dire par l'humanité qui fait leur essence, elle n'en rend aucun dépendant des autres. Mais dans cette égalité de nature, ils sont distingués par d'autres principes qui rendent inégales leurs conditions, et forment entre eux des relations et des dépendances qui règlent les différens devoirs de chacun envers les autres, et leur rendent nécessaire l'usage d'un gouvernement». Al di là dell'organizzazione familiare, le differenze tra le persone nascono dai diversi impieghi. Qui si realizzano situazioni di dipendenza, leggibili entro una visione organicistica della società. Sulla particolarità e sulla precarietà del meccanismo formalmente parificante che si sovrappone agli status, ma che non può annullarli, vd. ora SCHIAVONE 2019, p. 109 ss.

<sup>66</sup> *Ibidem*, I, 2, in REMY 1835, tom III, p. 22. Dio mette il governo nelle mani dei sovrani: «c'est par lui qu'ils règnent, et c'est, par conséquent, selon sa loi qu'ils doivent régner». Sulla monarchia di diritto divino, sul ruolo dei funzionari pubblici e della *noblesse de robe*, sui giudici intermediari tra Dio e l'uomo, vd. GILLES 2006, p. 108 ss. («Par ces thématiques, il se rattache largement à la vision que la robe a d'elle même au XVII siècle»).

<sup>67</sup> Si tratta della *Harangue prononcée à l'ouverture des audiences de l'année 1669*, in REMY 1835, IV, p. 32 ss.

<sup>68</sup> Il medesimo intreccio può cogliersi anche in un passo di NICOLE 1670, prefazione, p. 9 s. cit. in PARSONS 2014, nt. 10 (si tratta di un breve scritto reperibile on line, che dà rilievo alle componenti organicistiche e alla descrizione di aspetti feudali nell'opera di Domat): «Tout Gentilhomme est grand dans son village; tout maistre est grande à l'égard des seus serviteurs. Et souvent l'on exerce ces petits empires avec beaucoup plus de fierté que les Princes n'exercent le leur. Ainsi l'on a sujet d'avertir toutes ces personnes de ne pas abuser de cette autorité que Dieu leur donne; de se souvenir de l'égalité naturelle

Se riprendiamo il testo del *Traité des lois*, nella parte sugli obblighi involontari, incontriamo un riferimento alla sfera della politica, che supera i rapporti di subordinazione messi in rilievo nel *Droit public* e svela l'affiorare di una istanza solidaristica. Viene in primo piano, infatti, un dovere di soccorso verso gli strati sociali più deboli, che grava su tutti, ma che in particolare chiama in causa i detentori dell'autorità. A questo obbligo corrisponde, in una sorta di geometria giuridica, il diritto dei più poveri, inteso in senso soggettivo, cioè come attesa di una giusta distribuzione dei beni. È la distanza, lo squilibrio tra gli indigenti e i ricchi che genera il dovere di aiuto.

«Così la condizione di coloro che si trovano nella società senza beni e nell'impossibilità di lavorare per sopravvivere determina un obbligo per tutti gli altri di esercitare verso di loro l'amore reciproco, rendendoli partecipi di un bene al quale essi hanno diritto. Poiché ogni uomo, facendo parte della società, ha il diritto di vivere in essa; e ciò che è necessario a coloro che non possiedono nulla e che non possono guadagnarsi la vita è, per conseguenza, nelle mani degli altri, i quali perciò non possono tenerlo per sé senza ingiustizia. Ed è a causa di questo vincolo che, di fronte a necessità pubbliche, i singoli sono obbligati, anche attraverso la costrizione, a soccorrere i poveri secondo i loro bisogni. Così la condizione di coloro che soffrono qualche ingiustizia e sono nell'oppressione obbliga coloro che hanno la funzione e l'autorità della giustizia a farne uso per proteggerli»<sup>69</sup>.

Tutta la disciplina degli obblighi è in funzione delle vite umane e non può non riguardare la ricerca dei beni sensibili. In particolare, negli obblighi volontari emerge più netta una spinta egoistica. Assente dopo la creazione, è dalla caduta nel peccato che essa ha avuto origine. Per definirla l'autore impiega la categoria dell'amor proprio: l'attaccamento a sé, separato dall'amore verso il prossimo e perciò contrario alla seconda legge. Esso costituisce un fattore negativo della vita sociale, a differenza di quello che Domat chiama *amor mutuelle*.

Le dottrine gianseniste sulla negatività dell'egoismo non sono univoche. Le posizioni di Pascal sono le più radicali.

Già in una lettera del 1651, egli ha messo in luce – richiamando le sacre scritture – come l'avvento del peccato e la perdita dell'innocenza siano le cause di una deformazione tragica nel rapporto dell'uomo con sé stesso<sup>70</sup>. Il quadro che emerge è pervaso dal pessimismo. Mentre

---

qui est entre leurs inferieurs et eux, et de prendre cette superiorité d'estat où ils se trouvent pour un ministere qui les oblie de procurer tout le bien qu'ils peuvent à ceux leur sont soumis».

<sup>69</sup> *Traité*, ct., IV, 4, p. 14. In un frammento di riflessione pervenutoci al di fuori dei suoi libri giuridici, descrive lo stato di cose a cui il dovere si oppone. Vd. manoscritto della 'Bibliothèque Royale' (Suppl. franç. n. 1485), cit. in COUSIN 1861, p. 460: «Il superfluo dei ricchi dovrebbe servire al necessario dei poveri; ma all'opposto il necessario dei poveri serve per il superfluo dei ricchi».

<sup>70</sup> Si tratta della lettera inviata a Florin e Gilbert Périer (cognato e sorella di Pascal, ai quali egli scrive dopo la morte di suo padre Etienne), il 17 ottobre 1651. Vd. ROMEO 2020, p. 1424 ss.

Domat immagina – come abbiamo visto – un amore di sé giusto e rispondente alla seconda legge<sup>71</sup>, Pascal circoscrive questa condizione ideale: essa può concepirsi, solo in quanto anteriore al peccato originale.

«L'uomo in quello stato non solo si amava senza peccato, ma non poteva neppure non amarsi senza peccato. In seguito, con l'avvento del peccato, l'uomo ha perduto il primo dei suoi amori».

Con la caduta, essendo andato perduto l'amore di Dio, diventa infinito per ciascuno – egli sostiene – l'amore di sé e di tutte le cose per sé. È «la source de tous les vices et de tous le péchés»<sup>72</sup>.

«Ecco l'origine dell'amor proprio. Era naturale in Adamo e giusto nella sua innocenza; ma è diventato criminale e smodato dopo il suo peccato. Ecco la fonte di questo amore e la causa del suo difetto e dei suoi eccessi».

Nei *Pensieri* torna sull'idea che dal mancato riconoscimento del limite e dei difetti umani nasca l'odio per la verità, quindi il distacco da Dio.

«La natura dell'amor proprio e di questo io umano è di non amare che se stesso e di non considerare che se stesso. Ma che farà? Non può impedire che questo oggetto amato sia pieno di difetti e di miseria: vuol essere grande e si vede piccolo; vuol essere felice e si vede miserabile; vuol essere perfetto e si vede pieno di imperfezioni; vuol essere l'oggetto dell'amore e della stima degli uomini, e vede che i suoi difetti meritano solo la loro avversione e il loro disprezzo. Questa difficoltà in cui si trova

<sup>71</sup> Unito all'amore del prossimo, che quasi lo trasfigura: lo rende positivo.

<sup>72</sup> ROMEO 2020, p. 1424 ss., spec. 1432 ss. La prima parte del ragionamento trova un pieno riscontro (quasi un calco) nella esposizione di Domat intorno alle prime due leggi (che ho citato sopra). Si sottolinea il carattere arcano della duplice vocazione umana, alla divinità e a sé stesso. È il destino imperscrutabile pensato anche da Domat, di cui è possibile enunciare i termini fondamentali, appresi attraverso la conoscenza. A scoprirli è la meditazione filosofica, cui accenna Pascal, richiamando l'insegnamento di «due persone eccellenti e molto sante»: espressione riferibile – secondo le ipotesi che sono state avanzate – a Sant'Agostino e forse a San Paolo o a Giansenio, o ad Antoine Arnauld (vd. ROMEO 2020, p. 3013, nt. 36). «La verità che rivela questo mistero è che Dio ha creato l'uomo con due amori, l'uno per Dio, l'altro per se stesso; ma con questa legge, che l'amore per Dio sarebbe infinito, cioè senza altro fine se non Dio stesso, e l'amore per se stesso sarebbe finito e tale da ricondurre a Dio». Questa è la condizione immediatamente successiva alla creazione e precedente al peccato. Subito dopo, viene descritta la rottura dell'equilibrio. Osservo in proposito che il nesso tra le due prime leggi (quindi l'amore duplice) è realizzabile secondo Domat anche dopo la caduta: mi sembra una differenza di rilievo. Del resto, come vedremo, tutta la sua costruzione giuridica si regge sulla possibilità di recuperare, anche dopo la caduta, un assetto della società corrispondente ad un giusto amore verso sé stesso e verso il prossimo. La visione pascaliana nella lettera del 1651 è più tragica. Quell'amore è possibile solo nell'innocenza; poi non è più recuperabile nella sua misura autentica. «... e l'amor di sé, essendo rimasto solo in questa grande anima capace di un amore infinito, questo amor proprio si è esteso ed è penetrato nel vuoto che l'amore di Dio ha lasciato; egli ha così amato solo sé e tutte le cose per sé, cioè in modo infinito». Dopo il peccato, l'infinità, di cui l'animo umano è capace e che sembra identificarsi con il vuoto lasciato dal venir meno dell'amore verso Dio, apre la strada al male.

produce in lui la passione più ingiusta e criminale che si possa immaginare; perché concepisce un odio mortale contro quella verità che lo rimprovera e lo convince nei suoi difetti»<sup>73</sup>.

Dunque l'amor proprio sembra a Pascal un male irrecuperabile. È un giudizio estremo; non vi è un freno alle manifestazioni dell'egoismo e all'insuperabile ostilità tra gli uomini.

«Per natura tutti gli uomini si odiano l'un l'altro. Ci si è serviti come si è potuto della concupiscenza per renderla utile al bene pubblico. Ma non è che finzione e una falsa immagine della carità, perché in fondo è soltanto odio»<sup>74</sup>.

Si tratta di frasi che evocano una condizione quasi hobbesiana. Ma il filosofo non crede in un patto, in una legge che possa davvero frenare e trasformare il conflitto<sup>75</sup>.

«Dalla concupiscenza – egli afferma – sono state fondate e tratte regole ammirevoli di politica, di morale e di giustizia. Ma il fondo, questo brutto fondo dell'uomo, questo FIGMENTUM MALUM è soltanto coperto, non eliminato»<sup>76</sup>.

Domat propone una descrizione analoga.

«È dunque la smodatezza dell'amore che ha sregolato la società e al posto di quell'amore vicendevole, la cui caratteristica era quella di unire gli uomini nella ricerca del loro bene comune, si vede regnare un altro amore del tutto opposto, il cui carattere ha giustificato il nome di amor proprio, poiché colui nel quale esso domina non ricerca che i beni di cui può appropriarsi e non ama negli altri se non ciò che può essergli utile. È il veleno di questo amore che intorbida il cuore dell'uomo e lo appesantisce».

Dobbiamo avere ben chiara, per comprendere il suo ragionamento, la distinzione tra l'amore di sé, interno all'osservanza delle due prime leggi, e l'amor proprio che ne prescinde, ferman-

<sup>73</sup> La pubblicazione dei *Pensieri* è del 1680. Opera incompiuta, alla quale si aggiungono altri frammenti. Sulle questioni testuali vd. ora ROMEO 2020, p. 2233 ss. Il passo citato è in ROMEO 2020, p. 2768 (n. 783). Sulle posizioni pascaliane in tema di amor proprio vd. FUCHS 1977, pp. 190 ss.; 206 ss.: «dieser amour de soi ist nur surnaturel, d.h. identisch mit der Gotts liebe. Der 'natürliche Mensch' ist für Pascal völlig vom amour propre korrumpiert; lediglich die göttliche Gnade kann ihn davon befreien». Ancora su concupiscenza e amor proprio, vedi YAMAJO 2010, pp. 48 ss.; 295 ss.

<sup>74</sup> ROMEO 2020, p. 2396 (n. 243).

<sup>75</sup> Vi sono passi dei *Pensieri* ove Pascal idealizza l'unione del singolo con i suoi simili in un tutto ideale, tale da eliminare l'odio; ma questo modo di essere con gli altri è pensabile soltanto nell'innocenza, prima del peccato originale o comunque per effetto della grazia che rimargina la scissione tra gli uomini. Vd. ROMEO 2020, p. 2467 (nn. 405-406). La visione tragica è quindi dominante.

<sup>76</sup> ROMEO 2020, p. 2396 (n. 244).

dosi all'*io*, com'è messo in luce in un'altra suggestiva osservazione pascaliana<sup>77</sup>. L'amor proprio è sospinto verso la vanità, verso la noncuranza di ogni legame.

Tuttavia, esiste un rimedio alla rovina. Secondo la rappresentazione del giurista e contro la logica fin qui svolta, è lo stesso volere divino che conduce ad una drastica e generale limitazione dell'amor proprio, tale da mutarne il senso.

«Si sa che Dio non ha permesso al male di avvenire se non perché con la sua potenza e saggezza se ne potesse trarre il bene, ed un bene più grande di quello che sarebbe stato senza la mescolanza del male. La religione ci fa conoscere i beni infiniti che Dio ha tratto da un male così grande, sicché la condizione in cui il peccato aveva ridotto l'uomo e il rimedio incomprendibile di cui Dio si è servito per recuperarlo l'hanno innalzato in una condizione più felice di quella che precedeva la sua caduta»<sup>78</sup>.

Il veleno contrario al fondamento stesso della società si trasforma in un mezzo che la fa sopravvivere<sup>79</sup>.

Quindi, il discorso di Domat non segue il giudizio estremo del suo amico Pascal. Piuttosto costruisce, passando attraverso l'insieme degli egoismi, un dispositivo di bilanciamento e di ordine. Innesta le utilità dei singoli, il perseguimento di scopi particolari che l'amor proprio genera, nel funzionamento concreto degli obblighi. I rapporti economici e sociali offrono un terreno, sottratto al pessimismo, ove l'attaccamento di ciascuno a se stesso può tradursi nella reciprocità dello scambio e della cooperazione: insomma, una sorta di approssimazione alla seconda legge, che Domat persegue coerentemente. L'amor proprio può essere piegato e neutralizzato dai commerci, dai legami che i bisogni rendono necessari.

«La caduta dell'uomo, non avendolo liberato dai suoi bisogni, ma avendoli al contrario moltiplicati, ha anche aumentato la necessità dei lavori e dei commerci, e allo stesso tempo la necessità degli obblighi e dei legami; poiché non potendo alcuno bastare a se stesso, la diversità dei bisogni impegna gli uomini ad una infinità di legami senza i quali essi non potrebbero vivere».

Il cerchio si chiude con un passaggio dal male al bene:

<sup>77</sup> Si veda la biografia di Pascal scritta dalla sorella Gilberte, nella sua seconda versione (redatta tra il 1669 e il 1670), in ROMEO 2020, p. 178: «L'amor proprio degli altri non era mai urtato dal suo e si sarebbe anche detto che non ne avesse affatto non parlando mai di sé, né di nulla che fosse in rapporto a lui». Un motivo centrale del suo pensiero diventa costume di vita nel racconto edificante di Gilberte: «et on sait qu'il vouloit qu'un honnête homme évitât de se nommer et même de se servir des mots de *je* ou de *moi*». Egli era solito dire che «la pietà cristiana aveva annientato il *me* umano». Con parole quasi identiche si illustra la posizione (che direi antinarcisistica) di Pascal in ARNAULD e NICOLE 1664, ed. 1965, III, xx, a, 6, p. 266 ss.

<sup>78</sup> *Traité*, cit., IX, 3, in REMY 1835, I, p. 25.

<sup>79</sup> Sulla conflittualità che è dentro il 'veleno' e sull'ordine come costruzione e come riscatto predisposto dalla volontà divina, si vedano le puntuali considerazioni di SARZOTTI 1995, p. 201 ss.

«Vediamo dunque, con riferimento all'amor proprio, che questo principio di tutti i mali è nello stato attuale della società una causa da cui essa riesce a ricavare un'infinità di buoni effetti che, per loro natura, essendo veri beni, dovrebbero avere un principio migliore; e che così si potrà guardare a questo veleno della società come un rimedio di cui Dio si è servito per sostenerla, poiché, sebbene non produca che frutti corrotti in coloro che anima, dà comunque alla società tutti questi vantaggi»<sup>80</sup>.

Le tesi fin qui espresse appaiono non lontane dal giansenismo moderato di Pierre Nicole, secondo il quale i moventi apparentemente egoistici possono avere conseguenze buone<sup>81</sup>. Così viene riconosciuto il valore della divisione del lavoro e del commercio<sup>82</sup>. Oggettivamente, al di là delle intenzioni, questa visione (chiara in Nicole e in Domat) recupera una certa indulgenza per l'agire economico dell'*honnête homme*, per l'utilità come criterio di condotta, che l'etica dei gesuiti legittimava<sup>83</sup>.

In questa apertura al mondo (un 'amor proprio illuminato'), si è visto talvolta un preludio al pensiero degli economisti liberali: quasi l'idea di una mano invisibile, capace di guidare verso il bene comune i desideri e la ricerca del profitto<sup>84</sup>. È comunque un trarre vantaggio dal 'veleno'

<sup>80</sup> *Traité*, cit., *ibidem*, p. 26. Sulla differenza rispetto a Pascal, vd. YAMAJO 2010, p. 122, nt. 3.

<sup>81</sup> Vd. al riguardo NICOLE 1671-1678 (= 1733) (*De la civilté chrétienne, De la faiblesse de l'homme e De la charité et de l'amour propre*, cit. in WEBER 2007, nt. 4 e ntt. 45-62). In particolare, vol. III, *De la charité*, cit., chap. II. Cfr. GOLDMANN 1955 (trad. it. 1971), p. 222 ss., sul 'centrismo' di Nicole e di Arnauld, espressione di un distacco dalla radicalità pascaliana. Sulla vicinanza, riguardo a questo tema, tra Domat e Nicole, vd. HEURTIN 2013, p. 8 ss.

<sup>82</sup> Come esplicitamente Nicole dichiara in *De la charité*, cit., chap. II (cfr. WEBER 2007, nt. 54), a proposito del superamento della violenza nei rapporti tra gli esseri umani. I quali «sont réduits à chercher d'autres voies et à substituer l'artifice à la force, et ils n'en trouvent point d'autre que de tâcher de contenter l'amour propre de ceux dont ils ont besoin, au lieu de le tyranniser. Les uns tâchent de se rendre utiles à ses intérêts, les autres emploient la flatterie pour le gagner. On donne pour obtenir. C'est la source et le fondement de tout le commerce qui se pratique entre les hommes, et qui se diversifie en mille manières». Il 'dare per ottenere' richiama alla mente il *συνάλλαγμα*, categoria che Domat impiega per rappresentare la composizione degli egoismi. Vd. inoltre NICOLE 1570, p. 205 ss., sulla *cupidité*, che produce grandi servizi alla società umana, purché sia limitata da regole e governata attraverso l'ordine politico.

<sup>83</sup> Rimando a BRUTTI 2019, p. 120 ss. Per la individuazione di questa differenza teorica, che – vorrei sottolineare – non attenua la comunanza di idee tra Pascal e Domat sul terreno teologico, sono partito dal libro di GROETHUISEN 1927 (trad. it. 2017), p. 131 ss. La sintesi del conflitto tracciata dall'autore è chiara. «I giansenisti si battono per il loro Dio: l'antico Dio, il Dio di sempre: 'Combattiamo contro coloro che vogliono strapparci l'eredità dei nostri padri...' dicono. Si vuol sostituire al Dio onnipotente adorato dai cristiani un nuovo Dio più conforme all'orgoglio umano: quello dei gesuiti [...] un Dio che usando mille riguardi con gli uomini lascia che agiscano secondo i loro capricci. 'Debole, impotente, non osa valersi del proprio potere per tema di nuocere alla libertà'» (p. 136). I giansenisti accusano i gesuiti di limitare la potenza di Dio, poiché associano ad essa il principio del libero arbitrio. In Domat questo principio non ha alcuna autonomia. Tutta la dottrina degli *engagemens* va in senso opposto.

<sup>84</sup> Sulla somiglianza e sulla relazione del neo-agostinismo con le dottrine economiche del Settecento, ampia bibliografia in WEBER 2007, *passim* e ntt. 6-19. Osservo in proposito che l'idea di cooperazione individuata da Adam Smith alla base del commercio è esplicitamente contrapposta alla benevolenza e a maggior ragione a qualsiasi immagine riconducibile alla carità. Lo schema del *συνάλλαγμα*, in vario modo sottostante alla descrizione di Smith, non sembra implicare una discendenza teorica dal discorso di Nicole o di Domat. In particolare per il giurista quello schema – come mostrerò – costituiva un parametro di valutazione ed una causa di efficacia giuridica, a cui doveva rigorosamente corrispondere la struttura dei contratti. Vd. SMITH 1776 (tr. it. 1976), I, 2, p. 58: «l'uomo ha la costante necessità dell'aiuto dei suoi simili, e sarebbe vano per lui aspettarselo soltanto in virtù della loro benevolenza. Sarà più probabile che lo ottenga se riesce ad interessare a suo favore il loro amore di se stessi, e se dimostra loro che è per il loro vantaggio che fanno per lui ciò che chiede. È questo che propone chiunque offra ad un altro un affare di qualsiasi genere. Datemi ciò che voglio e avrete questo

e significa comporre gli appetiti individuali. Ma la loro conciliazione, ammessa da una parte del gruppo di Port-Royal, non può dirsi immanente all'agire dei singoli, poiché ogni momento del processo, compreso il manifestarsi del male, è fissato e governato da Dio.

Vi è dunque una distanza storica tra il giansenismo e i modelli liberali, che concepiscono il bene comune come meta da raggiungere attraverso la spontaneità e il dispiegarsi degli egoismi<sup>85</sup>. Verosimilmente, la fiducia del pensiero laico in questo illusorio destino di felicità nasce dalla secolarizzazione dell'idea di provvidenza. L'abbandonarsi a Dio, che vediamo nella Riforma e nel neo-agostinismo cattolico, si capovolge, convertendosi in una spinta tutta materiale verso il piacere e il profitto che *ex se* genererebbero il bene. Dobbiamo tuttavia rammentare che nel pensiero teologico vi è un nucleo irriducibile a questo esito immanentistico. Specialmente in Domat si vede chiaramente che i vincoli, i doveri fissati da Dio prevalgono sulla libertà.

Fedele ad una radicata visione religiosa, egli crede che il volere divino promuova un percorso lineare per condurre gli esseri umani oltre la sregolatezza, per imprimere all'amor proprio una direzione, rendendolo parte dell'ordine derivante dalla trascendenza e trasformandolo in «amour mutuel». Quindi i doveri, sui quali insiste, «non sono altra cosa se non i diversi effetti che questo amore deve produrre, secondo le congiunture e le circostanze». La conclusione riguarda il campo dei rapporti giuridici fra privati: la proprietà, la responsabilità, l'obbligo di correttezza:

«Così, in generale, le regole che comandano di rendere a ciascuno ciò che gli appartiene, di non fare torto ad alcuno, di osservare sempre la fedeltà e la sincerità, e le altre simili non dispongono altro se non effetti dell'amore reciproco. Perché amare è volere e fare il bene; e non si ama colui al quale si fa torto né colui verso il quale non si è fedeli e sinceri»<sup>86</sup>.

Dunque, il diritto converte l'amor proprio e l'orienta verso un ordine (la società con le sue gerarchie e lo sviluppo degli scambi economici), che corrisponde al disegno divino. Come si vede, nel momento in cui si definisce il fondamento (quindi il fine) degli obblighi e delle norme, sopravviene il linguaggio dell'altruismo.

La discendenza degli obblighi dall'amore conserva qualcosa di misterioso<sup>87</sup>.

---

che volete, è il significato di ciascuna di queste offerte; ed è in questo modo che otteniamo l'uno dall'altro la maggior parte di quei buoni uffici dei quali abbiamo bisogno. Non è dalla benevolenza del macellaio, del birraio o del fornaio che ci aspettiamo la cena, ma dalla loro considerazione per il loro interesse. Ci indirizziamo non alla loro umanità ma al loro amore di se stessi, e a loro non parliamo delle nostre necessità ma dei loro vantaggi».

<sup>85</sup> Vd. su questo punto SPECTOR 2003, p. 23 ss.: muovendo dalla lettura di un passo di Montesquieu (*Esprit de lois*, III, 7), iscrive l'immagine della mano invisibile nel quadro di un processo di emancipazione dell'economia dalla religione e dalla morale. Cfr. PERROT 1992, spec. p. 333 ss. L'armonizzazione degli interessi privati a partire dalla *cupidité* (cfr. quanto abbiamo detto su Pierre Nicole) è parte della teologia seicentesca. Ma nel formarsi della scienza economica vi è comunque un mutamento epistemologico rispetto al recupero dell'amor proprio ed alla sua finalizzazione entro visioni religiose.

<sup>86</sup> *Traité*, chap. IV, § 5, p. 14.

<sup>87</sup> Vd. HEURTIN 2013, p. 15.

Per descrivere i confini e le applicazioni degli obblighi volontari (che coprono gran parte dello spazio empirico degli *engagemens*) il giurista utilizza le categorie e le soluzioni normative provenienti dal diritto romano. Mi soffermerò su questo impiego di frammenti del passato<sup>88</sup>. In esso avvertiamo una forte esigenza di codificazione delle regole ed un distacco dalla dimensione casistica prevalente nel discorso giuridico dei romani. Il primato delle astrazioni serve a congiungere la teologia e il mondo degli scambi.

«L'uso delle convenzioni» – afferma Domat – «è una conseguenza naturale dell'ordine della società civile e dei legami che Dio forma tra gli uomini (L'usage des conventions est une suite naturelle de l'ordre de la société civile et des liaisons que Dieu forme entre les hommes)»<sup>89</sup>. Egli impiega l'antica categoria della *conventio*, che per i giuristi romani costituiva un *genus* comprensivo di atti diversi, ciascuno derivante da un accordo.

«La parola convenzione è un nome generale che comprende ogni sorta di contratti, di trattative e patti di qualsiasi natura (*Le mot de convention est un nom général, qui comprend toute sorte de contrats, traité et pactes de toute nature*) [...] La materia delle convenzioni è la diversità infinita dei modi volontari coi quali gli uomini regolano tra loro le comunicazioni e i commerci di industria e lavoro e di ogni cosa secondo i propri bisogni»<sup>90</sup>.

Ricorderò brevemente la storia di queste forme nell'antica *iurisprudencia*, che Domat utilizza come patrimonio di regole per la società francese del suo tempo.

Lo schema della *conventio* è già operante nell'età augustea. Labeone lo usa per concettualizzare unitariamente il *contrahere re*, il *contrahere consensu* e i *pacta*<sup>91</sup>. Riguardo alla costituzione di *obligationes*, introduce un secondo schema (distinto dalla *conventio*), ricalcato sul lessico filosofico di Aristotele: il *συνάλλαγμα*, l'*ultra citroque obligari*<sup>92</sup>. È uno scheletro teorico che egli individua all'interno di contratti tipizzati, come la compravendita, la locazione-conduzione, la società, ma che non è limitato a questi. Può vedersi anche in altre forme di contrattazione, più fluide<sup>93</sup>. La nozione di *συνάλλαγμα* è inoltre applicata al rapporto tra prestazioni, nel

<sup>88</sup> Vd. già BRUTTI 2019, p. 107 ss.

<sup>89</sup> *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, I, 1, in REMY 1835, cit., I, p. 121: «Car comme il a rendu nécessaire, pour tous leurs besoins, l'usage réciproque de leur industrie et de leur travail, et les différens commerce des choses, c'est principalement par les conventions qu'ils s'en accomodent [...] Ainsi, pour l'usage des choses, lorsqu'ils ont besoin de les acquérir ou de s'en défaire, ils en font commerce par des ventes et par des échanges; et lorsqu'ils n'ont besoin de les avoir que pour un temps, ils les louent ou les empruntent; et selon les autres divers besoins, ils y assortissent les différentes sortes de conventions». L'industria, il lavoro, il commercio si strutturano attraverso le convenzioni. Vd. anche *Traité des Loix*, cap. IV, spec. § 1 e § 3, in REMY 1835, I, p. 12 ss. Gli «engagemens volontaires» sono volontari «per ciò che riguarda la scelta delle modalità specifiche con cui si attuano, non per ciò che concerne la possibilità di sottrarsi ad essi» (cfr. SARZOTTI 1995, p. 199 ss.).

<sup>90</sup> *Les lois civiles*, cit., I, 1, 1, §§ 1-3, in REMY 1835, I, p. 122.

<sup>91</sup> D. 2.14.2 pr.-1 (Paul. 3 *ad ed.*). Cfr. BRUTTI 2019, p. 107 ss.

<sup>92</sup> D. 50.16.19 (Ulp. 11 *ad ed.*).

<sup>93</sup> D. 19.5.1.1 (Pap. 8 *quaest.*); D. 18.1.80.3 (Lab. *post. a Iav. epit.*).

quale (in base ad un'intesa senza bisogno di forme) il comportamento posto in essere da una parte dà luogo all'obbligazione dell'altra<sup>94</sup>.

Una definizione più accurata di *conventio* è proposta da Sesto Pedio e recepita in un passo di Ulpiano<sup>95</sup>; mentre, nella giurisprudenza tra secondo e terzo secolo, si cristallizza la convergenza tra questa categoria concettuale e il *συνάλλαγμα*. Il nesso di reciprocità tra le prestazioni è da solo, secondo Tizio Aristone, causa del rapporto obbligatorio<sup>96</sup>. La parola greca acquista una particolare forza e designa un meccanismo produttivo di effetti vincolanti, che ha un largo impatto sulla pratica. Nasce da qui l'esigenza di una ulteriore sistemazione, tale da prendere sul serio ed estendere l'idea giuridica della reciprocità. Giulio Paolo delinea a questo scopo, in età severiana, una quadripartizione che abbraccia forme varie di scambio economico, andando al di là dei tipi contrattuali: *do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias*<sup>97</sup>.

Domat fa i conti con i testi romani che ho citato e realizza una piena fusione dei concetti relativi al *contrahere*, che si erano stratificati nella giurisprudenza antica. Le convenzioni servono a regolare i commerci, di cui parla nel *Traité* e che diventano poi oggetto di un esame ravvicinato nelle *Lois civiles*. La reciprocità delle prestazioni è applicata ad ogni genere di *engagement* e dà a ciascuna convenzione un fine accettabile. Ciò rende il perseguimento dell'utile individuale non confliggente con l'amore tra gli esseri umani. Così ogni mio interesse è unito e proporzionato all'interesse di altri; il *contrahere* è sempre la composizione di un dualismo o di spinte plurime.

Per costruire i rapporti che implicano uno scambio economico, Domat ricalca il testo di Paolo che ho citato, con le stesse applicazioni dello schema sinallagmatico. Riferendosi allo schema *do ut facias*, cita l'esempio del lavoro salariato, che torna più volte nelle sue pagine.

Al tempo stesso, tiene ferma la tesi per cui la reciprocità è causa dell'*engagement*. L'accordo senza causa è cieco. E credo si possa dire che la causa ha un valore morale.

«Così l'obbligazione che si forma in questo tipo di convenzioni a vantaggio di uno dei contraenti trae sempre la propria causa dalla controparte; e l'obbligazione sarà nulla se nella realtà essa è priva di causa»<sup>98</sup>.

Anche negli *engagemens* a titolo gratuito si staglia nettamente il rilievo attribuito al *συνάλλαγμα*.

«Nelle donazioni e negli altri contratti dove uno solo fa o dà e dove l'altro non fa e non dà nulla, l'accettazione forma la convenzione: e l'obbligo di colui che dà ha il suo fondamento su qualche motivo ragionevole e giusto, come un servizio reso

<sup>94</sup> D. 19.5.20 pr. (Ulp. 32 *ad ed.*). Cfr. BRUTTI 2019, p. 113 ss.

<sup>95</sup> D. 2.14.1.3-4 (Ulp. 4 *ad ed.*).

<sup>96</sup> D. 2.14.7.2 (Ulp. 32 *ad ed.*).

<sup>97</sup> D. 19.5.5 pr.-4 (Paul 5 *quaest.*). Cfr. BRUTTI 2019, p. 115 ss.

<sup>98</sup> *Les lois civiles*, I, 1, 1 § 5, in REMY 1835, I, p. 122 ss.

al donante, o qualche altro merito del donatario o il solo piacere di fare il bene. E questo motivo tiene il luogo di causa da parte di colui che riceve e non dà nulla»<sup>99</sup>.

Pensare che in questi casi il bilanciamento possa essere tra il piacere personale procurato al donante dall'atto di liberalità e il vantaggio acquisito dal donatario significa universalizzare la reciprocità, renderla inseparabile dalla *conventio*, che del resto esiste in base ad un mutuo consenso e ad una convergenza di interessi.

Coerentemente, Domat pone i tipi contrattuali ereditati dalle visioni romane sullo stesso piano degli accordi senza nome, dai quali si distinguono solo in quanto corrispondono ai casi più frequenti<sup>100</sup>.

Le convenzioni sono proporzionate ai bisogni cui si riferiscono («proportionnées aux besoins où elles se rapportent»)<sup>101</sup>. Tutto ciò porta a pensare gli impegni nella loro oggettività, legata al volere divino che accoglie ed organizza i legami tra i singoli entro il commercio.

L'attività del *contrahere* obbliga – secondo le regole – non solo a ciò che le convenzioni esprimono, ma a «tutto ciò che richiede la natura delle convenzioni, e agli effetti stabiliti dall'equità, dalle leggi, dagli usi»<sup>102</sup>. In definitiva Domat concepisce la *conventio* come atto che realizza un ordine prefissato.

Vediamo ora due esempi nei quali spicca la dimensione economica dell'ordine, individuata attraverso la rilevazione degli usi.

Nel primo esempio vi è un esplicito riferimento al mercato, come spazio delle convenzioni. Dall'osservazione delle prassi mercantili si ricava il senso comune e 'buono' in cui deve intendersi l'obbligazione. Punto di partenza è un caso di incertezza sul prezzo di una vendita; la controversia si risolve fissando la misura oggettiva della reciprocità.

«Nelle convenzioni ove uno si obbliga a cose il cui valore può accrescersi o diminuire secondo la differenza delle loro qualità, come le derrate o alcune opere, o altre cose, l'obbligazione non si estende a ciò che è migliore o di maggior prezzo, ma si limita a ciò che si definisce buono e mercantile. E il debitore, per esempio, che deve del frumento adempie alla sua obbligazione dandone di questa qualità, poiché si presume che i contraenti non abbiano pensato se non a ciò che è nell'uso ordinario. Ma se

<sup>99</sup> *Ibidem*, § 6, p. 124.

<sup>100</sup> *Ibidem*, § 7, p. 124: «De ces différentes sortes de conventions, quelques-unes sont d'un usage si frequent et si connu partout, qu'elles ont un nom propre: comme la vente, le louage, le prêt, le dépôt, la société et autres; et il y en a qui n'ont pas de nom propre, comme si une personne donne à quelqu'un une chose à vendre à un certain prix, à condition qu'il retiendra pour lui ce qu'il pourra en avoir de plus». Questa ipotesi corrisponde ad un testo di Ulpiano: D. 19.5.13pr. (Ulp. 30 *ad Sabinum*).

<sup>101</sup> *Les lois civiles*, I, 1, 2, § 1, in REMY 1835, I, p. 128.

<sup>102</sup> *Les lois civiles*, I, 1, 3, §1, in REMY 1835, I, p. 134. L'autore mette in luce qui la combinazione tra equità naturale, leggi, *coutumes*. Questa formulazione sarà ricalcata dall'art. 1135 del *Code civil*. Vd. anche *ibidem*, § 2: L'idea della reciprocità («l'engagement de l'un étant le fondement de celui de l'autre») regge tutte le convenzioni.

la convenzione stabilisca la qualità di ciò che si deve, o l'intenzione dei contraenti appaia dalle circostanze, a ciò conviene attenersi»<sup>103</sup>.

Si può vedere in questo brano una tendenziale identificazione tra gli usi e il mercato. L'interpretazione in base ad un parametro mercantile (definirlo buono è aderire ai suoi meccanismi oggettivi) conferma la reciprocità come elemento essenziale della convenzione. Ogni incertezza sull'oggetto, vale a dire sulle prestazioni delle parti contraenti, si risolve secondo l'uso ordinario, secondo le corrispondenze di valore consolidate nelle prassi commerciali. L'intenzione comune, pure individuata dal giurista come criterio di interpretazione, non può considerarsi svincolata da questa misura. Non vi è una scoperta dell'intento effettivo su cui le parti si sono incontrate. Non ve n'è bisogno per superare il dubbio interpretativo<sup>104</sup>.

Il secondo esempio conferma la visione impersonale del contratto.

«Se in una convenzione si lascia da regolare il prezzo di una cosa, la stima non si farà né al prezzo più alto né a quello più basso, ma al prezzo comune, senza alcun riguardo alle circostanze particolari dell'affezione (*attachement*) che l'uno o l'altro contraente potrebbe avere per la cosa che si deve stimare né del suo bisogno; ma si deve solamente considerare ciò che essa vale nella verità (*ce qu'elle vaut dans la vérité*); ciò che varrebbe nel suo uso comune per chiunque; e ciò per cui essa potrebbe essere giustamente venduta»<sup>105</sup>.

La verità dell'uso ha precise condizioni di tempo e di luogo; si ricava per induzione:

«La stima delle cose, che non sono state consegnate nel tempo e nel luogo stabiliti, come del vino, dei grani e di altre cose simili, si fa secondo il valore che avevano nel tempo e nel luogo in cui dovevano essere consegnate»<sup>106</sup>.

Dunque, è attribuita al mercato una funzione regolatrice.

<sup>103</sup> *Les lois civiles*, I, 2, in Remy 1835, I, p. 155. Cfr. D. 21.1.19.4; D. 21.1.18. Il contesto è quello del commercio, su cui vd. *Les lois civiles*, I, tit. II, p. 155: «Le premier commerce [...] a été celui de donner une chose ou l'autre; et c'est ce commerce qu'on appelle échange: ou pour avoir une chose dont on a besoin, on en donne une autre qui est inutile ou moins nécessaire. Mais comme l'échange n'assortit que rarement et avec peine, ou parce qu'on n'a pas de part et d'autre de quoi s'accommoder, ou parce qu'il est embarrassant de faire les estimations, et de rendre les choses égales, on a trouvé l'invention de la monnaie publique qui, par sa valeur réglée et connue, fait le prix de tout; et ainsi au lieu des deux estimations qu'il était si difficile de rendre égales, on n'a plus besoin d'estimer que d'une part une seule chose, et on a de l'autre son prix au juste par la monnaie publique». Il commercio è composto da una serie di operazioni di vendita. L'idea di reciprocità inclina verso quella di equivalenza in base al danaro. Vd. anche I, tit. IV e VIII. Nel commercio si può scorgere la dialettica tra 'amor proprio' e ordine sociale, che ho già menzionato (cfr. *Traité des lois*, chap. IX, p. 24 ss.). Vd. *Droit public*, I, 12, p. 232 ss. Le regole speciali dei mercanti integrano quelle sulla vendita, fissate nelle *lois civiles*.

<sup>104</sup> Mentre, a proposito di interpretazione delle convenzioni, l'intenzione costituirà un elemento decisivo per Pothier. Cfr. BRUTTI 2017, pp. 114 ss.; 122 ss.

<sup>105</sup> Vd. *Les lois civiles*, I, 1, 2, § 17, in Remy 1835, cit., p. 133. Cfr. D. 35. 2.63pr.; D. 9.2.33pr.

<sup>106</sup> *Ibidem*, § 18. Cfr. D. 12. 1.22.

#### 4. Leggi immutabili e leggi arbitrarie

Qual è il senso della distinzione tra leggi immutabili ed arbitrarie? Le prime fissano regole sottratte al mutamento; le seconde stabiliscono disposizioni che cambiano attraverso l'azione umana.

«Tutte le differenti idee che si possono concepire dei diversi tipi di leggi, indicate con il nome di leggi divine e umane, naturali e positive, di religione o di polizia, del diritto delle genti, del diritto civile e con tutti gli altri nomi che si possono dare loro, si riducono a due specie: l'una delle leggi che sono immutabili e l'altra delle leggi che sono arbitrarie»<sup>107</sup>.

La dicotomia è alla base del riordino (e conseguentemente anche della legittimazione) che l'autore vuole imporre al diritto vigente. Secondo la sua teoria la natura (immutabile) non è in antitesi rispetto alle prescrizioni ufficiali e agli usi consolidati. Non vi è conflitto tra le leggi ed anzi l'opera sistematica del giurista svela la concatenazione delle norme, anche minute, con le due leggi più alte. Sicché nessuna particolarità, nessun cambiamento nel diritto può essere in contrasto con la struttura complessiva. Mi pare che si affacci qui una specie di supposizione dogmatica (cioè non suscettibile di discussione): le norme che si affermano nella pratica possono essere partecipi della tradizione oppure portate dagli usi o espresse nelle *ordonnances* regie, ma proprio perché vigenti entro la società, non sono mai avverse né alternative all'ordine profondo che la sostiene.

«Queste leggi immutabili o naturali sono tutte quelle che si pongono come conseguenze necessarie delle prime due, e sono talmente essenziali ai rapporti costituenti l'ordine della società, che non possono essere mutate senza distruggere i fondamenti di questo ordine; e le leggi arbitrarie sono quelle che possono essere diversamente formulate, possono essere cambiate ed abolite, senza violare lo spirito delle prime leggi e senza ferire i principi dell'ordine della società»<sup>108</sup>.

La trama portante delle leggi naturali riguarda le discipline relative ai soggetti. Dall'obbedienza ai poteri (quello spirituale e quello temporale)<sup>109</sup> si passa al dovere di non recare pregiudizio ad altri e di rendere a ciascuno ciò che gli appartiene<sup>110</sup>. Sono entrambi principi tratti dalla

<sup>107</sup> Vd. ancora *Traité des lois*, XI, 1, in REMY 1835, I, p. 36.

<sup>108</sup> *Ibidem*.

<sup>109</sup> X, 10, in REMY 1835, I, p. 33.

<sup>110</sup> XI, 2, in REMY 1835, I, p. 36 ss.

lettura di Ulpiano<sup>111</sup>; andando avanti, gli esempi si orientano decisamente verso il diritto privato. È soprattutto questo ad esprimere l'immutabile.

Si comprende il ruolo di supporto delle leggi arbitrarie, se si esamina la disciplina in materia di eredità. Una legge naturale stabilisce che i padri debbano lasciare ai figli i propri beni dopo la morte. Una regola ugualmente naturale riconosce la libertà di destinare i beni mediante un testamento. Non si può lasciare al singolo la decisione relativa all'equilibrio da stabilire concretamente nell'applicazione di queste norme. Bisogna fissare un limite che permetta di conciliarle. Ciò avviene con una legge arbitraria, che limita la libertà di disporre a scapito dei figli e conserva per loro una porzione dei beni (la legittima), di cui non possono essere privati<sup>112</sup>.

Un meccanismo analogo, di integrazione delle leggi immutabili, è esposto anche per altre situazioni esemplari. Così il dominio sulle cose vale per sempre, finché il padrone non se ne spogli volontariamente; ma chi possiede da molto tempo una cosa dev'esserne ritenuto *dominus*, se non vi è prova della sua usurpazione. Le due leggi – entrambe naturali – sono destinate ad entrare in contrasto, se non si trova una conciliazione. Vi è bisogno, a questo scopo, di una legge arbitraria tale da fissare il tempo oltre il quale l'esercizio del possesso, precedentemente non contestato da alcuno, possa trasformarsi in una piena appartenenza della cosa<sup>113</sup>.

Inoltre, chi non ha un «uso fermo della ragione», a causa dell'età, dell'istruzione e dell'esperienza, non può avere, secondo il diritto naturale, l'amministrazione dei propri beni ed affari; può acquistarla se raggiunge un grado sufficiente di «ragione ed esperienza». Questo passaggio non può a sua volta prescindere da una regola, necessariamente arbitraria e relativa. Una regola mutevole, che integra il diritto naturale<sup>114</sup>.

Ancora un esempio. Il diritto naturale prevede che il compratore non abusi dello stato di necessità in cui si trova il venditore e quindi che non acquisti la cosa ad un prezzo troppo vile. La legge arbitraria prescrive che la risoluzione del contratto intervenga solo quando il compratore si sia obbligato a pagare una somma inferiore alla metà del giusto prezzo. In nome del bene pubblico si nega ogni rilievo all'ingiustizia, quando non giunga a questo livello di lesione<sup>115</sup>.

<sup>111</sup> D. 1.1.10.1 (Ulp. 1 *regul.*). Vd. *Traité*, cit., XI, 2, in REMY 1835, I, p. 36 s. Sono qui indicati due *engagemens* rispondenti a *lois immuables*: l'obbligo del tutore di prendersi cura dell'orfano e l'obbligo di conservare la cosa che si è ricevuta (e si dovrà restituire).

<sup>112</sup> XI, 7, in REMY 1835, I p. 37 ss.

<sup>113</sup> XI, 8, in REMY 1835, I, p. 38 ss.

<sup>114</sup> XI, 9, in REMY 1835, I, p. 39. Il sintagma *droit naturel* è qui riferito alla *loi naturelle et immuable*, che esclude dall'amministrazione degli affari chi non eserciti pienamente la ragione. È evidente che questa legge da sola non basta. Vi è una stretta funzionalità dell'arbitrario rispetto al naturale, in vista di una disciplina certa. La quale può essere costituita dalle consuetudini, oppure dalle 'leggi politiche' (vd. X, 13, p. 35), nonostante esse siano mutevoli. «Ainsi, il y a eu des polices qui ont laissé aux pères la liberté de régler jusqu'à quel âge leurs enfans devraient demeurer sous la conduite d'un tuteur; et d'autres ont fixé un moment de l'âge, au dessous duquel les personnes fussent dans cet état qu'on appelle minorité, et après lequel on devient majeur».

<sup>115</sup> XI, 11, p. 39 e p. 41.

In tutti i casi citati vi è una difficoltà nell'applicazione delle leggi immutabili, che spiega l'intervento politico dell'autorità.

Le leggi arbitrarie riguardano anche materie inventate nelle consuetudini e quando è questo il loro ambito sembrano più autonome rispetto alla sfera naturale; ma non ne prescindono e non vi si oppongono. «Le stesse materie di cui gli uomini hanno inventato l'uso hanno sempre il loro fondamento in qualche principio riguardante l'ordine della società»<sup>116</sup>. Con quest'ultima locuzione si indicano regole che legano gli obblighi alle due leggi fondamentali.

È da sottolineare come la medesima connessione (tra l'immutabile e l'arbitrario) sia utilizzata da Domat per ricondurre la materia dei feudi agli *engagemens* volontari<sup>117</sup>. Infatti quei rapporti non derivano soltanto da convenzioni, ma si fondano anche sull'utilità pubblica, che impone l'ingaggio dei feudatari al servizio del principe, nelle guerre. Libertà ed obbedienza rientrano nell'immutabile.

In gran parte, le regole tratte dal diritto romano sono considerate naturali. Mentre la maggioranza delle *coutumes* e quasi tutte le *ordonnances* sono arbitrarie<sup>118</sup>.

Vi è una sorta di continuità, che dà luogo ad una rappresentazione unitaria<sup>119</sup>. Le leggi arbitrarie riconducibili a quelle naturali, o ad altre leggi arbitrarie consolidate, rientrano in una struttura comune<sup>120</sup>. Sono interpretabili alla luce del diritto naturale<sup>121</sup>.

## 5. Il tema delle usure

Nel diritto romano, oltre le leggi immutabili si trovano anche regole in contrasto con il diritto naturale. È il caso di quelle che ammettono il pagamento delle *usurae* nei contratti di mutuo. Mérites ne aveva tenuto conto, tracciando una disciplina in deroga all'assiologia naturalistica. Domat invece accentua la scissione ed afferma il carattere imperativo, la inderogabilità dei principi più rigoristici<sup>122</sup>. Questi sono accolti e rafforzati non solo da pronunciamenti della

<sup>116</sup> XI, 12, in REMY 1835, I, p. 40.

<sup>117</sup> *Ibidem*.

<sup>118</sup> XI, 14-15-16, in REMY 1835, p. 40 ss. Come mostrerò tra un momento, non sempre è così. La materia dell'usura è regolata da *ordonnances* che corrispondono, secondo Domat, al diritto naturale (e ad alcuni testi romani che lo enunciano).

<sup>119</sup> *Traité des lois*, XII, 2 in REMY 1835, I, p. 60. Vd. MATTEUCCI 1959, p. 60 ss.; TODESCAN 1987, p. 53 ss.

<sup>120</sup> Di interpretazione in base agli usi parla esplicitamente nel *Traité*, 12, 4, in REMY 1835, I, p. 60. «Et il n'ya pas de meilleure règle pour expliquer les lois obscures ou ambiguës, que la manière dont la coutume et l'usage les ont interprétées». Gli usi sono ritenuti in continuità con le leggi naturali; è ciò che rende possibile assumerli per governare l'interpretazione.

<sup>121</sup> Vd. TARELLO 1976, p. 156 ss., spec. p. 168: «è chiaro, il diritto arbitrario fa sistema con il diritto naturale solo nella misura in cui ne rispetta l'*esprit*. Orbene, dovendo determinare quali siano le leggi che discendono direttamente dai principi primi e che sono, perciò, diritto naturale, Domat non trova di meglio che dire che si tratta del diritto privato e (cioè) di quella parte del diritto romano che è di diritto privato». Così Tarello riconosce una concretezza alla visione del giurista francese, la sottrae alla filosofia e su questa linea ridimensiona l'influsso di Pascal.

<sup>122</sup> Non senza osservare che essi provengono comunque dalla giurisprudenza romana. Vd. *Les lois civiles*, cit., liv. I, tit. VI, in REMY 1835, I, p. 244. La trattazione sulle usure occupa tutto il titolo VI, da p. 131 a p. 151. Essa va letta alla luce di un atteggiamento morale che non è concordemente seguito dai giansenisti. Si vedano i testi raccolti e le valutazioni formulate in TAVENEUX 1977, *passim*.

Chiesa, ma anche parallelamente da ordinanze regie<sup>123</sup>. Potere spirituale e temporale danno così voce ed applicazione ai principi.

Quali sono le ragioni che rendono illecito l'interesse nel prestito?

«Se si vuole individuare quale sia il carattere dell'iniquità che rende l'usura così criminale agli occhi di Dio e che tale la fa sentire al nostro cuore e al nostro spirito, si deve soltanto considerare quale sia la natura del contratto di mutuo per giudicare se in questo l'interesse può essere giusto. E si riconoscerà nei principi naturali dell'uso che Dio ha dato a questo contratto nella società umana, che l'usura è un crimine il quale viola quei principi e manda in rovina i fondamenti stessi dell'ordine sociale»<sup>124</sup>.

La premessa è che le convenzioni sono costitutive dell'ordine. Appartengono alla sfera dell'immutabile. E ciascuna ha una sua propria natura. Vale a dire un disegno, una strutturazione interna, identificabile nella prassi, correlata agli obblighi su cui si reggono la cooperazione, la divisione del lavoro, il soddisfacimento dei bisogni. Sappiamo come gli *engagemens* dipendano dalla volontà divina. Ma a questo punto emerge anche una logica interna, che ne guida l'applicazione. Vi sono limiti e finalità che possono ravvisarsi in ciascun contratto. Guardando ad essi, il giurista esclude che vi sia uno spazio consentito per il prestito ad interesse.

Una divisione fondamentale separa le convenzioni gratuite da quelle non gratuite. Il mutuo è compreso tra le prime. Da solo, esso presenta elementi differenziali rispetto ad ogni altro contratto. Nel prestito d'uso, la cosa non viene consumata, mentre nel mutuo si cede una quantità di cose fungibili, che verranno consumate, e l'obbligo di restituzione ha ad oggetto il genere e la quantità. Nello scambio, vi è la dazione reciproca di cose diverse; nel mutuo l'oggetto fungibile del dare e del restituire, identificato mediante la misura, è sempre lo stesso. Nella vendita, la cosa è alienata per un prezzo; nel mutuo alla dazione corrisponde l'obbligo a rendere «non une chose différente, mais une autre tout pareille». Nella locazione, la cosa è data per l'uso in cambio di una mercede da parte del conduttore; nel mutuo non vi è altro obbligo per colui che acquisisce il bene, se non la restituzione<sup>125</sup>.

In particolare, l'autore si sofferma sulla dicotomia tra le figure contigue della locazione e del prestito di danaro. Puntualizza i rispettivi caratteri. Anzitutto, il locatore cede un diritto di godimento sulla cosa. Nella locazione non si trasmette la proprietà, che invece nel prestito passa a chi riceve il bene. Inoltre, se la cosa perisce per un caso fortuito, colui che ne ha avuto l'uso non è tenuto al pagamento della mercede. Ugualmente, egli non ha obblighi per la insensibile o sensibile diminuzione di valore del bene, dovuta esclusivamente all'uso. Nel prestito,

<sup>123</sup> *Les lois civiles*, cit., liv. I, tit. VI, in REMY 1835, I, p. 244.

<sup>124</sup> *Les lois civiles*, cit., liv. I, tit. VI, in REMY 1835, I, p. 234.

<sup>125</sup> *Ibidem*, p. 234 ss.

invece, il mutuatario rimane obbligato a restituire il *tantundem*, anche se la cosa fungibile che aveva ricevuto è andata persa.

Dal confronto tra le rispettive regole, circa il passaggio della proprietà, la distruzione o perdita fortuita della cosa e la diminuzione di valore, Domat trae un giudizio risolutivo. A carico del locatore vi sono più vincoli e pesi di quelli che incombono sul mutuante. Perciò gli spetta un profitto per il diritto di godimento che ha concesso<sup>126</sup>. Nel prestito non può accettarsi un analogo profitto. Mi sembra che la struttura dei contratti anche in questo segmento di teoria sia valutata in relazione al modello sinallagmatico.

Dunque, nella locazione è giusto il guadagno, poiché esso equilibra gli oneri e i rischi del locatore<sup>127</sup>. Al contrario, quando qualcuno presta argento o danaro ad un altro, vi è un diverso bilanciamento. Egli non risponde dell'uso (cioè dell'attività economica svolta impiegando il bene fungibile ricevuto), né subisce alcun pregiudizio dalla eventuale perdita del bene, mentre conserva comunque il diritto alla restituzione. Se in queste condizioni ottenesse, attraverso le *usurae*, un compenso, si tratterebbe certamente di un'ingiustizia.

È evidente il senso attribuito al concetto di natura. Qui più che in altri brani, si attribuisce all'ordine della società e degli obblighi un'autonomia che il giurista è in grado di cogliere:

«ciò può bastare per far comprendere che l'usura non è solo ingiusta in quanto proibita alla legge divina ed opposta alla carità, ma che essa è anche naturalmente illecita, poiché viola i principi più giusti e sicuri della natura delle convenzioni, sui quali si fonda la giustizia dei profitti in tutti i commerci»<sup>128</sup>.

La conclusione è che nessuna forma di usura può essere consentita, fatta eccezione per gli interessi di mora, connessi con la disciplina dell'adempimento tardivo<sup>129</sup>. Non valgono le giustificazioni («les pretexts des usuriers»); non vi sono adattamenti possibili (quelli che gli umanisti accettavano)<sup>130</sup>. Ma il tono così reciso mostra che la questione è controversa.

Per Domat prevale il rigorismo. Perciò adotta e definisce «immutabile» una disciplina che limita il dispiegarsi della libertà economica. L'interdizione imposta alla circolazione del danaro, se la guardiamo nei suoi esiti concreti, è destinata a frenare le operazioni di finanziamento delle attività imprenditoriali. Sono operazioni che diverranno essenziali con lo sviluppo dei rapporti capitalistici di produzione e di scambio. Nella raffigurazione della società civile non vi è posto per questo elemento, che sarà un individuabile fattore di sviluppo entro le economie

<sup>126</sup> *Ibidem*, p. 235.

<sup>127</sup> *Ibidem*, p. 236.

<sup>128</sup> *Ibidem*, p. 237.

<sup>129</sup> *Les lois civiles*, liv. III, tit. V, sect. I, in REMY 1835, III, p. 113.

*Les lois civiles*, liv. I, tit. I, sect. I, 1-3, in REMY 1835, I, p. 122.

<sup>130</sup> *Les lois civiles* liv. I, tit. VI, in REMY 1835, p. 237: «Toutes les prétextes des usuriers se réduisent à dire qu'ils font plaisir; qu'ils se privent du gain qu'ils pourraient faire de leur argent ou des autres choses qu'ils peuvent prêter; que même le prêt leur cause de la perte; et qu'enfin celui qui emprunte en tire du profit, ou y trouve quelque autre avantage».

europee. L'interesse richiesto da chi anticipa il danaro al commerciante o a colui che avvia un'industria sarà detratto dal profitto di questo e sostanzialmente costituirà anch'esso un profitto, derivante dall'impiego di capitale e dal lavoro. Le *usurae* diventeranno parte della morfologia moderna, descritta limpidamente da Adam Smith, entro un orizzonte teorico lontano dal giansenismo di Domat<sup>131</sup>.

Dando rilievo allo schema della reciprocità, il giurista insiste su una visione armonica dell'ordine naturale, sia nella concretezza degli *engagemens*, sia nella logica seguita per illustrare il diritto.

## 6. La sequenza delle regole e la ragione

Dopo aver messo in evidenza le idee-guida che agiscono nell'esperienza e nella cultura di Domat, torniamo alla sistemazione delle leggi: cioè all'impianto dell'opera. Attraverso l'analisi e il raccordo dei materiali si forma una 'ragione scritta', costituita da precetti concreti, che nascono in massima parte dal ripensamento dei testi giuridici romani. Resta esclusa – lo abbiamo visto con le *usurae* – una parte minima di quel diritto, non corrispondente alla natura e all'equità.

Così i principi primi e più generali vengono tradotti in norme specifiche, funzionali al presente. L'interprete dovrà valutare l'ampio patrimonio di regole proveniente dall'antico *ius*, scartando le sottigliezze che non servono all'ordine entro cui va incanalato il diritto vigente.

Dalle leggi più alte e dall'evocazione del diritto naturale si discende alle norme mutevoli e di dettaglio<sup>132</sup>. L'ordine delle materie nell'opera rimanda alle forme sociali: «cet ordre a ses fondemens dans le plan de la société qu'on a expliqué»<sup>133</sup>.

La trama discorsiva, che raccoglie ed ordina le regole, si articola secondo tre grandi schemi. Il primo, che vediamo nel *livre préliminaire*, riflette una parte della *dispositio* gaiana, posta a base delle *Istituzioni* di Giustiniano<sup>134</sup>. Quel piano espositivo, elaborato nel II secolo d.C. ed

---

<sup>131</sup> Vd., con riferimento alla materia che stiamo esaminando, SMITH 1776 (tr. it. 1976), I, p. 97 ss.: «Chiunque derivi il suo reddito da una riserva propria lo deve trarre o dal lavoro, o dal capitale, o dalla terra. Il reddito derivato dal lavoro si chiama salario. Quello derivato dal capitale, da parte della persona che lo dirige o lo impiega, si chiama profitto. Quello derivato ancora dal capitale, da parte della persona che non lo impiega essa stessa, ma lo presta ad un altro, viene chiamato interesse o uso del danaro. È il compenso che chi prende a prestito paga a chi presta, per il guadagno che gli permette di ottenere usando il danaro. Parte di quel profitto appartiene naturalmente a chi prende in prestito, che corre il rischio e compie la fatica di impiegarlo; e parte a chi presta, che gli offre l'opportunità di trarre quel profitto». Domat invece esclude che gli interessi siano un profitto lecito da corrispondere per l'uso del danaro, dal momento che in caso di cattivo esito di quell'uso, non vi è comunque alcuna perdita a carico del mutuante (I, tit. VI, p. 239). Dunque, il *συνάλλαγμα* è, per il giurista, interno all'assiologia naturalistica.

<sup>132</sup> *Traité*, cit., XI, 19, in REMY 1835, I, p. 42: «Mais pour les lois naturelles, comme nous n'en avons le détail que dans les livres du droit romain, et qu'elles y sont avec peu d'ordre, et mêlées avec beaucoup d'autres qui ne sont ni naturelles, ni de notre usage, leur autorité s'y trouve affaiblie par ce mélange, qui fait que plusieurs on ne veulent ou ne savent pas discerner ce qui est sûrement just et naturel, de ce que la raison de notre usage ne reçoivent point».

<sup>133</sup> *Traité*, cit., XIV, 1, in REMY 1835, I, p. 69.

<sup>134</sup> Il *Livre préliminaire* entro le *Les lois civiles*, cit., comprende tre titoli (regole sul diritto in generale, persone e cose), in REMY 1835, I, p. 75 ss.

attestato con evidenza nel *Corpus Iuris*, era stato ripreso nei libri degli umanisti, che si distaccavano dalle dottrine medievali ed obbedivano ad un'esigenza di semplificazione e di chiarezza didattica. Manca tuttavia in Domat il diritto delle *actiones* (già nel Cinquecento inteso in un modo diverso da quello dei testi romani)<sup>135</sup>. Assumono invece un'autonomia le obbligazioni e le successioni, che occupano gran parte della sua opera.

Dopo una premessa dedicata alle 'regole del diritto in generale' ed alle tecniche dell'interpretazione (ricalcate su antichi modelli retorici), si passa alle persone e poi alle cose. Gli *status* personali sono tutti all'interno del diritto privato. La disciplina che attualizza l'antico *ius personarum* è integrata dall'esposizione delle condizioni differenziate dei singoli, come appaiono in Francia entro l'assetto seicentesco, ancora segnato dalle forme feudali. In questa pluralità di *status* si afferma il potere dei nobili<sup>136</sup>. Analogamente spiccano i privilegi legati alla condizione delle borghesie cittadine e le forme di subordinazione sociale<sup>137</sup>. Sono tutte forme in vigore; rivelano una rigidità dei ruoli sociali, in contrasto con l'immagine di comunicazione libera e di coesistenza tra posizioni paritarie che ci appare prevalente nella sfera contrattuale e nella libera circolazione dei beni. Le due morfologie coesistono entro il medesimo contesto storico e la scrittura giuridica deve tenerne conto. Né può dirsi che tutti i residui feudali siano relegati nella sfera dell'arbitrario. Abbiamo visto infatti il rinvio alle convenzioni ed all'utilità pubblica, per cui i feudi sono compresi tra gli *engagemens*.

Le cose, identificate da Domat per la funzione che svolgono di soddisfare i bisogni umani, sono considerate nella loro condizione e consistenza: comuni, pubbliche, commerciabili, e poi mobili ed immobili, corporali ed incorporali<sup>138</sup>. Il quadro è fin qui riferito ad una realtà statica. Il punto di vista cambia quando sono affrontate le situazioni giuridiche nelle quali le *res* vengono coinvolte. Queste rientrano nelle due categorie generali degli *engagemens* e delle successioni: figure che aderiscono alla società civile e ne raffigurano il movimento interno.

Per gli *engagemens* viene riproposta e svolta analiticamente la distinzione tra volontarietà ed involontarietà, di cui abbiamo già parlato. Sulla stessa linea del *Traité des lois*, le convenzioni assumono un ruolo centrale: prima le regole generali, la descrizione dell'accordo come dato comune poi una serie di modelli contrattuali in uso: la vendita, la locazione il mutuo, il deposito, la società, le convenzioni dotali, le donazioni tra vivi<sup>139</sup>. Si aggiunge inoltre l'usu-

<sup>135</sup> Sul mutamento di significato introdotto da François Connan, vd. PIANO MORTARI 1978, p. 313 ss.; ORESTANO 1987, p. 587 e nt. 31.

<sup>136</sup> *Les lois civiles, livre prélim.* tit. II, sect. II, p. 103. Muove dalla distinzione tra *gentilhommes* e *roturiers*. La nobiltà dà luogo a privilegi, esenzioni ed alla capacità «de certaines charges et bénéfices affectés aux gentilshommes, et dont ceux qui ne sont pas nobles sont incapables. Et la noblesse» – prosegue Domat – «fait aussi dans quelques coutumes des différences pour les successions. Cette noblesse s'acquiert, ou par la naissance, qui rend gentilshommes tous les enfans de ceux qui le sont, ou par de certaines charges qui anoblissent les descendans de ceux qui les ont possédées, ou enfin, par des lettres d'anoblissement qu'on obtient du roi pour quelque service».

<sup>137</sup> *Ibidem*. Le forme di servitù personali dipendono da regole locali, nell'ambito – direi – di un assoggettamento di tipo clientelare, legato a ruoli sociali non derogabili. Si tratta di imposizioni sulle persone e l'autore non usa al riguardo il termine *qualité*.

<sup>138</sup> *Les lois civiles*, liv. I, tit. III.

<sup>139</sup> *Ibidem*, liv. I, titt. I-X, in REMY 1835, I, p. 121 ss.

frutto, in quanto prodotto da una convenzione. Nasce con esso un diritto che si esercita su una cosa altrui. L'autore lo pone tra gli *engagemens* volontari, ma non è una collocazione univoca e necessaria. Lo stesso diritto di godimento può nascere da disposizioni testamentarie. Il tema resta nell'ambito delle convenzioni soltanto per una comodità espositiva: per non spezzare le regole che sono comuni, a prescindere dalla causa che genera lo *ius in re aliena*. Nello stesso ordine di idee, subito dopo si esaminano le servitù<sup>140</sup>. Poi vengono le transazioni, le procure, i mandati ed altre figure minori. I vizi delle convenzioni, che distorcono la formazione dell'accordo, e l'analisi dei relativi rimedi costituiscono l'ultimo argomento degli *engagemens volontaires*.

Gli obblighi involontari mostrano tutt'altro carattere. Soltanto la soggezione ad un vincolo li accomuna ai precedenti. Essi non hanno altra causa se non l'ordine divino<sup>141</sup>. Che invece nelle convenzioni passa attraverso la volontà umana. L'intera materia delle garanzie viene trattata nella prospettiva dell'accessorietà. «Des suites qui ajoutent aux engagemens ou les affermissant»<sup>142</sup>: questa denominazione comprende il pegno, l'ipoteca, le obbligazioni solidali, le fideiussioni. Dalle obbligazioni l'autore fa anche derivare la disciplina del danno ingiusto, quella degli interessi di mora che si aggiungono alla prestazione da eseguire, i casi di restituzione dei frutti. Di seguito, tratta le prove, le presunzioni, gli effetti del giuramento, in rapporto a situazioni ove sia in questione la verità degli obblighi o la loro risoluzione<sup>143</sup>.

Più labile è il collegamento che viene stabilito tra la categoria generale degli *engagemens* e le tematiche del possesso, della prescrizione, della proprietà. Vi è sempre in esse una conferma o un venir meno di diritti che a vario titolo si acquistano. La visione dinamica dell'acquisto, che determina una condizione giuridica, permette questa svolta nel susseguirsi dei temi<sup>144</sup>. Sono invece più coerenti con il piano complessivo degli obblighi le pagine sui pagamenti, sugli acquisti, sulla compensazione, sulla novazione, sulla cessione dei beni, sulla confusione, sulla rescissione, sulla *restitutio in integrum*.

Si svolge infine la lunga disamina delle successioni. Nelle materie che compongono la parte relativa agli obblighi – leggiamo – «tutte le materie sono per se stesse *engagemens* e vincoli di cui Dio si è servito per mantenere la società umana in tutti i luoghi, come la natura delle successioni è di mantenerne la durata in tutto il tempo»<sup>145</sup>. Quindi, sulla distinzione tra spazio e tempo si costruisce la divisione fondamentale delle *lois civiles*<sup>146</sup>.

<sup>140</sup> *Ibidem*, liv. I, tit. XI, in REMY 1835, I, p. 309 ss.

<sup>141</sup> *Ibidem*, liv. II, titt. I-X, in REMY 1835, I, p. 399 ss. Si formano «sans la volonté de l'une ni de l'autre, et par un pur effet de l'ordre divin».

<sup>142</sup> *Les lois civiles*, cit., liv. III, titt. I-V, in REMY 1835, II, p. 1 ss.

<sup>143</sup> *Ibidem*, III, tit. VI, in REMY 1835, II, p. 137 ss. Cfr. *Traité*, XIV, 12, in REMY 1835, I, p. 71.

<sup>144</sup> *Les lois civiles*, cit., III, tit. VII, in REMY 1835, II, p. 184 ss. Cfr. *Traité*, cit., XIV, 12, in REMY, I, p. 71 ss. «On mettra encore au nombre des suites qui affermissent les engagemens, les possessions et les prescriptions qui confirment les droits qu'on acquiert par des conventions et par d'autres titres».

<sup>145</sup> *Ibidem*, *Seconde Partie, Préface*, in REMY 1835, II, p. 287. Cfr. *Traité* XIV, 2, in REMY 1835, I, p. 69.

<sup>146</sup> Sull'adesione di Henri-François d'Agessau a questo impianto vd. GILLES 2011, p. 170 ss.

Anche per le diverse forme di trasmissione dei beni a causa di morte, si enunciano le regole generali e si passa poi alla partizione tra successione legittima e successione testamentaria. Infine, si giunge alle disposizioni particolari, come i legati, i codicilli, le donazioni *mortis causa*, le sostituzioni, i fedecommessi<sup>147</sup>.

La rassegna dei contenuti mostra una sequenza che passa in gran parte attraverso suddivisioni, con schemi via via più circoscritti. Un esempio di rilievo è dato dal rapporto tra il *genus* degli *engagemens* e le singole specifiche convenzioni che *in aliud nomen transeunt*. Anche l'illustrazione delle *successions* è guidata da un procedimento discendente di classificazione. Ma accanto a questo, vi sono anche connessioni paratattiche tra gli argomenti, in base a somiglianze o contatti registrati sul terreno pratico. Vanno ricordate in proposito le regole sull'usufrutto o quelle sul possesso e la proprietà, inserite all'interno delle obbligazioni<sup>148</sup>.

L'ordine che ispira l'opera si definisce 'naturale', sottintendendo in ogni punto una giustificazione oggettiva: attraverso procedimenti deduttivi o soltanto con la rilevazione di affinità tra le situazioni. La teoria unisce e separa.

Abbiamo visto finora l'andamento complessivo dell'opera e certamente spicca la pervasività del diritto romano, il continuo richiamo esplicito o sottinteso a formulazioni – soprattutto della *iurisprudencia* – che l'autore identifica con le *lois immuables*. Ma queste sono comunque il risultato di operazioni teoriche: vale a dire di un rimaneggiamento dei materiali romanistici. Nel passaggio dai casi alle regole si compie una selezione e si costruisce quella che viene chiamata – con una terminologia di origine medievale – la *raison écrit*. Non un presupposto della scienza, ma un punto di arrivo.

Guardiamo ora più da vicino due esempi del lavoro di adattamento e di razionalizzazione. Il primo nasce dalla discussione nel *Traité* di un responso di Papiniano, citato in un frammento ulpiano<sup>149</sup>. Domat spiega come si costruisca la regola. Rifiuta il parere, che esalta una libertà testamentaria senza limiti, con esiti iniqui.

Il problema giuridico è chiaro. Una madre è sopravvissuta al figlio, deceduto quando era ancora infante. Il testamento del padre aveva disposto una sostituzione pupillare nell'ipotesi di morte del figlio prima della pubertà. La quota di eredità del figlio che legittimamente spetta alla madre, le viene sottratta ed è invece assegnata a colui che era stato designato come sostituto. La destinazione è l'effetto della volontà del padre espressa nel testamento: egli ha deciso liberamente, sulla base di un principio compreso tra le leggi naturali. Ma quel principio non è assoluto e trova un limite nella tutela (ugualmente naturale) dell'interesse della madre. Papiniano ignora l'esigenza di contemperamento. La madre – sostiene – non viene privata

<sup>147</sup> Tutta la *Seconde Partie*, sulle successioni, si svolge in cinque libri: vd. REMY 1835, II, pp. 306-788.

<sup>148</sup> Questi esempi non combaciano con l'immagine della «catena di specificazioni», che troviamo in TODESCAN 1987, p. 75. Cfr., con un riferimento alla matematica, DUBOUCHET 1990, p. 106 ss. Le connessioni non sono tutte uguali e va notato che situazioni giuridiche nelle quali è in primo piano il potere sui beni sono incluse entro gli *engagemens* in base ad un accostamento e non ad una deduzione.

<sup>149</sup> D. 5.2.8.3 (Ulp. 14 *ad ed.*).

di qualcosa che il figlio le doveva, poiché l'esito a lei sfavorevole dipende dalla sostituzione che era stata disposta dal padre. L'approdo non è accettabile. Piuttosto, va tradotta in regola l'esigenza di stabilire una quota legittima per la madre. Il suo ammontare deriverà da norme 'arbitrarie', ma la base è nella natura, che prevale così sul tenore del testo.

La nozione di *subtilité*, usata da Domat per respingere la scelta che emerge dal testo, ha un ruolo centrale nell'operazione selettiva, poiché colpisce tutto ciò che gli sembra in contrasto con la ragione.

«Si può dunque mettere questa sottigliezza nel novero di molte altre presenti nel diritto romano, che noi rigettiamo, poiché in Francia esso è recepito soltanto come la ragione scritta e queste sottigliezze, ferendo il diritto naturale, feriscono la ragione»<sup>150</sup>.

Il secondo esempio concerne un'ipotesi di concorrenza tra pretese scaturenti da diverse convenzioni. I creditori dell'erede temono che il loro creditore accetti una successione onerosa, con il rischio che i suoi beni passino ai creditori del defunto. L'equità vuole che i beni del defunto e quelli dell'erede siano separati. Dai debiti del defunto non può venire un pregiudizio per i creditori che avevano stretto una convenzione con l'erede. Il diritto romano non accorda la separazione a tutela dei creditori dell'erede, poiché questi può esercitare la libertà di obbligarsi senza limiti, anche peggiorando la posizione giuridica dei creditori del defunto: *nam licet alicui adiciendo sibi creditorem creditoris sui facere deteriozem condicionem*. Così aveva scritto Ulpiano. Ma quel principio è immediatamente smentito: «cette subtilité n'a pas été goûtée dans notre usage»<sup>151</sup>.

Si arriva quindi ad una conclusione innovativa. La libertà di obbligarsi (accettando una *hereditas damnosa*) va temperata con il dovere di non danneggiare i propri precedenti creditori. Il testo romano è valutato con distacco critico.

In ambedue i casi, comunque, è la lettura paziente ed accurata del passato, posto a confronto con gli usi attuali, che individua o crea la *ratio*.

Come abbiamo visto, la rappresentazione teorica si volge anzitutto alla materia regolata, alle situazioni (che le norme ordinano). Categorie come gli obblighi o le successioni ritraggono direttamente aspetti e modi dei comportamenti sociali regolati. Questi sono prefissati: sono «le plan de la société». La concatenazione delle regole ne è un riflesso<sup>152</sup> ed orienta l'attività interpretativa, per la quale è richiesto un linguaggio capace di garantire chiarezza e distinzione<sup>153</sup>.

<sup>150</sup> *Traité*, cit., XI, 24, in REMY 1835, I, p. 46.

<sup>151</sup> Vd. D. 42.6.1.2 (Ulp. 64 *ad edictum*). Cfr. *Les lois civiles*, cit., III, tit. II, in REMY 1835, II, p. 65.

<sup>152</sup> Segnalo la simmetria tra i concetti di *plan des matières du droit* e *plan de la société*. Cfr. *Traité*, cit., VIII, 2-3, in REMY 1835, I, p. 23; X, 15, p. 35; XIV, 1, p. 69.

<sup>153</sup> Molti autori hanno colto una forte componente cartesiana in Domat. Vd. MATTEUCCI 1959, p. 47 ss. L'espressione suggestiva che nomina Domat come il «Descartes de la jurisprudence», compare in JOUVET-DESMARAND 1837, p. 69. Vd. SARZOTTI, 1995, p. 21 ss.

Vi è una componente cartesiana nella costruzione dell'*ordo doctrinae*: nell'ancorare il metodo ad una considerazione prioritaria del semplice, per poi giungere al complesso, attraverso passaggi logicamente controllabili. Ciascun elemento va considerato in correlazione con gli altri. «Per intendere bene una regola, non basta concepire il senso apparente dei termini»<sup>154</sup>. Soltanto un'interpretazione che tenga insieme tutte le regole, scoprendo così i limiti e le possibili integrazioni di ciascuna, è in grado di avvicinarle all'equità naturale. «La cognizione di questa equità» – afferma il giurista – «il riguardo generale allo spirito delle leggi è il primo fondamento dell'uso e dell'interpretazione particolare di tutte le regole»<sup>155</sup>.

Domat ripropone un antico schema retorico: le leggi devono essere considerate nel loro insieme:

«per riconoscere l'intenzione e lo spirito delle leggi bisogna esaminare ciò che esse espongono, ciò che ordinano e giudicare sempre sul senso della legge e sul suo spirito attraverso la successione e l'intero tenore di tutte le sue parti, senza nulla tagliare»<sup>156</sup>.

Così in ogni fase della sequenza il naturale e il positivo convergono.

## 7. Dogmi e realtà

In definitiva, ciò che organizza e guida l'insieme delle norme è – come abbiamo appena visto – la rielaborazione del diritto romano attraverso la scienza del presente. La meta è la *ratio scripta*. Con l'articolata sequenza che ho riassunto, Domat crea un ordine capace di comprendere l'intera disciplina giuridica dello Stato francese. Mette al centro il diritto privato, per il quale la lettura delle fonti romane offre strumenti complessi e duraturi.

Ogni forma di dover essere munito di vigore pratico trova una coerente collocazione in questo quadro. Le leggi arbitrarie che hanno una funzionalità sono anch'esse coerenti con l'insieme normativo. Non vi sono regole utilizzate ed interpretate dalla scienza che introducano elementi di rottura, poiché l'orizzonte del diritto non può essere pensato se non nella forma di un ordine concluso. La ricerca di una geometria giuridica, come in Germania è espressa da Leibniz, così è alla base del lavoro di Domat<sup>157</sup>. Non va dimenticato che proprio negli studi matematici ha inizio l'incontro umano e la sintonia con Pascal.

Lo *ius civile in artem redigere*, già obiettivo dichiarato degli studi umanistici, si risolve in una serie di astrazioni e in un'assoluta pretesa di oggettività dei concetti.

<sup>154</sup> *Les lois civiles*, cit., *Livre préliminaire*, tit. I, sect. II, in REMY 1835, I, p. 83 ss.

<sup>155</sup> *Ibidem*, p. 85: «Questo principio dell'interpretazione delle leggi mediante l'equità non riguarda soltanto le leggi naturali, ma si estende anche alle leggi arbitrarie, poiché esse hanno tutti i loro fondamenti nelle leggi naturali». Vd. anche *Traité des lois*, chap. XI, § 1, in REMY 1835, tom. I, p. 36 ss.: «Le leggi immutabili si chiamano così, poiché esse sono naturali e talmente giuste sempre e dovunque, che nessuna autorità può cambiarle né abolirle». Vd. sopra, p. 185 ss.

<sup>156</sup> *Traité*, cit., XII, 7, in REMY 1835, I, p. 61.

<sup>157</sup> Vd. TARELLO 1976, p. 162. Si tenga presente LEIBNIZ 1680-82.

Nei due secoli successivi, l'idea-guida di una *dispositio* unitaria, con schemi concettuali capaci di tenere insieme norme generali e di dettaglio, avrà una presa ed uno sviluppo, soprattutto nella cultura giuridica tedesca. Alla combinazione delle norme, all'immagine unitaria e coerente del diritto, tra Settecento e Ottocento, verrà dato il nome di 'sistema'<sup>158</sup>. E sarà un modello che influenzerà anche le dottrine francesi, dominate dalla scuola dell'esegesi<sup>159</sup>.

Domat anticipa alcuni tratti di questa visione giuridica. L'unità della sua costruzione teorica non solo abbraccia tutto il diritto vigente, ma lo rappresenta come un ordine che ha alla base un'assiologia. È un messaggio destinato a durare: egli esplicita la derivazione della teoria generale e della tecnica più minuta dalle idealità che muovono la vita.

La peculiarità dell'opera rispetto alle sistematiche del diritto privato elaborate più tardi nel mondo giuridico tedesco è che la sua assiologia non contempla l'assolutizzazione della libertà individuale né dell'azione economica volta al profitto. Non siamo di fronte ad una sorta di proto-liberalismo. Non vi è lo *ius* come *potentia moralis* di cui parla Leibniz né vi è traccia degli *iura singulorum* di Heineccius<sup>160</sup>. Non si può dire che l'idea di sistema, già definita in questi

<sup>158</sup> Ricalcato sulle nozioni logiche dello stoicismo antico. Che sono sottostanti alle espressioni ciceroniane *in artem redigere* ed *ars iuris*. Cito soltanto due testi in proposito. Diomedes II, 421 Keil. «L'arte è la conoscenza di ciascuna materia (*cuiusque rei scientia*), appresa attraverso l'uso, la tradizione o la ragione (*usu vel traditione vel ratione percepta*) e tendente ad uno scopo necessario della vita. Tullio Cicerone in questo modo la definisce: 'L'arte è una costruzione di percezioni sperimentate, pertinenti ad un fine utile della vita'. *Perceptionum exercitatarum constructio*. E strettamente collegato Olympiodorus in Plat. Gorg. SVF, I, 73 (1-10). «Zenone afferma che arte è un sistema di rappresentazioni sperimentate per un fine utile della vita» (Ζήνων δέ φησιν ὅτι 'τέχνη ἐστὶ σύστημα ἐκ καταλήψεων συγγεγραμμάσμενον πρὸς τι τέλος εὐχρηστον τῶν ἐν τῷ βίῳ').

<sup>159</sup> Basta pensare a Karl Salomo Zachariae von Ligtental (1769-1843), che – professore ad Heidelberg – insegnerà il diritto di derivazione francese in forma sistematica (cfr. ZACHARIAE 1808). La sua opera sarà tradotta e poi rielaborata dagli alsaziani Charles Aubry (1803-1883) e Friedrich Charles Rau (1803-1877). Attento alle ragioni del sapere sistematico (e della continuità romanistica) nella lettura e nel commento del *Code civil* sarà Raimond-Théodore Troplong (1765-1869). Anche gli ortodossi dell'esegesi, da Toullier a Demolombe, nel seguire l'ordine dei titoli del codice, introdurranno collegamenti tra le disposizioni ed useranno concetti in grado di unire il contenuto di più articoli. Insomma, un metalinguaggio, che ha un'autonomia simile a quella dei discorsi sistematici e che guida la lettura delle singole disposizioni. Vd. TARELLO 1974, p. 413 ss.

<sup>160</sup> Vd. LEIBNIZ 1667, ed. 1769, II, p. 15 ss. La persona è definita *subiectum qualitatis moralis*. L'autore riprende un concetto che è già in GROTIUS 1625, I, 1, 4. Vd. anche HEINECCIUS 1727, ed. 1797, p. 6 ss. Si tratta di un testo emblematico, poiché teorizza il sistema (p. 4: *...iustum sibi iurisprudentiae corpus et σύστημα*), con spunti che richiamano la matematica, e ne mostra l'ancoraggio al soggetto. *Omniū sane scientiarum ratio in principiorum intelligentia, et conclusionum cum iis cohaerentia posita est: et quemadmodum, qui divinas illas et sublimiores mathematicarum disciplinas tradunt, non iubent auditores aliquot millena problemata ediscere: sed definitiones, axiomata, theorematum illa inculcant et demonstrant, quibus perspectis ipsi facultatem quaevis problemata promte solvendi consequuntur [...]* *Eam ego Jurisconsulti laudem puto maximam, si ita percepta habeat artis suae praecepta, ut iurium singulorum rationes et principia intelligat, eaque in promptu habeat axiomata, ex quibus quaestiones omnes enodare possit, ut, obviente bella aliqua specie, non opus ei sit, responsum ex Bartoli cortina petere.* La scienza è concepita in opposizione allo stile dei giuristi medievali: al bartolismo e all'*horridum dicendi genus* dei glossatori (*ibidem*, 10). Agli inizi dell'Ottocento i capisaldi del disegno sistematico imperniato sui soggetti sono in HEISE 1807, III ed., 1819. L'itinerario europeo del diritto soggettivo, fra trasmissione di schemi astratti e ideologia, è messo a fuoco da ORESTANO 1960 = 1978. Il diritto soggettivo che nasce prima dello Stato è visto come una posizione dell'individuo, qualcosa che gli appartiene e lo definisce. Questa priorità riflette la dicotomia di origine stoica tra la natura e il diritto. La natura si concentra nel soggetto e nel suo primato. Più tardi, nel tempo in cui si sviluppano i positivismi giuridici, lo Stato interviene a garantire il diritto dell'individuo (in teoria accessibile a tutti) in due modi. Da un lato lo registra: offre una strumentazione giuridica alla libertà dei privati ed al mercato. Dall'altro crea, come si è detto, i 'diritti pubblici soggettivi'. La duplicità sembra conservare nella sostanza lo schema anticipato da Grozio. Il diritto dell'economia privata e il diritto dello Stato nascono dalla volontà, da una cooperazione contrattuale.

autori e poi più chiaramente piegata nelle grandi trattazioni ottocentesche alle ragioni della libertà economica e all'assolutezza della proprietà privata, trovi una radice in Domat. La cesura epistemologica che consegna al passato la sua opera coincide con l'invenzione del diritto soggettivo: lo schema è di origine giusnaturalistica, ma si innerverà nelle visioni comuni del diritto positivo<sup>161</sup>.

È invece evidente che la *dispositio*, o meglio l'*ordre naturel* d'impronta giansenista, riflette valori-guida che non sono ancora quelli dell'indipendenza e della sovranità del soggetto, destinati ad identificarsi con il potere delle classi borghesi e dotati di una crescente espansività nei diritti positivi moderni.

È singolare dunque l'esperienza di Domat, poiché egli costruisce un'architettura del diritto privato ancora non dominata dall'ideologia individualistica. Partendo da una cultura minoritaria e dalle idee di una comunità religiosa perseguitata, immagina gli obblighi come tessuto oggettivo della società e come esito del disegno divino. Privilegia inoltre il dovere di solidarietà verso i poveri nelle relazioni pubbliche e private.

L'ordine descritto dalle *Lois civiles* non può considerarsi solo nei suoi profili tecnici, come una tessitura autosufficiente. Esso è fondato sul rapporto con la trascendenza, sulle due leggi fondamentali da cui dipendono i rapporti umani. Doveri e norme trovano la loro legittimità in questa compatta narrazione teologica. Tutte le relazioni giuridiche sono rette dalla volontà provvidenziale che – come abbiamo visto – è in grado di riscattare l'egoismo e di trarne il bene.

Per più versi si tratta di una visione nella quale ancora affiorano elementi premoderni (i feudi, la differenziazione degli status, l'autorità assoluta del re) accanto alla percezione di quanto sia forte e pervasiva la dimensione del mercato negli usi contrattuali e nel commercio.

<sup>161</sup> La vicenda riguarda soprattutto la cultura giuridica tedesca, anche se non si può non tenere presente la definizione scolpita nell'art. 544 del Code civil: «La proprietà è il diritto di godere e disporre delle cose nella maniera più assoluta, purché non se ne faccia un uso vietato dalle leggi e dai regolamenti». È a partire da questo enunciato che il diritto assoluto del singolo sulle cose, compreso nella *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* nel 1789, assumerà un primato duraturo negli ordinamenti europei. Il pensiero della restaurazione e della scuola storica tedesca, farà i conti con lo stesso dato strutturale della proprietà privata, sebbene con un approccio diverso. Il sistema di Savigny (da cui prenderanno le mosse i pandettisti) colloca infatti il diritto in senso soggettivo (questa l'esatta denominazione) nel vivo delle relazioni giuridiche e lo delimita come sfera libera della volontà, non in rapporto all'ordinamento, ma in rapporto alle altre volontà individuali. Ciò avviene secondo un modello di equilibrio del tutto autonomo: la volontà privata del singolo che si incontra con quella di altri sta (come un dato naturale) dentro la formazione spontanea del diritto, nascente dalla coscienza del popolo (nozione basilare per Savigny); e il diritto soggettivo è lo schema ideale che fonda e legittima l'applicarsi della volontà alla vita economica: quindi il libero movimento dei beni. Vediamo qui il rapporto lineare, quasi di rispecchiamento, tra la libertà e la proprietà moderna, costruita come un'astrazione assoluta. Il pieno riconoscimento della proprietà – aggiunge Savigny – «ha per effetto la possibilità della ricchezza e della povertà, entrambe senza limiti». Uno squarcio di descrizione della vita sociale, che irrompe nella costruzione dogmatica. Cfr. SAVIGNY 1840, tr. it. 1886, p. 331 ss.; 335 ss.; 367 ss. Una formulazione teorica pressoché contemporanea allo scritto savigniano mostra come l'individualismo raggiunga un livello alto di astrazione, senza compromettere la realistica presa d'atto della disuguaglianza. Vd. WACHTER 1842, p. 202: «Il nostro diritto positivo non conosce restrizioni della sfera della personalità; perciò secondo il nostro diritto, come secondo il concetto del diritto naturale, ogni uomo è persona, mentre si riconosce ad ogni uomo il diritto umano naturale (*natürliche Menschenrecht*) e non si ammettono la schiavitù e la morte civile. Con ciò tuttavia non deve essere scambiata la più ampia o più limitata estensione dei diritti legati alla personalità, quale può verificarsi in determinate classi di persone». È superfluo sottolineare che questa astrazione della personalità è molto lontana dall'*ordre naturel* di Domat.

Siamo di fronte ad un pensiero che riflette il primo avvio di una transizione nei rapporti economico-sociali.

Dalla religiosità di Port-Royal il giurista fa discendere una rappresentazione compiuta e chiusa del disciplinamento giuridico, considerando le relative norme dal punto di vista della effettività, quindi di ciò che esse producono nella pratica. Perciò gli *engagemens* ci appaiono come figure della realtà, che compiutamente assorbono le dinamiche sociali.

Questa corrispondenza degli schemi alla realtà sarà una specie di luogo comune nel pensiero civilistico europeo e si manifesterà in autori molto diversi, come Pothier e Savigny (lettori attenti di Domat)<sup>162</sup>, nonostante le differenze di tradizione e di stile. Basta rammentare in entrambi le immagini delle obbligazioni, dei rapporti giuridici, dei contratti, come entità oggettive (per le quali si formulano definizioni di essenza) e contemporaneamente come segmenti di disciplina.

Pothier utilizza la distinzione tra leggi arbitrarie e principi fondati sulla ragione e sull'equità naturale, attingendo al linguaggio di Domat<sup>163</sup>. Ma con elementi nuovi, di valorizzazione della volontà individuale<sup>164</sup>. L'esordio del suo trattato in materia di *obligations* ruota attorno al concetto di 'essenza' ed egli si sofferma sulla dimensione naturale delle obbligazioni, che nasce dalla libertà individuale.

La stessa inclinazione a far emergere la libertà – quale nucleo del rapporto – si può scorgere in Savigny: «Se noi consideriamo il diritto» – scrive – «come nella vita reale ci stringe e circonda, in esso prima di tutto appare il potere che spetta a ciascuna persona: una sfera nella quale la volontà di questa domina e domina con il nostro consenso». Parla di «costruzione vivente del rapporto giuridico», che fa parte del sistema e per la definizione di *obligatio* propone uno stretto parallelismo con la proprietà<sup>165</sup>. Quindi una visione tutta *a parte subiecti*.

La distanza di queste immagini rispetto all'opera di Domat è nettissima. Ma se guardiamo la forma che le dottrine assumono, è più facile trovare affinità. L'intreccio tra giansenismo e scienza del diritto contiene un messaggio che si ritroverà nella cultura dell'individualismo giuridico. La somiglianza è indipendente dai contenuti. La base dell'ordine, l'origine ideale della *dispositio* teorica o del sistema è di natura dogmatica. Non è una costruzione convenzionale e relativa. Ciò spiega le definizioni in termini di essenza.

I dogmi in senso proprio su cui il giurista di Clermont elabora l'edificio delle leggi sono tratti dal neo-agostinismo. Coincidono con la presenza attiva di Dio e dell'amore religioso

<sup>162</sup> Il fondatore della scuola storica richiama la sistematica di Domat nei corsi di *juristische Methodologie*. Vd. SAVIGNY 1802-1842, ed. 1993, pp. 123 ss.; 163.

<sup>163</sup> Vd. in proposito POTHIER 1761, II ed. 1764, ora 2011, I, 2, § 164, p. 71 ss., riguardo ad una legge arbitraria di Giustiniano, non applicata – scrive l'autore – «nelle nostre province», ma fondata su un principio corrispondente alla ragione e all'equità naturale. Si veda l'evidente assonanza con Domat nella definizione del contratto come astrazione derivante dal diritto naturale, che solo in parte rispecchia il diritto romano: «l'espèce de convention qui a pour objet de former quelque engagement» (*ibidem*, § 1, p. 5).

<sup>164</sup> Sul risalto nuovo che egli attribuisce alla volontà individuale, vedendo la base morale del diritto privato nell'interiorità del singolo, cfr. BRUTTI 2019, p. 126 ss.

<sup>165</sup> SAVIGNY 1840, trad. it. 1886, p. 7 ss. = 36 ss.; 338 ss. = 341 ss.

nella società e nei vincoli che la reggono. Ogni regola è ricondotta alle due prime leggi. Il legame tra queste e la vita non è razionalmente spiegato, eppure è il presupposto di una strutturazione logica, che organizza le discipline privatistiche attorno agli obblighi e allo schema della reciprocità, tenendoli distinti dal diritto pubblico dello Stato assoluto.

Nella scienza giuridica europea, dal Settecento in avanti, il tema della strutturazione logica unitaria, dell'ordine che riflette le forme sociali, sarà l'unico elemento di continuità con la *dispositio* che si era realizzata nell'opera di Domat. La considerazione dogmatica e l'individuazione di concetti indiscutibili torneranno costantemente. Torneranno con il diritto soggettivo e con le immagini della coesistenza tra le sfere di libertà degli individui, poste a base della normazione. Sottratti alla religione e pensati come elementi necessari del diritto, i dogmi giuridici saranno fonte di certezza e di coerenza nella regolazione dei rapporti tra soggetti economici formalmente uguali.

## Bibliografia

- ARNAULD 1645 = A. ARNAULD, *Seconde Apologie pour Monsieur Iansenius évêque d'Ipré, et pour la doctrine de S. Augustin expliquée dans son livre, intitulé, Augustinus*, 1645.
- BRETONE 1998 = M. BRETONE, *Ifondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, Roma-Bari 1998.
- BRUTTI 2014 = M. BRUTTI, *Dal Digesto ai giuristi*, in D. MANTOVANI, A. PADOA SCHIOPPA (a cura di), *Interpretare il Digesto. Storia e metodi*, Pavia 2014, p. 597 ss.
- BRUTTI 2015 = M. BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma*, Torino 2015<sup>3</sup>.
- BRUTTI 2017 = M. BRUTTI, *Interpretare i contratti*, Torino 2017.
- BRUTTI 2017a = M. BRUTTI, *Storie di dogmi, storie di giuristi: una transizione incompiuta*, in A. SCHIAVONE (a cura di), *Giuristi romani e storiografia moderna. Dalla 'Palingenesia iuris civilis' agli 'Scriptores iuris Romani'*, Torino 2017, p. 13 ss.
- BRUTTI 2019 = M. BRUTTI, *Il contratto nei giuristi romani e nelle costruzioni da Domat a Pothier*, in P. BONIN, N. HAKIM, F. NASTI, A. SCHIAVONE (a cura di), *Pensiero giuridico occidentale e giuristi romani. Eredità e genealogie*, Torino 2019, p. 105 ss.
- CALVO 2020 = R. CALVO (a cura di), *Jean Domat, Trattato delle leggi*, Napoli 2020.
- CONCHON 1959 = G. CONCHON, *Auvergne*, Paris 1959.
- COUSIN 1861 = V. COUSIN, *Jacqueline Pascal. Prèmières études sur les femmes illustres et la société du XVII<sup>e</sup> siècle*, Paris 1861<sup>4</sup>.
- DONEAU 1556 = H. DONEAU (Donellus), *De usuris*, Lutetiae 1556.
- DONEAU 1589-96, ed. 1762 = H. DONEAU (Donellus), *Commentarii de iure civili (1589-96)*, in ID., *Opera*, ed. Lucae 1762.
- DUBOUCHET 1990 = P. DUBOUCHET, *Sémiotique juridique. Introduction à une science du droit*, Paris 1990.
- FUCHS 1977 = H.-J. FUCHS, *Entfremdung und Narzissmus. Semantische Untersuchungen zur Geschichte der 'Selbstbezogenheit' als Vorgeschichte von französisch 'amour propre'*, Stuttgart 1977.

- GILLES 2006 = D. GILLES, *Jean Domat et les fondements du droit public*, in *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique* 25-26 (2006), p. 95 ss.
- GILLES 2011 = D. GILLES, *De la plume d'un avocat du roi à celle d'un Chancelier: Henry-François d'Aguessau, lecteur de Jean Domat*, in *Cahiers Poitevins d'Histoire du droit* 3 (2011), p. 163 ss.
- GOLDMANN 1955, tr. it. 1971 = L. GOLDMANN, *Le Dieu caché. Étude sur la vision tragique dans les 'Pensées' de Pascal et dans le théâtre de Racine*, Paris 1955, tr. it., *Il dio nascosto. La visione tragica in Pascal e Racine*, Bari 1971.
- GROETHUISEN 1927 (trad. it. 2017) = B. GROETHUISEN, *Origines de l'esprit bourgeois en France. I. L'Églose et la bourgeoisie*, Paris 1927, trad. it., *Origini dello spirito borghese in Francia*, Milano 2017.
- GROTIUS 1625 = H. GROTII (Huig van Groot), *De iure belli ac pacis libri tres* (1625), ediz. Amstelædami 1735.
- HEINECCIUS 1727, ed. 1797 = J.G. HEINECCIUS, *Elementa Juris Civilis secundum ordinem Institutionum*, Venetiis 1797.
- HEISE 1807, III ed. 1819. = A. HEISE, *Grundriss eines Systems des Gemeinen Civilrechts zum behuf von Pandecten-Vorlesungen* (1807), III ed., Heidelberg 1819.
- HEURTIN 2013 = J.-P HEURTIN, *Obliger à aimer les lois. Paradoxe de l'augustinisme juridique chez Jean Domat*, in *Jus Politicum* 10 (2013).
- ICARD 2013 = S. ICARD, *Jansénius lecteur de saint Augustin. Autour des cinq propositions condamnées*, in *Annuaire de l'Ecole pratique des hautes études, Section des sciences religieuses* 120 (2013), p. 187 ss.
- JOUVET-DESMARAND 1837 = M. JOUVET-DESMARAND, *Essai historique et critique sur Domat*, Riom 1837.
- LEIBNIZ 1667, ed. 1769 = G.W. LEIBNIZ, *Nova methodus discendae docendaeque iurisprudentiae ex artis didacticae principiis*, Frankfurt 1667, in *Variorum opuscula ad cultiorem jurisprudentiam adsequenda*, Pisis 1769, riprodotta in ID., *Sämtliche Schrifte und Briefe, herausgegeben von der Preussischen Akademie der Wissenschaften*, VI, I, Darmstadt 1930, p. 259 ss.
- LEIBNIZ 1680-82, ed. 1893 = G.W. LEIBNIZ, *De Systemate Iuris Romani* (pubblicato da Georg Mollat, *Mittheilungen aus Leibnizens ungedrückten Schriften*), II ediz., Leipzig 1893.
- MATTEUCCI 1959 = N. MATTEUCCI, *Jean Domat, un magistrato giansenista*, Bologna 1959.
- MENUET, LAVIALLE 2015 = M. MENUET, C. LAVIALLE, *La vision du travail chez le premiers jansénistes: Entre spiritualité et politique au coeur du grand siècle*, in *Laboratoire d'Économie d'Orléans, Doc. de Recherche* 2014-09 (2015), p. 1 ss.
- MÉRILLES 1618, ed. 1720 = E. MÉRILLES (Merillius), *Observationum libri VIII* (1618), ed. Neapoli 1720.
- MÉRILLES 1631, ed. 1657 = E. MÉRILLES (Merillius), *Notae Philologicae in passionem Christi* (1631), ed. Helmeſtadi 1657.
- NICOLE 1670 = P. NICOLE, *De l'education d'un prince*, Paris 1670.
- ORESTANO 1960 =1978 = R. ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto*, in *Jus* 11 (1960), p. 149 ss., ora in ID., *Azione diritti soggettivi persone giuridiche*, Bologna 1978, p. 113 ss.

- ORESTANO 1987 = R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna 1987.
- PARSONS 2014 = J. PARSONS, *Pascal, Nicole, Domat: Economy, Providence, and the Society of Orders*, paper presented to western society for French History, San Antonio, Texas, 14.11.2014.
- PERROT 1992 = J.-C. PERROT, *La main invisible et le Dieu caché*, in ID., *Une histoire intellectuelle de l'économie politique*, Paris 1992.
- PIANO MORTARI 1978 = V. PIANO MORTARI, *Diritto logica metodo nel secolo XVI*, Napoli 1978.
- POTHIER 1761, II ed. 1764, ora 2011 = R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, Paris 2011 (con prefazione di Jean-Luis Halperin).
- RACINE 1767, trad. it. 1965 = J. RACINE, *Abrégé de l'histoire de Port-Royal*, 1767, trad. it., *Port-Royal*, Torino 1965.
- REMY 1835 = J. REMY (a cura di), *Oeuvres complètes de J. Domat (Traité des lois; Les lois civiles dans leur ordre naturel; Le Droit Public; Harangues; Delectus legum)*, 4 tomes, Paris 1835.
- ROMEO 2020 = M.V. ROMEO (a cura di), *Blaise Pascal, Opere complete*, Firenze-Milano 2020.
- SARZOTTI 1995 = C. SARZOTTI, *Jean Domat. Fondamento e metodo della scienza giuridica*, Torino 1995.
- SAVIGNY 1802-1842, ed. 1993 = F.C. VON SAVIGNY, *Vorlesungen über juristische Methodologie. 1802-1842*, herausg. und engeleitet von A. Mazzacane, Frankfurt am Main 1993.
- SAVIGNY 1840 = 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 2003 = A. SCHIAVONE, *Eguaglianza. Una nuova visione sul filo della storia*, Torino 2019.
- SPECTOR 2003 = A. SPECTOR, *Cupidité ou charité? L'ordre sans vertu, des moralistes du grand siècle à l'Esprit des lois de Montesquieu*, in *Corpus* 43 (2003), p. 23 ss.
- STOLFI 2018 = E. STOLFI, *Commento. Iuris civilis libri XVIII*, in J.-L. FERRARY, A. SCHIAVONE, E. STOLFI, *Quintus Mucius Scaevola. Opera*, Roma 2018.
- TARELLO 1974 = G. TARELLO, *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna 1974.
- TARELLO 1976 = G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. I. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna 1976.
- TAVENEAU 1968 = R. TAVENEAU, *Jansénisme et vie sociale en France au XVII siècle*, in *Revue d'histoire de l'Eglise de France*, tom. 54, 152 (1968), p. 27 ss.
- TAVENEAU 1977 = R. TAVENEAU, *Jansénisme et prêt à intérêt. Introduction, choix de textes et commentaires*, Paris 1977.
- TODESCAN 1987 = F. TODESCAN, *Le radici teologiche del giusnaturalismo laico. II. Problema della secolarizzazione nel pensiero di Jean Domat*, Milano 1987.
- TROPLONG 1835-1855 = R.T. TROPLONG, *Droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code*, Bruxelles 1835-1855.
- WACHTER 1842 = C.G. WACHTER, *Handbuch des im Königsreiche Württemberg geltenden Privatrechts*, II, Stuttgart 1842.

WEBER 2007 = D. WEBER *Le 'commerce d'amour-propre' selon Pierre Nicole*, in *Asterion* 5 (2007).

YAMAJO 2010 = H. YAMAJO, *Pascal et la vie terrestre. Épistémologie, ontologie et axiologie du 'corps' dans son apologétique*, Thèse pour le grad de docteur de l'Université Paris-Sorbonne, Paris 2010.

ZACHARIAE 1808 = K.S. ZACHARIAE VON LINGENTAL, *Handbuch des französischen Zivilrechts*, Heidelberg 1808.

# Sul cd. Fragmentum Dositheanum\*

Giuseppe Falcone

Dipartimento di Giurisprudenza, Palermo, Italia

## Abstract (Italiano)

Attraverso l'esame di alcune caratteristiche del testo comunemente indicato come Fragmentum Dositheanum, l'autore sostiene che, nonostante il riferimento, in un paragrafo, alla conoscenza di 'regulae', il lavoro giurisprudenziale classico da cui è tratto il frammento non era un libro di *regulae*, ma un'opera elementare di natura squisitamente scolastica; inoltre, secondo l'autore, quest'opera scolastica potrebbe essere identificata con le *Res cottidianae* di Gaio.

## Abstract (English)

*Through a special examination of some features of the text commonly referred to as Fragmentum Dositheanum, the author argues that, despite the reference in a paragraph to the knowledge of 'regulae', the classical jurisprudential work from which the fragment is taken was not a book of regulae, but an elementary work of a close scholastic nature; moreover, according to the author, this scholastic work might be Gaius' Res cottidianae.*

Keywords: *Fragmentum Dositheanum, regulae, libri regularum, Gaio, Res cottidianae*

1. Comè noto, la fonte tradizionalmente denominata *Fragmentum Dositheanum* (d'ora in poi: *Fragm. Dositheanum*)<sup>1</sup> consiste in un testo bilingue greco-latino che dipende da un'opera giurisprudenziale e che ci è giunto quale parte di un più ampio documento bilingue appartenente al genere degli *Hermeneumata-Interpretamenta*, funzionale ad esercizi, nelle scuole di grammatica, di traduzione tramite raffronti di vocaboli e testi greci con la corrispondente terminologia latina<sup>2</sup>.

\* Per ragioni contingenti non mi è riuscito di partecipare, come avevo programmato, alla recente raccolta di scritti offerti a Francesco Paolo Casavola in occasione dei suoi novant'anni. Al suo magistero, profuso anche ad impulso degli *studia gaiana*, dedico queste pagine.

<sup>1</sup> Su di essa cfr. LACHMANN 1837 = 1876, p. 196 ss.; DIRKSEN 1837 = 1871, p. 392 ss.; VOIGT 1856, p. 617 ss.; HUSCHKE 1874<sup>3</sup>, p. 401 ss.; KARLOWA 1885, p. 763 ss.; SAVAGNONE 1896, p. 77 ss., 201 ss.; JÖRS 1905, coll. 1603 ss.; KRÜGER 1912<sup>2</sup>, p. 284 ss.; SCHULZ 1968, p. 309 ss.; HONORÉ 1965, p. 301 ss.; NELSON 1981, p. 360 ss.; WIEACKER 2006, p. 119; LIEBS 2008, p. 50 ss.; DICKEY 2012, p. 28 ss.

<sup>2</sup> La denominazione tradizionale del testo giuridico in questione deriva dal fatto che in uno dei manoscritti (ms. Sangallensis 902) che contengono gli *Hermeneumata* questi ultimi sono trascritti subito dopo l'*Ars grammatica Dosithei magistris* (del IV secolo).

In particolare, un *ludimagister*, volendo procurare uno strumento di esercizio linguistico ai suoi allievi anche con riguardo al lessico giuridico<sup>3</sup>, ha tradotto in greco una parte di uno scritto giurisprudenziale, la quale contiene – dopo alcuni cenni sull'esistenza di diverse sfere giuridiche, sulla nozione di *ius civile* e sulle parti di cui è composto il *ius civile* (§§ 1-2) e dopo una brevissima indicazione di natura programmatica (§ 3) – una esposizione in tema di manumissioni (§§ 4-17)<sup>4</sup>, e ne ha quindi approntato una retrotraduzione, parola per parola, in latino. Il testo originale non ci è, nemmeno *aliunde*, noto e il dettato a noi pervenuto delle due versioni elaborate dal maestro di grammatica presenta, purtroppo, numerosi errori e guasti derivanti da ricopie ma anche dal costante riuso del materiale da parte di docenti e studenti: un riscontro che balza subito agli occhi consiste nella presenza, nei paragrafi iniziali, di passaggi introdotti da γάρ / *enim* che non hanno giustificazione nelle affermazioni che immediatamente precedono<sup>5</sup> e per i quali può pensarsi a stravolgimenti legati al riuso del materiale, magari anche ad amputazioni compiute, *ab origine* o tramite interventi succedutisi nel tempo, per selezionare frasi che meglio si prestavano alle esigenze dell'apprendimento linguistico. In considerazione di ciò, naturalmente, occorre grande cautela nell'utilizzazione delle informazioni restituite, e massime del loro dato letterale, sia in vista della ricostruzione degli istituti giuridici menzionati nel testo sia in vista di valutazioni, come quella che qui si propone, concernenti l'originario scritto giurisprudenziale in quanto tale.

Il *Fragm. Dosith.* è oggi restituito dal ms. Leid. Voss. Gr. 97 (X sec.) e, limitatamente ai §§ 2-4, dal ms. Paris. Lat. 6503 (IX sec.) degli *Hermeneumata*: il *Parisinus*, che nel XVI era integro (salvo la mancanza del § 1) fu utilizzato, per il tramite dell'apografo redatto da Claude Dupuy (dal quale è, ulteriormente, derivato un apografo vergato da Joseph Scaliger), per l'*editio princeps* curata da Pierre Pithou nel 1573 (i due manoscritti sono riprodotti in GOETZ 1892 pp. 48 ss. e 102 ss.). Nel 1837 Lachmann (vd. nt. 1) ha compiuto una operazione di emendazione critica su base giuridica del frammento. Dopo l'ultima edizione bilingue di BÖCKING 1855, pp. 158-169, gli editori di fonti giuridiche hanno pubblicato solo il testo latino: più dell'edizione di Huschke (vd. nt. 1), ha avuto diffusione quella di KRÜGER 1878, p. 149 ss., che è seguita sia nei *FIRA* (II,<sup>2</sup> 617 ss.) sia nelle varie edizioni dei *Textes de droit romain* di Girard, Senn. In tempi recenti, l'edizione teubneriana degli *Hermeneumata* curata da FLAMMINI 2004, pp. 92-103, riporta entrambe le versioni: da questa traggo il testo greco dei passaggi che di seguito saranno esaminati.

<sup>3</sup> Ἄλλ' ἦδη, ἃ ὑπεσχόμεν, τὰ ἀνήκοντα πρὸς τὴν ἀγορὰν ἢ ἐν βουλευτηρίῳ οὐδενὶ ἐμποδίῳ ἦδη ἄρξομαι / *Nunc iam, quae promisi, quae pertinent ad forum aut in curiam, nullo impedimento iam nunc incipiam* (92.326-328; 93.2337-39 nell'edizione degli *Hermeneumata* di Giuseppe Flammini, che qui si adotta [vd. *infra*, in questo §]).

<sup>4</sup> Il maestro di grammatica parla di Συγγραμμάτων περὶ ἐλευθερώσεων / *Tractatus de manumissionibus* (Flammini 92.2317 e 2329).

<sup>5</sup> Cfr. fr. Dos. 1 (*Sunt enim qui tradiderunt...*); 2 (*Ex eo enim consenserunt prudentiam...*; *Lex enim Iulia et Papia...*); 3 (*Regulas enim exsequenti...*; *Nec enim sunt unius condicionis...*).

Il testo giurisprudenziale scelto dal *ludimagister* presenta al suo interno un richiamo a Giuliano (§ 15)<sup>6</sup>, il che implica, naturalmente, che la sua redazione non può risalire più indietro della metà del II secolo. Non altrettanto netta, purtroppo, riesce l'individuazione di un termine *ante quem*. Nel libro VI degli *Hermeneumata* l'inserimento della *Genealogia* di Igino è accompagnato, nella *praefatio*, da una indicazione cronologica corrispondente all'11 settembre 207<sup>7</sup> e sulla base di ciò si è pensato che il nostro scritto giurisprudenziale, presente nel libro V, sia stato composto anteriormente al 207<sup>8</sup>. La deduzione, però, non può considerarsi sicura, dal momento che non è certo che l'inserimento dell'opera di Igino presupponesse già un'avvenuta incorporazione di tutti gli altri testi che compaiono nei precedenti libri degli *Hermeneumata*<sup>9</sup>. Non può escludersi, per altro verso, che, come suggerito da Honoré<sup>10</sup>, il fatto che nel § 12 *peregrinus* è stato reso con ξένος e con Ἑλλην sia da leggere quale spia di una risalenza della traduzione, e dunque a maggior ragione dell'opera del giurista, ad un momento in cui la maggior parte dei greci non erano cittadini romani e, cioè, ad una data anteriore alla *constitutio Antoniniana*. Senz'altro ingiustificata, invece, è la collocazione dello scritto del giurista più verso la metà del II secolo, che si è voluta argomentare<sup>11</sup> dalla circostanza che nel § 17 la *manumissio censu* appare, come nelle Istituzioni di Gaio, quale istituto ancora vigente, laddove nel *liber singularis regularum* di Ulpiano di questo istituto si parla al passato<sup>12</sup>: è sfuggita, infatti, la circostanza che il medesimo dato della vigenza di questa forma di *manumissio* appare anche da un frammento dei *libri responsorum* di Papiniano<sup>13</sup>.

Quel che può dirsi è, dunque, che il *Fragm. Dositheanum* riflette uno squarcio di opera giurisprudenziale redatta dopo la metà del II secolo e, probabilmente, entro il primo decennio del III. Mentre il fatto in sé della conoscenza e utilizzazione da parte di un maestro di un'altra disciplina non contribuisce a risolvere l'alternativa tra l'aver costituito, lo scritto in esame, un'opera direttamente approntata dal suo autore per la pubblicazione o invece materiale didattico destinato a circolare esclusivamente fra gli allievi, del quale, poi, sia sopravvenuta una diffusione pubblica<sup>14</sup>.

<sup>6</sup> Il passaggio con la citazione di Giuliano è riportato *infra*, § 3 su nt. 37.

<sup>7</sup> Μαξιμῶ καὶ Ἀπρῶ ὑπάτοις πρὸ γ' ἰδῶν Σεπτεμβρίων/*Maximo et Apro consulibus tertio Id. Septembres.*

<sup>8</sup> Cfr. KARLOWA 1885, p. 763 ss.; HONORÉ 1965, p. 303; NELSON 1981, p. 368 ss.

<sup>9</sup> Cfr., ad es., DICKEY 2012, p. 37 ss.

<sup>10</sup> HONORÉ 1965, p. 310.

<sup>11</sup> Da parte di SECKEL, KÜBLER 1908, p. 419; NELSON 1981, p. 370 e nt. 57; LIEBS 2008, p. 50 ss.; NÖRR 2000, p. 200.

<sup>12</sup> I testi di confronto sono, da un lato, Gai 1.17, 1.44 e 1.140, dall'altro lato, Tit. Ulp. 1.8: *censu manumittebantur olim...*

<sup>13</sup> Si tratta di *fragm. Paris. IX.1*, in *FIRA II*<sup>2</sup>, 441. Cfr. ALBANESE 1979, p. 45 nt. 120 e, più di recente, AVENARIUS 2005, p. 177.

<sup>14</sup> LIEBS 2008, p. 51 ss. tende ad escludere una pubblicazione (il testo sarebbe da considerare «lediglich als Niederschrift durch die Hörer, jedenfalls kaum regulär veröffentlicht»), in ragione del tenore di alcuni passaggi che rivelerebbero un Gedankengang «locker gefügt»: oltre alle affermazioni dei §§ 3 e 4 che riporto di seguito nel testo, Liebs cita le parole ... *et manumissores ausi erant... per vim... Interveniebat praetor et non patiebatur...* del § 5. Ma, a mio avviso, la sola illazione che può trarsi da affermazioni come quelle segnalate dall'illustre studioso è che lo scritto in esame aveva tono e finalità apertamente didascalici, come si dirà tra breve.

2. Le pagine appositamente dedicate nella letteratura romanistica a questa fonte in sé considerata veicolano una pluralità di vedute con riguardo alla questione della paternità del testo giurisprudenziale, mentre un ampio (ma non unanime) consenso si registra in merito alla tipologia di opera alla quale il testo può ricondursi: segnatamente, sulla base dell'affermazione iniziale del § 3, Τοὺς γὰρ κἀνονας ἐπεξίοντι μοι πρὸς ταῦτα τὰ μαθήματα ἀναγκαῖον πρὸ πάντων εἰδέναι / *Regulas enim exsequenti mihi ad ea studia necessarium ante omnia scire*<sup>15</sup>, la dottrina maggioritaria si è pronunciata senz'altro per una provenienza dell'estratto da una raccolta di *regulae: liber* o *libri regularum*<sup>16</sup>.

Certo, questo riferimento a κἀνονες / *regulae* a prima vista appare di notevole peso<sup>17</sup>. Come pure, colpiscono sia la presenza, tanto nel *Fragm. Dosith.* quanto nei *libri regularum*, di enunciati del tipo ...*potest*, ...*non potest*, riguardanti la legittimità o meno, il compimento efficace o meno di atti giuridici<sup>18</sup>, sia il fatto che in relazione ad un enunciato di questo tipo (*nec solui ei sine tutoris auctoritate potest*) Gaio discorre esplicitamente di *regula*<sup>19</sup>:

<sup>15</sup> L'affermazione nel tenore pervenutoci non ha senso compiuto. Böcking 1855, p. 160, nt. 9, allo scopo di eliminare il contrasto tra il riferimento dell'autore a sé stesso (*exsequenti mihi*) e il cenno all'attività dei discendenti (*scire*), ha persuasivamente proposto l'inserimento dopo *necessarium* di un *visum est* (confortato dalla presenza, «ex margine Scaligeriani codicis» del termine ἐφάνη).

<sup>16</sup> Cfr., ad. es., Jörs 1905, p. 1604; Voigt 1856, p. 628 ss.; Krüger 1878, p. 149; 1912<sup>2</sup>, p. 286; Karlowa 1885, p. 764; Savagnone 1896, pp. 88 e 201 ss.; Wenger 1953, p. 529; Stein 1966, p. 72; Honoré 1965, p. 312; Flammini 1990, p. 19; Avenarius 2005, p. 147. Per gli studiosi orientati diversamente cfr. nt. 43.

<sup>17</sup> È il caso, però, di precisare subito che non può accogliersi la lettura che dell'immediato seguito del § 3 *Nec enim sunt unius conditionis, sed variae: quae per singula, quae pertinent ad eam enarrationem, referenda sunt per ordinem* (οὐδὲ γὰρ μιᾶς εἰσιν αἰρέσεως, ἀλλὰ ποικίλης ἄτινα καθ' ἕκαστον τὰ ἀνήκοντα πρὸς ταύτην τὴν ἐξήγησιν ἀνεκτέα ἔστιν τῆ τάξει) ha compiuto Stein 1966, p. 72. Questo studioso, assumendo che la pluralità di *condicio* cui allude il testo riguarderebbe le *regulae*, ha ritenuto che il giurista avesse precisato che vi sono vari tipi di *regulae* (analogamente, di recente, Avenarius 2005, p. 107 ss.). Questa lettura, invero, si fonda su due presupposti entrambi ingiustificati. Il primo è che il termine '*enarratio*' abbia a che fare con il concetto espresso con le parole di D. 50.17.1 (*Regula est quae rem quae est breviter enarrat*), con le quali viene espressa una funzione della *regula*: senonché, ammesso che fosse questo il termine anche nell'originale redazione latina (il ms. Paris., peraltro, riportava *narrationem*), esso indica, piuttosto, l'intera illustrazione che costituisce oggetto dell'opera e che il giurista si accinge a compiere. Il secondo presupposto è che le parole *quae... referenda sunt per ordinem* si riferiscano alle *regulae*: ma ciò è smentito dall'uso del neutro plurale, che, come il corrispondente greco ἄτινα ... ἀνεκτέα ἔστιν, indica invece le cose che formano oggetto della (*e*)*narratio*-esposizione. Né a giustificare la lettura qui criticata potrebbe valere la presenza della congiunzione γὰρ / *enim* che accompagna l'avvertenza della non unicità di *condicio*: cfr., infatti, quanto segnalato *supra*, § 1, su nt. 5, sulla ricorrenza, proprio nei §§ iniziali, di casi nei quali questa congiunzione non ha riscontro nel tratto che immediatamente la precede.

<sup>18</sup> Per il *Fragm. Dosith.* cfr. i seguenti paragrafi: 11 (*Proprietarius eum servum, cuius usus et fructus ad alium pertinet, non potest ex vindicta manumittere...*); 12 (*Peregrinus manumittens servum non potest ad Latinum perducere...*); 13 (*Minor viginti annorum manumittere neque ex vindicta potest neque testamento; itaque nec Latinum facere potest; tantum enim apud consilium potest manumittere servum suum causa probata*); 15 (*Mulier sine tutoris auctoritate <manumittere non potest>, nisi ius liberorum habeat; tunc enim ex vindicta sine tutore potest manumittere...*); 16 (*Servum pignori datum civem Romanorum facere debitor non potest...* Per i *libri regularum* cfr. i seguenti riscontri: Nerazio: *Pal.* 65, 67.1; Gaio: *Pal.* 465; Scevola: *Pal.* 201; Paolo: *Pal.* 1425, 1426, 1427, 1430, 1431; Licinio Rufino: *Pal.* 1, 7, 9, 10, 12; Marciano: *Pal.* 253, 267, 269; Modestino: *Pal.* 183, 184, 190, 191, 198, 219, 225, 239, 264, 269.1; Tit. Ulp. 1.20; 1.23; 1.24; 2.7; 2.9-10; 2.12; 6.2; 8.5-7; 11.6; 11.16 e 17; 19.6; 19.11; 19.13; 20.3-5; 20.7; 20.10-15; 22.1-9; 22.12-13; 22.19; 22.30 e 32; 24.7-11; 24.15-18; 24.20-26; 24.28-29; 25.1-8; 25.10-11; 25.13 e 18.

<sup>19</sup> È appena il caso di esplicitare che Gaio specifica *iuris civilis regulas* in chiave di contrappunto rispetto alla sfera dell'intervento pretorio (in tema di *pacta*) che stava commentando.

D. 2.14.28 (Gai. 1 *ad ed. prov.*): *Contra iuris ciuilibus regulas pacta conuenta rata non habentur: ueluti si pupillus sine tutoris auctoritate pactus sit ne a debitore suo peteret, aut ne intra certum tempus ueluti quinquennium peteret: nam nec solui ei sine tutoris auctoritate potest.*

E tuttavia, occorre tener presente anche la circostanza che le indicazioni del tipo ...*potest*, ... *non potest* e, più in generale, le indicazioni attinenti a requisiti ed efficacia di una operazione negoziale (analoghe a quelle che si leggono in fr. Dos. 15 e 17) sono frequentissime nelle Istituzioni di Gaio, ne costituiscono, anzi, un elemento caratterizzante, talché può a buon diritto assumersi che il manuale gaiano costituisce un giacimento di '*regulae*' di questo tipo<sup>20</sup>. Dal che sembra necessario desumere la conclusione che il semplice riferimento a *regulae* in fr. Dos. 3 non è, di per sé, stringente nel senso di una riconduzione dello scritto al genere dei *libri regularum*.

D'altra parte, occorre mettere in evidenza e valorizzare un dato che, invece, non mi risulta sia stato fin qui tenuto in considerazione e cioè che il testo doveva far parte di un'opera avente una diretta e apposita funzione didattica.

In questa direzione orienta, anzitutto, la presenza di giunture tipicamente didascaliche. Così, nel § 3 compare un riferimento esplicito sia ad una gradualità e, dunque, organicità di apprendimento sia, in chiusura, ad un ordinato e razionale insegnamento: *Regulas enim exsequenti mihi ad ea studia necessarium <visum est><sup>21</sup> ante omnia scire. Nec enim sunt unius condicionis, sed variae: quae per singula, quae pertinent ad eam enarrationem, referenda sunt per ordinem<sup>22</sup>*; così, nel § 4 si parla di scelte didattiche volte a far sì che le singole nozioni vengano meglio chiarite e che non sia necessario illustrare più volte uno stesso punto: *... Sed ut magis possint singula declarari, melius uidetur incipere a libertis adferre et primum de Latinis scribere, ne saepius eadem interpretari cogamur. Primum ergo videamus...*<sup>23</sup>; così ancora, nel § 8, si afferma che determinate

<sup>20</sup> Si tenga conto, peraltro, che in un caso è lo stesso Gaio a rivelare come egli consideri quali *regulae* le istruzioni, frequentissime come si è detto, che riguardano il compimento di un atto. È quanto si desume chiaramente dal diretto collegamento che lo stesso giurista pone fra la trattazione sulla locazione e quella, subito precedente, sulla compravendita: *Locatio et conductio similibus regulis constituitur...* (§ 3.142). Coordinando le affermazioni gaiane su questi due contratti, risulta che Gaio assume quali *regulae* le indicazioni del § 3.140 (*pretium certum esse debet*) e del § 3.141 (*pretium in pecunia consistere debet*), nonché quelle che possono, nella sostanza, riconoscersi nel § 142, «la *merces* deve essere certa», e nel § 144, «la *merces* deve consistere in *pecunia*». Sul punto cfr., distesamente, FALCONE 2015, spec. p. 51 ss. Vd. anche *infra*, § 6.

<sup>21</sup> Cfr. *supra*, nt. 15.

<sup>22</sup> Τοὺς γὰρ κἀνονας ἐπεξίοντι μοι πρὸς ταῦτα τὰ μαθήματα ἀναγκαῖον πρὸ πάντων εἰδέναι· οὐδὲ γὰρ μᾶς εἰσιν αἰρέσεις, ἀλλὰ ποικίλης ἄτινα καθ' ἕκαστον τὰ ἀνήκοντα πρὸς ταύτην τὴν ἐξηγησὶν ἀνεκτέα ἐστὶν τῇ τάξει. Non è possibile spingersi ad immaginare se il γάρ /*enim* con cui è avviata questa complessiva notazione (*Nec enim sunt unius condicionis...*) presupponga un solo passaggio saltato o caduto, alludente alla pluralità di *condicio* tra le persone (e perciò preparatorio del successivo § 4 *Omnes enim vel ingenui sunt vel liberti...*), o se l'originario testo giurisprudenziale contenesse, prima ancora, una o più partizioni più ampie e generali della materia (come ha ritenuto, ad es., FUHRMANN 1960, p. 187, il quale ha perfino immaginato una presenza della tripartizione *personae-res-actioes*).

<sup>23</sup> ...ἀλλ' ἵνα μᾶλλον δυνηθῶσιν ἕκαστα (διασαφηθῆναι), βέλτιον δοκεῖ ἄρξασθαι ἀπὸ ἀπελευθέρων ἀναφέρειν, καὶ πρῶτον περὶ Ῥωμαϊκῶν γράφειν, μὴ πλεονακίς ταῦτ' ἀιερμηνεῦειν ἀναγκαζόμεθα. Πρῶτον οὖν ἴδωμεν...

ipotesi verranno mostrate via via che l'esposizione andrà avanti: ...*sunt autem plures causae, in quibus non tueatur proconsul manumissionem, de quibus procedentes ostendemus*<sup>24</sup>.

Nella medesima direzione è indicativa la circostanza che nel § 1, pur tra incongruenze e sicure lacune, si riconosce il richiamo ad una pluralità di vedute in merito alla definizione di *ius civile*, e si parla di definizioni che alcuni o che i più 'hanno trasmesso' (*tradiderunt*, παρέδοσαν):

fr. Dos. 1. *Omne enim iustum aut civile appellatur, aut naturale dicitur, aut gentile iustum: ab eo enim nominatur, et omnes nationes similiter eo sunt usae; quod enim bonum et iustum est, omnium utilitati convenit. Sed quod autem iustum civile proprium est Romanorum, et ab eis dictum, quoniam nostra civitas ea veritate utitur. Sed quidam praedicent hoc esse, quod omnibus civibus suis aut maiori parti expedit; sunt enim qui et tradiderunt quantitatem iustitiae esse plurimam, hanc autem definitionem veriore esse tradiderunt, <quam> quae initio diximus*<sup>25</sup>.

Quali che fossero l'esatto dettato dell'originale e l'esatta portata della terza presa di posizione con il suo coinvolgimento della δικαιοσύνη / *iustitia*<sup>26</sup>, quel che conta è l'insistenza sulla diversità di nozioni e di spiegazioni lessicali del *ius civile* che sono state trasmesse nonché il confronto tra esse, che sfocia nella notizia che la maggior parte degli autori *tradiderunt* che è 'più vera' la definizione di *ius civile* indicata come prima. Il complessivo andamento di questo tratto e, più specificamente, l'insistenza sulla nozione di *ius civile* quale oggetto di un *tradere* depongono per una esposizione dal respiro e dalla destinazione teorico-didattici. Tanto più, poi, che la traduzione greca παρέδοσαν porta senz'altro a immaginare che anche nell'originale latino comparisse il verbo *tradiderunt* che leggiamo nella retroversione e questo verbo ben si presta ad alludere alla trasmissione di insegnamenti<sup>27</sup>: avremmo, così, anche un esplicito e

<sup>24</sup> ...είσιν μέντοι πλείονες αἰτίαι, ἐν αἷς οὐ φυλάξει ὁ ἀνθύπατος τὴν ἐλευθερίαν, περὶ ὧν προβαίνοντες ἐπιδείξομεν.

<sup>25</sup> Πᾶν γὰρ δίκαιον ἢ πολιτικὸν προσαγορεύεται ἢ φυσικὸν λέγεται ἢ ἔθνικὸν δίκαιον ἄπο τούτου γὰρ ὀνομάσθη, καὶ πάντα τὰ ἔθνη ὁμοίως τούτῳ εἰσὶν κεχρημένα· ὁ γὰρ καλὸν καὶ δίκαιόν ἐστι, πάντων εὐχρηστία συμφωνεῖ. Τὸ δὲ δίκαιον πολιτικὸν κύριόν ἐστι Ῥωμαίων, καὶ ἀπο τούτων εἰρημένον, ἐπειδὴ ἡμετέρα πόλις ταύτῃ τῇ ἀληθείᾳ χρᾶται, ἀλλ' ἔνιοι προλέγουσιν τούτο εἶναι, ὃ πᾶσι πολίταις ἰδίους ἢ μείζονι μέρει συμφέρει· εἰσὶν γὰρ οἱ καὶ παρέδοσαν ὑπόστασιν δικαιοσύνης εἶναι πλείονα, τούτων δὲ τὸν ἀφορισμὸν ἀληθέστερον εἶναι παρέδοσαν, <ἢ> ὅσα ἐν τῇ ἀρχῇ εἵπαμεν.

<sup>26</sup> Nel paragrafo vengono riportate due o tre nozioni di *ius civile* (la retroversione *iustum*, evidentemente, risente dell'ambivalente greco δίκαιον). La prima assume il *ius civile* come *ius proprium civium Romanorum* e aggiunge come spiegazione etimologica la circostanza che *nostra civitas usa est*. Quindi si afferma che alcuni sostengono che il *ius civile* è quello che è utile per tutti i *cives* o per la maggior parte dei *cives*. A questo punto, il testo si intorbida: parrebbe che vi venisse riferita una ulteriore posizione, introdotta però da un γὰρ / *enim*: εἰσὶν γὰρ οἱ καὶ παρέδοσαν ὑπόστασιν δικαιοσύνης εἶναι πλείονα / *sunt enim qui et tradiderunt quantitatem (quanti tamen) iustitiae esse plurimam*. Forse si riportava una nozione che assumeva la δικαιοσύνη/*iustitia* come sostanza del *ius civile*? Si pensi, ad es., alla definizione ciceroniana del *ius civile* come *aequitas constituta in eis qui eiusdem civitatis sunt ad res suas obtinendas*. Non possiamo dir nulla al riguardo. Certo è, comunque, che la notazione conclusiva riporta la posizione di una maggioranza di autori che hanno trasmesso esser 'più vera' la definizione che l'autore del testo ha indicato all'inizio (εἶναι πλείονα, τούτων δὲ τὸν ἀφορισμὸν ἀληθέστερον εἶναι παρέδοσαν, <ἢ> ὅσα ἐν τῇ ἀρχῇ εἵπαμεν/*plurimi hanc autem definitionem veriore esse tradiderunt, <quam> initio diximus*).

<sup>27</sup> Ove fosse necessario addurre specifici riscontri, basti richiamare Gai 2.23 (*superiore commentario tradidimus*); 2.184 (*suo loco trademus*); 3.38 (*superiore commentario tradidimus*); 4.77 (*primo commentario tradidimus*); nonché I. 1.1.2, sul quale cfr.

ripetuto riferimento a prese di posizione formulate (già da altri giuristi) proprio in occasione e ai fini dell'insegnamento.

3. Ora, se, da un lato, è plausibile l'idea che anche i *libri regularum* avessero una finalità quantomeno *lato sensu* didattica – in particolare, a mio avviso, quali strumenti per istruire e guidare nell'esplicitamento delle competenze giuridiche i funzionari imperiali<sup>28</sup> –, dall'altro lato, alcuni elementi portano senz'altro ad isolare rispetto a codeste opere<sup>29</sup> il testo da cui deriva il *Fragm. Dositheanum*.

Viene in considerazione, anzitutto, la già segnalata impostazione generale, palesemente didascalica nel ricorso a clausole di raccordo, a rinvii, a cenni all'opportunità di illustrare un punto in un certo modo (§ 4) o al fatto che un certo profilo sarà ripreso nel seguito dell'esposizione (§ 8). Si aggiunga il riferimento ad una (*e*)*narratio* nello stesso § 3 (...*singula, quae pertinent ad eam (e)narrationem...*): fosse o meno questo l'originario termine poi reso in greco con ἐξήγησις e quindi retrotradotto in latino<sup>30</sup>, il riferimento in questione rivela una raffigurazione del testo, da parte dello stesso autore, che mal si concilia con un repertorio di regole e che orienta più per una illustrazione complessiva dotata di organica unitarietà. Il confronto con il *liber singularis regularum* di Ulpiano, probante in quanto compiuto con un testo dalla sufficiente consistenza e lunghezza e, a differenza delle opere utilizzate dai compilatori giustiniani, non disarticolato in frammenti<sup>31</sup>, è illuminante: quand'anche si accolga la diffusa ipotesi, di mommseniana ascendenza, che su tale *liber regularum* sia intervenuto con accorciamenti un revisore nei primi decenni del IV secolo<sup>32</sup>, è del tutto inverosimile che l'asciuttezza estrema del dettato e della sequenza tra le formulazioni, come pure l'assoluta mancanza di clausole di passaggio, raccordo o rinvio e di cornici sistematizzanti, siano frutto di una mirata opera di scarnificazione successiva, che dovremmo immaginare talmente accurata e precisa da non aver lasciato la benché minima traccia di un originario impianto più arioso e discorsivo<sup>33</sup>.

---

*infra*, § 6. Per un esempio, *ex multis*, tratto da altro ambito cfr. Sulp. Vict., *Inst. orat.* (Halm 313.2): *Contuli in ordinem ea, quae fere de oratoria arte traduntur.*

<sup>28</sup> È questa la linea interpretativa di STEIN 1966, p. 80 ss., seguita, ad es., da MERCOGLIANO 1997, p. 101 ss.; 1998, p. 356; e da MATTIOLI 2012, pp. 101 e 111. Ad un insegnamento rivolto alla pratica, ma avente come destinatari gli avvocati, aveva pensato MOMMSEN 1855, p. 111 ss. = 1905, p. 49 ss. Dal canto suo, SCHMIDLIN 1970, pp. 127 ss., 143 ss., immagina una destinazione ad un insegnamento scolastico, ma di superiore livello casistico (data l'innegabile connessione, in molti frammenti, con sottostanti fattispecie concrete). Ammette, in relazione alle singole opere, entrambe le funzioni, quella rivolta alla «pratica quotidiana di funzionari amministrativi» e quella ambientata nella scuola, COSSA 2018, p. 462 ss.

<sup>29</sup> Quanto si dirà nel testo vale pur tenendo presente – secondo l'opportuno  *caveat*  a suo tempo formulato da SANTALUCIA 1974, p. 273 e adesso rilanciato da COSSA 2018, p. 463 – che non sarebbe corretto appiattire su uno schema tipologico eccessivamente unificante tutte le opere che vanno sotto la designazione di *libri regularum*.

<sup>30</sup> Cfr. *supra*, nt. 17.

<sup>31</sup> La possibilità di ricondurre i contenuti dei cd. *Tituli ex corpore Ulpiani* alla scrittura del *liber singularis regularum* ulpiano è, pur con vari distinguo e precisazioni, generalmente ammessa: da ultimi, MATTIOLI 2012, p. 90 ss. (che parla di «sovrapposibilità» fra i due testi); COSSA 2018, p. 457 ss.

<sup>32</sup> Cfr., sul punto, le recenti pagine di SPERANDIO 2011, p. 387 ss. e di MATTIOLI 2012, p. 113 ss.

<sup>33</sup> E invero, quel che la dottrina appare generalmente orientata ad ammettere è il compimento, da parte dell'ipotizzato revisore, di una eliminazione, qua e là, di singole informazioni.

Un indizio più circoscritto, poi, è il respiro chiaramente teorico delle informazioni iniziali e, segnatamente, del riferimento all'esistenza di diverse nozioni di *ius civile* che sono circolate e circolano nell'insegnamento: la rassegna stessa di questa pluralità di nozioni sul *ius civile* e la precisazione conclusiva circa la maggiore correttezza, per molti autori, di una di esse, sono evidenti segni di un'attenzione e di una destinazione teorico-didascaliche, e non pratico-operative, della comunicazione.

Infine, è significativa la presenza di riferimenti a divergenti prese di posizioni giurisprudenziali. Si tratta di tre casi, riguardanti, rispettivamente, il *ius ad crescendi* in caso di *manumissio inter amicos* compiuta da uno dei soci, il momento in cui occorre l'*interpositio auctoritatis* per l'efficacia di una *manumissio per epistulam* compiuta dalla donna priva di *ius liberorum*<sup>34</sup> e il momento a partire dal quale acquista efficacia una *manumissio censu* (subito o quando si compie il *lustrum condere*?):

fr. Dos. 10 ...*quam*<vis><sup>35</sup> *Proculus existimaverit ... qua sententia utimur...*<sup>36</sup>;

fr. Dos. 15: ...*quaesitum est... Iulianus negat, existimat enim ... Sed Neratius Priscus probat ... cuius sententiam et constitutione principali confirmata est*<sup>37</sup>;

fr. Dos. 17: ...*Magna autem dissensio est inter peritos, utrum... an ... Sunt enim qui existimant... existimant enim...*<sup>38</sup>.

Anche a questo proposito è significativa la difformità rispetto al materiale proveniente da *libri regularum*. In effetti, se passiamo in rassegna questo materiale – dallo scritto più antico di cui abbiamo traccia, quello di Nerazio, al più recente, di Modestino, passando per i frammenti di Pomponio, Gaio, Scevola, Paolo, Licinio Rufino, Ulpiano, Marciano –, constatiamo agevolmente che si tratta di enunciati che indicano una direttiva, un assetto, una possibilità, senza lasciare spazio a prese di posizione contrastanti; e che, piuttosto, quando compare la menzione di giuristi, essa ha lo scopo di rafforzare un assetto o una possibilità giuridica, di contribuire a costruire ed approntare soluzioni e discipline indiscusse<sup>39</sup>, che possiamo leggere,

<sup>34</sup> Secondo Giuliano l'*auctoritas* del tutore deve essere interposta al momento in cui il servo viene a conoscenza della volontà della donna, e cioè al momento dell'arrivo dell'*epistula*; secondo Nerazio, invece, è sufficiente che l'*auctoritas* venga prestata al momento della redazione dell'*epistula*.

<sup>35</sup> La correzione (comunemente adottata dagli editori, tranne che da Flammini) è necessaria sia per dare un significato compiuto all'affermazione sia perché il testo greco riporta *ει και* (Προκουλος δοκιμάση...), in cui può agevolmente vedersi una inversione di *και ει* legata a vicende della tradizione manoscritta. Forse, più che il *quamvis* proposto da Lachmann, Krüger e Baviera (nei *FIRA*), potrebbe esservi stato un originario *quamquam*, che ancora più facilmente possiamo immaginare come ridotto a *quam* per svista di amanuense.

<sup>36</sup> ...ει και Προκουλος δοκιμάση..., οδ̄ τη̄ γνώμη̄ χρώμεθα...

<sup>37</sup> ...εζητήται τούτο, ... Ιουλιανός αρνεῖται, ὑπολαμβάνει γάρ ... Ἀλλὰ Νηράτιος Πρίσκος δοκιμάζει ... οὗ ἡ γνώμη̄ και διατάζει αὐτοκρατορικῆ̄ ἰσχυροποιήται...

<sup>38</sup> ...Μεγάλη̄ μέντοῑ ἀμφισβήτησις̄ ἔστιν ἐν τοῖς ἐμπείροις, πότερον ... ἢ ... Εἰσὶν γάρ οἱ ὑπολαμβάνοντες ... ὑπολαμβάνουσιν γάρ...

<sup>39</sup> Pomponio: *Pal.* 373; Paolo: *Pal.* 1430.1; Licinio Rufino: *Pal.* 1; 5; 14 (*plerique existimaverunt*); 17 (*quidam*); Ulpiano (*libri VII regul.*): *Pal.* 2377 (*a plerisque respondetur*); 2379 (*secundum omnium sententiam*); Tit. Ulp. 1.12 (<*Cassius*> [*Caesaris*]): cfr. AVENARIUS 2005, p. 183); 13.2; Modestino: *Pal.* 187; 276; una controversia ambientata nel passato è in Mod., *Pal.* 208

a mio avviso, quali elementi di un *ius receptum* messo a disposizione di funzionari imperiali<sup>40</sup>. Particolarmente evidente è questo stato di cose nei frammenti superstiti dei *V libri regularum* di Marciano: al loro interno si contano ben 15 casi di citazioni giurisprudenziali, le quali sono tutte congegnate in siffatta prospettiva<sup>41</sup>. L'unica eccezione nella documentazione di cui disponiamo è costituita dal noto passaggio del *liber singularis regularum* di Ulpiano (Tit. Ulp. 11.28) in cui si menzionano le contrapposte posizioni dei *Cassiani* e dei *Proculiani* e l'intervento di Priscus (Iavolenus? Neratius?)<sup>42</sup> in ordine al *tempus* del raggiungimento della pubertà: ma in questo caso si trattava di una disparità di posizioni che, *re ipsa*, non poteva certo essere sottaciuta e che, d'altra parte, non si sarebbe potuta superare se non attraverso un intervento autoritativo, che si è fatto attendere fino all'età giustiniana (C. 5.60.3; I. 1.22pr.). Per converso, è appena il caso di ricordare che l'intreccio fra l'esposizione di possibilità e di effetti giuridici e il richiamo al *ius controversum* è un elemento non solo ricorrente, ma davvero peculiare di un testo didascalico-isagogico quale il manuale di Gaio.

In definitiva, alla luce degli elementi che precedono ritengo che debba concludersi, con sufficiente tranquillità, nel senso che il *Fragm. Dositheanum* presenta i caratteri propri di un'opera nata nell'ambiente della scuola e, precisamente, che il testo escerpito dal maestro di grammatica deriva da uno scritto giurisprudenziale didattico di natura scolastica<sup>43</sup>.

4. Orbene, quale fosse questo scritto didattico credo che, nonostante il carattere frammentario e il tenore testuale non di rado infelice e malcerto, quel che ci è pervenuto consenta egualmente di riconoscere con un alto grado di probabilità.

---

(*inter Brutum et Scaevolam varie tractatum est*). Difficile è immaginare che questo stato di cose dipenda da mera casualità o da una sistematica opera di soppressione di citazioni di controversie da parte di eventuali epitomatori postclassici o da parte dei commissari giustiniani: con riguardo a questi ultimi, del resto, non si vede perché solo in questi casi l'intervento di sfondamento non avrebbe lasciato tracce, a fronte dei numerosissimi riscontri di dispute giurisprudenziali rimasti nei testi escerpiti da altri tipi di opere.

<sup>40</sup> Secondo quella che a me appare la più plausibile funzione dei *libri regularum*: *supra*, su nt. 28.

<sup>41</sup> Si tratta di *Pal.* 239; 246 (...*plerisque placet*...); 247; 254; 254.1; 256; 262; 264; 267 (*Sunt qui putant*...: qui, per vero, non può escludersi che, nell'originario contesto, Marciano avesse proseguito riferendo anche posizioni differenti né, al contempo, che avesse, magari, concluso il discorso con l'indicazione di un successivo superamento della disputa); 268.1; 270; 274; 276; 279; in un caso, *Pal.* 225, viene richiamato un dubbio interpretativo da parte di un giurista, seguito però da un'affermazione che chiude l'incertezza: ...*an una auctoritas sufficiat eo animo, ut ad utrumque pertineat? Pomponius dubitat, sed fortiter defenditur sufficere unam auctoritatem*.

<sup>42</sup> Cfr., recentemente, LEESEN 2010, p. 48 ss. È ben probabile che la posizione di Priscus fosse ricordata anche nella parte non più leggibile di Gai 1.196.

<sup>43</sup> A fronte della dottrina maggioritaria (riferita *supra*, in nt. 16), che assume senz'altro il *Fragm. Dositheanum* come tratto da un *liber regularum*, SCHULZ 1968, p. 310 ha ritenuto possibile trattarsi sia di una raccolta di *regulae* sia di un testo di *Institutiones*, mentre WIEACKER 2006, p. 119 ha scartato con decisione l'appartenenza dell'opera al genere dei *libri regularum*, considerandola, piuttosto, un «elementar Unterrichtswerk» (ma sulla base di un indizio inadeguato e cioè la sequenza iniziale 'fonti del diritto - status delle persone' e la presenza di una *divisio* riguardante quest'ultimo, che richiama il «Darstellungsprinzip» di Gaio: la non concluzionalità di questa rilevezione deriva dal fatto che essa può esser compiuta anche con riguardo al *liber singularis regularum* di Ulpiano). Di «Elementarlehrbuch» e «Anfängerlehrbuch» parla LIEBS 1997, p. 207 (cfr. anche LIEBS 2008, p. 50 ss.). Dal canto suo, NELSON 1981, p. 367 e nt. 53 ha pensato ad un «Lehrbuch» ma senza escludere che il titolo fosse *Regulae*.

Va anzitutto detto che i diversi tentativi di individuazione di un giurista fin qui compiuti dagli studiosi risultano, a monte, condizionati dal convincimento che il testo in questione appartenesse alla tipologia dei *libri regularum* e, oltretutto, si basano su indizi intrinsecamente davvero labili: il che ha determinato la stessa, emblematica pluralità di proposte alternative<sup>44</sup>.

Queste, in particolare, le identificazioni che sono state proposte in relazione ad autori di *libri regularum*, in ordine di apparizione in letteratura (citata per esteso in nt. 1):

1) Paolo (LACHMANN 1837 = 1876, p. 213): ma la corrispondenza concettuale tra il cenno al *bonum et aequum* di fr. Dos. 1 e il testo di Paolo conservato in D. 1.1.11 non è sicura né, comunque, escluderebbe che due diversi giuristi potessero coltivare una medesima concezione; il coordinamento o, addirittura, l'integrazione di fr. Dos. 16 con Paul. Sent. 4.12.2 è, poi, frutto di valutazione arbitraria e gratuita<sup>45</sup>;

2) Gaio quale autore di *Regulae aureae*, pretesa vera intitolazione delle *Res cottidianae* o *libri aureorum* (DIRKSEN 1837 = 1871, p. 396): su questa proposta cfr. *infra*, § 5;

3) Cervidio Scevola (HUSCHKE 1874<sup>3</sup>, p. 401 ss.): ma né la presenza di numerosi vocaboli greci nelle opere di Scevola né l'attenzione per le province in fr. Dos. 1, 12 e 17 sono probanti, giacché gli stessi elementi si ritrovano, ad es., notoriamente, nella produzione gaiana; l'uso di *nationes* in un testo di Scevola per indicare *gentes* non ha alcun rilievo, posto che è pressoché certo che il termine *nationes* non compariva nell'originale latino corrispondente a fr. Dos. 1<sup>46</sup> e posto che, comunque, esso è usato, nuovamente, anche da Gaio; il dato della citazione di determinati giuristi non implica alcunché; la locuzione *tot annos habere* di fr. Dos. 17, che Huschke considera un grecismo e della quale segnala la presenza in due testi di Scevola, era in realtà «current in the purest of Roman Latin»<sup>47</sup>;

4) Pomponio (VOIGT 1856, p. 628 ss. e KARLOWA 1885, p. 764): ma che i giuristi citati nel frammento siano richiamati anche da Pomponio e che anche nell'*Enchiridion* compaia la locuzione *partes iuris* non sono argomenti decisivi né idonei ad escludere altri possibili autori;

5) Marciano (SAVAGNONE 1896, pp. 88 e 201 ss.): ma la tracciata vicenda evolutiva della *manumissio censu*, che implicherebbe l'esigenza di pensare ad un autore cronologicamente intermedio tra Gaio e Ulpiano, è smentita dalle fonti (*supra* § 1, su nt. 13); la corrispondenza sostenuta tra l'impostazione tricotomica *ius naturale-gentium-civile* (essa stessa, però, non sicura: *infra*, § 5) e la nozione di *ius civile* sposata in fr. Dos. 1, da un lato, e le posizioni che sarebbero riconoscibili in I. 1.2.2 e I. 1.2.10-11<sup>48</sup>, dall'altro, dà per scontato che i compilatori giustiniani abbiano tratto questi

<sup>44</sup> Lo notava già, limpidamente, LOMBARDI 1947, p. 247.

<sup>45</sup> Cfr. la critica in SAVAGNONE 1896, p. 84 ss. Del resto, oltre all'inadeguatezza degli stessi indizi segnalati da Lachmann, contro l'attribuzione a Paolo vi sono specifici elementi: cfr. *infra*, su ntt. 57-58.

<sup>46</sup> Cfr. *infra*, nt. 67.

<sup>47</sup> Così, con riscontri, AVERY 1974, p. 623.

<sup>48</sup> Rispettivamente, nei seguenti passaggi: ...*Ius autem gentium omni humano generi commune est. nam usu exigente et humanis necessitatibus gentes humanae quaedam sibi constituerunt...* e *Sed naturalia quidem iura, quae apud omnes gentes peraeque servantur, [...] ea vero quae ipsa sibi quaeque civitas constituit...*

§§ da Marciano, il che è tutt'altro che certo, come ha mostrato Ferrini nella sua palingenesi delle *Institutiones* imperiali<sup>49</sup>; ancora, che la «profonda erudizione» e la «freschezza di forma» di Marciano si prestassero ad attirare l'attenzione di un maestro di grammatica è argomento che lascia il tempo che trova<sup>50</sup>.

6) Gaio (HONORÉ 1965, p. 312 ss.): tuttavia, le rilevazioni statistiche lessicali sono rese, alla base, assai discutibili dal fatto che possediamo solo la retroversione della traduzione greca; la presenza di un «explanatory style», quale si riconosce dalla frequenza degli impieghi di γάρ / enim, nam e di δέ / autem, tamen, varrebbe anche per altri giuristi, come ammette lo stesso Honoré<sup>51</sup>; l'interesse storico, che giustificherebbe la considerazione anche di controversie concernenti istituti obsoleti, come avverrebbe nel § 17 in tema di *manumissio censu*, è argomentato dall'erroneo convincimento che il predetto istituto non fosse più in vigore (*supra*, su nt. 13); che il maestro di grammatica non avesse citato il nome dell'autore del testo escerpito in quanto si sarebbe trattato di un giurista non abbastanza famoso gli inizi del III secolo, quale, appunto, Gaio, è deduzione ardata.

Una volta ammesso trattarsi, invece, di un'opera squisitamente scolastica, si impone evidentemente, come prima cosa, il compimento di una verifica con riguardo ai giuristi per i quali è attestata la redazione di *Institutiones*.

Ebbene, a tal proposito, non solo non sussistono, in positivo, indicazioni che consentano, pur cautamente, di prospettare una concreta e plausibile ipotesi di attribuzione, ma vi sono elementi che portano ad escludere tutti codesti giuristi, ad eccezione di uno solo.

In particolare: che possa trattarsi di una diversa versione delle Istituzioni di Gaio – versione, la cui esistenza in sé è legittimo astrattamente immaginare – appare in concreto da escludere recisamente giacché, a fronte di una corrispondenza di fondo tra l'impostazione del *Fragm. Dositheanum* e quella del Gaio veronese (in entrambi i casi, la fissazione iniziale di una distinzione tra sfere del *ius* è seguita da una elencazione dei fattori di produzione del diritto privato romano e, quindi, da una trattazione sulle *personae*), troppo marcate sono, poi, le differenze fra le due esposizioni, molteplici e qualificanti essendo le questioni affrontate in *Fragm. Dositheanum*, delle quali non vi è traccia alcuna nel manuale gaiano<sup>52</sup>; il manuale di Fioren-

<sup>49</sup> C. FERRINI 1901 = 1929, pp. 331 ss.; 334.

<sup>50</sup> Ove, poi, si volesse ammettere che l'utilizzazione del testo giurisprudenziale da parte del *ludimagister* sia anteriore, se non al 207, alla *constitutio Antoniniana* (*supra*, § 1), creerebbe qualche difficoltà anche la collocazione, puntualizzata dallo stesso SAVAGNONE 1896, p. 208 ss., dei *libri regularum* marcianei durante il regno di Caracalla.

<sup>51</sup> In effetti, HONORÉ 1965, p. 322 ss. ammette: «All in all, then, Gaius is the most likely author for our work. But there is nothing which decisively excludes the hypothesis that the fragment is taken from an early work of Ulpian or even Paulus».

<sup>52</sup> Si tratta, in particolare, delle seguenti tematiche: *voluntas* del *dominus manumissor* (§ 7); precisazione sulla necessità di tutela del *praetor* o del *proconsul*; cenno all'esistenza di molteplici casi in cui il *proconsul* non offre difesa e rinvio ad una successiva trattazione apposita (§ 8); *ius ad crescendi* nel caso di *manumissio inter amicos* del servo comune (§ 10); impiego di una *manumissio vindicta* da parte del nudo proprietario (§ 11); effetti di una *manumissio* compiuta da un *peregrinus* (§ 12); compimento della *manumissio inter amicos* da parte della donna senza l'*auctoritas* del tutore; (§ 15); ipotesi di un servo dato in pegno e manomesso dal debitore (§ 16); disputa sul momento a partire dal quale la *manumissio censu* ha efficacia (§ 17).

tino va scartato, in quanto in esso la trattazione dello *status* dei *servi* era affrontata nel libro IX, dunque, diversamente dal *Fragm. Dosith.*, a grandissima distanza rispetto alle nozioni introduttive sul *ius*<sup>53</sup>; quanto a Callistrato<sup>54</sup>, se vi sarebbe piena compatibilità tra i riferimenti al *proconsul* e alle *provinciae* in fr. Dos. 2, 8 e 17 e l'attenzione nel *corpus* callistrateo per le realtà provinciali<sup>55</sup>, tuttavia la topografia dei frammenti delle *Institutiones* a noi pervenuti rende assai problematico ritenere che, all'interno di quest'opera, la trattazione sulle *personae* seguisse immediatamente, come nel *fragm. Dosith.*, un discorso di apertura sulle diverse sfere del *ius* e sulle fonti di produzione: invero, pur in mancanza di *excerpta* dal I libro, il fatto che i frammenti a noi giunti dal II trattano di *adoptio*, di *sepulchrum* e di acquisto della proprietà e i frammenti del III riguardano le *obligationes*, suggerisce come supposizione più naturale che il I libro (o la prima parte di esso) fosse dedicato alla materia ereditaria e che l'ambito del *ius personarum* fosse affrontato nel II libro (o, magari, già nell'ultima parte del I)<sup>56</sup>; delle *Institutiones* di Ulpiano, poi, conosciamo proprio i passaggi, assai differenti nei contenuti rispetto a fr. Dos. 1, che riguardano la tripartizione *ius naturale*, *ius gentium*, *ius civile*, la nozione di *ius naturale* e l'individuazione del *ius civile* rispetto al *ius naturale* e al *ius gentium* (D. 1.1.1.2; 3; 6); ad impedire un'attribuzione alle *Institutiones* di Paolo sono almeno due circostanze che attengono ai contenuti: da un lato, la seconda delle tre nozioni di *ius civile* riferite in fr. Dos. 1 (*Sed quidam praedicunt hoc esse, quod omnibus civibus suis aut maiori parti expedit*) corrisponde nella sostanza a quella fornita da Paolo in D. 1.1.11 (*quod omnibus a u t p l u r i b u s i n q u a q u a c i v i t a t e u t i l e e s t*), ma non è, evidentemente, caldeggiata dal giurista autore del nostro testo<sup>57</sup>; dall'altro lato, mentre Paolo si fa interprete di una visione che considera irrilevante per il *ius civile* il *metus*, espressa nella celebre affermazione *quamvis si liberum esset noluissem, tamen coactus volui* (D. 4.2.21.5), in fr. Dos. 7 si legge, con orientamento opposto, *non intellegitur voluisse, qui coactus est*<sup>58</sup>.

<sup>53</sup> D. 1.5.4, in cui sono contenute affermazioni assolutamente propedeutiche sul tema (le definizioni di *libertas* e di *servitus*), che impediscono di immaginare trattarsi di una ripresa di una materia già in precedenza svolta. La diversità di schema tra le *Institutiones* di Fiorentino e la sequenza dei primi §§ del *Fragm. Dosith.* è stata sottolineata da NELSON 1981, p. 372 ss. Più di recente, QUERZOLI 1996, p. 56 ss.

<sup>54</sup> Le cui *Institutiones* si collocherebbero all'interno anche degli eventuali termini *ante quem* più su richiamati: cfr., infatti, sulla cronologia dell'opera i recenti rilievi di PULIATTI 2020, p. 18 ss.

<sup>55</sup> Anche su questo punto rinvio a PULIATTI 2020, p. 8 ss.

<sup>56</sup> Cfr., dubitativamente, LENEL 1889.I, col. 97 nt. 1; con maggior decisione, di recente, QUERZOLI 1996, p. 52 e, ultimamente, COSSA 2018a, p. 118 nt. 114. In effetti, è assai difficile immaginare che, con abnorme sproporzione, alle *personae* fosse dedicato l'intero I libro e parte del II e che, essendo occupato il libro II anche dai modi di acquisto del *dominium*, la materia ereditaria fosse compattata nel libro III insieme con le *obligationes* (o, addirittura, insieme anche con le *actiones*). Non è appagante, già in sé presa, l'obiezione al suggerimento di Lenel formulata da BONINI 1964, p. 17 e nt. 25, secondo cui l'anticipazione della materia ereditaria rispetto alle *personae* costituirebbe una deviazione rispetto al rapporto tra le due tematiche che si riconosce in Gaio, Fiorentino, Ulpiano e Marciano. Da ultimo, ritiene invece «non da escludere» (sulla scorta di KOTZ-DOBŘŽ 1916, col. 1568 e del citato Bonini) una presenza dello schema (gaiano) *personae-res-actiones* PULIATTI 2020, p. 86 ss.

<sup>57</sup> Lo notava già SAVAGNONE 1896, p. 84, in critica alla proposta di attribuzione al *liber regularum* di Paolo avanzata da Lachmann (*supra*, nel testo, in questo stesso §). Per le nozioni di *ius civile* riferite nel *Fragm. Dosith.* cfr. *supra*, nt. 26.

<sup>58</sup> Fr. Dos. 7: *In eis, qui inter amicos manumittuntur, voluntatem domini spectant; lex enim Iunia eos fieri Latinos iubet, quos dominus liberos esse voluit. Hoc tamen sic habens, debet voluntatem manumittentis habere dominus, unde si per vim coactus,*

Il solo giurista, al quale accennavo, per cui non si profilano specifiche ragioni ostative di ordine contenutistico è Marciano. E tuttavia, a parte il dubbio che, in ragione della verosimile composizione delle sue Istituzioni dopo la *constitutio Antoniniana*<sup>59</sup>, l'opera possa essere successiva rispetto al probabile momento in cui si è svolto l'intervento del *ludimagister* degli *Hermeneumata* (*supra*, § 1), resta il fatto che, a parità di assenza di indizi di ordine positivo, la soluzione in via residuale di Marciano non ha, in definitiva, più *chances* di avvicinarsi al vero di quante non possa averne, ad esempio, la congettura della provenienza del *Fragm. Dositheanum* da qualche opera 'istituzionale' a noi non altrimenti nota, composta da questo o quel giurista operante fra la metà del II e i primi anni del III secolo o, magari, come si è anche pensato, da un *magister iuris* di minore levatura<sup>60</sup>.

Senonché, a fronte di siffatte eventuali candidature 'per esclusione' e prive di supporto probatorio, a mio avviso sussistono più elementi che, c o n g i u n t a m e n t e c o n s i d e r a t i, suggeriscono in modo apposito la conclusione che il nostro testo derivi da un'opera di natura scolastica di cui siamo ben a conoscenza: le *Res cottidianae* di Gaio<sup>61</sup>.

5. Un'attribuzione del frammento alle *Res cottidianae* era stata, a suo tempo, proposta da Dirksen<sup>62</sup>, ma con argomentazione assai debole e inappagante, in quanto degli indizi addotti

---

*verbi gratia ab aliquo populo vel a singulis hominibus, manumiserit, non perveniet servus ad libertatem, quia non intellegitur voluisse qui coactus est (... οὐ νοείται ἠθελῆκέναι ὁ ἀναγκασθεὶς...)*. Sulle posizioni di Paolo e del giurista di fr. Dos. 7 quali espressioni di disparità di vedute giurisprudenziali cfr. SCHULZ 1922, p. 182 e nt. 1; p. 184 ss.; HARTKAMP 1971, p. 118 ss.; Zoz 1973, p. 124 ss.

<sup>59</sup> È questa, infatti, la più probabile collocazione cronologica dell'opera: cfr. DE GIOVANNI 2006, p. 487 ss.

<sup>60</sup> È quest'ultimo il convincimento di LIEBS 2008, p. 52.

<sup>61</sup> A proposito della paternità gaiana dell'opera, mi sia consentito di riproporre quanto affermato in Falcone 2017, p. 13 ss.: «Il punto di partenza è costituito dal fatto che disponiamo di due dati assai importanti: 1) la salda attribuzione delle *Res cottidianae* a Gaio sia nelle *inscriptiones* del Digesto sia nell'elenco delle opere classiche utilizzate nel Digesto, redatto dagli stessi compilatori (*Index Florentinus*), sia, ancora, nella costituzione introduttiva delle Istituzioni imperiali (cost. *Imperatoriam* § 6); 2) l'evidente fortissima impronta gaiana della scrittura dell'opera. Di fronte a questi due solidi elementi, l'attribuzione a Gaio deve tenersi ferma fino a prova contraria. Ebbene, questa prova non è stata finora fornita. Nessuno degli indizi che sono stati fino ad oggi utilizzati per negare l'attribuzione a Gaio dichiarata dagli stessi commissari giustinianeî è attendibile. Intanto, non di rado è stata trascurata l'esigenza metodologica di tener separate la questione della genuinità di un singolo passo o di una singola parola e la diversa e più ampia questione della classicità dell'intero scritto: non è legittimo desumere automaticamente da una (eventualmente dimostrata) non classicità di un passaggio la non gaianità dell'opera nel suo complesso. In secondo luogo, singole difformità di ordine contenutistico o dogmatico o sistematico tra le *Institutiones* gaiane e le *Res cottidianae* possono ben spiegarsi, anziché in termini di provenienza da due distinti autori, in chiave di diversità di valutazione, di impostazione e di 'taglio' espositivi impressi da uno stesso autore a due propri scritti e/o in chiave di raggiungimento di una diversa maturazione di pensiero in relazione ad un dato istituto o fenomeno da parte dello stesso giurista». Ebbene, finora, a mia conoscenza, non sono apparse indagini che, condotte nel rispetto dei suddetti canoni di ordine metodologico, siano state in grado di ribaltare i segnalati dati positivi di partenza.

Per la letteratura orientata nel senso della paternità gaiana dello scritto rinvio a Falcone 2003, p. 30 nt. 73. Successivamente a questo studio, nella medesima direzione si sono pronunziati in modo apposito Cenderelli 1998-1999, p. 68 ss.; Martini 2012, p. 173 ss.; Wegmann Stockebrand 2019, p. 89 (ove sono riproposte le considerazioni che ho richiamato in questa nota); Platschek 2020, spec. p. 291 ss. (il quale, a p. 296, conclude: «Mangels stichhaltiger Gegenargumente ist an den Aussagen der Quellen festhalten: Bei den so gen. *Res cottidianae* sive aurea handelt sich um ein Werk des Gaius»). Recentemente, ha sostenuto sic et simpliciter la paternità gaiana dell'opera Mantovani 2018, p. 221 ss.

<sup>62</sup> DIRKSEN 1837 = 1871, spec. p. 402 ss. Questo studioso, peraltro, ha voluto ricordare una delle intitolazioni tràdite dello scritto gaiano, *libri aureorum*, con il cenno di fr. Dos. 3 a *regulae* immaginando l'opera come una raccolta di *regulae aureae*.

solo uno risulta appropriato<sup>63</sup>, gli altri essendo o intrinsecamente inconsistenti<sup>64</sup> o non tali da orientare verso Gaio con esclusione di altri giuristi<sup>65</sup>.

È, tuttavia, anche vero che gli elementi che antichi studiosi, in critica all'ipotesi di Dirksen, hanno chiamato in causa per escludere un'attribuzione alle *Res cottidianae* non hanno alcuna efficacia e lasciano, pertanto, sussistere l'astratta possibilità di pensare a quest'opera. In particolare, Voigt<sup>66</sup> ha fatto leva sulla (pretesa) differenza tra la dicotomia di sfere giuridiche fissata in Gai 1.1 e la tripartizione *ius civile-naturale-gentium*, quale sarebbe attestata in fr. Dos. 1: *Omne enim iustum aut civile appellatur, aut naturale dicitur, aut gentile iustum: ab eo enim nominatur, et omnes nationes<sup>67</sup> similiter eo sunt usae: quod enim bonum et iustum est, omnium utilitati convenit*. Sennonché, anche ammesso che questo dettato restituisca realmente una tripartizione<sup>68</sup> e non, invece, un dualismo tra *ius civile* e *ius naturale* al quale si aggiunga la precisazione che il *ius naturale* è chiamato anche *ius gentium*<sup>69</sup> – nel qual caso, evidentemente, verrebbe a configurarsi una piena corrispondenza con la sostanza delle affermazioni di Gai 1.1, ove è posto un dualismo tra il *ius* che ciascun popolo *ipse sibi constituit* e il *ius quod naturalis ratio constituit inter omnes homines* ed è precisato che quest'ultimo è chiamato *ius gentium* in ragione della sua utilizzazione da parte di tutte le *gentes* –, rimarrebbe comunque legittimo e plausibile pensare che lo stesso Gaio fosse pervenuto, in un'opera successiva, ad una messa a punto ulteriore in ordine all'individuazione delle varie sfere giuridiche e dei rapporti tra le stesse: ciò, analogamente ad altri casi di evoluzioni o ripensamenti o comunque diversità di soluzioni concettuali e sistematiche quali si riscontrano confrontando i *commentarii* 'istituzionali' e le *Res cottidianae*<sup>70</sup>. Dal canto suo, Savagnone ha opposto la circostanza che l'autore di

<sup>63</sup> Si tratta della corrispondenza (p. 404), che si profila tra fr. Dos. 2 e Gai 1.7, del riferimento al *consentire* tra le posizioni dei giuristi: cfr. *infra*, su nt. 81.

<sup>64</sup> Ciò è da dirsi con riferimento alla presentazione dei *cives Romani in coloniam Latinam deducti* quale «Vorbild» dei *Latini Iuniani* sia in Gai 1.22 e 3.56 sia in fr. Dos. 6 (p. 409 ss.): questa presentazione, infatti, riproduceva un'informazione oggettiva (che, pertanto, nulla impedisce di pensare fornita con identica o simile terminologia in qualsiasi trattazione sulla materia); come pure con riferimento alla considerazione (p. 408) secondo cui lo spazio dedicato in Fragm. Dosithe. alle manumissioni pretorie rifletterebe un caratteristico interesse dell'autore delle *Res cottidianae* «per l'applicazione del diritto vigente», considerazione che appare vaga e, per altro verso, arbitraria (secondo Dirksen, si sarebbe trattato di verificare in qual misura le disposizioni della *lex Iunia Norbana*, che dovremmo immaginare non risolutiva di tutte le questioni giuridiche coinvolte, si sarebbero potute integrare da parte dell'*interpretatio* anche attraverso le antiche elaborazioni circa il trattamento dei *servi inter amicos manumissi*).

<sup>65</sup> È quel che vale per i richiami (p. 409) alle modalità di citazione di precedenti giuristi, alla menzione di Proculo non in quanto esponente di una controversia tra scuole e all'uso di '*populus*' per indicare ogni comunità organizzata.

<sup>66</sup> VOIGT 1856, p. 627.

<sup>67</sup> Che, al posto di questo termine, nell'originario testo latino comparisse *gentes*, come proposto da Lachmann, deve a mio avviso ritenersi sicuro, dal momento che l'intera frasetta era stata appositamente formulata per spiegare l'origine della designazione *ius gentium*.

<sup>68</sup> Come, oltre a Voigt, hanno in tempi recenti ritenuto, ad es., WALDSTEIN 1988, p. 709 ss.; 1994, p. 7 ss.; KASER 1993, p. 73.

<sup>69</sup> Così, ad es., LOMBARDI 1947, p. 249 ss., accogliendo la proposta di restituzione dell'originale latino di Lachmann: *Omne enim iustum aut civile appellatur aut naturale. Naturale dicitur etiam ius gentium*.

<sup>70</sup> Cfr. *infra*, nel testo, su ntt. 72-73. Con riguardo a questa tematica, peraltro, non sono purtroppo risolutivi i frammenti del *Corpus iuris* tratti dalle *Res cottidianae*. Confrontando, infatti i testi escerpiti da quest'opera nel Digesto e nelle Istituzioni in tema di modi di acquisto del *dominium*, si osserva una divergenza in ordine alla riconduzione al *ius gentium* (nei primi

fr. Dos. 6 con riferimento ai *Latini Iuniani* usa l'espressione *inter amicos manumissi*, laddove Gaio «preferisce la formula *quos praetor tuebatur* (Gai 3.56)<sup>71</sup>: ma la differenza è ancor meno probante di quella segnalata da Voigt, dal momento che la locuzione di Gai 3.56 poté benissimo dipendere, assai semplicemente, dal fatto che, in quello svolgimento espositivo, il giurista puntava specificamente l'attenzione sul profilo dell'*auxilium* del pretore.

Detto questo, è il caso di notare preliminarmente che la circostanza poc'anzi accennata (su nt. 52) che il *Fragm. Dositheanum* nel suo svolgimento complessivo presenta sia una analogia con lo schema delle Istituzioni di Gaio sia deviazioni nei contenuti della trattazione è, palesemente, del tutto compatibile con il dato di fondo che emerge dal confronto tra le Istituzioni di Gaio e le *Res cottidianae* e al quale pure si è fatto riferimento: vale a dire, con il fatto che, a fronte di evidenti analogie di contenuti e formulazioni tra i due scritti, essi divergono, poi, con riguardo ad angolazioni prospettive in ordine a specifici argomenti<sup>72</sup> e con riguardo all'adozione di scelte sistematiche (tanto all'interno di singoli ambiti tematici quanto rispetto al complessivo impianto dell'opera)<sup>73</sup>.

Ma, al di là di questa circostanza che rileva soltanto in chiave di generale ammissibilità, in favore della provenienza del *Fragm. Dositheanum* dalle *Res cottidianae* soccorrono indizi concreti. Segnalo, anzitutto, quelli che risultano di più diretta ed evidente riconoscibilità.

Un indizio di tal natura è costituito dalla locuzione del § 17: *Magna autem dissensio est ... (Μεγάλη μέντοι ἀμφισβήτησις ἐστίν...)*. A rilevare non è il termine in sé *dissensio*, dal momento che il greco ἀμφισβήτησις, dal quale discende il termine latino a noi pervenuto, potrebbe invece aver tradotto indifferentemente vari altri vocaboli che, oltre a *dissensio*, i giuristi classici utilizzano per indicare diversità di opinioni, quali *quaestio*, *controversia*, *dubitatio*<sup>74</sup>.

o al *ius naturale* (nei secondi), senza però che possa con certezza desumersi quale delle due impostazioni concettuali-sistematiche corrisponda all'originario dettato delle *Res cottidianae*: sulla questione cfr., appositamente, FALCONE 1998, p. 316 ss. (oggi, peraltro, sarei meno deciso nell'ascrivere ai compilatori delle *Institutiones* i riferimenti al *ius naturale* e, dunque, specificamente, la prima parte di I. 2.1.11, che potrebbe più direttamente rilevare – per via dell'affermazione ... *iure naturali, quod, sicut diximus, appellatur ius gentium...* – sulla questione qui considerata).

<sup>71</sup> Così SAVAGNONE 1896, p. 90 (anch'egli in critica al Dirksen), il quale adduce erroneamente anche 1.22.

<sup>72</sup> Segnatamente, in materia di *obligationes*, per le quali è possibile instaurare un adeguato confronto tra i due scritti, si osserva nitidamente come nelle *Res cottidianae* l'attenzione si sposta dal piano del compimento dell'operazione negoziale, che costituiva il centro d'interesse nei *commentarii* istituzionali, a quello del regime del rapporto obbligatorio (obblighi, responsabilità, tutela) e del fondamento, per dir così, economico-sociale del rapporto: cfr. FALCONE 2011, p. 47 ss.; 2017, p. 109 ss.; 133 ss.

<sup>73</sup> Per il primo aspetto si considerino: in tema di acquisto del *dominium*, la sostituzione del coordinamento tra le distinzioni *res corporales-res incorporales* e *res mancipi-res nec mancipi* con la cornice ordinante costituita dalle sfere giuridiche alle quali si riconducono i modi di acquisto (FALCONE 1998, p. 285 ss.; 2011, p. 49 ss.); in materia di *obligationes*, l'introduzione di una *summa divisio* anch'essa calibrata sulle diverse sfere giuridiche che riconoscono giuridicità agli atti obbliganti, il ricorso alla categoria delle *variae causarum figurae*, il completamento delle *obligationes re* e lo spostamento della *indebiti solutio* tra le *variae causarum figurae*: rinvio a FALCONE 2017, p. 103 ss. Dal secondo punto di vista, viene in questione la diversa collocazione, che sembra necessario desumere, della materia ereditaria rispetto alle *obligationes*: cfr. LENEL 1889.I, col 251 nt. 4; SCHULZ 1968, p. 297; CANNATA, 2007, p. 104; FALCONE 2017, p. 104 nt. 138.

<sup>74</sup> Ciò è stato trascurato da chi, come Honoré, facendo affidamento su rilevazioni statistiche lessicali – *supra*, § 4 sub 6) – ha segnalato che *dissensio* compare una volta in Gaio e una volta in Pomponio. Per poter trarre uno specifico argomento da un termine della retroversione a noi giunta occorre poter contare su elementi che assicurino la corrispondenza tra questo termine e il vocabolo presente nell'originario testo giurisprudenziale (vd., ad es., *infra*, nt. 76 a proposito del termine *lex* del § 12).

Piuttosto, è l'idea di 'grandezza' del dissenso ad essere significativa. Infatti, pur in presenza di una assai ricca documentazione relativa a controversie giurisprudenziali conservata nel Digesto e in fonti pregiustinianee, solamente in tre testi di Gaio incontriamo la concettualizzazione *magna dubitatio* e *magna quaestio* (Gai 3.184; D. 35.2.73.1 [Gai. 8 *ad ed. prov.*]; Gai 3.149) e per di più, in due di essi con identica posizione incipitaria rispetto al complessivo discorso e con identica struttura interna (*Magna dubitatio fuit; Magna autem quaestio fuit*) che si osserva nel *Magna autem dissensio est* di fr. Dos. 7. Ai tre citati riscontri, peraltro, può aggiungersi, quale espressione di un medesimo ordine di idee, ancora un quarto testo di Gaio, in cui figura il grado comparativo *maior*: Gai 2.215, *Maiores illa dissensio in hoc legato intervenit...* (ove torna anche la coincidenza di posizione iniziale nel discorso).

Un altro è offerto dal § 12, in cui si afferma che il servo manomesso da un *peregrinus* non può acquisire lo status di *Latinus* previsto dalla *lex Iunia Norbana* e si aggiunge che, tuttavia, il pretore non consentirà che egli torni in una situazione di asservimento, *nisi aliter lege peregrina caveatur* / εἰ μὴ ἄλλως νόμῳ Ἑλλήνων χειρογραφηθῆ. Invero, la segnalazione dell'eventualità che una statuizione *peregrina* regoli diversamente un determinato fenomeno trova corrispondenza nell'analogo atteggiamento di apertura ad eventuali peculiarità giuridiche dei *peregrini* mostrato in Gai 3.120 (... *nisi si de peregrino fideiussore quaeramus, et alio iure civitas eius utatur*) e in Gai 3.96 (... *utique cum quaeritur de iure Romanorum. Nam apud peregrinos quid iuris sit, singularum civitatum iura requirentes aliud intellegere poterimus*)<sup>75</sup>; mentre il riferimento in sé ad una '*lex*'<sup>76</sup> *peregrina* richiama l'impiego di *lex* in Gai 1.193 per indicare un disciplinamento esistente, in tema di tutela, *apud peregrinos* (la *lex Bithynorum*)<sup>77</sup>.

E ancora, nel § 5 il riferimento agli acquisti compiuti dal soggetto manomesso *inter amicos* (che, anteriormente alla *lex Iunia Norbana*, andavano al *patronus*) è affidato alle parole *velut si quid stipulabatur vel mancipio accipiebat vel ex quacumque causa alia adquisierat*<sup>78</sup>: parole che ricalcano l'affermazione di Gai 2.86 *quod servi nostri mancipio accipiunt vel ex traditione nascuntur, sive quid stipulentur vel ex aliquolibet causa adquirunt* e che a buon diritto possono aggiungersi ai casi di formulazioni già presenti nei *commentarii* gaiani e riproposte, spesso quasi immutate, nelle *Res cottidianae*.

<sup>75</sup> Su questo atteggiamento di Gaio, con richiamo ai tre testi qui segnalati, cfr., per tutti, di recente, QUADRATO 2006, p. 1129 ss. = 2010, p. 297 ss.).

<sup>76</sup> Che anche l'originale termine latino tradotto con νόμος fosse *lex*, anziché *ius* (come astrattamente possibile, specie di fronte a Gai 3.96 e 120), risulta dall'abbinamento al verbo *cavere*, il quale non poteva che reggere, come di consueto nei testi giurisprudenziali, l'ablativo *leges*; e d'altra parte, che il verbo *cavere* facesse parte della scrittura originaria sembra necessario ammettere in ragione del curioso impiego del verbo χειρογραφῶ: mi pare, infatti, che quest'ultimo possa giustificarsi solo alla luce della presenza di un originario *cavere* maldestramente associato (riterei, per intervento di un traduttore successivo) alla figura della *cautio* (χειρόγραφος).

<sup>77</sup> Sull'impiego di *lex* in Gai 1.93 cfr., ottimamente, GORIA 1981, p. 279 nt. 105 contro le considerazioni addotte da DAVID, NELSON 1960, p. 220 per sostenere che si sarebbe trattato, non già di una statuizione dei *peregrini*, bensì di una norma della *lex Pompeia* del 63 che ha organizzato la provincia della Bitinia. Più di recente, il corretto riferimento ad una statuizione dei *peregrini* è ribadito, ma su diverse basi, da MANCINETTI 2007, p. 492 nt. 29 e da FORSTER 2018, p. 14.

<sup>78</sup> ... ἢ εἰ τι ἐπιρώτα, <ἦ> κατὰ γραφὴν εἰλήφει, ἢ εἰ ἐξ οἷας δήποτε δίκης ἄλλης προσεκέκτητο... Incidentalmente, si noti l'uso di γραφή quale attestazione del corrente ricorso al documento scritto in relazione al compimento della *mancipatio*.

D'altra parte, per quanto le affermazioni del § 2 consistano in sgraziate lacinie di un più articolato discorso, esse contengono, però, un paio di specifici elementi che convergono anch'essi, ulteriormente, verso un'attribuzione alla mano di Gaio:

fr. Dos. 2. *Iuris civilis* \*\*\*\* *appellatur, quia ex pluribus partibus constat. Sed edicta imperatoria similiter honorandum, quod est et praetoris edictum similiter vel proconsulis; ex eo enim consenserunt prudentiam et receptum est responsis et summam solemus haec dicere. Lex enim Iulia et Papia ceterae partes iustitiae appellantur*<sup>79</sup>.

In particolare, mentre l'indicazione *ex pluribus partibus constat* può esser letta come un'accentuazione di una rappresentazione in chiave di elementi che compongono il complessivo assetto giuridico, insita nella descrizione di Gai 1.2-7<sup>80</sup>; dall'altro lato, le parole *ex eo enim consenserunt prudentiam et receptum est responsis*, pur grammaticalmente insensate, lasciano intravedere una corrispondenza con l'informazione fornita in Gai 1.7 circa il *consentire* delle prese di posizione (*responsa, sententiae*)<sup>81</sup> dei *prudentes*<sup>82</sup>.

6. A questo punto, una volta che, grazie al convergere degli elementi fin qui raccolti, l'ipotesi di una derivazione del nostro frammento dalle *Res cottidianae* ha acquisito una autonoma e credo sufficiente plausibilità<sup>83</sup>, è il caso di rilevare come con questa conclusione ottimamente

<sup>79</sup> Δικαίον πολιτικῶν \*\*\*\* προσαγορεύεται, ὡς ἐκ πλείονων μερῶν συνέστηκεν. Ἀλλὰ διατάξεις αὐτοκρατορικαὶ ὁμοίως τιμητέον, ὃ ἐστὶν καὶ τοῦ πραιτορος διάταγμα ὁμοίως ἢ ἀνθυπάτου· ἐκ τούτου γὰρ συγκατέθεντο τὴν ἐμπειρίαν καὶ παρείληπται τῶν ἀποκριμάτων καὶ κεφαλαιωδῶς εἰώθημεν ταῦτα λέγειν. Νόμος γὰρ Ἰούλιος καὶ Πάπιος τὰ λοιπὰ μέρη τοῦ δικαίου προσαγορεύονται.

<sup>80</sup> A far inclinare il discorso di Gai 1.2-7 verso la prospettiva delle 'partes' è il fatto che l'apposita descrizione degli elementi elencati in Gai 1.2 (*Constant autem iura populi Romani ex legibus, plebiscitis, senatus consultis, constitutionibus principum, edictis eorum, qui ius edicendi habent, responsis prudentium*) è compiuta direttamente sul piano contenutistico dei regimi o disciplinamenti: con particolare evidenza, ad es., la *constitutio principis* è «ciò che l'imperatore ha disposto tramite *decretum* o *edictum* o *epistula*» (§ 5) e quel che, nel § 7, *legis vicem optinet è id quod ita sentiunt*.

<sup>81</sup> Ove si tenga presente la terminologia di Gai 1.7 (*Responsa sunt sententiae...; si in unum sententiae concurrunt...; ...iudici licet quam velit sententia sequi*), risulta evidente che quel che osservo nel testo vale anche qualora si immaginasse che il termine greco ἀποκρίματα, retrotradotto con *responsa*, avesse, invece, a sua volta tradotto un originario *sententiae*.

<sup>82</sup> È il caso di precisare che l'affermazione conclusiva di fr. Dos. 2 – Νόμος γὰρ Ἰούλιος καὶ Πάπιος τὰ λοιπὰ μέρη τοῦ δικαίου προσαγορεύονται / *Lex enim Iulia et Papia ceterae partes iustitiae appellantur* – non autorizza a ritenere che nel testo originale l'elencazione si chiudesse, all'opposto di quanto avviene in Gai 1.2-7, con la figura della *lex*: invero, la presenza di ὁμοίως / *similiter* che accompagna la menzione delle costituzioni imperiali (Ἀλλὰ διατάξεις αὐτοκρατορικαὶ ὁμοίως τιμητέον / *Sed edicta imperatoria similiter honorandum*) mostra che queste dovevano esser precedute da un altro elemento, che non poteva che essere la *lex* (e il *senatusconsultum*?). Troppo precipitosamente, pertanto, WIBIER 2019, p. 97 ss. immagina che fr. Dos. 2 raffigurerebbe le costituzioni imperiali «as the most important sources of law» e, in tal modo, attesterebbe la circolazione, all'epoca di Gaio, di «more emperor-centric texts». Il richiamo greco-latino alla *Lex Iulia et Papia* dovette esser stato aggiunto, maldestramente e fuori posto, nel corso delle vicende di riutilizzazione scolastica della raccolta, e una spia di ciò è la versione di δίκαιον con *iustitia*, la quale, oltre ad essere insensata, è difforme rispetto alle precedenti retrotraduzioni di δίκαιον; e può pensarsi che tale aggiunta sarà stata compiuta o allo scopo di esemplificare con uno specifico provvedimento legislativo un discorso imperniato (come quello di Gai 1.2-7) sulla *lex* quale astratta figura tipologica o, magari, allo scopo di sopperire ad una mancanza di riferimento alla *lex* venutasi a creare a seguito di incidenti nella trasmissione del testo giunto nelle mani del glossatore.

<sup>83</sup> Questa ipotesi è, evidentemente, alternativa rispetto all'opinione di Nelson, secondo cui la compresenza, più su richiamata (§ 4, su nt. 52), di analogo schema di fondo e di deviazioni tematiche quale appare sia dal confronto tra

si coordinano sia l'attenzione per la realtà delle *provinciae* e per i *peregrini*, quale appare in fr. Dos. 2, 8, 12 e 17 e che, notoriamente, ricorre anche nelle Istituzioni come in altri scritti di Gaio; sia il parallelismo tra gli svolgimenti complessivi di fr. Dos. 1-2 e di Gai 1.1-7, entrambi descriventi una iniziale distinzione tra sfere giuridiche (*supra*, § 5) alla quale segue una presentazione delle componenti dello specifico assetto giuridico romano; sia, ancora, la presenza di una narrazione storica come quella svolta in fr. Dos. 5-6 in tema di *status* giuridico dei *manumissi* nelle forme pretorie<sup>84</sup>, la quale, oltre ai numerosi esempi nelle Istituzioni di Gaio, trova riscontro anche nelle stesse *Res cottidianae*, ove si ammetta, come a me pare necessario<sup>85</sup>, che da quest'opera derivi il racconto storico, analogamente impostato, in tema di fedecommissi che leggiamo in I. 2.23.1<sup>86</sup>.

Per altro verso, è opportuno segnalare che, non solo, tanto in Gai 3.142<sup>87</sup> quanto nel corrispondente brano delle *Res cottidianae* (D. 19.2.2)<sup>88</sup> vengono esplicitamente designati come *regulae* enunciati indicanti, come si è detto (§ 2), il modo di procedere che assicura la sussistenza e l'efficacia di un atto giuridico, ma altresì la denominazione *regula* è attestata, anche questa volta sia nelle Istituzioni di Gaio sia nel corrispondente luogo delle *Res cottidianae*, pure con riguardo ad un disciplinamento o regime giuridico, assunto quale oggetto di consolidata elaborazione-approvazione da parte di una corale tradizione (giurisprudenziale):

---

Fragm. Dosith. e il Gaio veronese sia tra quest'ultimo e il *liber singularis regularum* di Ulpiano, mostrerebbe che il 'sistema istituzionale' adottato da Gaio non fu da questo inventato e che, piuttosto, esso risaliva ad un archetipo (di I secolo) al quale si sarebbero ispirati sia Gaio sia l'(imprecisato) autore del Fragg. Dosith. sia Ulpiano: NELSON 1981, pp. 335-381 e spec. 370 («Gaius kann nicht der Erfinder des Institutionensystems gewesen sein; im Gegenteil, es lassen sich auch heute noch für die Zeit der Antoninen und der Severer zumindest drei voneinander unabhängige Varianten jenem Systems nachweisen»). La complessiva ricostruzione di Nelson, peraltro, oltre a complicare il quadro di riferimento con una non necessaria e indimostrabile congettura circa l'esistenza di un archetipo, si espone all'obiezione (ultimamente, MANTOVANI 2018, p. 232 ss.) che il *liber singularis regularum* – anche a prescindere dalla questione della sua attribuibilità o meno direttamente a Ulpiano – potrebbe, piuttosto, dipendere dalle Istituzioni di Gaio (o almeno, aggiungo, anche dalle Istituzioni di Gaio).

<sup>84</sup> Fr. Dos. 4. *Ante enim una libertas erat, et libertas fiebat ex vindictis, vel ex testamento, vel in censu, et administratio Romana competebat manumissis: quae appellatur iusta libertas. Hi tamen, qui domini voluntate in libertate erant, manebant servi, et manumissores ausi erant in servitute denuo eos per vim perducere. Interveniebat (praetor) et non patiebatur manumissum servire. Omnia tamen quasi servus adquirebat manumissori; vel si quid stipulabatur <vel> mancipatione accipiebat, vel si ex quibuscumque causis aliis adquisierat, domini hoc fiebat, id est manumissi omnia bona ad patronum pertinebant. 5. Sed nunc habent propriam libertatem inter amicos manumissi, et fiunt Latini Iuniani, quoniam lex Iunia, quae libertatem eis dedit, exaequavit eos Latinis colonariis, qui cum essent cives Romani liberti, nomen suum in coloniam dedissent.*

<sup>85</sup> Cfr. FALCONE 2003, pp. 50 ss. e spec. 60 ss.; 2017, p. 14 ss.

<sup>86</sup> *Sciendum itaque est omnia fideicommissa primis temporibus infirma esse, quia nemo invitatus cogebatur praestare id de quo rogatus erat: quibus enim non poterant hereditates vel legata relinquere, si relinquebant, fidei committebant eorum, qui capere ex testamento poterant: et ideo fideicommissa appellata sunt, quia nullo vinculo iuris, sed tantum pudore eorum qui rogabantur continebantur. Postea primus divus Augustus semel iterumque gratia personarum motus, vel quia per ipsius salutem rogatus quis diceretur, aut ob insignem quorundam perfidiam iussit consulibus auctoritatem suam interponere. Quod quia iustum videbatur et popolare erat, paulatim conversum est in adsiduam iurisdictionem: tantusque favor eorum factus est, ut paulatim etiam praetor proprius crearetur, qui de fideicommissis ius diceret, quem fideicommissarium appellabant.*

<sup>87</sup> *Supra*, nt. 20.

<sup>88</sup> *Locatio et conductio proxima est emptioni et uenditioni isdemque iuris regulis constitit: nam ut emptio et uenditio ita contrahitur, si de pretio conuenerit, sic et locatio et conductio contrahi intellegitur, si de mercede conuenerit. rell.*

Gai 2.68 *In iis autem animalibus, quae ex consuetudine abire et redire solent, ueluti columbis et apibus, item ceruis, qui in siluas ire et redire solent, talem habemus regulam traditam, ut si reuertendi animum habere desierint, etiam nostra esse desinant et fiant occupantium: rell.*

D. 41.1.5.5 (Gai. 2 rer. cott.) ... *in his autem animalibus, quae consuetudine abire et redire solent, talis regula comprobata est, ut eo usque nostra esse intellegantur, donec reuertendi animum habeant, quod <si> desierint reuertendi animum habere, desinant nostra esse et fiant occupantium. rell.*

Evidentemente, anche gli altri enunciati descrittivi di regimi giuridici che sono contenuti nelle sezioni di appartenenza di questi due brani<sup>89</sup> e che presentano un analogo andamento espositivo, ci appaiono come implicitamente assunti da Gaio quali *regulae*. Ma la stessa deduzione può legittimamente trarsi con riguardo alla generalità delle affermazioni di carattere oggettivo-descrittivo che, insieme con le indicazioni-*regulae* del primo tipo, compongono la trama di fondo delle due opere. Di fronte a questo stato di cose, è chiaro che il *κάνονας ειδέναι / regulas scire* di fr. Dos. 3 risulta compatibile e calzante anche rispetto ai contenuti dei frammenti a noi giunti delle *Res cottidianae*<sup>90</sup>.

E infine, su un piano testuale ancora più concreto, con l'attribuzione alle *Res cottidianae* si coordina anche il contenuto di un brano che i compilatori delle Istituzioni imperiali hanno tratto, con verosimiglianza assoluta, da quest'opera:

<sup>89</sup> Rispettivamente, Gai 2.67-68 e D. 41.1.3; 5 (Pal. 491).

<sup>90</sup> Il che, però, non implica caldeggiare l'eventualità, ultimamente prospettata da PLATSCHEK 2020, p. 298, che le *Res cottidianae* siano da identificare con i *libri regularum* di Gaio di cui abbiamo traccia nel Digesto (D. 50.17.100 [= Pal. 483] e 47.10.43 [= Pal. 484]). Da un lato, infatti, va rimarcato il fatto che gli impieghi di *regula* che ho or ora segnalati nel testo sono presenti, come si è visto, anche nelle Istituzioni di Gaio. Dall'altro lato, la distanza e la non sovrapposibilità tra l'asciuttezza d'impianto e di formulazioni che contraddistingue, in generale, i *libri regularum*, da un lato, e l'impostazione apertamente didattica di un testo di natura scolastica, dall'altro lato, che ho richiamate in relazione al Fragn. Dositheo. (*supra*, § 3), vanno ribadite anche in sede di confronto tra i *libri regularum* e le *Res cottidianae* in sé considerate (a prescindere, cioè, dalla suggerita provenienza da quest'opera del Fragn. Dositheo.): i frammenti pervenuti di quest'opera, invero, restituiscono tratti tipici di un testo scolastico, quali un complessivo andamento descrittivo del discorso, un ricorso a schemi classificatori per inquadrare e giustificare fattispecie e regimi (cfr., su ciascuna delle *variae causarum figurae*, i testi conservati in D. 44.7.5 = Pal. 506) e apposite illustrazioni della *ratio* e delle esigenze, anche di natura economico-sociale, sottese a istituti e disciplinamenti (D. 40.9.10 = Pal. 489; D. 17.1.2 = Pal. 503; D. 44.7.5.1 = Pal. 506). D'altra parte, non mi pare giustificata la valutazione di Platschek, secondo cui uno dei due escerti dei *libri regularum* di Gaio (D. 47.10.43 = Pal. 484) e quello superstiti del *liber singularis regularum* dello stesso giurista (D. 1.7.21 = Pal. 485) mostrerebbero che tali opere non si limitavano a un catalogo di regole bensì comportavano «eine synthetische und erläuternde Darstellung». E ancora, gli altri due spunti addotti da questo studioso, oltre che intrinsecamente poco significativi, risultano sprovvisti di salda consistenza: infatti, quanto alla circostanza che i *libri regularum* di Ulpiano si aprono con un discorso *de iustitia et iure*, è da dire che un analogo discorso non è attestato per le *Res cottidianae* (altro, infatti, sarebbe un riferimento alle diverse sfere giuridiche: *ius gentium*, o *ius naturale*, e *ius civile*); quanto al confronto con la sequenza delle materie di altri *libri regularum*, è opponibile il fatto che, ad esempio, in quelli di Paolo, diversamente che nelle *Res cottidianae*, la trattazione sui testamenti precede quella sull'acquisto del dominio, e che nelle *Res cottidianae* la trattazione sulle *obligationes* precedeva, con ogni verosimiglianza, quella sulla materia ereditaria (*supra*, nt. 73).

I. 1.1.2 *His generaliter cognitis et incipientibus nobis exponere iura populi Romani ita maxime videntur posse tradi commodissime, si primo levi ac simplici, post deinde diligentissima atque exactissima interpretatione singula tradantur. alioquin si statim ab initio rudem adhuc et infirmum animum studiosi multitudine ac varietate rerum oneraverimus, duorum alterum aut desertorem studiorum efficiemus aut cum magno labore eius, saepe etiam cum diffidentia, quae plerumque iuvenes avertit, serius ad id perducemus ad quod leniore via ductus sine magno labore et sine ulla diffidentia maturius perducere potuisset.*

La provenienza di questo brano dalla mano di Gaio, già sostenuta da Ferrini<sup>91</sup> e ultimamente riaffermata in modo persuasivo da Mantovani<sup>92</sup>, si desume dai seguenti elementi: quanto alla terminologia, da due coincidenze particolarmente qualificanti, e cioè la peculiare espressione *statim ab initio* (presente in Gai 2.123 [due volte]; 143; 146; 148; 4.63) e la formulazione *duorum alterum, aut... aut*, la quale in tutta la letteratura latina appare solo in questo brano e in un altro di Gaio (D. 35.2.73.1)<sup>93</sup>; quanto alla sostanza, dalla consapevolezza ivi espressa che un'accurata *diligentia* nella *interpretatio* (nel senso di illustrazione) non può essere proposta in occasione del primo contatto degli studenti con la materia, idea che trova piena corrispondenza, peraltro anche con identico ricorso sia al termine *interpretatio* nel suddetto senso sia alla semantica della *diligentia*, nelle notazioni svolte in Gai 1.188 e 3.54<sup>94</sup>. A rincalzo, segnalo inoltre la perfetta corrispondenza, pur in relazione a questioni diverse, tra la coppia in sé *diligentissima atque exactissima* (scil. *interpretatione*) di I. 1.1.2 e la coppia *diligentius exactiusque* (scil. *causam cognoscit*) di Gai 1.93.

Si è pensato che ci troviamo di fronte alla *praefatio* delle *Res cottidianae*<sup>95</sup>. L'ipotesi, però, postula la necessità di assumere le parole iniziali *His generaliter cognitis* come non facenti parte del testo classico e, piuttosto, come aggiunte dai compilatori<sup>96</sup> a mo' di cucitura di questo *excerptum* con quanto è trascritto subito prima in I. 1.1.1 e, cioè, con le definizioni di *iustitia* e di *iuris prudentia*. Senonché, a me sembra che codeste parole, più che riferirsi a due enunciati essi stessi, in sé, 'generalì' (quali sarebbero le definizioni di *iustitia* e di *iuris prudentia*), portino a pensare che subito prima alcune nozioni fossero state fornite (e quindi, apprese dagli studenti) 'in termini generalì', 'da un punto di vista generale'. Ora, se teniamo presente che nelle

<sup>91</sup> FERRINI 1901 = 1929, p. 330 ss.

<sup>92</sup> MANTOVANI 2018, p. 224 nt. 80.

<sup>93</sup> Gli altri elementi che, accanto a quelli or ora valorizzati nel testo, erano stati segnalati da Ferrini – e cioè, l'uso di *tradere* «nel senso di esporre» e il ricorso all'avverbio *commode (-ius)* – sono compatibili con l'*usus loquendi* di Gaio, ma non esclusivi di esso (oltretutto, per una svista Ferrini adduce le parole *commodius erat... distingui* di Gai 2.146 quale riscontro di un uso dell'avverbio «per indicare l'opportunità dell'esposizione», laddove il riferimento è ad una consolidata distinzione terminologica, risalente alla tradizione).

<sup>94</sup> Gai 1.188 *...de ea re ualde ueteres dubitauerunt nosque diligentius hunc tractatum executi sumus et in edicti interpretatione et in his libris, quos ex Quinto Mucio fecimus. Hoc tantisper sufficit admonuisse, quod...;* Gai 3.54 *Hactenus omnia iura quasi per indicem tetigisse satis est. Alioquin diligentior interpretatio propriis commentariis exposita est.*

<sup>95</sup> MANTOVANI 2018, p. 222 ss.

<sup>96</sup> Non a caso, Mantovani trascrive il testo facendolo senz'altro cominciare con le parole *Incipientibus nobis exponere etc.* (laddove, però, sarebbe stata opportuna un'apposita avvertenza).

Istituzioni di Gaio la trattazione analitica dei concreti *iura populi Romani* è preceduta da una descrizione panoramica degli elementi di cui codesti *iura populi Romani* ‘constant’ (Gai 1.2-7)<sup>97</sup>, si può legittimamente supporre che anche nelle *Res cottidianae* figurasse una presentazione ‘in termini generali’ di *leges, senatusconsulta, constitutiones* imperiali, *edicta praetorum, responsa prudentium* e che siffatta descrizione fosse seguita dalla dichiarazione (oggi conservata in I. 1.1.2) che è opportuno ed efficace che la specifica esposizione dei *iura* – la quale avrebbe mostrato nel loro concreto operare gli elementi subito prima accennati ‘in termini generali’ – venga sviluppata gradualmente, per evitare le conseguenze negative che lo svolgimento di una esposizione fin da subito troppo dettagliata avrebbe causato.

Ebbene – ecco il punto che incrocia la questione dell’attribuzione del *Fragm. Dositheanum*, nell’indicare tali conseguenze negative, il testo di I. 1.1.2 parla di *studia*: ... *aut desertorem studiorum efficiemus* ... Ma di *studia* si parla anche in fr. Dos. 3 (*regulas... ad ea studia necessarium...*), con un riferimento a ‘questi studi’ (in greco, ταῦτα τὰ μαθήματα) che, stando al testo a noi pervenuto, non trova appiglio alcuno nelle affermazioni che precedono (fr. Dos. 2), le quali, come si è visto, hanno per oggetto le varie *partes iuris* (in corrispondenza alla descrizione svolta in Gai 1.2-7). Quanto precede si presta, allora, a suggerire che il brano conservato in I. 1.1.2 possa essere proprio il segmento intermedio che consente di legare tra loro il tratto di fr. Dos. 2, riguardante le *partes iuris*, e fr. Dos. 3, in cui si parla di *regulae* che riguardano *ea studia*<sup>98</sup>. In quest’ottica, potremmo supporre che l’originario maestro di grammatica (o un successivo riutilizzatore degli *Hermeneumata*), di fronte ad un discorso programmatico che non conteneva alcuna locuzione adatta all’addestramento linguistico dei propri studenti alla terminologia del diritto, si fosse limitato a riproporre (o, rispettivamente, a risparmiare da

<sup>97</sup> Gai 1.2 *Constant autem iura populi Romani ex legibus, plebiscitis, senatus consultis, constitutionibus principum, edictis eorum, qui ius edicendi habent, responsis prudentium*. 3. *Lex est, quod populus iubet atque constituit. plebiscitum est, quod plebs iubet atque constituit*. ... 4. *Senatus consultum est, quod senatus iubet atque constituit*; ... 5. *Constitutio principis est, quod imperator decreto uel edicto uel epistula constituit*. ... 6. *Ius autem edicendi habent magistratus populi Romani*... 7. *Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum est iura condere*... Conclusa questa presentazione panoramica, prende avvio la trattazione del complesso giusprivatistico del *populus Romanus*, attraverso la coordinata sistematico-programmatica del § 8: *Omne autem ius, quo utimur, uel ad personas pertinet uel ad res uel ad actiones. sed prius uideamus de personis*.

<sup>98</sup> È appena il caso di esplicitare che non è di ostacolo a questa ipotesi la circostanza che nel testo conservato nel manuale imperiale ricorre la prima persona plurale, mentre in fr. Dos. 3 il singolare (ἐπεξιόντι μοι / *exsequenti mihi*). Intanto, la differenza potrebbe derivare da un intervento dei compilatori giustiniani, i quali, notoriamente, si sono appositamente impegnati a rendere il singolare dei verbi che compariva nelle fonti classiche escerpiti in *plurale maiestatis*, in ragione della formale riferibilità del dettato del manuale alla voce dell’imperatore; oppure da una opposta trasformazione di un plurale in singolare, intervenuta sul testo del *Frag. Dositheanum*, nel corso e in conseguenza delle successive e ripetute sue riutilizzazioni scolastiche, come potrebbe anche suggerire il fatto che altre affermazioni di questo testo concernenti lo svolgimento dell’esposizione sono formulate al plurale (§ 1 *diximus*; § 4 *ne interpretari cogamur, uideamus*; § 8 *ostendemus*). Ma, in realtà, non è nemmeno strettamente necessario immaginare simili vicende modificative, ché nulla vieta di pensare che il giurista, pur avendo impostato la prima parte del discorso programmatico al plurale, si fosse poi risolto a passare alla prima persona singolare, come accade in luoghi programmatici di altri autori, nei quali è presente un contestuale ricorso al plurale e al singolare: mi limito a riportare gli esempi di Colum. *r.r.*, praef. 1 *Non me praeterit, si, quem desideramus agricolam, quemque describimus, exegero a participibus agrestium operam, tardatum iri studia discentium* ...; e del seguente svolgimento in Vitruv., *arch.* 4.2.6 ... *de ionicis et corinthiis institutionibus supra dixi; nunc uero doricam rationem summamque eius speciem breuiter exponam* – 4.3.1 *Nonnulli antiqui architecti negauerunt*... – 4.3.3 *Nos autem exponimus, uti ordo postulat, quemadmodum a praeceptoribus accepimus*...

uno sfrondamento del testo) il passaggio in cui Gaio, volgendosi a realizzare concretamente la generale direttiva programmatica formulata (e trascritta in I. 1.1.2), sembra affermare che, nel compiere la trattazione, gli appare necessario (*exequenti mihi necessarium <visum est>*<sup>99</sup>) che i giovani prima di ogni cosa apprendano *regulae* (*regulas ante omnia scire*)<sup>100</sup>, le quali, nelle due configurazioni che ho poc'anzi indicate<sup>101</sup>, avrebbero fornito gli strumenti di base per una successiva illustrazione 'più accurata e diligente' (condotta, possiamo immaginare, in chiave di approfondimento casistico-problematico).

## Bibliografia

- ALBANESE 1979 = B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo 1979.
- AVENARIUS 2005 = M. AVENARIUS, *Der pseudo-ulpianische liber singularis regularum. Entstehung, Eigenart und Überlieferung einer hochklassischen Juristenschrift*, Göttingen 2005.
- AVERY 1974 = T. AVERY, "Annos habere": a Roman idiom, in *Romance Notes* 15 (1974), pp. 622-624.
- BONINI 1964 = R. BONINI, *I "libri de cognitionibus" di Callistrato*, Milano 1964.
- BÖCKING 1855 = E. BÖCKING *Domitii Ulpiani quae vocant fragmenta sive excerpta ex Ulpiani libro singulari regularum... Quartum emendavit*, Lipsiae 1855.
- CANNATA 2007 = C.A. CANNATA, *Materiali per un corso di fondamenti di diritto europeo*, II, Torino 2007.
- CENDERELLI 1998-1999 = A. CENDERELLI, *Il trattato e il manuale: divagazioni in tema di 'Res cotidianae'*, in *BIDR* 101-102 (1998-1999, ma pubbl. 2005), pp. 61-132.
- COSSA 2018 = G. COSSA, *Per uno studio dei libri singulares. Il caso di Paolo*, Milano 2018.
- COSSA 2018a = G. COSSA, *Sulla soglia delle Institutiones: Paolo e il genere isagogico*, in *SDHI* 84 (2018), pp. 93-118.
- DAVID, NELSON 1960 = M. DAVID, H.L.W. NELSON, *Gai Institutionum Commentarii IV. Kommentar (2. Lieferung)*, Leiden 1960.
- DE GIOVANNI 2006 = L. DE GIOVANNI, *La giurisprudenza severiana tra storia e diritto. Le Institutiones di Elio Marciano*, in *Athenaeum* 94 (2006), pp. 487-505.
- DICKEY 2012 = E. DICKEY, *The Colloquia of the Hermeneumata Pseudodositheana*, I, Cambridge 2012.
- DIRKSEN 1837 = 1871 = H.E. DIRKSEN, *Die römisch-rechtlichen Quellen des Magister Dositheus (1837) = Hinterlassene Schriften*, II, Leipzig 1871, pp. 392-411.
- FALCONE 1998 = G. FALCONE, *Il metodo di compilazione delle Institutiones di Giustiniano*, in *AUPA* 45.1 (1998), pp. 223-426.

<sup>99</sup> Su questa integrazione cfr. *supra*, nt. 15.

<sup>100</sup> Secondo questa chiave di lettura, non sarebbe necessario immaginare la caduta di qualcosa dopo il verbo *scire* (come, invece, ha fatto Böcking, il quale, in ragione del riferimento successivo alla non unicità di *condicio* e dell'apertura del § 4 *Omnes enim vel ingenui sunt vel liberti*, ha proposto di integrare: *...ante omnia scire <de condicionibus hominum>*).

<sup>101</sup> *Supra*, ntt. 87-90.

- FALCONE 2003 = G. FALCONE, "Obligatio est iuris vinculum", Torino 2003.
- FALCONE 2011 = G. FALCONE, *Sistematiche gaiane e definizione di obligatio*, in L. CAPOGROSSI COLOGNESI, F. CURSI (a c. di), *Obligatio-obbligazione. Un confronto interdisciplinare*, Napoli 2011, pp. 17-51.
- FALCONE 2015 = G. FALCONE, *La trattazione di Gai 3.140-141 sul pretium nella compravendita, tra 'regulae' e ius controversum*, in *AUPA* 58 (2015), pp. 37-56.
- FALCONE 2017 = G. FALCONE, *La definizione di obligatio, tra diritto e morale*, Torino 2017.
- FERRINI 1901 = 1929 = C. FERRINI, *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano*, in *BIDR* 13 (1901), pp. 101-207 = *Opere*, II, Milano 1929, pp. 307-419.
- FLAMMINI 1990 = G. FLAMMINI, *Prolegomeni alla recensio plenior degli «Hermeneumata Pseudodositheana»*, in *Riv. it. filol.* 42 (1990), pp. 3-43.
- FLAMMINI 2004 = G. FLAMMINI, *Hermeneumata Pseudodositheana Leidensia*, Monachii et Lipsiae 2004.
- FORSTER 2018 = D. FORSTER, *Rechtsvergleichende Argumentation in den Institutionen des Gaius*, in *Wiener Schriften. Neue Perspektiven aus den jungen Romanistik*, Wien 2018, pp. 7-36.
- FUHRMANN 1960 = M. FUHRMANN, *Das systematische Lehrbuch*, Göttingen 1960.
- GOETZ 1892 = G. GOETZ, *Corpus glossariorum Latinorum*, III, Lipsiae 1892.
- GORIA 1981 = F. GORIA, *Osservazioni sulle prospettive comparatistiche nelle Istituzioni di Gaio*, in *Il modello di Gaio nella formazione del giurista*, Atti del Convegno in onore di Silvio Romano, Torino 1978, Milano 1981, pp. 211-326.
- HARTKAMP 1971 = A.S. HARTKAMP, *Der Zwang im römischen Privatrecht*, Amsterdam 1971.
- HONORÉ 1965 = A.M. HONORÉ, *The «Fragmentum Dositheanum»*, in *RIDA* 12 (1965), pp. 301-323.
- HUSCHKE 1874<sup>3</sup> = E. HUSCHKE, *Jurisprudentiae Anteiustinianae quae supersunt*, Lipsiae 1874<sup>3</sup>.
- JÖRS 1905 = P. JÖRS, s.v. *Fragmentum Dositheanum*, in *PWRE* V, Stuttgart 1905, coll. 1603-1605.
- KARLOWA 1885 = O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, I, Leipzig 1885.
- KASER 1993 = M. KASER, *Ius gentium*, Köln-Weimar-Wien 1993.
- KOTZ-DOBŘŽ 1916 = W. KOTZ-DOBŘŽ, s.v. 'Institutiones', in *PWRE* IX, Stuttgart 1916, coll. 1566-1587.
- KRÜGER 1878 = P. KRÜGER, in P. KRUEGER, TH. MOMMSEN, G. STUEMUND, *Collectio librorum iuris Anteiustiniani in usum scholarum*, II, Berolini 1878.
- KRÜGER 1912<sup>2</sup> = P. KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Litteratur des römischen Rechts*, München-Leipzig 1912<sup>2</sup>.
- LACHMANN 1837 = 1876 = K. LACHMANN, *Versuche über Dositheus* (1837) = *Kleinere Schriften* II, Berlin 1876, pp. 196-218.
- LEESEN 2010 = T. LEESEN, *Gaius meets Cicero. Law and Rhetoric in the School Controversies*, Leiden-Boston 2010.
- LENEL 1889.I = O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, Lipsiae 1889.
- LIEBS 1997 = D. LIEBS, *Jurisprudenz*, in R. HERZOG, P. SCHMIDT (Hrsg.), *Handbuch der lateinischen Literatur der Antike*, IV. *Die Literatur des Umbruchs*, München 1997, pp. 83-217.

- LIEBS 2008 = D. LIEBS, *Esoterische römische Rechtsliteratur vor Justinian*, in R. LIEBEREWIRTH (Hrsg.), *Akten des 36 Deutschen Rechtshistorikertages in Halle an der Saale 2006*, Baden-Baden 2008, pp. 40-79.
- LOMBARDI 1947 = G. LOMBARDI, *Sul concetto di ius gentium*, Roma 1947.
- MANCINETTI 2007 = G. MANCINETTI, *La naturalis ratio e la critica degli ordinamenti particolari in Gaio. La nulla pretiosa ratio dei Romani e la lex dei Bitini in tema di tutela mulierum*, in *Testi e problemi del giusnaturalismo romano*, Pavia 2007, pp. 475-495.
- MANTOVANI 2018 = D. MANTOVANI, *Les juristes écrivains de la Rome antique. Les oeuvres des juristes comme littérature*, Paris 2018.
- MARTINI 2012 = R. MARTINI, *Gaio e le Res cottidianae*, in *AUPA* 55 (2012), pp. 171-188.
- MATTIOLI 2012 = F. MATTIOLI, *Un tentativo di messa a punto riguardo alla più recente dottrina sui Tituli ex corpore Ulpiani. Ipotesi e prospettive di ricerca*, in G. PURPURA (a c. di), *Revisione e integrazione dei Fontes Iuris Romani Anteiustiniani. Studi preparatori*, II, in *AUPA* coll. *Fontes – 3.2*, Torino 2012, pp. 85-117.
- MERCOGLIANO 1997 = F. MERCOGLIANO, *Tituli ex corpore Ulpiani. Storia di un libro*, Napoli 1997.
- MERCOGLIANO 1998 = F. MERCOGLIANO, *Le «regulae iuris» del «Liber singularis» ulpiano*, in *Index* 26 (1998), pp. 353-359.
- MOMMSEN 1855 = 1905 = TH. MOMMSEN, *De Ulpiani regularum libro singulari disputatio*, in E. BÖCKING, *Domitii Ulpiani quae vocantur fragmenta sive excerpta ex Ulpiani libro singulari regularum... Quartum emendavit*, Lipsiae 1855, pp. 109-120 = *Gesammelte Schriften* II, Berlin 1905, pp. 47-55.
- NELSON 1981 = H.L.W. NELSON, *Überlieferung, Aufbau und Stil von Gai Institutiones*, Leiden 1981.
- NÖRR 2000 = D. NÖRR, *PSI VII 743r fr. e: Fragment einer römischen Prozeßformel?*, in *ZSS* 117 (2000), pp. 179-215.
- PLATSCHKE 2020 = J. PLATSCHKE, *Das Verhältnis der Institutionen zu den so genannten Res cottidianae sive aurea*, in U. BASUSIAUX, D. MANTOVANI (a c. di), *Le Istituzioni di Gaio: avventure di un bestseller. Trasmissione, uso e trasformazione del testo*, Pavia 2020, pp. 279-302.
- PULIATTI 2020 = S. PULIATTI, *Callistratus. Opera*, Roma 2020.
- QUADRATO 2006 = 2010 = R. QUADRATO, *Province e provinciali: il cosmopolitismo di Gaio*, in *Tradizione romanistica e Costituzione*, II, Napoli 2006, pp. 1097-1137 = *Gaius dixit. La voce di un giurista di frontiera*, Bari 2010, 265-305.
- QUERZOLI 1996 = S. QUERZOLI, *Il sapere di Fiorentino. Etica natura e logica nelle Institutiones*, Napoli 1996.
- SANTALUCIA 1974 = B. SANTALUCIA, *«Regulae iuris»*, in *Labeo* 20 (1974), pp. 259-276.
- SAVAGNONE = G. SAVAGNONE, *L'autore del cosiddetto Frammento Dositeano*, in *Il Circolo giuridico. Rivista di legislazione e giurisprudenza* 27 (1896), pp. 77-91; pp. 201-216.
- SCHMIDLIN 1970 = B. SCHMIDLIN, *Die römische Rechtsregeln. Versuch einer Typologie*, Köln-Wien 1970.

- SCHULZ 1922 = F. SCHULZ, *Die Lehre vom erzwungenen Rechtsgeschäft in antiken römischen Recht*, in ZSS 43 (1922), pp. 171-262.
- SCHULZ 1968 = F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, trad. it. Firenze 1968.
- SECKEL, KÜBLER 1908 = E. SECKEL, B. KÜBLER, in E. HUSCHKE, *Iurisprudentiae Anteiustinianae I*, Lipsiae 1908.
- SPERANDIO 2011 = M.U. SPERANDIO, 'Incip(iunt) Tituli ex corpore Ulpiani'. Il 'liber singularis regularum' pseudoulpiano e il 'Codex Vaticanus Reginae 1128', in RIDA 58 (2011), pp. 357-392.
- STEIN 1966 = P. STEIN, *Regulae iuris. From juristic rules to legal maxims*, Edinburgh 1966.
- VOIGT 1856 = M. VOIGT, *Die Lehre vom Ius naturale, aequum et bonum und ius gentium der Römer*, I, Leipzig 1856.
- WALDSTEIN 1988 = W. WALDSTEIN, *Bemerkungen zum ius naturale bei den klassischen Juristen*, in ZSS 105 (1988), pp. 702-711.
- WALDSTEIN 1994 = W. WALDSTEIN, *Ius naturale im nachklassischen römischen Recht und bei Justinian*, in ZSS 111 (1994), pp. 1-65.
- WEGMANN STOCKEBRAND 2019 = A. WEGMANN STOCKEBRAND, *Causae credendi y obligatio re contracta en las res cottidianae*, in *Revista de estudios histórico-jurídicos* 41 (2019), pp. 87-109.
- WENGER 1953 = L. WENGER, *Die Quellen des römischen Rechts*, Wien 1953.
- WIBIER 2019 = M. WIBIER, *Legal Education, Realpolitik and the Propagation of the Emperors's Justice*, in *The Impact of Justice on the Roman Empire*, Proceedings of the Thirteenth Workshop of the Intern. Network Impact of Empire – Gent, June 21-24 2017, Leiden 2019, pp. 86-102.
- WIEACKER 2006 = F. WIEACKER (Hrsg. J.G. WOLF), *Römische Rechtsgeschichte*, II, München 2006.
- ZOZ 1973 = G. ZOZ, *Restitutio in integrum e manomissioni coatte*, in SDHI 39 (1973), pp. 115-128.