



An International Journal
on Legal History and Comparative
Jurisprudence



Volume 1
Number 2
December 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), Lauretta 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, G. Turelli.



An International Journal
on Legal History and Comparative
Jurisprudence

Volume 1
Number 2
December 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

Fondazione Bologna University Press

Via Saragozza, 10

40123 Bologna (Italy)

tel.: +39 051 232882

fax: +39 051 221019

ISSN: 2784-9155

ISSN online: 2785-2652

ISBN: 978-88-6923-982-3

ISBN online: 978-88-6923-985-4

Doi: doi.org/10.30682/specula0102

Registrazione

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

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

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

La democrazia a teatro. Scene di voto nella tragedia greca EMANUELE STOLFI	5
<i>Exceptio doli</i> y delegación. Una aproximación a sus problemas PATRICIO LAZO	45
Meciano e o <i>ex lege Rhodia</i> (d. 14.2.9). Una possível hipótese palingenética FRANCISCO RODRIGUES ROCHA	59
Psello e il diritto. Considerazioni preliminari agli scritti giuridici di Michele Psello ANTONIO BANFI	93
L'ordine sistematico nella tradizione civilistica europea. Osservazioni minime ANDREA LOVATO	119
Premesse per una discussione sul rapporto tra continuità e discontinuità nel diritto civile. A partire dalla lezione di Tullio Ascarelli MAURO GRONDONA	153

La democrazia a teatro

Scene di voto nella tragedia greca

Emanuele Stolfi

Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Siena, Italia

Abstract (Italiano)

Questo contributo è dedicato ad alcuni aspetti giuridici e politici del teatro ateniese, con specifica attenzione a tre scene di voto (nelle *Supplici* e nelle *Eumenidi* di Eschilo, e nell'*Aiace* di Sofocle). L'autore esamina il significato attribuito nella tragedia al voto stesso, coi differenti risultati che si verificano in quelle tre scene: decisione all'unanimità o a maggioranza, parità di voti).

Keywords: Diritto e letteratura; tragedia greca; democrazia ateniese; votazione; Eschilo e Sofocle

Abstract (English)

This paper focuses on some juridical and political aspects of the Athenian theater, with specific attention to three voting scenes (in Aeschylus' Suppliants and Eumenides and Sophocles' Ajax). The author examines the meaning attributed in the tragedy to the vote itself, with the different result that occurs in those three scenes: unanimous or majority decision, parity of votes.

Keywords: Law and Literature; Greek tragedy; Athenian democracy; vote; Aeschylus and Sophocles

Votare significa accettare di separarsi.
(N. Loraux, *La città divisa*, p. 170)

La vera materia della tragedia
è il pensiero politico dello Stato democratico.
(S. Critchley, *A lezione dagli antichi*, p. 50)

1. Un particolare, ma decisivo

La tragedia greca offre uno straordinario materiale di studio allo storico dei diritti antichi. Questa dovrebbe essere quasi un'ovvietà, soprattutto dopo la lezione di Gernet e Vernant¹. Eppure, nei fatti, lo è assai meno di quanto potrebbe pensarsi. Anche in virtù di partizioni accademiche che inducono a separare troppo nettamente ciò che nell'esperienza greca era integrato e pressoché inscindibile – la sfera del *politikón* e quanto (solo) noi denominiamo diritto –, i riferimenti istituzionali di Eschilo, Sofocle ed Euripide attraggono, in genere, lo storico della politica antica (oltre che della cultura, naturalmente) assai più che il giusantichista in senso stretto.

Anche la recente fortuna della corrente di studi nota come “Law and Literature” (più specificamente, «Law in Literature»)² non sembra aver mutato radicalmente lo scenario. Fra i giuristi che più vi si sono impegnati prevalgono infatti, almeno in Europa, i filosofi del diritto³, accanto ad alcuni cultori delle discipline vigenti provvisti però di spiccati interessi teorici – gli uni e gli altri, del resto, da sempre attratti dagli «eterni quesiti» che i testi tragici pongono alla nostra sensibilità giuridica⁴. Ovviamente non mancano le eccezioni, anche in Italia⁵; ma direi che nel complesso la limitata attenzione riscossa da quelle opere presso gli storici dei diritti antichi rimane un dato incontestabile, eclatante e per certi versi misterioso.

Il tentativo di reagirvi – inserendo la nostra voce in una polifonia di interpretazioni già vastissima – non significa affatto voler rivendicare spazi di esclusiva competenza, o tantomeno assurde egemonie. Al contrario, proprio la composita stratificazione semantica di quei lavori – e la ricchezza dell'esperienza di cui i testi scritti costituiscono la traccia pressoché esclusi-

¹ Come rileva quest'ultimo, al cuore «della tragedia è il pensiero sociale proprio della città, specialmente il pensiero giuridico in pieno travaglio di elaborazione»: VERNANT, VIDAL-NAQUET 1976, p. 5. Da qui la convinzione (p. 11) che lo studioso di quella forma letteraria debba farsi anche «storico del diritto greco» (e viceversa, aggiungerei), anche se poi il testo teatrale rimane ben lontano da essere «semplicemente un ricalco» dell'elaborazione giuridica. In effetti – egli prosegue (p. 18) – anche quando i tragediografi si servono di un vocabolario afferente a quell'ambito, «è quasi sempre per giocare sulle sue incertezze, le sue oscillazioni, la sua incompiutezza». Non ne mancano esempi anche nei testi che esamineremo (soprattutto al § 4). Circa il contributo che già Gernet aveva offerto in analoga direzione, cfr. DI DONATO 2013, p. 25 ss. ove bibl.

² Da tenere dunque distinto dalle indagini su «Law as Literature», volte ad approfondire la dimensione letteraria del diritto, esso stesso assunto quale complesso di pratiche discorsive (una prospettiva su cui anch'io ho insistito, in altra sede: STOLFI 2018). Un quadro di queste due diverse tipologie di ricerca in CANTARELLA 2007a, p. 9 ss. Cfr. anche ZIOLKOWSKI 1997, spec. p. 20 ss., 149 ss.; ARISTODEMOU 2000; ALLEN 2005, p. 374 ss.; MITTICA 2006, spec. p. 7 ss. ove altra bibl.; GALGANO 2009, p. 25 ss.; FORTI, MAZZUCCATO, VISCONTI 2014; FORTI, PROVERA 2019; STOLFI 2021-2022, spec. cap. I § 1.

³ Ho in mente soprattutto il fortunato lavoro di OST 2007, p. 75 ss. Cfr. anche la nt. seguente.

⁴ Basti pensare al caso dell'*Antigone*, che non solo conterrebbe (ad avviso di RIPEPE 2001, p. 677 ss.; ma cfr. anche CIARAMELLI 2017, spec. p. 60 ss.) «la più antica lezione di filosofia del diritto», ma che tante volte è stata riletta da studiosi di diritto costituzionale, commerciale e civile (peraltro con amplissimi interessi culturali), penale e processuale penale, sino a magistrati del più alto profilo – da Calamandrei a Zagrebelsky, da Ascarelli e Irti a Violante e Palazzo, Canzio, Pepino e Rossi (e qui mi limito volutamente agli studi italiani). Maggiori ragguagli in STOLFI 2021-2022, cap. IV nt. 1. Fra i giuristi stranieri più interessati, in genere, alla «parentela scenografica» fra processo e tragedia greca ricorderei almeno GARAPON 2007, spec. p. 173 ss.

⁵ Penso ad esempio a CANCELLI 2000; PEPE 2000, p. 203 ss.; CANTARELLA, GAGLIARDI 2007 (in particolare PEPE 2007, p. 31 ss.); CANTARELLA 2011, p. 19 ss. Cfr. anche STOLFI 2014, p. 467 ss.; STOLFI 2019a, p. 291 ss.; STOLFI 2020, spec. p. 160 ss.; STOLFI 2021-2022.

va: esperienza che era a un tempo religiosa, culturale, politica, artistica e filosofica⁶ – esige di incrociare e combinare saperi diversi, intensificando il dialogo con gli altri studiosi del mondo classico. Ai quali, meno addentro a certi meccanismi tecnici, rischia di sfuggire sempre qualcosa del fitto gioco di allusioni e «ironia tragica» che scandisce la produzione teatrale (quando addirittura non sono indotti a fraintenderne alcuni passaggi)⁷, mentre a nostra volta abbiamo molto da imparare dagli (altri) antichisti, e moltissimo da guadagnare includendo quelle fonti fra quante ci informano della peculiare «cultura giuridica»⁸ greca. A patto, naturalmente, che la loro rilettura sia accompagnata da un'adeguata apertura mentale, in modo che il nostro abituale stile di lavoro venga (non sostituito, ma) affiancato e arricchito da un'interrogazione profonda attorno alle questioni nevralgiche – a molteplici livelli – portate in scena da Eschilo, Sofocle ed Euripide.

Non si tratta soltanto – almeno per me – di identificare i richiami di questi ultimi, più o meno espliciti, a determinate figure della normativa allora vigente. Certo riferimenti del genere non mancano, e si rivelano talora di indubbio interesse⁹. Ma arrestarsi ad essi rischierebbe di ridurre la nostra indagine a una sorta di tautologia, per indirizzarci unicamente verso ciò che in larga misura già conosciamo per altre vie. Piuttosto, la scrittura tragica ci consegna un rovello più radicale – e stimolante, nei suoi continui chiaroscuri. Che non addita soluzioni univoche, ma investe e interpella il senso stesso del convivere di (e dentro) una comunità, del fissarne la disciplina ed esercitarvi il potere, prevedere e sanzionare determinate condotte, riconoscere responsabilità e attribuire prerogative, istituire un giusto ordine

⁶ Per questo, adattando una formula di Marcel Mauss, ho recentemente parlato della tragedia come di un «fatto totale»: STOLFI 2021-2022, cap. I § 3 ove bibl.

⁷ Esemplare quanto riscontriamo a proposito dell'*Edipo tiranno*, laddove certe espressioni dal duplice livello di significato – casi frequenti ed esemplari, appunto, di «ironia tragica» – sono pienamente comprensibili solo tenendo conto del regime che, nell'Atene del V secolo a.C., presiedeva alla repressione dell'omicidio. Così come certe letture dell'assassinio di Laio – da imputare, secondo non pochi interpreti, a una «legittima difesa» di Edipo – perdono plausibilità ove si tenga nel debito conto quello stesso regime. Circa questi due aspetti posso rinviare a STOLFI 2019a, spec. p. 294 ss. e STOLFI 2021-2022, cap. V, entrambi con bibl.

⁸ Intendo il sintagma come non propriamente sovrapponibile a «diritto» né a «esperienza giuridica», bensì nel senso che ho cercato di chiarire in STOLFI 2019b, p. 52 ss. e STOLFI 2020, p. 17 ss.

⁹ Gli esempi che qui potremmo citare sono innumerevoli. L'intera *Oresteia*, in particolare (e le *Eumenidi* ancor di più), sono costruite su una fitta trama di riferimenti a istituti e momenti del processo attico (una loro rassegna, ad esempio, in PUCCI 1996, p. 140 ss. e NICOLAI 2009-2010, p. 5 ss., entrambi con altra bibl.; su alcuni punti torneremo al § 4). Le modalità di sorteggio (garantite da una sorta di mediazione arbitrare) alle quali alludono i *Sette contro Tebe* potrebbero ricalcare quelle cui ci si affidava nelle procedure di divisione ereditaria: PEPE 2007, spec. p. 38 ss. La pena cui è sottoposto Prometeo nell'opera di (o attribuita a) Eschilo è apparsa – sin dai tempi di GERNET 1982, p. 288 ss.; ma cfr. anche CANTARELLA 2007, pp. 25 e 291-292 ove altra bibl. – da assimilare, o almeno accostare, a quella forma di esecuzione capitale denominata *apotympanismós*, con cui il condannato era attaccato, in piedi o seduto, a un palo confitto nel terreno. Nei vv. 216 ss. (soprattutto 236 ss.) dell'*Edipo tiranno* è stato scorto qualcosa di molto simile alla *prórrhesis* del diritto attico, e/o alla *prodikasia* (cfr., per tutti, LEWIS 1989, p. 48 ss. e MARTINA 2004, p. 279 ss.). Nella stessa opera l'inchiesta condotta dal protagonista ha fatto pensare all'investigazione nota come *zētēsis*, con Edipo che agirebbe quindi come uno degli «inquisitori» (*zetētái*) che nell'Atene del tempo erano nominati in merito a fatti che mettevano in pericolo l'intera città. In questa direzione (pur da seguire con cautela: STOLFI 2021-2022, cap. V § 2), fra gli altri, KNOX 1998, pp. 80 ss., 117 ss.; LEWIS 1989, p. 50 ss.; SCABUZZO 2001, spec. pp. 81 e 89 ss. Sulle ricorrenze di alcune espressioni costruite avendo riguardo alle azioni di rendiconto cui erano soggetti i magistrati (*euthýnai*) torneremo fra breve, nel testo e ntt. 21 ss., oltre che al § 2. Su altre ricorrenze di termini o stilemi giuridici avremo occasione di soffermarci più avanti.

(attraverso l'agonalità e lo scontro, più che con la loro negazione). È vero che la tragedia non smette mai di essere una «macchina per fabbricare perplessità»¹⁰, e che lo stesso «teatro di Dioniso non è sull'agorà» – nel senso che dobbiamo valutarne anche la dimensione «antipolitica», col suo costitutivo eccedere l'ideologia civica e dislocarsi fuori dagli spazi della vita democratica¹¹. Il suo interagire con assetto e valori della *pólis* deve essere dunque vagliato criticamente, anziché dato per scontato o immiserito in meccaniche proiezioni. E tuttavia non può essere certo sminuito, o tantomeno negato¹².

Quei testi, in tutta la carica ambivalente e conflittuale che li percorre, sono anche testimonianza di come un popolo all'acme della sua storia (e di una forma costituzionale mai prima sperimentata con tanta intensità) poneva in questione sé stesso. Costituiscono l'inquieta coscienza giuridica di un mondo che di autentici giuristi era privo – con la regolamentazione dei rapporti sociali non affidata a una tecnica separata (gestita, appunto, da un ceto di esperti) ma assorbita nel diretto esercizio di un *krátos* da tempo «posto in mezzo al popolo»¹³, pienamente iscritto nella sfera del *koinón*. Pur attraverso la rivisitazione (nella quasi totalità dei casi) di miti e saghe remote, la tragedia del V secolo a.C. offre innumerevoli feritoie da cui scorgere un laboratorio istituzionale in continuo fermento: solcato da acri tensioni e dissidi, eppure straordinariamente capace di trarne spunto per un'indagine sul giusto e l'eguale, le forme del *nómos* e della *politéia*, le libertà (solo) del cittadino e il senso ultimo del potere.

Questo lo sfondo – qui appena tratteggiato, in modo estremamente sommario – su cui si collocano i miei tentativi di esaminare i lavori (soprattutto) di Eschilo e Sofocle più rilevanti in una prospettiva storico-giuridica. Entro la medesima cornice si muove anche il presente contributo: quasi a corollario, o in sviluppo, di un'indagine più ampia e organica che si è appena conclusa¹⁴. Vorrei essenzialmente concentrarmi su tre scene, che ripercorrerò non in

¹⁰ Così, attingendo a una formula di Barel, OST 2007, p. 179.

¹¹ Cfr. in tal senso soprattutto LORAUX 2001, p. 24 ss. La sua lettura – pressoché agli antipodi rispetto a quella, per esempio, di MEIER 2000, p. 3 ss. – ha comportato una salutare problematizzazione, evitando ogni approccio riduttivo alla tragedia, e in particolare la sua semplicistica «subordinazione rispetto alla categoria del politico» (p. 25). E tuttavia il sapervi cogliere deviazioni e sporgenze dall'ideologia civica, se indubbiamente aiuta a penetrarne i meccanismi, non determina necessariamente un depotenziamento della loro valenza istituzionale. Al centro della scena veniva attratta anche quella carica di conflittualità che nella vita pubblica si tendeva a sterilizzare o rimuovere. Ma persino gli spunti più critici rispetto all'organizzazione cittadina e al suo effettivo funzionamento, se forse sono qualificabili «antipolitici» (in una delle due accezioni in cui il termine è impiegato dalla stessa LORAUX 2001, p. 46 ss.), pretendevano comunque «di essere autenticamente politici [...] secondo la modalità dell'*antí*, di una politica che si oppone a un'altra».

¹² La tragedia «non rifletteva la realtà, ma la problematizzava»: così, sulle orme di Vernant, MEIER 2000, p. 56. Di essa che «compromises political theory» parla GOLDHILL 2000, p. 60. Nel suo stesso sopravanzare, o sovvertire, la raffigurazione che la *pólis* intendeva dare di sé (la sua «ideologia», nel senso di LANZA, VEGETTI, CAIANI, SIRCANA 1977, p. 13 ss.), «espatriandone» la carica conflittuale (richeggio quanto si legge in VERNANT, VIDAL-NAQUET 2001, p. 165), il teatro partecipava pienamente della vita comunitaria. Come scrive CANFORA 2013, p. 105 ss., «la forza della politica dalla scena sta proprio nella sua duttilità e nella sua non solo apparente, ma effettiva, problematicità». Quelle appena richiamate, peraltro, sono solo alcune delle innumerevoli impostazioni cui ha dato vita il dibattito attorno a misura e forme della connotazione politica della tragedia attica. Per ulteriori indicazioni, da ultimo, STOLFI 2021-2022, spec. cap. I § 3.

¹³ Secondo un'immagine, ricorrente nelle fonti, su cui cfr. almeno MEIER 1988, spec. p. 121 e LORAUX 2006, p. 107 ss.

¹⁴ Mi riferisco a STOLFI 2021-2022. Dall'approfondimento di un aspetto già intercettato in quel volume è scaturito anche STOLFI 2021.

ordine cronologico ma in ragione del diverso configurarsi del meccanismo che in tutti e tre i casi assume particolare rilievo, per segnare l'intera vicenda drammaturgica (a livello di esiti o presupposti): una votazione.

Quasi superfluo ricordare come quest'ultima incarnasse – per spettatori/cittadini che in quei decenni stavano misurandosi con la fase più radicale (e fortunata) della democrazia – uno degli atti nevralgici dell'esperienza istituzionale, estremamente ricorrente nella prassi ma anche assai ricco di implicazioni ideali e oggetto di una disciplina minuziosa (soprattutto per quanto riguardava i tribunali). La vita pubblica, che mai era stata così assorbente e condivisa, constava soprattutto di due momenti: quello del parlare – con la libertà ed eguaglianza (*parrhesía* e *isegoría*) che lo connotavano, senza pari in altre realtà¹⁵ – e quello del decidere tramite il computo dei voti, di regola non motivati. Questo binomio – la parola che argomenta tentando di suscitare persuasione (*peithó*)¹⁶ e il «sassolino» (o l'alzata di mano) con cui ciascun *polítes* si esprime, con identica forza rispetto agli altri¹⁷ – dominava l'*Ekklesia* (che ormai, in pieno V secolo, aveva assunto una netta preminenza nell'assetto costituzionale), così come vari altri organi collegiali. E fra essi, più di tutti – e in netto anticipo sugli altri –, il Tribunale (*Heliáia*), con le molteplici corti giudicanti (*dikastéria*) in cui esso di fatto si articolava, processo per processo.

Proprio in riferimento alla funzione prettamente politica (secondo la sensibilità greca) che lì si esercitava – da parte sia dei contendenti che dei giurati: il *dikázein* – incontriamo alcune note affermazioni di Aristotele. Già nel ripercorrere le riforme soloniche stimate «più favorevoli al popolo»¹⁸ (tra cui appunto l'istituzione dell'*Heliáia* e la tanto discussa *éphesis*), il filosofo rilevava infatti che «quando il *dêmos* è padrone del voto [in tribunale] (*kýrios tês psêphou*) diviene padrone della costituzione (*kýrios tês politéias*)»; così come altrove si diceva persuaso che in una democrazia fosse cittadino chi, in primo luogo, avesse accesso alla funzione di *dikastês*¹⁹. La «padronanza» nel (e del) voto – soprattutto in sede giudiziaria – poteva anche rasentare

¹⁵ Posso rinviare, in proposito, a STOLFI 2020, p. 219 ss. ove bibl.

¹⁶ Un'analisi di questo termine – nel suo duplice significato di seduzione e persuasione –, da ultimo, in PEPE 2020, p. 15 ss. Cfr. anche STOLFI 2020, p. 219 ove bibl. Proprio un testo teatrale evoca con la massima enfasi la forza di una personificata e deificata *Peithó*. Si tratta delle *Eumenidi*, nella parte successiva all'assoluzione di Oreste. Vi torneremo più avanti, al § 4; cfr. intanto STOLFI 2021-2022, cap. II § 4 ove bibl. Per qualche considerazione circa il rapporto, nel confronto politico, fra pratiche della persuasione e principio di maggioranza cfr. MAFFI 2012, p. 24 ss.

¹⁷ Risiede appunto in questo la prestazione propria di quella particolare forma di eguaglianza artificiale – che non rimuove le oggettive differenze, ma le sospende in un'irrelevanza politica – denominata dai Greci *isótes* (e quindi distinta dalla *homoiótes*: STOLFI 2020, p. 133 ove bibl.). Questa è in effetti la radice che rinveniamo in una serie di termini fondamentali del lessico politico ateniese fra V e IV secolo a.C.: come *isonomía*, *isotimía*, *isokratía*, *isogonía*. Non manca l'aggettivo *isósephos* («eguale nel voto»), impiegato ad esempio da Euripide: *Supplici*, v. 353 (ma non è da trascurare anche la sua ricorrenza in Tuciddide, *La guerra del Peloponneso* 3.11.4, su cui RAAFLAUB 1985, p. 155). Circa il tema della *isosephía* in Eschilo ed Euripide, con particolare riguardo alle rispettive *Supplici*, si veda MUSTI 1997, p. 33 ss. L'aggettivo connesso (*isósephos*), pur se se riferito all'eguaglianza fra i voti dei giudici, è anche in *Eumenidi*, v. 741 e 795: cfr. più avanti, § 4.

¹⁸ *Demotikótata*: lo stesso aggettivo usato da Isocrate (*Areopagitico*, v. 16) riguardo alla figura di Solone nel suo complesso. Su di lui come *demotikótatos* cfr., di recente, LODDO 2018. A un'altra e non meno rilevante ricorrenza dell'aggettivo si accennerà più avanti, nt. 45.

¹⁹ I due luoghi aristotelici cui alludo sono *Costituzione degli ateniesi*, v. 9.1-2 e *Politica*, v. 3.1.1275a-b. Per un loro esame, assieme ad altri passi di contenuto affine, posso rinviare a STOLFI 2020, p. 192 ss. ove bibl.

l'arbitrio, o almeno essere raffigurata in questi termini²⁰. È noto, del resto, che proprio i *dikastai* erano gli unici esercenti una funzione pubblica non tenuti a rendere conto del proprio operato, se non nell'ipotesi di spergiuro – che peraltro era, di fatto, pressoché indimostrabile: sarebbe infatti occorsa la prova di una decisione segretamente assunta in dispregio del «giuramento elastico» a suo tempo prestato.

In particolare i giudici non erano soggetti alle azioni²¹ con cui poteva farsi valere la responsabilità di un magistrato per quanto compiuto nel corso della carica. Tali mezzi processuali – denominati *euthynai* – ci appaiono davvero emblematici della limitazione del potere, e quindi del suo legittimo esercizio, nell'Atene del V secolo. Al punto che il teatro, soprattutto eschileo, propone più volte figure dispotiche che si connotano proprio per esservi assolutamente sottratte. Così nel caso di Serse – di cui nei *Persiani* (v. 213) viene detto che «non ha da rendere conto alla città (*ouch hypéuthynos pólei*)» – e persino di Zeus, indicato come «un monarca non tenuto a rendere conto (*mónarchos oud'hyéuthynos*)» nel *Prometeo incatenato* (v. 324). Locuzioni che anticipano l'aggettivo *anéuthynos*, poi ricorrente nel linguaggio politico²², mentre in un'altra tragedia di Eschilo (*Supplici* 371) ne incontriamo una variante a proposito di Pelasgo. Questi è infatti descritto come «signore immune da giudizio (*prýtanis ákritos*)»²³: ma ciò accade solo da parte delle Danaidi, allorché insistono affinché sia egli soltanto a decidere del loro destino, accogliendone le suppliche – tale qualifica, pur se non contestata in modo esplicito, è perciò smentita dal comportamento poi effettivamente tenuto dal sovrano di Argo²⁴.

Per tornare al rilievo del voto nella prassi democratica di Atene (in tribunale, ma non solo), un dato deve essere però sottolineato con forza: anche perché contribuisce a chiarire le ragioni di tanta enfasi attribuita al suo diverso esito, nelle tre scene che ripercorreremo. Mi riferisco al carattere in certo modo traumatico assunto dalla decisione tramite voto – rivelatrice di una scissione interna al corpo civico, che ogni volta rischiava di minarne la già precaria coesione. Nessuno meglio di Nicole Loraux ha saputo cogliere, nelle fonti²⁵, l'affiorare di que-

²⁰ Penso soprattutto alla contrapposizione tra due forme di «padronanza» – una «relativa» (già sul piano grammaticale) e legittima, l'altra «assoluta» e perciò assai pericolosa – che Lisia instaurava fra il voto, e quindi il potere, dei giudici e la forza vincolante della legge. Cfr. *Per l'uccisione di Eratostene* §§ 29 e 36, ove troviamo un *nómos kyrióteros* a cui rischia di venire anteposta – qualora, ovviamente, la decisione non vada nella direzione auspicata dal logografo – una *pséphos kyriotáte*. Ho cercato di approfondire il punto in STOLFI 2012a, spec. p. 127 ss.; ma cfr. anche STOLFI 2020, p. 141 ss. ove altra bibl. In ulteriori fonti la stessa alterità fra legiferare e giudicare sembra di fatto attenuarsi, almeno a fini retorici. Lo stesso Lisia, e ancora per esercitare una pressione psicologica sui *dikastai*, non esitava a identificare questi ultimi in autentici legislatori (*nomothetai*). Nella *Contro Alcibiade* – che verte su un'accusa di diserzione di cui per la prima volta si tornava a trattare dopo la restaurazione democratica del 403 – così egli si rivolge ai giudici (§ 4): «è naturale che voi siate non solo giudici ma al tempo stesso legislatori, nella consapevolezza che in base alla vostra decisione di oggi si regolerà in futuro la città per questi casi».

²¹ Su cui, per tutti, BISCARDI 1982, p. 59 ss. ove bibl. e HANSEN 2003, p. 326 ss.

²² Lo impiega per la prima volta Erodoto, con analoga portata: si tratta infatti di una delle ragioni di critica al governo monarchico attribuite a Otane, in *Storie* 3.80.3. Sul possibile riferimento, in quel contesto, anche al «principe de majorité» cfr. MAFFI 2012, p. 22 ss.

²³ «Quasi un ossimoro», col sostantivo che «richiama la funzione [...] dei membri dell'esecutivo ateniese», mentre l'aggettivo «contraddice il limite istituzionale delle cariche democratiche»: così PADUANO 2008, p. 19.

²⁴ Lo vedremo meglio più avanti, al § 2.

²⁵ Da *La guerra del Peloponneso* di Tuciddide alle *Elleniche* di Senofonte, sino a non pochi testi tragici e retorici (ma con alcuni precedenti già omerici): LORAUX 2006, p. 55 ss. Cfr. anche LORAUX 1990, p. 89 ss.

sta profonda e ricorrente inquietudine, che accompagna – ombra scomoda ma inseparabile, come tante volte accade in Grecia – ciò che per altri versi appare una conquista e un valore della città democratica. Davvero non mancano le tracce di un dispositivo antropologico e istituzionale per cui ogni delibera assunta conteggiando i favorevoli e i contrari recava in sé qualcosa di lacerante ed eversivo. Queste situazioni, anziché considerate inevitabili (o persino fisiologiche, secondo il nostro odierno sentire), erano percepite come un dato allarmante: sintomo di una frattura che rendeva Atene una «città divisa», e potenziale apportatore di violenza e soprusi da parte della maggioranza, tanto più se «schiacciante» (si noti il termine, che ancora impieghiamo in simili frangenti). Al che si legava, quando una decisione fosse in tal modo raggiunta, la rinuncia a ogni «lessico della vittoria», quasi nel rimpianto dell'unica soluzione in grado di salvare la *pólis* dalla discordia: quella all'unanimità²⁶.

Non dimentichiamo, del resto, l'ambivalenza o lo slittamento semantico che interessarono due termini chiave del vocabolario pubblico del tempo: quali, rispettivamente, *demokratía* e *stásis*. Se è evidente, per la prima, la derivazione dai sostantivi *dêmos* e *krátos*²⁷, sarebbe davvero troppo sbrigativo renderla come «potere del popolo», e ingannevole attribuirle una portata tutta positiva²⁸. Da una parte, infatti, il *dêmos* si identificava con la sola cerchia dei *politai*: a esclusione quindi di schiavi ed ex schiavi, donne, minorenni, come pure di quanti fossero incorsi in *atimía* e di stranieri anche stabilmente residenti ad Atene²⁹. Ma in alcune circostanze lo stesso *dêmos* veniva a indicare un gruppo ancor più ristretto: la massa dei meno abbienti, superiori per numero, oppure quanti si trovavano riuniti in Assemblea³⁰, o ancora la maggioranza che in quella sede assumeva una decisione. Da parte sua, *krátos* costituiva una delle numerose voci greche suscettibili di assumere un significato sia positivo che negativo, così da potersi tradurre tanto come «(giusto) potere» quanto come «violenza»³¹. E se è vero che la prima accezione appare prevalente nel corso dell'esperienza democratica, non può essere sottovalutata la circostanza che proprio *krátos* – «parola ingombrante», che alludeva alla supremazia di una parte sull'altra, e quindi al loro attrito all'interno della *pólis* – «è stranamente assente

²⁶ Così LORAUX 2006, p. 69 ss. Cfr. anche LORAUX 1990, spec. p. 108, ove era segnalato, per l'immaginario delle assemblee greche, un «attachement compulsif à l'Un, seule forme admissible de la Cité». Circa il rapporto fra unanimità (in particolare nelle assemblee omeriche) e principio di maggioranza si vedano inoltre RUZÉ 1984, p. 247 ss. e MUSTI 1997, spec. p. 26 ss.

²⁷ O – il che non cambia molto – dal verbo *kratéin*: così in particolare nella sua prima ricorrenza, pur se ancora in forma di perifrasi, nelle *Supplici* eschilee. Cfr. più avanti, § 2 e nt. 65.

²⁸ Al contrario «è quasi certo che [...] sia stato in principio impiegato con una connotazione negativa»: MOSSÉ 2006, p. 60. Ulteriori indicazioni, anche bibliografiche, in STOLFI 2020, p. 123 ss., spec. 128.

²⁹ Anche in questo la democrazia davvero si presenta ai nostri occhi come «allargamento di un privilegio, piuttosto che come la realizzazione di un diritto universale». Così VEYNE 1989, p. 89; ma cfr. anche CANFORA 2004, p. 85. Quale un privilegio era del resto concepita da tutti i Greci (non solo, cioè, ad Atene) la stessa cittadinanza: STOLFI 2008, spec. p. 27 ss. ove bibl.

³⁰ Dal momento che «le assemblee non “rappresentavano” il popolo, ma “erano” il popolo»: LOTZE 1997, p. 374.

³¹ Non a caso *Krátos* e *Bia* erano state personificate in divinità: due fratelli, ai quali fu tra l'altro affidata da Zeus la punizione di Prometeo, da incatenare sul Caucaso (oppure su una rupe posta ai confini della terra, prossima all'Oceano) – un atto sulla cui «giustizia» si aprivano sofferse meditazioni, come quella di (o attribuita a) Eschilo. Cfr., da ultimo, STOLFI 2021–2022, cap. III § 2 ove bibl. Su «the Politics of Punishing» di cui sarebbe testimonianza questa tragedia, cfr. ALLEN 2000.

dall'eloquenza civile e dal racconto storiografico, in cui viene regolarmente cancellato a tutto vantaggio di *arché*, nome del potere in quanto potere legittimo»³².

Se dunque combiniamo le diverse accezioni dei due termini che la compongono, anche *demokratía* rivela un'ambiguità di fondo, tutt'altro che tranquillizzante. Possiamo attribuirvi, infatti, sia il senso di «legittimo potere dell'intero popolo» sia, all'estremo opposto, quello di «violenza della maggioranza» – come pure di «predominio della massa»³³. Al di là delle sfumature impresse dalle connotazioni ideologiche di chi via via se ne serviva, il punto è che l'idea stessa di *demokratía* – assai più divisiva di quanto non fosse, ad esempio, *isonomía*³⁴ – evocava antagonismi e coesistenze precarie, quasi mai pacifiche. Incarnava la massima aspirazione di molti ateniesi e il suo doppio oscuro, un due-in-uno che integra ma anche destabilizza³⁵, così da esigere atti di forza, occultamenti o rimozioni. Lontana da ogni connotazione irenica, la democrazia era dialettica aspra e capillare; partecipazione tanto assidua da farsi «militanza»³⁶; costante agone pubblico di orientamenti e discorsi volti a sostenerli o contrastarli.

A sua volta, la posizione che ciascuno assumeva in questi confronti era denominata *stásis*. Ma lo stesso vocabolo poteva designare il gruppo che condivideva la medesima linea politica, e infine il conflitto (spesso tutt'altro che metaforico) con chi si era diversamente schierato³⁷. Un fenomeno, quest'ultimo, frequente nella prassi quanto denso di implicazioni teoriche: tanto che è stato suggerito di individuarvi l'autentica soglia «di politicizzazione o di depoliticizzazione» operante «nel sistema della politica greca»³⁸. E proprio la *stásis*, nella terza accezione, costituiva uno dei grandi pericoli che incombevano sulla città, inclusa quella democratica: un incubo sempre riaffiorante nel suo immaginario.

Non a caso anche la produzione tragica – dalle *Eumenidi* al *Prometeo incatenato*, dall'*Antigone* all'*Edipo tiranno* e all'*Eracle* euripideo – contiene molteplici e incisivi richiami alla *stásis*: e non di rado in stretta interazione³⁹ con la tirannide, l'altro «male congenito della vita politica»⁴⁰. Questa

³² Così LORAUX 2006, p. 129 ss. Quanto appena osservato non può affatto stupire, se consideriamo che *krátos* si connotava, entro l'articolato lessico della forza attestato già in Omero, nel senso di evocare superiorità o preminenza: BENVENISTE 1976, p. 340 ss. Circa il rilevante scarto semantico fra *krátos* e *arché*, cfr. anche PABST 2003, p. 14 ss.

³³ In quest'ultima accezione il termine è ad esempio impiegato da Aristotele, allorché vi individua una forma già degenerata di costituzione, che sta alla *politéia* come la tirannide alla monarchia e l'oligarchia all'aristocrazia (*Politica* 3.1279a-b).

³⁴ Che con essa è stata troppo spesso sovrapposta, ma rivela in realtà uno sfondo ideale ben diverso – aristocratico, nella sostanza, e in funzione prettamente antitirannica. Cfr., di recente, STOLFI 2020, p. 132 ss. ove bibl.

³⁵ Come sempre accade nelle procedure di «assimilazione escludente» realizzate dalla macchina politica, con «la prepotenza di una parte che si vuole tutto cancellando l'altra»: ESPOSITO 2013, p. 5.

³⁶ Nel senso in cui il termine è stato usato da VEYNE 1989, p. 73 ss.

³⁷ In merito a questa stratigrafia di significati posso rinviare a STOLFI 2012b, p. 16 ss. ove bibl. Sull'incubo della *stásis* che aleggia sul gioco politico greco, scandito dal «principe de majorité», anche MAFFI 2012, spec. p. 24.

³⁸ Così AGAMBEN 2013, p. 24 (ma tutto il suo studio, che integra e sviluppa contributi risalenti a Nicole Loraux, merita di essere letto con attenzione).

³⁹ Non priva, a sua volta, di riscontri nell'effettiva vicenda delle *póleis*. In genere, circa le relazioni storiche fra tirannide e *stásis*, cfr. GEHRKE 1997, spec. p. 459 ss. Sul piano della speculazione filosofica e politologica che tutto ciò innestò, fondamentale è soprattutto l'apporto platonico. Ne ricostruisce snodi importanti, ad esempio, CARILLO 2007, spec. p. 102 ss. Ulteriori indicazioni, da ultimo, in STOLFI 2021-2022, cap. III § 1.

⁴⁰ Così STRAUSS 1968, p. 31. La dimensione tirannica è peraltro, al tempo stesso, anche ciò che per natura è (o dovrebbe essere) estraneo a quella sfera – che in termini aristotelici (*Politica* 3.1287a) si dà esclusivamente entro una comunità

del *tyrannos* costituisce poi, anche da sola, una presenza scenica martellante (e non di rado ambigua)⁴¹, così da rivelarci molto del modo in cui quella forma di governo (e neppure essa soltanto, in verità) era percepita nell'Atene del V secolo. Quel fenomeno, infatti, non si lasciava liquidare come una patologia circoscritta e contingente⁴², ma quasi assurgeva a sinistro paradigma del potere⁴³. Qualcosa di inscritto nel suo codice genetico: tale da incarnarne, assieme, la manifestazione più eclatante (in negativo) e il nucleo più riposto, con cui è però inevitabile fare i conti. Un fondo oscuro che era costantemente sul punto di riemergere⁴⁴, anche (se non soprattutto) nella città democratica⁴⁵.

cittadina «costituita di simili». Indicativa è ad esempio la terminologia impiegata, in *Costituzione degli ateniesi* 16.2, per valutare non negativamente Pisistrato, che avrebbe governato ad Atene «in modo più politico (o più proprio di un cittadino: *politikós*) che tirannico» (*tyrannikós*). Sul punto, di recente, CARILLO 2019, p. 79 e nt. 1.

⁴¹ Come polisemico, nel tempo, ci appare lo stesso sostantivo *tyrannos*. A lungo esso non aveva presentato connotazioni dispregiative, per designare niente più che il «signore», cioè chi da solo guidasse una comunità, e non di rado per aver dato prova di eccezionale talento, con veri e propri tratti eroici (vi insiste ad esempio CATENACCI 1996, spec. p. 11 ss., 31 ss.; ulteriori indicazioni, anche bibliografiche, in STOLFI 2021-2022, cap. III § 1).

⁴² Oltre tutto, di fatto, superata da tempo (con l'esperienza, neppure poi troppo drammatica, di Pisistrato e dei suoi figli) e ormai respinta da tutti, democratici e oligarchici. Proprio questo deve indurci a riflettere, per «scoprire la chiave di tante figure di tiranni che occupano il palcoscenico [...] in un'epoca in cui Atene è libera da tiranni». Così LANZA 1977, p. 61; ma si veda anche, fra i molti, UGOLINI 2000, p. 113 ss.

⁴³ Di cui i Greci, del resto, «avevano una concezione tragica», così da pensare il suo «esercizio come «indisgiungibile dall'arroganza di chi lo deteneva, e dall'invidia di chi lo subiva – compagne immancabili, e infallibili apportatrici di rovina»: SCHIAVONE 2019, p. 23. Già riteneva che «in ogni rappresentazione del tiranno [...] è resa manifesta la paura che al potere sempre si accompagna» LANZA 1977, p. 45. La «tirannide scenica» costituisce pertanto – scrive SCHIRRIPA 2003, p. 201 – una «situazione limite, perfetta per incarnare la “tragedia del potere”».

⁴⁴ E nel quale confluiscono «tutti gli aspetti dell'agire umano che l'ideologia politica rifiuta»: LANZA 1977, p. 190. Si veda ora anche STOLFI 2021-2022, cap. III ove altra bibl.

⁴⁵ La quale, a sua volta, non nascondeva la sua natura di «tiranna» nei confronti di altre *póleis*. Significativo quanto leggiamo in Tucidide, *La guerra del Peloponneso* (1.122.3, 1.124.3, 3.37.2 e ancor più) 2.63.2. Coglie in quest'ultimo passo una «tetra concezione bellicista e di dominio» MUSTI 1997, p. 129. Quanto meno, possiamo trovarvi conferma che – come scrive VEGETTI 1996, p. 58 – «la città isonomica [...] è [...], simultaneamente, ingiusta e tiranna all'esterno». Cfr. anche LANZA 1977, p. 236 ss. e ora STOLFI 2021-2022, cap. III § 1, entrambi con altra bibl. Un nesso, pur se probabilmente troppo univoco e immediato, fra questi tratti della politica estera ateniese e una figura tragica quale l'Edipo sofocleo era proposto da KNOX 1954, spec. p. 100 ss., secondo cui «the character of Oedipus is the character of the Athenian people» e tutto l'*Edipo tiranno* intenderebbe rappresentare la città che ambiva a diventare «tyrannos of Greece». Più in generale, circa il rapporto fra tirannide e democrazia, è noto come gli interpreti più critici della seconda non esitassero a enfatizzare la sua discendenza dalla prima, o almeno la loro contiguità. In particolare, Aristotele rilevava che «il tiranno è scelto dal popolo (*dēmos*) e dalla massa (*plēthos*)», precisando che «la maggior parte dei tiranni sono stati demagoghi che si sono acquistati la fiducia del popolo con le calunnie ai danni dei notabili»: *Politica* 5.1310b. La qualifica di «demagogo» ricorre anche riguardo a Pisistrato (*Costituzione degli ateniesi* 22.3), in connessione – assieme alla carica di *stratēgós* – con la tirannide da lui assunta, e a cui non poco aveva giovato la sua fama di «uomo estremamente democratico (o molto amico del popolo: *demotikótatos*)»: *Costituzione degli ateniesi* 14.1. Coglie nel giudizio su Pisistrato «una concreta visione della continuità tra *leadership* popolare e tirannide» CANFORA 2013, p. 61, che ne segnala poi (p. 363 ss.) l'«ideale ricongiungimento» con la narrazione plutarca riguardo ad Alcibiade, anch'essa segnata dalla «vicinanza, almeno dal punto di vista della base sociale, tra democrazia e tirannide». Alle spalle dell'elaborazione aristotelica vi era una consolidata tradizione, che coinvolgeva le voci più ostili alla democrazia, come lo Pseudo-Senofonte (o Vecchio Oligarca) della *Costituzione degli ateniesi* e Platone (cfr. soprattutto *Repubblica* 8.562c-566b). In proposito si vedano almeno MOSSÉ 1969, p. 134 ss.; MCGLEW 1993, p. 208 ss.; UGOLINI 2000, p. 118 ss. ove altra bibl.; CARILLO 2007, p. 104 ss. Ad avviso di quest'ultimo, almeno nella rappresentazione platonica «con la tirannide la democrazia non si snatura ma rivela il proprio carattere duplice, il suo essere al tempo stesso democrazia e tirannide». Anche secondo CURI 2003, p. 35, sempre in riferimento al pensiero platonico, la democrazia mai «evolverebbe» a tirannide, se «anche» tirannica non fosse già nella sua originaria identità».

Ne troveremo alcune tracce – pur inevitabilmente allusive e oscillanti – anche riguardo a figure che, sotto altri profili, appaiono senz’altro legate alle pratiche istituzionali dell’Atene di metà V secolo: a cominciare appunto dal risalto da loro attribuito a una votazione⁴⁶. Per concentrarsi ora su quest’ultima, è opportuno un ultimo rilievo. Essa potrebbe apparire, nell’economia dei nostri testi (soprattutto i primi due), un aspetto alquanto specifico, quasi un dettaglio. In realtà si tratta di un elemento, ogni volta, tutt’altro che secondario. La sua portata si rivela anzi, per molti versi, determinante: e non solo laddove s’identifica nell’evento scenico saliente, come nel dramma conclusivo dell’*Oresteia* (ma, per molti versi, già nelle *Supplici*). Vi è comunque dietro – anche nelle altre circostanze, incluse quelle non affrontate in queste pagine – una rete di ben riconoscibili connessioni con regole e idealità che scandivano la vita istituzionale di quei decenni. Col voto quale funzione primaria (in un alterno e delicato rapporto, talvolta, col sorteggio)⁴⁷ entro le molte attività di comune interesse di cui il *dêmos* era direttamente chiamato a occuparsi. Ma anche quale gesto che rischia di disattendere il proprio scopo e di non chiudere definitivamente una questione – per alimentare, al contrario, una sorda spirale di recriminazioni e rivalse –, se non accompagnato da buone pratiche di governo.

2. Argo metafora di Atene: una situazione idealizzata, e i suoi retroscena

Il primo testo di cui vorrei occuparmi illustra in modo assai felice quest’intreccio di motivi, nonostante (ma forse, in realtà, anche in ragione di) una idealizzazione democratica che nitidamente vi compare. Si tratta delle *Supplici* di Eschilo, rappresentate negli anni Sessanta del V secolo: nel 463, con buona probabilità⁴⁸. Non ne ripercorro nel dettaglio la trama, del resto assai nota.

Basti segnalare il tipico dilemma tragico dinanzi al quale si trova Pelasgo, re di Argo. L’alternativa che gli si prospetta è infatti di quelle che non contemplan soluzioni «giuste» o «sbagliate». Quale che sia la decisione, rischiano di scaturirne effetti nefasti per la città: l’ira divina (col conseguente *miasma*)⁴⁹, ove non si accolgano le cinquanta figlie di Danao – le

⁴⁶ Con l’intangibilità del suo esito: mi riferisco alla caratterizzazione di (Menelao e soprattutto) Agamennone nell’*Aiace* di Sofocle. Cfr. più avanti, § 3, nonché STOLFI 2021-2022, cap. III § 5 ove altra bibl.

⁴⁷ Che notoriamente ebbe in alcuni ambiti, durante la prima e più radicale stagione della democrazia ateniese, una netta prevalenza. Così ad esempio per la scelta dei magistrati (esclusi quelli militari e in materia finanziaria) e dei membri di *Bulé* e *dikastéria*: tutti ambiti in cui si stimava che l’eguaglianza fra i cittadini potesse essere lesa dalla preminenza di un candidato a eventuali votazioni, e che comunque l’effettiva pari opportunità nell’accesso alle cariche fosse da anteporre al rischio di selezionare persone incapaci (dal che, come noto, un motivo ricorrente nella critica socratico-platonica alla democrazia). Circa questo significato del sorteggio, che caratterizza la democrazia del V secolo e concorre a differenziarla da quella del IV, per tutti, HANSEN 2003, spec. pp. 82 ss., 338 ss.

⁴⁸ Una data che MEIER 2000, p. 111, ad esempio, considera «assodata». Pensava peraltro a un paio d’anni più tardi SALANITRO 1968, p. 311 ss. ove bibl.

⁴⁹ Il termine ricorre al v. 472 e poi v. 619 (in genere, sulla nozione di *miasma*, assente nell’epica ma così incisiva nei tragici e in tutta la cultura del V secolo, cfr. almeno PARKER 1983, spec. p. 104 ss. e GIORDANO 2014, p. 291 ss. ove altra bibl.). Ma incontriamo il verbo connesso (*miáimetai*) già al v. 366, laddove è chiarita la ragione per cui le conseguenze si produrrebbero nei confronti dell’intera città (in forma, appunto, di contaminazione e contagio) e non del solo Pelasgo.

supplici, appunto⁵⁰ – che cercano di sottrarsi al forzato matrimonio coi cugini, figli di Egitto; la guerra con quest'ultimo, qualora invece venga dato asilo alle fanciulle. Da qui una celebre enunciazione (al v. 380) del sovrano greco, incerto se «agire o non agire», e quindi costretto a decidere se «affrontare (o tentare: *heléin*) la sorte» con l'accogliere le Danaidi – ove non a caso il verbo che traduciamo con «agire» è *drân*, che indica il compimento dell'azione e la relativa, piena volontà (con eventuale responsabilità)⁵¹. Mutato quanto che è da mutare, il bivio non è troppo diverso da quello davanti al quale lo stesso Eschilo, pochi anni più tardi, porrà Atena⁵². Nelle *Eumenidi* (v. 480 ss.) anche lei dovrà infatti constatare come, in merito a Oreste, non vi sia una via d'uscita del tutto appagante (almeno sino all'istituzione dell'Areopago), poiché «entrambe le soluzioni – tanto l'accogliere quanto il respingere costui – sono irrimediabilmente motivo di dolore per me».

La dea riterrà di non potere, da sola, dirimere una questione tanto delicata, come non lo potrebbero esclusivamente degli uomini (*Eumenidi*, vv. 470-472). Da qui la sua decisione di costituire un tribunale, alla cui prima pronuncia ella stessa parteciperà, ma che è formato in primo luogo da giudici scelti «fra i migliori cittadini (*astôn tà béltata*)»⁵³. In modo simile – pur se per ragioni almeno in parte diverse⁵⁴ – Pelasgo stima necessario, per assumere qualsiasi delibera, acquisire il consenso del *dêmos*. È quest'ultimo, del resto, che dovrebbe scontare le conseguenze della scelta, quale essa sia⁵⁵, e a lui il sovrano intende rivolgersi non imponendo la forza del comando, ma esercitando la persuasione (*peithô*: *Supplici* 523)⁵⁶. Anche a fronte dell'assoluta identificazione fra il suo potere e la città prospettata dal coro

Questi, infatti, rileva come le Danaidi non siano assise presso il focolare della sua casa, bensì in un luogo pubblico. Anche questa corretta demarcazione tra sfera dell'*idion* e del *koinón* contribuisce alla forte connotazione antitirannica, se non addirittura democratica, del sovrano argivo. Vi torneremo fra breve, nel testo e ntt. 57 ss.

⁵⁰ Benché a loro volta non immuni da tratti «hybrastici», nei confronti sia di Zeus che dei cugini. Al primo si rivolgono con fede vibrante, ma come invocando un atto dovuto, non compiendo il quale il dio è quasi minacciato di «giusti biasimi» (v. 168 ss., ove non a torto MEIER 2000, p. 113 coglie un tratto «blasfemo»). Rispetto ai secondi esse non si limitano a sottrarsi a ogni tentativo di seduzione, ma ritorcono una violenza eguale e contraria (su cui cfr., per tutti, DETIENNE 1990, p. 32 ss. e SISSA 1992, spec. p. 121 ss.). Senza dimenticare l'atteggiamento riguardo alla propria condizione femminile, negata (secondo la sensibilità greca) dal troppo perentorio rifiuto di ogni soluzione matrimoniale: SNELL 1969, spec. p. 68 ss.; LESKY 1996, p. 151 ss. ove altra bibl.; ZEITLIN 1988, p. 231 ss. Ciò non toglie, naturalmente, che nel testo siano sì presenti espliciti richiami alla *hybris* (o termini connessi), ma riferiti esclusivamente ai figli di Egitto: anche quando è Pelasgo a parlare – come al v. 487 –, e non solo le Danaidi (per le quali cfr. i vv. 30, 81, 104, 426, 528, 817).

⁵¹ Così da evocare «la più forte attività fra tutti i verbi greci che significano il fare»: SNELL 1969, p. 16 ss. Non sarei quindi convinto che in certi impieghi eschilei del verbo (come, appunto, quello ricordato nel testo) manchi «la coscienza d'alcune alternative», come riteneva RIVIER 1968, spec. p. 28 ss. Cfr. anche STOLFI 2021, § 1.

⁵² Ha insistito su questa simmetria, in particolare, PATTONI 2011, p. 139 ss.

⁵³ Così in *Eumenidi*, v. 487. Vi torneremo al § 4. Cfr. intanto STOLFI 2021-2022, cap. II § 3 ove bibl.

⁵⁴ Che rimangono forse troppo implicite nel confronto che, fra le due tragedie, propone MEIER 2000, p. 120 ss., il quale pure giustamente osserva come nelle *Supplici* sia «chiaro che la decisione può esigere troppo da chi è al potere».

⁵⁵ Emblematico quanto, rivolto alle Danaidi, Pelasgo sostiene ai v. 366 ss.: «se la macchia deve contaminare l'intera comunità, il popolo intero dovrà predisporre rimedi. Pertanto io non posso promettervi alcunché, se prima non mi consulto con tutti i cittadini» (con duplice ricorso, sull'arco di quattro versi, al lessico del *koinón*).

⁵⁶ Circa il significato della strategia suasoria di Pelasgo, nonché su tutta l'opposizione che nelle *Supplici* riscontriamo fra *peithô* e *bia*, importante BUXTON 1982, p. 67 ss. Dello stesso Pelasgo che *épeithe* (convinse, appunto) il popolo parla Danao al v. 615, che subito dopo (v. 623) designa come *eupéithês* i suoi accorgimenti argomentativi (i suoi «giri» di discorsi).

delle Danaidi (v. 370 ss.), il re argivo esclude di stabilire da solo la sorte di queste ultime, ossia di esserne «giudice» (v. 397 ss.).

Egli incarna, in tal modo, il volto migliore del governo monarchico: guidato da senso della misura e spirito di condivisione, aperto al confronto nella gestione di quanto sia comune (*koinón*)⁵⁷. Coerente, e sintomatica, la terminologia adottata dal tragediografo, che mai parla di Pelasgo come di un *týrannos* (e neppure della sua sovranità alla stregua di una *monarchía*)⁵⁸. Egli è piuttosto presentato – e anche denominato da sé stesso – quale *ánax* (parola, già omerica, della più antica regalità, immune da tratti autocratici o arbitrari)⁵⁹ oppure *archeghêtes*⁶⁰. Detiene sì un *krátos* sulla città – come egli per primo dichiara, ai vv. 255 e 259 –, ma deve nondimeno rispondere ai suoi membri del proprio operato. E se, come ricordato⁶¹, al v. 371 viene descritto dalle Danaidi quale «signore immune da giudizio», il suo contegno pubblico si colloca pressoché agli antipodi di una simile qualifica.

Proprio il diffuso (e decisivo) coinvolgimento del popolo fa di Pelasgo una sorta di «sovranità democratica»⁶², in modo alquanto anacronistico ma per noi rivelatore. Una simile caratterizzazione partecipa di quella «vera e propria paideia democratica che percorre l'intero dramma»⁶³: laddove Argo diviene palese «metafora» dell'assetto di recente affermatosi ad Atene⁶⁴, e che è qui oggetto (pur se appunto indiretto) di una raffigurazione tutta in positivo. Non a caso, probabilmente, è proprio questa tragedia a conservare (ai vv. 397 ss.; ma cfr. anche i vv. 370 ss.,

⁵⁷ Mentre è caratteristico del tiranno – come il Pisistrato del discorso che gli attribuisce Aristotele (*Costituzione degli ateniesi* 15.5) – riservare esclusivamente a sé la gestione degli affari comuni (*tà koiná*), lasciando che i suoi concittadini si occupino solo di quelli privati (*tà ídia*). Altre volte (*Politica*, 3.1287b) il filosofo poneva alla base dell'istituzione tirannica proprio la distorta applicazione «of a principle of domestic domination to the city»: MCGLEW 1993, p. 28.

⁵⁸ Che troviamo qualificata «amara (o dura: *pikrá*)» in un'altra opera eschilea: *Sette contro Tebe* 882. L'espressione è qui da intendere, con ogni probabilità, in un duplice senso: rispetto al contesto della vicenda, ma anche in chiave politica, al fine di «stigmatizzare [...] il governo di uno solo, necessariamente apportatore di mali» (così GIORGINI 1993, p. 155). La sovrapposizione – quasi la fungibilità – tra *mónarchos* e *týrannos* è del resto ben percepibile in un brano notissimo, di poco posteriore al lavoro di Eschilo: quello dedicato al presunto dibattito fra Dario, Megabizo e Otane, nel terzo libro erodoteo. Cfr., con particolare riguardo a tale slittamento terminologico, GIORGINI 1993, p. 175 e GASTALDI 2008, p. 27. Nel complesso, è verosimile che solo in quegli anni la distinzione fra monarchia e tirannide stesse acquisendo una nitida fisionomia – per divenire presto pressoché canonica, come nelle parole di Socrate in Senofonte, *Memorabili* 4.6.12 (stimate emblematiche da DI MARCO 1980-81, p. 170). Anche nella dottrina del medico Alcmeone, riferita da Aezio – ove è instaurata un'eloquente polarità tra *isonomia* e *monarchía* – quest'ultima è probabilmente da identificare con la tirannide. In tal senso, ad esempio, THOMSON 1949, p. 306 ss. e CAPIZZI 1995, p. 89 ove altra bibl.

⁵⁹ Cfr., per tutti, CARLIER 1984, p. 215 ss. Per le sue ricorrenze nella nostra tragedia si vedano i vv. 252, 349, 616, 835, 908.

⁶⁰ Ai vv. 184 e 251. Circa l'articolato lessico della sovranità cui Eschilo ricorre a proposito di Pelasgo, si vedano GIORGINI 1993, p. 155 ss. e PATTONI 2011, p. 131, nonché ora STOLFI 2021-2022, cap. III § 2.

⁶¹ *Supra*, al § 1 e nt. 23.

⁶² Sul punto, fra gli altri, PODLECKI 1966, p. 46 ss.; SALANITRO 1968, p. 324 ss. ove bibl.; MUSTI 1997, p. 36 ss.; MEIER 2000, spec. p. 122 ss.; PATTONI 2011, p. 127 ss. Qualcosa di analogo può dirsi per il Demofonte degli *Eraclidi* di Euripide (un «democratico re di Atene», secondo LANZA 1997, p. 118), come pure per il Teseo delle sue *Supplici* (cfr. almeno LANZA 1977, p. 102 ss.; DI MARCO 1980-81, spec. p. 186; PEPE 2000, p. 205; STOLFI 2021-2022, cap. III § 1 ove altra bibl.) e poi dell'*Edipo a Colono*. Anche in quest'ultima opera è stimato indispensabile, per stabilire la sorte del supplice Edipo, una «decisione della città» (v. 47 ss.), e non solo di chi è alla sua guida. Siamo di fronte a un'altra evidente idealizzazione, ribadita da quanto lo stesso Teseo afferma di Atene (v. 913 ss.): una *pólis* «che nulla fa (o governa: *kráinousan*) senza il *nómos*».

⁶³ In tal senso CANFORA 2010, p. 157 ss. (le parole citate sono a p. 158). Cfr. anche MEIER 2000, spec. p. 120 ss.

⁶⁴ Così MUSTI 1997, pp. 20 e 39.

604 e 942 ss.) la prima testimonianza della nozione di *demokratía* – sebbene solo in forma di perifrasi, poiché il poeta connette *dêmos* e *krátos* (o *kratéin*) senza ancora fonderli in un'unica parola⁶⁵. Ai vv. 388-390 della stessa opera (dunque a breve distanza dalla più incisiva di tali ricorrenze) troviamo inoltre alcuni impieghi del segno *nómos* degni di attenzione. Il vocabolo vi assume senz'altro, pur dove privo di alcuna specificazione, un'accezione integralmente «politica»: di prescrizione fissata da chi detiene il potere cittadino. Anche quest'uso rappresenta in larga misura una (fortunata) novità⁶⁶, tanto più se raffrontato al significato più ricorrente (e risalente) con cui *nómos* compare nella restante produzione eschilea⁶⁷. La democrazia e la legge, dunque, ed entrambe investite di una luce in gran parte inedita, fatalmente connessa ai fermenti e alle svolte di quei decenni febbrili.

Ma accanto ad esse – e in stretta relazione, come a disegnare un trittico ideale, segnato dal nuovo – ecco la pratica della votazione, che più ci riguarda. Tre appaiono, in proposito, gli aspetti salienti. Il primo è di carattere essenzialmente lessicale. Nel senso che Eschilo è fra i primi, ancora una volta, a impiegare una terminologia destinata ad ampia diffusione: con la parola *psêphos* chiamata a indicare non il sassolino, bensì il voto espresso con la sua deposizione nell'urna⁶⁸. Un significato evidentemente assunto per trasferimento metonimico, e tanto forte da far pensare ormai alla votazione *tout court*, a prescindere da oggetti concreti che ne erano coinvolti e forme con cui si realizzava. In effetti le *Supplici* (specialmente ai vv. 606 ss. e 621, ma anche 604) recano tracce pressoché incontrovertibili di una deliberazione assunta dal popolo argivo per alzata di mano. Si tratta dunque di quella modalità decisionale nota come *cheirotonia*: «che è chiaramente un voto palese e, in taluni casi, computabile sommariamente», laddove la *psêphophoría* (che appunto prevede il ricorso alla *psêphos* in senso materiale) «è, o può comunque essere all'occorrenza, un voto segreto e computabile con aritmetica precisione»⁶⁹. In definitiva, l'uso traslato di *psêphos*, per una delibera popolare che nelle *Supplici* non aveva previsto l'impiego di sassolini (ma piuttosto, come appena rilevato, l'alzata di mani), fornisce anche rilevanti informazioni circa gli svi-

⁶⁵ È però davvero molto probabile che si tratti di un genitivo soggettivo, col *dêmos* come titolare di quel potere, e non ad esso sottoposto. Cfr., per tutti, MUSTI 1997, p. 19 ss.; MEIER 2000, p. 122 ss.; GIANGIULIO 2015, p. 47 ss.; STOLFI 2020, p. 126 ove altra bibl.

⁶⁶ Come sottolineano, in particolare, OSTWALD 1969, pp. 43 ss., 58 ss. e DE ROMILLY 2005, p. 19. Ma forse qualche cautela è opportuna: cfr. STOLFI 2020, p. 127.

⁶⁷ Nella quale – anche in riferimento a lavori successivi, come l'*Orestea* – di regola troviamo *nómos* fortemente connotato in chiave religiosa (notoriamente la prima, e persistente, delle stratificazioni semantiche da cui fu coinvolto quel vocabolo: STOLFI 2020, spec. p. 79 ss. ove bibl.). Cfr. ancora OSTWALD 1969, p. 22 ss.

⁶⁸ Così soprattutto ai vv. 8, 640 e 645 (su cui opportunamente si sofferma MUSTI 1997, pp. 20 e 29), come pure 739 e 943. Musti ricorda peraltro (p. 29 ss.) come il verbo connesso – *psêphízesthai* – si prestasse a impieghi letterali, anziché traslati, ancora in autori quali Erodoto e Senofonte.

⁶⁹ In questi termini MUSTI 1997, p. 28. Cfr. anche HANSEN 2003, spec. pp. 220, 298 ss., 371. Quest'ultimo osserva come, almeno nel IV secolo, la *cheirotonia* fosse adottata dal Consiglio dei Cinquecento e dall'*Ekklesia* – i cui «decreti», però, continuarono a essere denominati *psêphismata* –, mentre la *psêphophoría* era tipica del Tribunale. Occorre ricordare, tuttavia, come anche per alcune delibere dell'Assemblea fosse preferita la votazione a scrutinio segreto. Il caso più noto (ma non unico: BISCARDI 1982, p. 63) era costituito dalle decisioni in materia di ostracismo.

luppi del lessico pubblico ateniese. Evoca, cioè, il progressivo affievolirsi della distinzione fra *cheirotoneîn* e *pséphizesthai*⁷⁰.

Il secondo elemento da porre in luce è – già lo abbiamo anticipato – il rilievo stesso che, sul piano ideologico, assume la volontà di Pelasgo di demandare a una votazione popolare la scelta sul destino delle Danaidi. La «buona sovranità» del personaggio mitico si coniuga con l'esaltazione di una pratica che era sempre più al cuore dell'esperienza istituzionale di metà V secolo – esperienza in cui la stragrande maggioranza degli spettatori veniva direttamente e quasi quotidianamente coinvolta. L'intangibilità e la sovranità del voto (oltre tutto, come vedremo, espresso all'unanimità) sono esaltate dal re argivo nel finale della tragedia, ove egli parla di una decisione che è salda «come un chiodo ben confitto» (v. 944 ss.) e nega che qualcosa possa avere autorità superiore (*kyriotéros*) rispetto a quanto disposto dal voto stesso (v. 965). Parole che, nel periodo in cui le *Supplici* furono portate in scena, si caricavano di una fortissima tensione politica: siamo infatti alla vigilia, con ogni probabilità, di quella riforma di Efialte che, comprimendo le funzioni dell'Areopago (ossia riconducendole alla loro originaria configurazione, solo giudiziaria)⁷¹, dilatò il peso politico dell'*Ekklesia*⁷².

Ma l'evidente risemantizzazione politica del mito è espressa, già molto prima, proprio attraverso un richiamo alla *psêphos*, con la difformità delle sue potenziali declinazioni. In effetti, tra gli argomenti che il coro delle Danaidi spende affinché sia il re argivo l'unico a decidere – e ovviamente in senso a loro favorevole – abbiamo già più volte ricordato la qualifica di «signora immune da giudizio». Ma esse invocano, al v. 370, anche la piena identificazione fra lui e l'intera città (*pólis*) e la comunità dei suoi abitanti (*démion*)⁷³. Al punto da dirsi convinte (vv. 373–375) che egli possa tutto stabilire, con cenni del capo (*néumasi*) come unica forma di voto (*nomopsêphoisi*) – la stessa concezione monistica cui rinvia il termine *monóskeptros* (che indica il tenere un unico scettro, e quindi regnare da solo), impiegato un attimo dopo. Qui davvero appare «intenzionale [...] l'accento al voto: alla nullità del voto degli altri di fronte alla validità totalitaria del voto del solo sovrano che – secondo l'erronea e ingenua impostazione del coro – soppianta e surroga la volontà di tutti gli altri»⁷⁴. La

⁷⁰ Cfr. ancora MUSTI 1997, spec. p. 29. Circa la persistenza, nella prassi, dei loro diversi contesti di applicazione cfr. la nt. precedente.

⁷¹ Di lì a breve lo stesso Eschilo fu certamente ispirato da tale fondamentale svolta istituzionale nel comporre le *Eumenidi* (su cui più avanti, § 4; ma cfr. intanto STOLFI 2021-2022, cap. II § 3 ove bibl.).

⁷² Dal che l'immagine, ricorrente fra gli storici, di una «democrazia assembleare» che finì col sostituire la «democrazia del tribunale popolare» già in larga misura affermatasi con Solone: cfr., per tutti, HANSEN 2003, spec. p. 436.

⁷³ «Il popolo intero», come intende l'espressione MEIER 2000, p. 124 ss., ponendola a confronto con certe enunciazioni attribuite a Efialte.

⁷⁴ Così CANFORA 2010, p. 158. Cfr. anche MUSTI 1997, p. 22 e 35 ss. (che coglie un parallelo fra il passaggio appena richiamato e i v. 346 ss. delle *Supplici* euripidee). Non seguirei quindi la perentoria conclusione di MEIER 2000, p. 120 ss., secondo cui le *Supplici* indicherebbero che comunque la decisione «spetta al capo politico» (identificato qui nel sovrano), giacché Pelasgo avrebbe già maturato il proposito di accogliere le Danaidi e si limiterebbe a chiederne una ratifica popolare (oltre tutto «per acclamazione diretta, senza l'usuale procedura dello scrutinio dei voti»). Basti ricordare che le stesse Danaidi – che pure avrebbero tutte le ragioni per assegnare al solo Pelasgo il merito di essere state accolte – parlano al v. 699 di un popolo (*dámion*) argivo che «governa (o comanda: *kratýnei*) la città».

replica di Pelasgo (vv. 397-399) è assai ferma, e tutta all'insegna dell'opportunità politica ancor più che della liceità. Dopo aver escluso di poter essere scelto a (unico) giudice (*krités*), egli afferma risoluto: «non potrei agire senza il (consenso del) popolo neppure se ne avessi il potere»⁷⁵. È forte, in lui, la preoccupazione per i rimproveri che la cittadinanza potrebbe muovergli nell'eventualità di un esito infausto: ossia (v. 401) di aver «perduto la città per onorare degli stranieri». Ecco il suo dover «rendere conto» alla comunità, che le Danaidi non sapevano (o volevano) comprendere, né accettare.

La stessa preoccupazione conduce Pelasgo anche ad approntare una strategia suasoria che poi, effettivamente, si rivela vincente, e nel modo più indiscutibile – dal che il terzo punto per noi rilevante, cui si accennava. Egli costruisce il consenso popolare facendo leva, innanzi tutto (v. 480 ss.), sull'aspetto religioso⁷⁶. Suggestisce infatti a Danao di raccogliere i rami cinti di lana, portati dalle figlie quali simbolo della loro condizione di supplici, e porli sugli altari degli dèi argivi, «perché tutti i cittadini vedano il segno di questa supplica»⁷⁷. Un gesto teso a far sì che nasca compassione per le fanciulle («chiunque è ben disposto nei riguardi dei più deboli») e odio per i loro cugini tracotanti. Queste reazioni, ovviamente, dovrebbero predisporre i sudditi/concittadini a condividere quanto sarà loro proposto da Pelasgo. «Infatti» – egli sostiene, con un'osservazione che certo non passa inosservata – «la gente (*leós*, non *dēmos*) si compiace di criticare (chi ha) il potere (*archés philáitios*)». Ove la parola chiave sembra proprio quel *gár*, che fa di questo rilievo – il quale, altrimenti, potrebbe quasi ammicciare a certi *tópoi* della critica antidemocratica – una ragione a sostegno di un approccio basato sulle pratiche di persuasione anziché sul bruto esercizio del comando (che appunto sortirebbe l'effetto opposto).

Solo a questo punto si procede alla sollecita convocazione del popolo in assemblea (*laòs synkalón enchoríous spēuso*: v. 517 ss.). Quello che vi accade non è visibile allo spettatore, ma viene poco dopo descritto da Danao (v. 600 ss.). Egli rincuora le figlie parlando di decreti (*psephísmata*) sanciti dal popolo e che attribuiscono loro lo *status* di meteci: due evidenti allusioni, a breve distanza, a figure giuridiche dell'Atene del tempo⁷⁸. Invitato a esporre nel dettaglio come ebbe luogo la decisione del *dēmos* (il *kratéin* della sua mano che vota [v. 604]: è uno dei luoghi che presagiscono la parola 'democrazia')⁷⁹, egli riferisce di una delibera

⁷⁵ La parola greca è *kratón*, che potremmo anche intendere come un riferimento alla titolarità del potere *tout court*, ossia alla propria posizione di comando («nemmeno se, come è vero, io sono il capo»). Tende a preferire questa seconda interpretazione MUSTI 1997, p. 23.

⁷⁶ Lo stesso a cui – stando al resoconto di Danao (v. 616 ss.) – Pelasgo farà appello dinanzi al popolo di Argo riunito in assemblea, evocando la collera di Zeus protettore dei supplici (un motivo ricorrente, e variamente declinato, in tutta l'opera: MUSTI 1997, p. 27 ss.) e la duplice contaminazione (*miasma*), straniera e cittadina, che verrebbe a colpire la comunità.

⁷⁷ Circa la significativa analogia fra questa scena e quella tucididea della moglie di Admeto che istruisce Temistocle su come presentarsi supplice al marito, cfr. CANFORA 2010, p. 159, il quale ne trae conferma del fatto che Pelasgo indichi a Danao il «modo in cui accostarsi al vero sovrano, al popolo di Argo».

⁷⁸ Così come Pelasgo, coerentemente, si autoqualificherà *prostátes* delle Danaidi-meteci (v. 963). Significativo appare anche l'inizio del v. 605 (*édoxen Arghéioisin*), visibilmente ricalcato sulle parole che troviamo in apertura di molti decreti dell'Assemblea ateniese (*édoxen Athenáion té[i] Boulé[i] kài tó[i] démo[i]*).

⁷⁹ Secondo CANFORA 2010, p. 160, questo sarebbe anzi il «passo in cui appare per la prima volta, in attico, la parola *democrazia*», sebbene «l'astratto non ha ancora preso forma ma si materializza nella "mano" [...] che esprime il voto».

unanime: letteralmente resa senza oscillazioni né divisioni (*ou dichorrhópos*). La terminologia è anche più significativa di quella impiegata da Pelasgo nella parte conclusiva della tragedia (v. 942 ss.), ove questi riferisce all'araldo egizio di un decreto assunto con «un unico voto (*mía psêphos*)».

Più significativa, perché combina due elementi lessicali particolarmente evocativi. «Ci riporta alla *rhopé*, cioè il pendere della bilancia verso il piatto più pesante»: laddove proprio la sua esclusione «sta a indicare che non c'è stato sbilanciamento verso una decisione che abbia prevalso su un'altra»⁸⁰. Ma evoca anche l'essere diviso in due (*dícha*): ossia proprio la situazione più ricorrente (e pericolosa) allorché si tratta di decidere fra due ipotesi alternative. Implicazione tanto incisiva, soprattutto in ambito giudiziario, da indurre più tardi Aristotele a soffermarsi sulla contiguità (non solo fonetica) fra *díke* e *dícha*⁸¹: e dunque fra il *dikázein* – come atto del recidere il nodo delle confliggenti tesi processuali – e il *dicházein*, che indica il dividere in due. Al di là delle ulteriori specificità connesse all'amministrazione della giustizia⁸², è ai nostri fini rilevante soprattutto la circostanza che Eschilo rappresenti il voto unanime degli argivi come saldo e inoppugnabile – la migliore soluzione istituzionale che le Danaidi potessero sperare – proprio perché esime, letteralmente, da qualsiasi scissione in seno alla comunità.

Certo Pelasgo avrebbe dovuto assecondare la decisione del popolo, dopo aver attribuito tanto peso al suo parere, anche qualora essa fosse stata raggiunta a maggioranza. Eppure non vi è dubbio che sia proprio quel tipo di esito a sancire il pieno – ma in questo caso fisiologico – identificarsi della *pólis* col suo leader: con la prima che tutta è esposta ai possibili rischi (o la contaminazione o la guerra) e tutta assieme decide, muovendo compatta nella stessa direzione. Ed è sempre l'unanimità della pronuncia a rafforzare visibilmente la posizione del sovrano a fronte dell'araldo egizio⁸³, le cui aggressive rivendicazioni vengono respinte ricordando (ai v. 942 ss., già segnalati) che «il voto unico (*mía psêphos*) fatto dal popolo (*demópraktos*)» ha decretato di non consegnare le fanciulle alla violenza di pretendenti stranieri.

Ma ancor prima che nei confronti di un pericolo esterno, quel risultato opera all'interno della comunità, così da esorcizzare – nell'Atene di Pericle assai più che nell'Argo del

⁸⁰ Così MUSTI 1997, p. 27.

⁸¹ In *Etica Nicomachea* 5.1132a, ove rinveniamo assai più di un gioco di parole (come ha ben posto in evidenza LORAUX 2006, p. 353; ma cfr. già HIRZEL 1966, p. 85 ss.). Del resto, anche il nostro «decidere» reca in sé analoghe tracce semantiche: come noto, infatti, il corrispondente verbo latino significa, innanzi tutto, tagliare o troncicare.

⁸² Ove la sentenza si configura quale momento di una scelta secca (e non motivata) «per il progetto di sentenza» presentato da una delle parti: TALAMANCA 1984, p. 344. Si tratta quindi di misurarsi con due opzioni già pienamente precostituite da altri – accusatore e imputato, o attore e convenuto: anch'essi a pieno titolo partecipi della medesima funzione politica (sempre designata come *dikázein*, ma in altra accezione) –, con tutto ciò che ne consegue a livello di organizzazione processuale, strategie retoriche e (forse) mancato costituirsi di un'elaborazione giurisprudenziale. Posso rinviare, su tutto ciò, a STOLFI 2020, spec. p. 204 ss. ove bibl.

⁸³ Col (pieno e concorde) «avallo popolare una decisione diventa incrollabile»: CANFORA 2010, p. 161. E in quell'avallo quasi si smarriscono e fondono gli apporti individuali – il nome stesso di Pelasgo (come questi sostiene rivolto all'araldo egizio: v. 938 ss.) diviene qualcosa che può essere taciuto.

mito – il rischio della dicotomia e della *stásis* (in molti sensi) cui già si accennava⁸⁴. Perciò quella «esultanza per l'unanimità di una decisione libera, legittima, efficace, su un grande tema e un grande valore, come la protezione del supplice»⁸⁵ si pone fra gli elementi che più concorrono, in questa tragedia, a delineare la fisionomia della perfetta città democratica⁸⁶. Il suo profilo ottimale, senza ombre né incrinature; quasi utopico. Al punto da suggerire che l'intento di Eschilo fosse sì, in certa misura (e come accadrà anche con l'*Oresteia*), di esaltare le potenzialità che si stavano dischiudendo agli ateniesi del tempo, con una sostanziale condivisione di certi indirizzi politici da loro assunti; ma non mancasse di evocare un fondo di inquietudini nient'affatto rimosse (ma semmai amplificate) col progressivo affermarsi del nuovo regime⁸⁷.

In effetti, la celebrazione di un luogo ideale reca sempre in sé i segni di una profonda insoddisfazione per la propria realtà, la percezione dei suoi dati più allarmanti, che quei progetti rovesciano nel loro benefico opposto: basti pensare, naturalmente, alla *Politéia* di Platone, all'*Utopia* di Moro o alla *Città del sole* di Campanella. Senza giungere a tanto, le *Supplici* pongono l'accento sull'assoluta (e non certo contestata, anzi) centralità del voto assembleare, ma per ribadire come la sua espressione più rassicurante rimanga quella all'unanimità, già propria delle comunità aristocratiche⁸⁸. L'unica davvero in grado di salvaguardare l'*homónoia* fra i concittadini, esorcizzando il conflitto intestino⁸⁹ e quindi il fendersi in due della città, il contrapporsi degli schieramenti e la sopraffazione di quello che prevale nel conteggio di mani o sassolini.

Inutile dire come tutto questo rinvii a una coscienza democratica che, con quella dell'Occidente odierno, ha in comune poco più del nome. Nel senso che non vi trovava affatto posto la nostra diffidenza per certe «maggioranze bulgare»; ma neppure, per molti aspetti, la concezione che oggi nutriamo in merito a maggioranza e minoranza (la prima col diritto di decidere e governare; la seconda con quello di esprimere il proprio dissenso ed essere comunque adeguatamente rappresentata). È altrettanto ovvio, però, che in tale prospettiva Argo era una metafora piuttosto imperfetta – anzi, troppo perfetta per essere vera – rispetto all'Atene di metà V secolo. Ove la continua tensione degli agoni politici (e quindi anche giudiziari) alimentava una dialettica pressoché quotidiana, risolta dalla decisione a maggioranza – una maggioranza talora anche stretta – a favore di una delle possibili soluzioni, da accettare o respingere *in toto*, senza possibilità di mediazioni.

⁸⁴ *Supra*, § 1.

⁸⁵ Sono parole di MUSTI 1997, p. 27. Scorge nella nostra opera la «rappresentazione orgogliosa di una città che si fa una e indivisa nel cerchio delle proprie concordi decisioni» SUSANETTI 2011, p. 16. Cfr. inoltre VERNANT, VIDAL-NAQUET 2001, p. 165 ss. e SUSANETTI 2014, p. 89 ss.

⁸⁶ Partecipando, così, di quella «idealizzazione del meccanismo assembleare» di cui parla CANFORA 2010, p. 160.

⁸⁷ Anche in tal modo Eschilo avrebbe offerto – scrive MEIER 2000, p. 127 – «un contributo essenziale all'orientamento, alla legittimazione e alla consapevolezza di sé dei cittadini attici».

⁸⁸ A cominciare, ovviamente, dalle assemblee degli eroi omerici: cfr., per tutti, RUZÉ 1984, p. 247 ss.

⁸⁹ Un motivo cui le Danaidi sembrano accennare ai v. 661 ss., e che sarà poi ben presente nelle *Eumenidi* (in particolare nella sua parte conclusiva, dopo l'assoluzione di Oreste: si veda ora STOLFI 2021-2022, cap. II § 5 ove bibl.).

3. Quel che si rischia votando (e decidendo a maggioranza)

In questo senso un testo emblematico delle implicazioni meno tranquillizzanti che, di fatto, si legavano all'esercizio del voto è la più antica delle tragedie di Sofocle a noi pervenuta: l'*Aiace*. Esso fu rappresentato fra il 449 e il 444 (certo prima dell'*Antigone*, usualmente collocata nel 442), ed è dunque posteriore all'altro lavoro eschileo oggetto di questa ricognizione, le *Eumenidi*. È però preferibile anticiparne l'analisi per una ragione sostanziale⁹⁰. Dopo la decisione assunta da tutto il popolo nelle *Supplici* – eloquente per l'idealizzazione a cui contribuisce, ma certo povera di riscontri nell'effettività istituzionale dell'Atene democratica –, abbiamo qui un caso che, a suo modo, riflette in forma più verosimile e compiuta la prassi del tempo, e soprattutto il tipo di argomentazioni che potevano scaturire da una delibera assunta a maggioranza. Anche per questo (oltre che per vari altri profili, che qui saranno appena sfiorati)⁹¹ l'*Aiace* si presenta come una delle tragedie dalle valenze politiche maggiormente assidue e trasparenti.

L'evento scenico fondamentale è costituito dal suicidio del protagonista⁹², oppresso dalla vergogna per quanto ha compiuto in preda alla follia in cui Atena lo ha fatto cadere⁹³. Ai nostri fini risulta però fondamentale l'antefatto: ossia ciò che aveva scatenato l'ira del signore di Salamina, così da indurlo a imbracciare le armi contro i capi achei (in luogo dei quali, in realtà, ha massacrato solo greggi inermi). Si tratta della decisione assunta in merito alle armi di

⁹⁰ Già vi si accennava *supra*, al § 1. Il dramma conclusivo dell'*Oresteia* verrà esaminato per ultimo proprio per la singolarità che presenta in materia di voto: con una decisione non approvata all'unanimità ma per cui neppure inclina (molto probabilmente) una maggioranza vera e propria.

⁹¹ Dal contegno dispotico degli Atridi – pur connesso, come vedremo, a certi motivi democratici presenti nei loro discorsi – alla logica più duttile e pragmatica messa in campo da Odisseo; dal tema del destino del corpo dell'avversario morto, e quindi dei limiti a cui nel tempo può (o meno) andare incontro il contrapporsi di amico e nemico, al valore istituzionale della paura (nelle sue diverse declinazioni rinvenibili soprattutto ai v. 1074 ss.: *dēos, phóbos, aidós* e l'affine *aischýne*). Circa questi e altri aspetti – e quindi il significato politico dell'*Aiace* nel suo complesso: significato più volte posto in luce, in una tradizione di studi che risale almeno a un saggio di Welcker del 1829 –, fra gli altri, UGOLINI 1995, p. 5 ss.; MEIER 2000, spec. p. 237 ss.; UGOLINI 2000, p. 92 ss.; CANFORA 2010, p. 177 ss. Da ultimo cfr. anche STOLFI 2021-2022, cap. III § 3 ove altra bibl.

⁹² Che letteralmente fende in due il dramma: con la prima metà che lo prepara, e la seconda che ne illustra le conseguenze. Insistono su questa «struttura a dittico», con l'elemento connettivo rappresentato dal corpo di Aiace, SEGAL 1981, p. 111 ss. e UGOLINI 2000, p. 94 ove bibl. (ritroviamo qualcosa di simile in merito all'*Antigone*: STOLFI 2021-2022, capp. III § 4 e IV § 1). Sui 555 versi successivi al suicidio di Aiace come sequenza testuale che lo trasforma da «héros homérique» a «héros civique», VIDAL-NAQUET 1988, p. 482.

⁹³ Anche la disperazione in cui sprofonda dopo la scoperta di quanto accaduto partecipa, in Aiace, di una psicologia ancora fortemente legata al modello dell'eroe omerico – con meccanismi notoriamente ricondotti a una «civiltà di vergogna», almeno dai tempi di DODDS 1959, spec. p. 29 ss. Cfr. anche ADKINS 1987, p. 216 ss.; LLOYD-JONES 1982, p. 2 ss.; FODDAI 2005, p. 70 ss. ove bibl. La natura idealtipica di tali schemi, a cui difficilmente aderisce *in toto* qualsiasi esperienza storica, impone peraltro una certa cautela: STOLFI 2006, p. 15 ss. e 196 ove altra bibl. Nel protagonista della nostra tragedia tutto ciò viene ulteriormente accentuato da una caratterizzazione che è nel segno dell'assoluta autoreferenzialità (al punto da trascinare in megalomania e in *hýbris*, come attestano soprattutto i v. 762 ss.), di «aspirazioni autarchiche» esclusivamente centrate sull'onore ma destinate a soccombere, di un «riconoscimento della propria grandezza» che assurge a «unica forma di comunicazione». Attingo alle formule, rispettivamente, di MEIER 2000, p. 228 e HÖSLE 1986, p. 131. Si vedano anche SEGAL 1981, p. 113 ss.; KNOX 1986, p. 132 ss.; VIDAL-NAQUET 1988, spec. p. 467 ss. In particolare, sul «thinking big» di Aiace, quale «virtually interchangeable» con la *hýbris*, CAIRNS 1996, p. 11 ss., spec. 14. Osserva come «il suo pensiero e le sue azioni superavano i limiti concessi all'umano» MEIER 2000, p. 220. Cfr. inoltre STAROBINSKI 1978, p. 19 ss.; WINNINGTON-INGRAM 1980, p. 11 ss., spec. 19 ss. (che segnala anche la significativa frequenza, nella nostra tragedia, del termine *mégas*, attestato trentasei volte); DAVID-JOUGNEAU 1995, p. 16.

Achille. Aiace, da sempre ritenuto secondo solo al Pelide per valore militare⁹⁴ (per addirittura superarlo quanto a mera forza fisica), era certo che dovessero essere assegnate a lui⁹⁵. Le cose, però, non sono andate così, e gli è stato preferito Odisseo. L'esito, registrato da Sofocle, non ha nulla di sorprendente, ricalcato com'è su una lunga tradizione, che va dall'epica a Pindaro. Dove invece il tragediografo introduce una rilevante innovazione (verosimilmente tutt'altro che casuale) è nella modalità con la quale si compie la scelta a favore di Ulisse. Non un sorteggio o un intervento divino – com'era, almeno in parte, in Omero⁹⁶ –, ma una decisione assunta da quella forma embrionale di assemblea popolare (o almeno tale agli occhi di un ateniese di metà V secolo) che era il consesso degli eroi achei, e secondo una procedura assimilata a un vero e proprio giudizio⁹⁷.

La terminologia adottata da Sofocle è al riguardo inequivoca: quanti hanno sancito il successo di Odisseo operarono quali autentici giudici – *dikastai* (v. 1136) o *kritai* (v. 1243) – ancor più che come membri dell'*Ekklesia* (cui potrebbe alludere, ma in forma meno univoca, il verbo *epséphisan*, al v. 449)⁹⁸. Rivelatrice è già una simile raffigurazione dell'evento scatenante la collera e poi la follia di Aiace: all'insegna, ancora una volta, di una reimmersione del mito entro le coordinate istituzionali del tempo della sua messa in scena. Vi è poi la modalità in cui il verdetto è raggiunto, senza (ovviamente, direi) possibilità di una pronunzia unanime. Quell'esito, dibattuto e conseguito a maggioranza, assurge davvero a «fatto che ha valore di simbolo»⁹⁹. Conferma tutta l'inquietudine che sappiamo connessa a soluzioni di questo tipo, e anzi ci aiuta a comprendere le reazioni divisive che a loro volta ne erano innescate. Proprio nell'atteggiamento tenuto da Agamennone e Menelao nei riguardi della soluzione così raggiunta risiede uno dei motivi che rendono tanto ambigua la loro connotazione politica – fra mera leadership militare, piena condivisione di valori democratici e sovranità dai tratti dispotici¹⁰⁰.

⁹⁴ Non esita ad ammetterlo anche Odisseo, suo acerrimo rivale (ma solo finché era in vita). In effetti uno dei motivi che il signore di Itaca richiama a favore della sepoltura di Aiace consiste nel riconoscimento della sua levatura: con la gloria acquisita in battaglia, tale da renderlo l'*anèr aristos* fra i tutti i Greci, dopo Achille (v. 1340 ss.). Se questo non risulta poi l'argomento decisivo – rivelandosi tale, piuttosto, quello che possiamo ricondurre a un principio di «reciprocità indiretta» o «generalizzata» (così MEIER 2000, p. 225; ma cfr. anche DAVID-JOUGNEAU 1995, spec. p. 16 ss.; UGOLINI 2000, p. 101; SUSANETTI 2011, spec. p. 23 ss.) –, esso appare comunque significativo. Anche perché rivela come sarebbe troppo semplicistico leggere quest'opera solo all'insegna di un fronteggiarsi fra una logica aristocratica, caratteristica di una remota e ristretta cerchia di eroi, e la più «moderna» razionalità di Odisseo, flessibile e aperta alla riconciliazione. In realtà anche quest'ultimo esprime, in modo diverso ma non meno incisivo, il complesso di valori che guidano i ragionamenti e gli atti di un Aiace o di un Agamennone.

⁹⁵ Espliciti, in tal senso, i vv. 442-444, ove Aiace parla di un «potere della preminenza guerriera (*krátos aristéias*)» che avrebbe dovuto far decidere (*krinein*) a proprio favore.

⁹⁶ *Odissea* 11.547: «le figlie dei Teucri furono giudici, e Pallade Atena». Anche il richiamo all'elemento umano è quindi, in questa raffigurazione, assai lontano dall'evocare un tribunale o un'assemblea popolare.

⁹⁷ Pongono in luce la peculiarità della versione sofoclea, fra gli altri, POHLENZ 1978, p. 202; VIDAL-NAQUET 1988, p. 468 ss.; UGOLINI 2000, p. 103 e nt. 29.

⁹⁸ Circa il ricorso a questo lessico ricalcato sulle procedure (soprattutto giudiziali) dell'Atene democratica, già KNOX 1986, p. 146. Non mi sembra invece lo valorizzi MEIER 2000, p. 237 ss.

⁹⁹ Come scrive STAROBINSKI 1978, p. 19.

¹⁰⁰ Emblematico quanto sostiene Agamennone al v. 1350, nel tentativo – poi abbandonato – di contrastare la richiesta di Odisseo, affinché venga data sepoltura al corpo di Aiace: per un *tyrannos* «non è facile provare pietoso timore

Incontriamo, innanzi tutto, le tipiche recriminazioni che una «sentenza» non condivisa da tutti i «giudici» può alimentare nella parte soccombente. Esprime assai bene questo genere di reazioni il fratellastro di Aiace, Teucro, a lui legato da una devozione profonda – un'autentica venerazione per la sua fama –, al punto di scontrarsi con Agamennone e Menelao in merito alla sorte del cadavere, che essi vorrebbero lasciare insepolti¹⁰¹. Egli non accetta il verdetto che ha sancito il successo di Odisseo; né riconosce alcuna legittimità agli ordini degli Atridi (esemplari, in tal senso, i vv. 1100 ss.). Del primo sostiene che fu raggiunto in modo subdolo e illecito, tramite brogli (lo stesso sospetto già avanzato da Aiace, ai vv. 445 ss.)¹⁰². Nel corso dello scontro che ha con Menelao, gli rinfaccia proprio questo, senza mezzi termini. Lo accusa di essere un fraudolento «fabbricatore di voti (*psēphopoios*)», che ben occulta la sua «bassezza di ladro» (vv. 1135 e 1137). L'unica legge da cui Teucro si sente vincolato non promana da chi è alla guida degli Achei, bensì dagli dèi, coincidente con le pratiche funerarie e i culti familiari (soprattutto in seno ai *ghéne* aristocratici)¹⁰³.

Egli muove apertamente contro le fondamenta della sovranità degli Atridi: per relativizzarne la portata, e comunque escludere che ad essa fosse soggetto Aiace. Nel passaggio appena richiamato a Menelao sono riconosciute, dal suo antagonista, le qualifiche di «sovrano di Sparta (*Spártes anásson*)» e di «capo in seconda (*hýparchos*)», evidentemente dei Greci (vv. 1102 e 1105) – ma non «comandante di tutti (*hólon strategós*)» (v. 1105 ss.), e comunque senza che ne conseguisse una legittima supremazia sull'eroe di Salamina (*kratēin* o *heghéisthai*: vv.

(*eusebein*). In tal modo egli sembra trarsi subito fuori dal dispositivo vincolante di ogni legge (anche se divina, in quella circostanza), secondo la classica immagine che vuole il potere dispotico collocato in uno spazio di pura anomia, e il suo detentore incapace di accettare i limiti della propria natura e di piegarsi reverente agli dèi. Sulla connotazione tirannica di Agamennone, fra gli altri, LANZA 1977, p. 56 ss.; CERRI 1979, p. 42; WINNINGTON-INGRAM 1980, spec. p. 64 e 69; VIDAL-NAQUET 1988, p. 483; UGOLINI 2000, spec. p. 103. Diversamente, ad esempio, GIORGINI 1993, p. 160 e MEIER 2000, p. 231 ss. Sulla questione cfr. ora anche STOLFI 2021-2022, cap. III § 3 ove altra bibl. L'idea di un rispetto quasi religioso – da rivolgere agli stessi Atridi, da venerare (*sébein*) –, era stata espressa da Aiace al v. 667, all'interno di quel suo ultimo monologo gremito di allusioni e frasi ambigue, che possono far presagire tanto il suo suicidio quanto un meno drammatico piegarsi (v. 668) al volere di Agamennone e Menelao. La giustapposizione fra tirannide e *sébas* conoscerà svariate riproposizioni, anche nella produzione teatrale. Fra le più perentorie è quella nelle *Fenicie* di Euripide, laddove Eteocle sostiene (v. 522 ss.) che «se è necessario essere ingiusti (*adikéin*), la migliore ingiustizia è quella per la tirannide, e per il resto si rispettino gli dèi (*eusebein*)». Circa i possibili echi sofistici di quest'affermazione – e di tutto il discorso con cui il personaggio euripideo replica agli argomenti del fratello Polinice, centrati su verità e giustizia –, cfr. GIORGINI 1993, p. 250 ss.

¹⁰¹ Laddove le sue argomentazioni – veementi ma assai meno efficaci di quanto saranno quelle di Odisseo – si iscrivono in una logica di insanabili contrapposizioni fra orientamenti altrettanto univoci e unilaterali: una logica da cui solo Ulisse è in grado di smarcarsi. Cfr. ora STOLFI 2021-2022, cap. III § 3 ove bibl.

¹⁰² Ove egli semplicemente riconduce a una volontà degli Atridi l'assegnazione delle armi a Odisseo (letteralmente, l'averle a lui «vendute») – senza richiamare alcuna votazione, benché avesse già parlato di un *krínein* (*supra*, nt. 95) e menzioni poi (v. 572) dei «giudici di gara (*agonárchai*)», escludendo che essi debbano intervenire, dopo la propria morte, in merito alle sue armi, diversamente da quanto avvenuto per quelle di Achille. L'idea che queste ultime fossero state assegnate a Odisseo in conseguenza di una frode era in verità già in Pindaro (*Nemee*, 8.20 ss.).

¹⁰³ Sul punto, fra gli altri, CERRI 1979, p. 42 ss. e UGOLINI 2000, spec. p. 100. Inutile dire come in Teucro vi sia – considerando anche quanto si trova al centro della contesa – già molto di Antigone, pur con le sensibili differenze che più volte sono state poste in luce (anche in merito alla contestazione del potere, che nell'eroina successiva non è così aperta): cfr. ora STOLFI 2021-2022, cap. III § 3 ove bibl.

1102 e 1106)¹⁰⁴. Viene così ribadita l'immagine titanica di quest'ultimo: un gigante solitario, sottratto a ogni gerarchia e unico padrone di sé (*autóu kratón*), in virtù di un'autarchia peraltro votata al fallimento.

Rispetto a simili contestazioni del verdetto circa le armi di Achille, avanzate da Aiace e ancor più da Teucro, gli altri due fratelli, Agamennone e Menelao, si pongono fra loro sulla medesima linea, che non è però esente da oscillazioni e ambiguità. Da un lato, infatti, essi esibiscono con brutale franchezza i propri tratti autoritari: di un potere che non ha altro fondamento che sé stesso¹⁰⁵, e ben presto tracima, dimentico dei dettami divini e dell'onore da riservare (almeno *post mortem*) a un guerriero tanto valoroso. Un potere ostentato con aggressiva tracotanza nei confronti di chi non è più in grado di difendersi (Aiace) o di chi, a torto o ragione, è ritenuto di rango inferiore (Teucro) e dovrebbe quindi piegarsi a una cieca obbedienza¹⁰⁶. Dall'altro lato, però, gli Atridi non mancano di evocare ragioni di stampo squisitamente «democratico» – o che comunque dovevano apparire tali al pubblico¹⁰⁷.

Ciò accade, in particolare riguardo al punto che più ci interessa. Significativa è la loro insistenza, a fronte dei sospetti che abbiamo ricordato, sul «principio per cui la maggioranza decide e la minoranza deve rimettersi al volere dei più»¹⁰⁸, nonché sulla regolarità della procedura che ha sancito l'assegnazione delle armi di Achille. Menelao esclude decisamente un proprio intervento al riguardo (v. 1136), e ribadisce come la responsabilità della decisione sia da ascrivere esclusivamente ai giudici (*en tóis dikastáis*). Gli fa eco Agamennone, la cui argomentazione, più complessa, muove dal rilievo (v. 1239 ss.) che Odisseo ha conseguito correttamente (*díke[í]*) il successo, sancito dalla «maggioranza dei giudici (*pollói kritái*)». Come tale, il risultato non potrà essere posto in discussione, se non a rischio di sovvertire l'intero ordine istituzionale, giacché «nessuna legge rimarrebbe più in piedi» (v. 1247). Quest'ultimo motivo risponde a un *tópos* diffuso presso i Greci, e in particolare al modo in cui essi concepivano il *nómos*, la cui «permanenza in vita» si considerava compromessa

¹⁰⁴ La convinzione, nutrita da Teucro, di un Aiace che si sarebbe imbarcato per Troia come non soggetto ad altrui comando, ma *autòs árchon* (o *autóu kratón*: v. 1099), è poi ripresa e contestata da Agamennone, al v. 1234.

¹⁰⁵ All'assenza di un vero e proprio *thesmós* alla base dell'*arché* di Menelao si richiama Teucro (v. 1104), seppure a sua volta in una prospettiva senz'altro unilaterale, nettamente di parte (avversa).

¹⁰⁶ Teucro è apostrofato da Agamennone, al v. 1228, come «figlio di una schiava di guerra (*aichmalotídos*)», o a sua volta servo, di cui «è gran male ascoltare i discorsi» (v. 1235), espressi in «una lingua barbara» (v. 1263), laddove converrebbe invece la presenza di un uomo libero che parlasse in sua difesa (v. 1260). Evidente l'allusione al regime processuale che esigeva, per i meteci, l'intervento giudiziale di un cittadino ateniese. Agamennone fa peraltro riferimento alla necessità di un uomo libero (*eléuheros*), anziché di un *polítēs* – così da marcare ulteriormente l'inferiorità di Teucro (su questo suo disprezzo, per tutti, CITTÀ 1978, p. 107 ss.). A sua volta Aiace, ormai morto, viene liquidato (vv. 1231 e 1257) quale «un nulla» (*oudén*) o «un'ombra» (*skiá*: il termine già impiegato da Odisseo, ma in riferimento a tutti i mortali, al v. 126).

¹⁰⁷ «Gli Atridi parlano il linguaggio della democrazia ateniese», e pertanto – secondo un paradosso solo apparente – la «spietatezza "tirannica"» che essi esibiscono è «una diretta conseguenza del loro seguire rigidamente regole e comportamenti presentati come tipicamente democratici». Così UGOLINI 2000, p. 102 ss. Cfr. anche STAROBINSKI 1978, p. 19; CANFORA 2010, p. 178 (che sottolinea alcune analogie con le argomentazioni del celebre epitafo pericleo, in Tuciddide, *La guerra del Peloponneso* 2.37.3); SUSANETTI 2011, p. 38 ss.

¹⁰⁸ Così, con perspicui rilievi – e per vedervi «un caposaldo imprescindibile dell'intero sistema politico» ateniese –, UGOLINI 2000, p. 102 ss.

dall'inottemperanza dei destinatari, che ne contestassero la forza vincolante o di fatto si sottraessero ai suoi dettami o alle sue conseguenze, immediate o meno. Un'espressione (non la sola) di quella «fragile sovranità» della legge¹⁰⁹ che percorre molte testimonianze del tempo della democrazia ateniese – anche se poi conoscerà la formulazione più incisiva nei ragionamenti (e nel coerente contegno) di un uomo che a quel regime non risparmiò certo le critiche, ossia Socrate¹¹⁰.

Pur al netto della funzione retorica che assolve in bocca ad Agamennone – che sta dibattendo con Teucro –, quell'appello all'intangibilità del *nómos*, e pertanto anche dell'operato di giudici che ad esso si siano attenuti, riveste un notevole significato politico, rivelando un'indubbia «modernità», conforme ai nuovi ideali di metà V secolo. Celebra il distacco dall'eroismo arcaico di Aiace, maestoso ma solipsistico; immette nel circuito dell'*isonomía* cittadina – la stessa che sappiamo esaltata da Erodoto, in anni non lontani, come «il nome più bello di tutti»¹¹¹. Non vi è onore, eminenza di lignaggio o gloria militare che possa intaccare quel dispositivo egualitario. Alla decisione assunta a maggioranza da un organo della comunità (a ciò deputato da chi disponga del *krátos*, principi o *dêmos* che sia) deve sottostare anche chi si vanta – e magari neppure a torto – di eccellere sugli altri. Esattamente come, più tardi, la validità di un decreto emanato da chi detiene il (legittimo) comando sulla città verrà presentata da Sofocle come incondizionata, esente da eccezioni legate a privilegi di sangue: alludo ovviamente al *kérygma* di Creonte, nell'*Antigone*¹¹².

In entrambe le tragedie, tuttavia, l'attitudine isonomica non elide il profilo tirannico – che pure dovrebbe costituirne l'antitesi – di quanti ad essa fanno riferimento, vi ancorano i propri atti o almeno la invocano a loro giustificazione. Semmai è appunto questa giuntura a rivelarsi inquietante – con l'antinomia, o l'ossimoro, che ne deriva. Concorre a illustrare quei tratti di dismisura, unilateralità e violenza che, nell'esercizio del potere, nessuna pratica di governo riesce completamente a rimuovere. Vi cogliamo, in genere, come un presagio di quanto si leggerà nell'ultima opera di Sofocle, col riferimento a «innumerevoli città, anche ben governate», che «facilmente trascendono in tracotanza e dismisura (*rha[i]díōs kathýb-risan*)»¹¹³. Ma vi è in primo luogo, ai nostri fini, la traccia di tutta l'ambivalenza percepita riguardo alle procedure di voto, ove non concluse all'unanimità. Occasioni che, come sappiamo, rendevano evidente il frangersi dell'unità della compagine pubblica (aristocratica o

¹⁰⁹ Come ho suggerito di qualificarla, soffermandomi anche su altre manifestazioni del «singolare legalismo» greco, in STOLFI 2020, spec. p. 60 ss. ove bibl.

¹¹⁰ In primo luogo nel *Critone*, all'interno del famoso dialogo che il protagonista immagina di intrattenere con le leggi della città. Posso ancora rinviare a STOLFI 2020, p. 103 ss. ove bibl.

¹¹¹ *Storie* 3.80.6. In genere, circa gli insistenti richiami a Erodoto scorti nella produzione sofoclea, per tutti, CANFORA 2010, p. 171 ss. Della *isonomía* come di una «nobile parola (*ónoma euprepés*)» parlerà poi Tucidide, ma per segnalare le strumentalizzazioni cui venne piegata nel sovvertimento di tutti i valori innescato dalla *stásis* di Corcira: *La guerra del Peloponneso* 3.82.8.

¹¹² Di cui mi sono occupato più volte, sino a STOLFI 2021-2022, cap. III § 4 e cap. IV ove bibl.

¹¹³ Così in *Edipo a Colono* 1534 ss. Sul senso che doveva assumere, per il pubblico, questo «ammonimento gnomico», UGOLINI 2000, p. 228 ss. ove bibl.

«popolare» che fosse), il riprodursi nei giudici del conflitto fra le parti, iterato più che risolto col decretare la supremazia – e dunque la potenziale sopraffazione – di una parte sull'altra.

In definitiva, proprio quanto di più democratico veniva chiamato in causa dagli Atridi evocava anche ciò che, per gli spettatori di Sofocle, rappresentava un rischio costantemente annidato nell'ingranaggio delle proprie istituzioni: la scissione interna, la violenza (anche legale) della maggioranza, il potere smisurato del *plêthos* che imponeva le proprie ragioni (schiacciandone altre). Al punto da non riuscire forse casuale se, nell'*Aiace*, a farsi portavoce della sovrana intangibilità del voto (e del *nómos* che vi è alle spalle) siano proprio gli Atridi. Ossia coloro che più faticano a tenersi indenni da *hýbris* e dispotismo¹¹⁴, incapaci di quella «saggezza pragmatica» (*sophrosýne*)¹¹⁵ in cui invece eccelle Odisseo¹¹⁶ – il cui intervento in merito alla sepoltura del protagonista è a sua volta, quasi certamente, un'innovazione di Sofocle¹¹⁷.

4. Un'ambiguità fondativa: Atena, l'Areopago e l'assoluzione di Oreste

E passiamo, con questo, all'altro lavoro eschileo cui si accennava. Occorre tornare indietro di oltre un decennio: si tratta infatti dell'*Oresteia*, portata in scena nel 458, due anni prima della morte dell'autore (altri suoi lavori sarebbero stati rappresentati postumi, poco più tardi). Il suo notevole significato (anche) per chi si occupi della storia giuridica e politica ateniese è notissimo, pressoché paradigmatico¹¹⁸. In questa sede, tuttavia, darò quasi sempre per presupposti – senza sottoporli a ulteriori disamine¹¹⁹ – molteplici aspetti che rilevano in tale prospettiva: dalla relazione fra pratiche della vendetta e nascita del processo al nuovo valore che in quest'ultimo assume la parola, dalla fondazione dell'Areopago (a ridosso della radicale riforma

¹¹⁴ Tale da pretendere di inchiodare tutti gli altri a una subalternità assoluta: non attenuata da meriti, confronti razionali o condivisioni di quanto sia comune (almeno fra gli eroi). In tal senso mi sembra indubbio che in Agamennone e Menelao sia rappresentata una leadership decisamente meno positiva di quella che abbiamo visto (*supra*, § 2) attribuita a Pelasgo nelle *Supplici* eschilee.

¹¹⁵ L'auspicio di un *sophonéin* da parte di entrambi i contendenti (Agamennone e Teucro) viene formulato anche dal coro, al v. 1264. Lo stesso verbo è impiegato da *Aiace*: prima nel parlare a Tecmessa, ma all'unico scopo di indurre (solo) lei alla moderazione, facendola desistere dalle sue insistenti preghiere (v. 586); poi per connettervi una propria, piena acquisizione di conoscenza (v. 677), nell'estremo monologo di cui si è detto (*supra*, nt. 100). Su ulteriori ricorrenze di un analogo lessico, KNOX 1986, spec. p. 140 ss. e WINNINGTON-INGRAM 1980, p. 12 ss. Agli dèi che in genere «amano quanti sanno moderarsi (*sóphronas*)», contrapposti ai «malvagi (*kakós*)», già si richiamava Atena (v. 132 ss.). Insiste su *sophrosýne* (ed *eusébeia*: cfr. ancora *supra*, nt. 100) come elementi che più si allontanano – non solo in questo testo – dal tratto tirannico LANZA 1977, spec. p. 84 ss. Non a torto, in effetti, la prima è stata spesso intesa quale tipica «virtù di contenimento».

¹¹⁶ Che il coro, nel finale della tragedia, qualifica espressamente *sophós* (v. 1374). A tale suo tratto si lega anche quel «principio del "saper cedere"» che egli invoca nei confronti di Agamennone, affinché non lasci *Aiace* insepolto (cfr. i v. 1351 ss., spec. 1353). Tengo conto soprattutto di UGOLINI 2000, spec. pp. 101 e 106. Cfr. anche POHLENZ 1978, p. 215; SEGAL 1981, p. 109 ss.; MARZULLO 1993, p. 491 ss.; DAVID-JOUGNEAU 1995, p. 12 ss.; MEIER 2000, spec. p. 238; SUSANETTI 2011, p. 42 ss.

¹¹⁷ In tal senso, per tutti, UGOLINI 2000, p. 100.

¹¹⁸ Fra le interpretazioni che trovo più incisive ricorderei almeno quelle di DI BENEDETTO 1978, spec. p. 205 ss.; MEIER 1988, p. 149 ss.; MEIER 2000, p. 133 ss.; DI BENEDETTO 2006, spec. pp. 52 ss., 96 ss., 114 ss.; OST 2007, p. 85 ss. Cfr. anche, tra i molti, DOVER 1957, p. 230 ss.; PODLECKI 1966, p. 63 ss.; DODDS 1985, p. 45 ss.; DE ROMILLY 1996, p. 57 ss.; PUCCI 1996, p. 140 ss.; ROSSI 1999, p. 199 ss.; ARISTODEMOU 2000, spec. p. 64 ss.; ALLEN 2005, p. 382 ss.; MITTICA 2006, spec. p. 78 ss.; NICOLAI 2009-2010, p. 5 ss. ove altra bibl.; CAVALLA 2011, p. 93 ss., spec. 105 ss.; PROVERA 2019, p. 23 ss.; CURI 2019, p. 20 ss.

¹¹⁹ Come invece ho cercato di fare in STOLFI 2021 e soprattutto STOLFI 2021-2022, cap. II ove bibl.

che ne fece approvare Efialte) ai termini problematici in cui può configurarsi una responsabilità individuale, dalla veste che nel giudizio di Oreste assumono Apollo, Erinni e Atena al ruolo istituzionale riservato alla paura delle sanzioni, sino agli echi (spesso assai puntuali e fedeli) di certi passaggi e principi dell'esperienza giudiziaria di metà V secolo.

Vorrei soffermarmi solo su un punto specifico, ma a ben vedere determinante (e in una duplice ottica)¹²⁰: il risultato della votazione cui approda il nuovo consesso – *thesmós* o *dikastón bouleutéron*¹²¹ – creato da Atena, e quindi la modalità con cui si realizza l'assoluzione di Oreste. Al riguardo, l'orientamento della dea assume senza dubbio un valore decisivo e salvifico, così da inibire l'orrida sorte a cui altrimenti andrebbe incontro il matricida (che le Erinni si apprestavano a «disseccare»)¹²², e porgersi quale mitico fondamento di ciò che indichiamo, appunto, come *calculus Minervae* o riconduciamo al principio *in dubio pro reo*¹²³.

La questione tuttora dibattuta è però se Atena, col suo voto, faccia sì che la bilancia penda a favore del matricida – riguardo alla cui sorte i giudici umani si erano divisi, in perfetta parità – oppure se ripristini la parità stessa, rispetto a una decisione che invece registrerebbe, da parte dei cittadini ateniesi, un minimo scarto contro Oreste. Numerose le ricostruzioni storiografiche, anche molto autorevoli, in un senso o nell'altro¹²⁴. Pur consapevole degli aspetti

¹²⁰ Ossia, come vedremo fra breve, in merito sia al destino dell'imputato che all'evoluzione che conosceranno le Erinni, destinate a essere introiettate – quasi una scheggia arcaica, greve di ancestrale ma benefico terrore – nel cuore delle istituzioni ateniesi.

¹²¹ Cfr., rispettivamente, *Eumenidi*, vv. 484 e 684. La qualifica, per l'Areopago, di *bouleutéron* torna, senza ulteriori specificazioni, al v. 704. Sul significato del termine, e lo straordinario impatto – nella storia delle istituzioni ma anche del pensiero filosofico – della costituzione dell'organo designato in tal modo cfr. SEVERINO 2005, p. 242 ss. Sull'uso di *thesmós* nelle *Eumenidi* – qui come organo istituito, altrove (soprattutto al v. 681) quale disposizione che fonda e statuisce –, da ultimo, STOLFI 2021-2022, cap. II § 3 ove bibl.

¹²² Fra i molti tormenti di cui le Erinni sono dispensatrici, quello loro attribuito da Eschilo nei confronti di Oreste è in effetti raffigurato come un prosciugare il colpevole, tramite l'estrazione del suo sangue (cfr. soprattutto *Eumenidi*, vv. 263 ss., ma anche vv. 346 e 980). Una sorta di macabro contrappasso rispetto al matricidio che deve essere espiato; ma anche un gesto inverso a quello con cui (sin dall'XI libro dell'*Odisea*) si riteneva di poter ridare un soffio di energia alle ombre dell'aldilà, tramite una libagione di sangue (la stessa immagine impiegata dalle Erinni). Di assoluta evidenza è la forte valenza simbolica, in entrambe le prospettive, del sangue medesimo: che finisce con identificarsi con la vita – o almeno, per i morti, con un suo parziale e momentaneo recupero. Alle Erinni come a una «brigata (*kómos*)» che beve sangue umano accenna già Cassandra, in *Agamennone*, v. 1189. Anche Oreste, in riferimento all'imminente omicidio di Egisto, afferma che l'Erinni «berrà, non diluito, un terzo sorso di sangue» (*Coefore*, v. 577 ss., ove è evidente la simmetria con la terza libagione cui si riferisce Clitennestra in *Agamennone*, v. 1386 ss.). Ho cercato altrove di contestualizzare la forma di pena che le Erinni sono pronte a infliggere a Oreste con la variegata semantica, insistente e sempre nevralgica, che il sangue assume nell'*Oresteia*: STOLFI 2021-2022, cap. II § 2.

¹²³ Principio già in vigore ad Atene fra V e IV secolo a.C. (cfr. Aristotele, *Costituzione degli ateniesi* 69.1) e probabilmente anche in altre *pólis*. Per un esame del passo aristotelico – così come delle conformi testimonianze di Aristofane, Antifonte ed Eschine –, per tutti, LORAUX 1990, p. 103 ss., spec. 106. Giustamente ella coglie la *ratio* di tale regola nello stato d'inferiorità (il quale «n'est pas seulement un *topos* de la rhétorique judiciaire») in cui si trovava l'imputato, appunto da riequilibrare con quella «chance supplémentaire». In verità Aristotele contemplava l'ipotesi in cui un collegio giudicante – menzionato però senza ulteriori specificazioni, e accanto a un'assemblea – «si divide esattamente a metà» anche in *Politica* 6.1318a-b: ma in tal caso segnalava come la decisione fosse affidata «all'estrazione a sorte o a qualche altro espediente del genere».

¹²⁴ Si attestano ad esempio nella prima direzione (che potrebbe avere precedenti illustri, già nella *Pro Milone* ciceroniana) AYLEN 1964, p. 349; PODLECKI 1966, p. 77; HESTER 1981, p. 265 ss.; PODLECKI 1989, pp. 182 e 211 ss. Anche MUSTI 1997, p. 33 ss. sembra condividere quest'orientamento, laddove vede nelle *Eumenidi* l'intento di «valorizzare come decisivo il voto della metà più uno» (sia pure in una forma che Eschilo, come egli osserva, configurerebbe in modo alquanto particolare). Ricorda la questione, ma per annettervi stranamente uno scarso rilievo, ZIOLKOWSKI 1997, p. 36 e 278 nt. 53.

problematici che in ogni caso persistono – frutto di un’ambiguità che il tragediografo ben si è guardato dal dissolvere –, personalmente non esiterei a seguire la seconda interpretazione¹²⁵. Milita in questo senso, a me sembra, un triplice dato.

In primo luogo la circostanza che la dea avesse stabilito preventivamente (ossia prima che i voti venissero conteggiati, pur se dopo essersi espressa a suo favore)¹²⁶: «Oreste vincerà anche se giudicato con parità di voti (*isôpsephos*)»¹²⁷. Ovviamente il peso di questa statuizione è valutabile solo *ex post*: essa, cioè, è destinata ad assumere un diverso rilievo a seconda del tipo di votazione che vi fa seguito. Solo una effettiva parità ne motiva pienamente l’inserimento da parte di Eschilo. Ove fosse raggiunta una maggioranza, pro o contro l’imputato, quella regola non conoscerebbe invece attuazione e dunque, nella logica del dramma, neppure meriterebbe di essere enunciata. E ciò anche qualora tale maggioranza fosse raggiunta (solo) in virtù del voto di Atena. Tutto cambia, viceversa, se pensiamo che sia proprio quest’ultima a (ri)costituire quel perfetto equilibrio. In tal modo il suo intervento – tutto in punta di diritto – si rivelerebbe doppiamente determinante: nell’enunciare *ex ante* il principio e nel dar luogo alle condizioni per poterlo applicare.

Si tratta dunque di un verdetto assolutamente alla pari: che si chiude come tale, anziché esserlo (almeno virtualmente, giacché lo spoglio dei voti ha luogo solo più tardi) finché non si pronuncia Atena. La stessa immagine, del resto, viene evocata da quest’ultima successivamente: nel contesto della sua laboriosa opera di persuasione (*peithô*) nei riguardi delle Erinni, furiose nel vedere Oreste sfuggire alla pena¹²⁸. Ecco qui il secondo dei tre elementi testuali cui alludevo.

¹²⁵ Che vanta, del resto, già numerosi sostenitori, pur se con posizioni talora più nette, in altri casi più prudenti e sfumate. Basti ricordare VERNANT, VIDAL-NAQUET 1976, p. 12 ss. nt. 3 e 60; GAGARIN 1975, p. 121 ss.; GAGARIN 1976, spec. p. 77 e 192; GOLDHILL 1984, spec. p. 257 ss. ove bibl.; MEIER 1988, p. 197 ss. e nt. 132 ove bibl.; SOMMERSTEIN 1989, p. 222 ss.; LORAUX 1990, spec. p. 105 ss.; LESKY 1996, p. 190 e nt. 125; MEIER 2000, p. 146 ss.; VERNANT, VIDAL-NAQUET 2001, p. 166; SEVERINO 2005, p. 248 ss.; OST 2007, pp. 126 ss. e 154. Ulteriori indicazioni, anche bibliografiche, in LOAYZA 2001, spec. p. 100 e 379 ss.

¹²⁶ Al v. 735, prima di illustrarne la ragione in quella prevalenza che l’elemento maschile assume per lei, non generata da alcuna madre (per cui «prediligo con tutto l’animo tutto ciò che è maschile, e sono interamente di mio padre»). Vi è alle spalle, evidentemente, una piena condivisione dell’argomento prospettato da Apollo (v. 658 ss.; una rapida eco sarà anche nell’*Oreste* di Euripide), secondo il quale l’unico vero protagonista della generazione sarebbe il padre, con la madre declassata a mera «nutrice del seme in lei collocato». Da qui la minor gravità riconosciuta nel matricidio rispetto al lasciare invendicato l’assassinio del padre. In merito a questo celebre ragionamento di Apollo – con le relative ascendenze, anassagoree o pitagoriche, nonché certe analogie con le dottrine che saranno poi esposte da Aristotele – cfr. ora STOLFI 2021-2022, cap. II § 2 ove bibl. Da notare è anche la circostanza che solo Atena esponga i motivi del proprio orientamento (pur manifestato da ultima, evidentemente per non influenzare la giuria), laddove i *dikastái* umani si limitano a deporre la *psêphos* nell’urna, senza proferir verbo. Non sovraccaricherei però di significato il loro silenzio, di cui quasi si stupiva, ad esempio, POHLENZ 1978, p. 152. Il loro comportamento è infatti pienamente conforme alla procedura attica del tempo, e la vera singolarità (connessa al ruolo affatto particolare, letteralmente fondativo, che svolge la dea) è semmai rappresentata dalla motivazione espressa da Atena.

¹²⁷ Così in *Eumenidi*, v. 741, il cui contenuto (come vedremo fra un attimo) è puntualmente ripreso dopo lo scrutinio e l’assoluzione dell’imputato.

¹²⁸ La descrizione della strategia suasoria messa in campo dalla dea occupa uno spazio persino maggiore di quello riservato, in precedenza, alle argomentazioni spese da Erinni e Apollo contro o a favore di Oreste: circa centoventi versi (794-915) contro un’ottantina (585-666). Una sproporzione che potrebbe stupire; ma che in realtà illustra l’esigenza che il successo sia corroborato dalla riconciliazione col vinto (vi torneremo alla fine di questo §, nel testo e nt. 155). Proprio in riferimento a questo secondo successo conseguito da Atena Eschilo evoca la forza della persuasione: *peithô*, anzi *Peithô* – al suo «reverente

Già immediatamente dopo la scrutinio Atena aveva connesso l'assoluzione al numero simmetrico dei voti in un senso e nell'altro: «quest'uomo è assolto dall'accusa del delitto di sangue (o ha evitato il verdetto di sangue: *ekpéptheughen áimatos díken*); pari (*íson*) è infatti il conto dei voti» (v. 752 ss.). Adesso insiste sul medesimo punto onde mostrare alle ancestrali divinità della vendetta (soprattutto endofamiliare) che quell'esito non deve costituire per loro una vergogna, non avendole affatto disonorate. «Non siete state vinte, ma in verità usci fuori con pari voti la sentenza (*isópsephos díke*), senza offesa (*ouk atimía[i]*) alle vostre prerogative» (v. 795 ss.)¹²⁹.

Un simile argomento partecipa di una precisa strategia retorica, che in effetti giungerà a placare la collera delle Erinni, facendole insediare in città come presenze benefiche – proprio in virtù del salutare terrore che esse continueranno a destare¹³⁰. Ma sarebbe difficile, anche in questo caso, comprendere il senso (e poi, ancor più, l'efficacia) delle parole di Atena ove immaginassimo che proprio lei avesse rotto quella parità di voti. Qualora il verdetto fosse stato *isópsephos* solo per quanto concerne i giudici umani, ciò comporterebbe che, alla fine, davvero le Erinni erano «state vinte»: il che darebbe loro un insuperabile motivo d'odio e rancore contro la dea che ha determinato la loro sconfitta, e adesso cerca di blandirle. Lo stesso esito del suo tentativo di pacificazione testimonia invece la bontà dell'argomento, se ripristiniamo il senso corretto in cui intendere quella parità di voti.

Vi è poi un terzo dato, che riposa non su quanto nella tragedia viene detto, ma su ciò che è impossibile rintracciarvi: il numero dei «migliori cittadini» scelti per giudicare Oreste. In nessun luogo viene precisato a quanti essi ammontassero, e tutti i tentativi compiuti per pervenire a una cifra esatta appaiono assolutamente congetturali¹³¹. L'unico elemento che non sembra azzardato presupporre è che essi fossero in numero dispari, conformemente al criterio che valeva (spesso anche se non sempre, a quanto pare) per le corti giudicanti del

timore (*sebas Peithóus*), che deve essere «sacro (*agnón*)» per le Erinni cui è rivolto, la stessa Atena si richiama già al v. 885 (in genere, riguardo al ruolo di *peithó* nelle *Eumenidi*, da tener presenti soprattutto BUXTON 1982, spec. p. 109 ss. e GOLDHILL 1984, p. 264 ss.). Questa personificazione divina del concetto è strettamente connessa all'intervento di Zeus, signore (o ispiratore) della parola nelle adunanze che hanno luogo sulla piazza (*agoráios*): cfr. in particolare *Eumenidi*, v. 970-3. Sempre importante LANZA 1979, p. 37 ss. Per ulteriori approfondimenti, anche in merito alle accezioni non sempre coincidenti con cui *peithó* compare in precedenti passaggi della trilogia (quali soprattutto *Agamennone*, v. 105 ss. e 385 ss., nonché *Coefores*, v. 726), posso ora rinviare a STOLFI 2021-2022, cap. II spec. § 4 ove altra bibl.

¹²⁹ Quella che ha avuto luogo, a favore di Oreste, è dunque una «victoire sans vaincu»: LORAUX 1990, p. 104.

¹³⁰ Atena stessa, nell'auspicare che gli ateniesi usino una reverente premura (*sebein*) nell'astenersi dagli opposti eccessi del dispotismo e dell'anarchia, raccomanda «di non espellere dalla città tutto quanto genera paura (*deimón*): chi infatti degli uomini è giusto se nulla teme?» (*Eumenidi*, v. 696 ss.). Sul peculiare ruolo che la paura – configurata in modo ben diverso che nei precedenti drammi dell'*Oresteia* – assume nel finale delle *Eumenidi*, fondamentale DI BENEDETTO 1978, p. 205 ss., spec. 213 ss. ove bibl. e DI BENEDETTO 2006, p. 95 ss. Cfr. inoltre LLOYD-JONES 1982, p. 93 ss.; MEIER 1988, p. 206 ss. ove bibl.; PUCCI 1996, p. 150 ss.; MEIER 2000, spec. p. 149 ss., 177; SEVERINO 2005, p. 211 ss.; OST 2007, p. 76, 117 ss.; STOLFI 2021-2022, cap. II § 5 ove altra bibl.

¹³¹ Quanti confidano in un numero pari di giurati – che dunque si sarebbero divisi perfettamente a metà in merito alla sorte di Oreste (cfr. *supra*, nt. 124) –, pensano a dieci o dodici persone. Più verosimile ipotizzare – con GAGARIN 1976, p. 77 – undici *dikastái*, e immaginare che ciascuno di essi deponesse la propria *pséphos* in concomitanza con le altrettante battute del coro e di Apollo, ai vv. 711-733. Credo poi che il riferimento di LANZA 1997, p. 112 a cinquanta areopagiti costituisca una retroproiezione, sull'evento mitico, di un dato istituzionale posteriore – anche se in verità è pressoché impossibile ricostruire l'esatto ammontare dei componenti quel consesso nel V secolo: pensa a circa centocinquanta membri HANSEN 2003, p. 421 ove bibl.

tempo di Eschilo: composte da un numero di giurati che andava dai 201 ai 501 (numero, quest'ultimo, cui farà poi riferimento Aristotele, *Costituzione degli Ateniesi* 68.1), ma che potevano essere anche considerevolmente più ampie. Difficile pensare che da tale criterio si sia discostato il tragediografo, proprio nel celebrare l'atto fondativo del *dikázein* nella propria città. Diverrebbe allora impossibile pensare a un eguale numero di voti, a favore e contro Oreste, da parte dei *dikastái* umani – a meno di supporre qualche anomalia che avesse impedito, a uno di loro, di espletare la propria funzione: eventualità che poteva darsi in un tribunale attico del V secolo¹³², ma che stonerebbe alquanto in seno all'originario e venerabile consesso celebrato da Eschilo¹³³.

Accanto a questi tre rilievi, tutti desumibili (in positivo o in negativo) dalla lettera delle *Eumenidi*, sono poi da ricordare gli elementi che possiamo trarre da altre rappresentazioni teatrali della medesima vicenda. Inutile dire che dobbiamo valutarne la testimonianza con una cautela ben maggiore, poiché non è mai da escludere la possibilità che ciascun tragediografo optasse per una diversa ricostruzione del mito, apportandovi varianti e innovazioni, talora neppure secondarie¹³⁴. In merito al punto che ci riguarda, è però innegabile che la versione che abbiamo considerato, nell'*Oresteia*, la più probabile non si discosti troppo da quella poi adottata da Euripide, in due diverse opere.

Nella sua *Eletra* – collocabile forse attorno al 420¹³⁵, e ampiamente costruita in contrappunto con la nostra trilogia – si fa semplicemente riferimento a «voti dati in numero pari» che, secondo quanto Castore anticipa a Oreste, lo «salveranno da un verdetto di morte» (v. 1265 ss.). Non vi è alcun cenno a come questo risultato venga raggiunto, e in che misura vi concorra (o lo alteri) il voto di Atena. È perciò da presumere che il perfetto equilibrio tra favorevoli e contrari alla condanna di Oreste caratterizzi, di nuovo, non una fase (virtualmente) intermedia ma l'esito conclusivo: e dunque, se ancora dobbiamo supporre – come non è peraltro scontato – un voto della dea, anche dopo e anzi in virtù di tale suo intervento. In ogni caso, nulla induce a supporre che a pronunziarsi a favore di Oreste sia, complessivamente, la metà più uno dei votanti.

Non molti anni più tardi (probabilmente poco prima della rappresentazione dell'*Elena*, che ebbe luogo nel 412), Euripide tocca di nuovo la stessa vicenda nell'*Ifigenia in Tauride*. Oreste riferisce (v. 942 ss.) di quanto avvenuto presso l'Areopago¹³⁶, qui descritto non come

¹³² Cfr., per tutti, HANSEN 2003, p. 299. Si veda anche HARRISON 2001, p. 45 ss., ove sono raccolte le fonti più significative circa la composizione dispari delle giurie e i motivi di tale scelta (su questi aspetti cfr. altresì LORAUX 1990, p. 103 e 110 nt. 32), come pure riguardo alle occasioni in cui qualcuno dei *dikastái* aveva mancato di votare.

¹³³ Non sembrano porsi il problema gli studiosi (ricordati *supra*, nt. 124) che ipotizzano un voto pari dei giurati – cui dovrebbe aggiungersi, a loro avviso, quello di Atena, favorevole a Oreste.

¹³⁴ Vi ho insistito in STOLFI 2021–2022, cap. I § 2 ove bibl.

¹³⁵ Ma il punto è alquanto discusso: cfr., per tutti, ZUNTZ 1955, p. 64 ss.; BASTA DONZELLI 1978, p. 27 ss.; BOMBELLI 2004, p. 273 ss. Rimane controverso anche il rapporto cronologico con l'omonima opera di Sofocle: CRISCUOLO 2000, p. 193 ss. ove bibl.

¹³⁶ Diversa la versione proposta da Euripide in un'altra tragedia sul tema: l'*Oreste*. Qui infatti l'organo cui è demandata la decisione circa la sorte del protagonista non è l'Areopago, bensì «una assemblea di Argo che assomiglia tratto per tratto a quella di Atene, vista dai critici della democrazia – siamo nella primavera del 408» (così Vidal-Naquet, in VERNANT, VIDAL NAQUET 2001, p. 167; cfr. almeno LESKY 1996, p. 700 ss.). Nel resoconto della riunione di tale assemblea, compiuto dall'araldo ai v.

fondato per l'occasione da Atena, ma ancor più risalente, in quanto istituito da Zeus per sottoporre a giudizio Ares, contaminato da un delitto di sangue (v. 945 ss.) – anche per questo un «sacro tribunale (*osía pséphos*)», ove è interessante l'ulteriore slittamento metonimico che coinvolge il termine *pséphos*¹³⁷. Nel contesto di questa narrazione il matricida così sintetizza l'esito del processo a lui intentato (vv. 965-967): «Apollo mi salvò con la sua testimonianza (*martyrón*), Atena conteggiò voti pari (*ísas pséphous dieríthmese*): così venni assolto dall'accusa di omicidio». Il ruolo della dea non è, come già nell'*Elettra*, ben definito. Ella sembra limitarsi a una registrazione dei voti: benché il verbo *diarithméo* abbia anche il significato di «giudicare», è infatti evidente che il suo oggetto sono appunto *ísas pséphous*¹³⁸. E lo stesso vale per l'espressione con cui, più tardi (v. 1470 ss.)¹³⁹, la stessa Atena rievoca l'episodio, pur usando stavolta – sempre in riferimento a *pséphous ísas* – un più univoco ed esplicito verbo del giudicare (*krínein*).

Per tornare alle *Eumenidi*, molti e convergenti indizi lasciano dunque supporre che la parità di voti non preceda (almeno in astratto) la pronunzia di Atena, ma piuttosto ne sia conseguenza – col ripristino di una simmetria che era sfiorata, ma non integrata, nel giudizio degli uomini. Ed è proprio la singolarità di questo verdetto che merita attenzione¹⁴⁰. Tanto più che ci troviamo dinanzi a un evento cui il tragediografo attribuisce uno straordinario rilievo, per connetterlo all'atto fondante non solo di un'istituzione giudiziaria (il che sarebbe comunque, per un ateniese del tempo, di estrema importanza) ma dell'intero ordine cittadino¹⁴¹. La consapevolezza del rilievo pubblico di quel tipo di pronunzie, e dell'impat-

866 ss., spiccano in effetti alcune espressioni («chi vuole avanzare qualche proposta sul matricida Oreste?») visibilmente ricalcate sul lessico impiegato nei lavori dell'*Ekklesia*, così come il loro andamento risulta evocato dall'incalzare degli interventi compiuti dagli argivi. Ancor più rilevante, ai nostri fini, è il fatto che il popolo non inclini affatto per l'assoluzione di Oreste, e neppure vi sia un conteggio di voti pari (o prossimo alla parità). La condanna del matricida, ricordata in poche parole, è netta e indiscutibile. Egli sfuggirà alla morte solo attraverso il tortuoso *escamotage* ordito con Pilade, nella seconda parte della tragedia, e poi soprattutto grazie all'intervento conclusivo di Apollo, consueto (per Euripide) *deus ex machina*.

¹³⁷ Che dunque designa dapprima il sassolino, poi il voto che con esso si esprime (ma potrebbe aver luogo anche secondo una modalità diversa, come riscontrato nelle *Supplici* di Eschilo: *supra*, § 2 e ntt. 68 ss.), infine l'organo istituzionale ove ciò si verifica. Quest'ultimo significato torna anche poco più tardi, al v. 969.

¹³⁸ Al massimo, potremmo supporre che Atena abbia, dopo il loro attento calcolo, «giudicato pari i voti»: ma il significato non muterebbe affatto, nella sostanza, rispetto alla traduzione proposta. Rileva piuttosto come, anche in questa versione euripidea, non sembri trovare spazio una pronunzia della dea rispetto alla condanna o assoluzione di Oreste. E se poi le parole di Euripide dovessero essere interpretate (con una certa disinvoltura, in verità) nel senso che la stessa Atena, col suo giudizio, rese pari i voti, saremmo esattamente alla lettura che abbiamo proposto in merito alle *Eumenidi*.

¹³⁹ È nella prosecuzione di questo passaggio (v. 1471 ss.) che Euripide ricorda come da allora sia invalsa – «varrà», nella premonizione della dea – la regola (o consuetudine giuridica: *nómisma*) secondo la quale andrà assolto l'imputato per cui vengano appunto espressi voti pari (*iséreis pséphous*). Nell'*Elettra* (v. 1268) lo stesso tragediografo aveva parlato, al riguardo, direttamente di un *nómos*.

¹⁴⁰ Sul carattere tutt'altro che fortuito del suo esito paritario, fra gli altri, MEIER 2000, p. 145 ss. e OST 2007, p. 127.

¹⁴¹ Nel dar vita all'Areopago Atena parla di una «istituzione (*thesmós*) che rimarrà salda per sempre» (*Eumenidi*, v. 484). Più tardi (v. 690 ss.) vi scorge l'organo istituzionale capace di generare quella pietosa reverenza (*sébas*) e quel timore (*phóbos*) che tratterranno i cittadini dal commettere ingiustizia (*adikéin*), purché essi non stravolgano, innovandoli, i *nómoi* così stabiliti: «un baluardo che salva il territorio e la città [...] incorruttibile al lucro, degno di reverenza, inflessibile d'animo, vigile scolta del paese a difesa di chi dorma». Il dilatarsi della prospettiva – soprattutto da parte della stessa Atena, più che delle Erinni – è manifesto anche nel finale della tragedia, laddove la prima riesce a placare le seconde, convincendole a desistere da ogni maledizione e anzi a insediarsi benevole in città. Il loro compito non sarà soltanto quello di prospettare terrifiche sanzioni, come

to determinante che vi può assumere l'orientamento di ciascuno – giacché anche «un solo voto (*psēphos mia*)¹⁴² è in grado di rialzare una casa» (v. 751) – si coniuga a un dato assai più ambiguo e inquietante.

Quel che in Euripide rimarrà defilato, se non assente (il voto di Atena), assurge in Eschilo a un valore essenziale. E non solo perché attesta la convinzione, assai più spiccata che nel tragediografo successivo, di incisivi interventi divini sulla genesi e gli sviluppi degli assetti cittadini – anche questo, a ben vedere, un argomento che induce a escludere, nelle *Eumenidi*, una scissione troppo netta fra giudizio umano e divino, col secondo che alteri l'equilibrio del primo, come qualcosa di esterno e separato. Ma soprattutto l'intervento di Atena rivela come Oreste, propriamente, non fosse stato «dichiarato innocente dal punto di vista della morale umana»¹⁴³. E non a torto in questa «decisione contro l'antico diritto», assunta «contro la maggioranza» dei cittadini chiamati a giudicare, è stata vista¹⁴⁴ «una costruzione angosciante».

Vi è tutta la fatica e l'ambivalenza del nuovo che si afferma, secondo un tratto che del resto percorre l'intera tragedia: il processo che supera la vendetta e tuttavia ne trattiene in sé non pochi elementi¹⁴⁵; la razionalità dell'agone argomentativo che subentra all'enunciato che giura o maledice¹⁴⁶, ma senza eliderne completamente l'attitudine performativa; la forza del voto che irrompe sulla scena, e tuttavia non si esaurisce in un mero computo matematico. All'origine di ogni pratica giudiziaria Eschilo colloca, in definitiva, una maggioranza che non è affatto tale, e che anzi, tramite un duplice accorgimento – il voto di Atena e la regola da lei fissata per l'ipotesi di *isopsephía* –, rovescia un'altra maggioranza, pur se risicata. Il lessico dell'unanimità, così rassicurante nell'idilliaco orizzonte delle *Supplici* (e pur non svanito, ma in ben altra forma, in

deterrente rispetto al compimento di omicidi. Piuttosto, la paura stessa – di cui quelle arcaiche divinità sono fonte e simbolo assieme – costituirà l'ineludibile fondamento dell'intera convivenza civile. È dai loro «volti spaventosi (*phoberón prosópon*)» che la dea poliade vede scaturire benefici per i «suoi» cittadini (*Eumenidi*, v. 990 ss.). E sempre alle Erinni ella riserva (v. 910 ss.) il più vasto compito di rimozione degli empì (*dyssebónton*): come malerbe da strappare via per garantire la florida vita dei giusti. Ho cercato di approfondire questi aspetti in STOLFI 2021-2022, cap. II, spec. § 5 ove bibl. Cfr. anche *supra*, nt. 130.

¹⁴² Evidente, anche in questa circostanza, la valenza metonimica di *psēphos*, della quale abbiamo parlato *supra*, al § 2. Vi si aggiunge però un dato che, nel contesto di una democrazia sempre più radicale – in cui cioè vigeva un'assoluta eguaglianza fra ogni *polites* chiamato a pronunciarsi in molteplici organi collegiali –, doveva riuscire alquanto significativo per il pubblico: la portata decisiva che poteva assumere il voto di ciascuno, eminente o umile che fosse (ovviamente nell'Atene di Eschilo, non in quella del processo a Oreste).

¹⁴³ Così Vernant, in VERNANT, VIDAL-NAQUET 1976, p. 60.

¹⁴⁴ Da MEIER 1988, p. 197 ss. Sottolinea «l'irrimediabilità della situazione tragica sul piano umano» MUSTI 1997, p. 33.

¹⁴⁵ Giacché Eschilo non celebra (come talora si ripete, in modo troppo schematico) il trionfo del diritto sulla violenza, o il meccanico avvicinarsi di faide di sangue e amministrazione cittadina della giustizia. Ho cercato di fornirne vari riscontri in STOLFI 2021-2022, cap. II spec. § 1 ove altra bibl. Condivisibile DI BENEDETTO 2006, p. 100: «la tesi secondo cui nell'*Oresteia* Eschilo avrebbe voluto evocare un percorso storico che dalla famiglia porta allo Stato, con lo Stato che [...] si pone come superamento del *ghenos*, questa tesi è profondamente sbagliata» – e non solo perché una ben precisa organizzazione politica di Argo «è presupposta già nella prima tragedia della trilogia». In direzione analoga OST 2007, spec. p. 88. Cfr. anche COHEN 1995, p. 9 ss. e FARAONE 1999, p. 102 (i quali, peraltro, non rinunciano all'idea per cui, nell'*Oresteia*, «legal process triumphs over private violence»).

¹⁴⁶ Su queste due diverse prestazioni della parola – col passaggio che ne è celebrato nelle *Eumenidi*, ma di nuovo (cfr. la nt. precedente) non all'insegna di una completa cancellazione del passato o di un univoco progresso – si è insistito più volte. Cfr. almeno OST 2007, p. 91 ss., spec. 115 ss. e 123; GARAPON 2007, spec. p. 181; BONAZZI 2017, p. 111 ss.; STOLFI 2021-2022, cap. II § 4 ove altra bibl.

precedenti passaggi dell'*Oresteia*¹⁴⁷, cede qui completamente il campo a un esito diverso, e a ben altro ordine di questioni.

Come e più di quanto poi accadrà nell'*Aiace*, la frattura in seno all'organo giudicante alimenta recriminazioni e propositi di rivalsa nella parte soccombente. Ma quel che le Erinni lamentano è la lesione delle loro arcaiche prerogative e quindi del loro onore, anziché il sospetto di brogli o raggiri consumati ai propri danni (dei quali invece, come sappiamo, si diranno certi Aiace e Teucro, nell'opera di Sofocle). A quest'ultimo aspetto Eschilo non accenna minimamente; così come non fa alcun esplicito riferimento all'effetto clamorosamente divisivo che la valutazione di Oreste determina fra quei «migliori cittadini» chiamati a esprimersi. Eppure, all'interno di tale organo – nucleo privilegiato e simbolico dell'intero corpo civico –, la lacerazione risulta profonda ed eclatante. Né è probabilmente un caso se lo spettro del conflitto interno alla città, ossia della *stásis* «insaziabile di mali» (v. 976 ss.)¹⁴⁸, aleggia con tanta insistenza nel finale delle *Eumenidi*, sino a configurarsi come il primo e più grave pericolo da cui deve guardarsi la *pólis*¹⁴⁹. L'accorato appello eschileo alla *homónoia* ateniese si nutre di antefatti mitici, ma si carica di ulteriori e pregnanti significati alla luce delle violente reazioni suscitate – proprio in quegli anni – dall'intervento di Efialte, col suo disegno di comprimere il peso politico dell'Areopago, riconducendone le funzioni all'originaria portata, esclusivamente giudiziaria¹⁵⁰.

Ecco allora che la frattura consumatasi con la votazione dà luogo a un campo di tensioni e ambivalenze, che il tragediografo s'impegna a sfruttare, più che a risolvere o «ripulire» – così come del resto accade a proposito di certi concetti dalla composita e stratificata semantica, assai ricorrenti nella trilogia¹⁵¹. L'assenza di unanimità destabilizza e inquieta, ma risulta pres-

¹⁴⁷ Penso, in particolare, alla forma davvero suggestiva con cui Agamennone, nell'omonima tragedia, descrive la concorde decisione degli dèi in merito alla distruzione di Troia (vv. 813-817). Egli tende a rappresentare quella volontà nei termini di un vero e proprio verdetto, seguito a una contesa giudiziaria – ove è notevole la ricchezza dei riferimenti alla prassi processuale del tempo di Eschilo. Degli dèi, infatti, viene detto che, «ascoltate le istanze delle parti [quasi le loro rivendicazioni giuridiche: *dikas*], non espresse con la parola, hanno posto senza esitazione nell'urna sanguinosa i voti che decretavano la morte di molti uomini e la rovina di Ilio; e nell'urna opposta, che non si riempiva, entrava solo l'attesa della mano».

¹⁴⁸ Parole che probabilmente riecheggiano una battuta di Cassandra, nell'*Agamennone* (v. 1117), ove già la *stásis* è detta «insaziabile (*akóretos*)». Cfr. DI BENEDETTO 1978, p. 208; AVEZZÚ 2003, p. 90; DI BENEDETTO 2006, p. 98 ss. Nei v. 977 ss. delle *Eumenidi* è stata inoltre individuata una nitida formulazione del giustapporsi di *stásis* e *philia*: con la prima che assurge a «malattia mortale della *pólis*», e la seconda assunta quale «unica medicina [che] fa dei cittadini una comunità unanime, capace di agire come una sola volontà contro i propri nemici». Così FUSILLO 2001, p. 147.

¹⁴⁹ I cui membri, proprio per questo, è bene indirizzino altrove la propria aggressività, contro un comune nemico esterno, da «odiare con un solo cuore» e rispetto al quale acquisire «onori fra gli uomini» imponendo loro la propria egemonia. Così recitano, rispettivamente, il coro delle Erinni al v. 986 e Atena al v. 915 – da confrontare con il «meraviglioso (e terribile: *deinós*) amore di gloria» che ella (v. 864 ss.) sollecita a coltivare con la guerra esterna alla città (*pólemos*), oltre che con l'auspicio già formulato da Oreste ai v. 776 ss. Sulla peculiare immagine dei successi militari ateniesi che emerge da questi passi ha insistito DI BENEDETTO 1978, p. 865 ss. e DI BENEDETTO 1999, p. 40 ss. ove bibl. Cfr., da ultimo, anche STOLFI 2021-2022, cap. II § 5 ove altra bibl.

¹⁵⁰ Posso rinviare, in proposito, a STOLFI 2021-2022, cap. II § 3 ove bibl. Anche in merito all'Areopago – «che può rappresentare così il vecchio organo dello Stato aristocratico come l'organo della nuova democrazia» – affiora in Eschilo «un'enigmatica ambiguità»: MUSTI 1997, pp. 31 e 270.

¹⁵¹ Mi riferisco soprattutto alla nozione di *dike*, a proposito della quale è stato osservato che Eschilo, lungi dal fornirne una precisa definizione (così da dirci «cosa la giustizia è»), sa che essa «indica un campo di significati, ma il suo scopo è di

soché ovvia, atteso come persino per il mondo divino la sorte di Oreste fosse motivo di aspri contrasti e frontali opposizioni¹⁵². E la parità, pressoché perfetta, che si registra nel conteggio delle *pséphoi* costituisce sì l'emblema della lacerazione cittadina ma anche, e al tempo stesso, l'unica possibile via d'uscita, accettabile per vincitore e vinti.

Per risolvere uno stallo è necessario determinarne un altro. Per sfuggire a quella ferrea dinamica ritorsiva in cui per generazioni era stata inchiodata la casa di Atreo, col concatenarsi di colpe ed espiazioni (per mezzo di altri crimini), occorre essere posti dinanzi a un'ulteriore situazione di simmetrie ed equilibri. Dalla violenza autodistruttiva del *gbénos* non si viene affrancati tramite un giudizio all'unanimità, assolutamente irrealistico; ma neppure in virtù di un largo scarto a favore dell'assoluzione – il che, anziché rinsaldare la forza iussiva della sentenza, acuirebbe la collera delle Erinni sconfitte e quindi esporrebbe la città alle loro maledizioni. Secondo un paradosso solo apparente, la buona riuscita istituzionale di tutta la vicenda riposa proprio sull'ambiguità dell'esito registrato da Eschilo: la non maggioranza, in definitiva, a cui dà luogo la valutazione del matricidio.

Certo, come ricordavamo in epigrafe con le parole di Nicole Loraux, «votare significa accettare di separarsi», e nel dramma che chiude l'*Oresteia* ciò accade in una forma pressoché esemplare. Eppure anche quella scissione partecipa, predisponendone le condizioni, di una duplice dinamica che contraddistingue tutta la conclusione della trilogia: nel segno di una ricomposizione in armonica unità di logiche che sino ad allora erano state parziali (e perciò confliggenti)¹⁵³, come pure del «superamento nella conservazione»¹⁵⁴ di quanto saremmo tentati – ma sbagliando – di confinare in un passato remoto e rimosso. L'esito così incerto di quel voto consente ciò che un risultato diverso, e apparentemente più tranquillizzante (per l'imputato e i giudici stessi), renderebbe impraticabile: l'estinguersi autentico, e non solo proclamato, del conflitto. Vi affiora un principio diffuso (anche) nella drammaturgia antica, secondo il quale «la vittoria, da sola, non è sufficiente: perché sia una vittoria totale deve prima sopravvenire la riconciliazione coi vinti»¹⁵⁵.

sfruttare il campo, non di ripulirlo». Così HAVELOCK 2003, rispettivamente p. 364 e 353. Sulle molteplici accezioni in cui effettivamente *dike* (o *Dike*) compare nell'*Oresteia*, fra gli altri, PODLECKI 1966, p. 63 ss.; GAGARIN 1976, p. 66 ss.; GOLDHILL 1984, spec. p. 148 ss., 158; NUSSBAUM 1996, spec. p. 84 ss.; JELLAMO 2005, p. 122 ss.; MITTICA 2006, p. 100 ss.; NICOLAI 2009-2010, p. 6 ss.; STOLFI 2021-2022, cap. II § 1 ove altra bibl.

¹⁵² Come quelle che si instaurano fra le Erinni e Apollo (ma per molti versi anche Atena): «una specie di avvenimento teogonico», secondo GRAF 2002, p. 127. Si vedano anche, tra i molti, GAGARIN 1976, p. 100 ss.; DI BENEDETTO 1978, spec. p. 266 ss.; JUDET DE LA COMBE 1990, p. 266 ss.; OST 2007, p. 90 ss.; STOLFI 2021-2022, cap. II § 3 ove altra bibl.

¹⁵³ Finché viene concepita come propria di Clitennestra, di Oreste o delle Erinni, la *dike* non è altro che «il farsi valere delle parti in quanto parti», laddove solo «la città sapiente diventa invece consapevole che ogni Dike particolare è *hybris*», e che la stessa «*hybris* dei vendicatori» è espressione del perverso «prevalere della parte sul Tutto». Così SEVERINO 2005, p. 265 ss. e 131 ss. Anche MEIER 1988, p. 200 vede nell'assoluzione di Oreste «la totalità che vince sulle forze particolari che minacciano di spezzarla».

¹⁵⁴ Davvero una hegeliana «Aufhebung»: OST 2007, p. 122 ss.

¹⁵⁵ Così MEIER 2000, p. 194: non a torto egli ritiene che la medesima idea sia applicata nella trilogia dedicata a Prometeo (su cui ora STOLFI 2021-2022, cap. III § 2 ove bibl.). Cfr. anche quanto scrive MITTICA 2006, p. 155 ss. in merito alla «reintegrazione» con cui si chiudono le *Eumenidi*

A ciò possiamo aggiungere due ultimi dati, ancora una volta improntati a una certa ambivalenza. Da una parte, la percezione eschilea di un problema di fondo che in ogni tempo coinvolge l'istituto del processo. La consapevolezza, cioè, dei suoi limiti e della sua imperfezione, se alla conclusione formale della contesa che esso decreta – nel cuore del suo autentico «mistero»¹⁵⁶ – non si accompagna un effettivo esercizio di ricomposizione: una costruzione del consenso favorita da efficaci strategie suasorie e adeguate pratiche di governo¹⁵⁷. Ma d'altra parte è anche vero che negli stessi strumenti giuridici si addensa, secondo la rappresentazione proposta dal nostro tragediografo, una straordinaria attitudine ordinante e pacificatrice. Avallata, e anzi posta dalla medesima dea poliade (giacché, per Eschilo, nessuna svolta istituzionale può prescindere dall'elemento religioso)¹⁵⁸, la regola che vuole assolto l'imputato, qualora i voti siano pari, offre l'autentico codice per decifrare l'andamento di quel giudizio, altrimenti così enigmatico.

È questa voce del più articolato *thesmós* posto da Atena che fa di una maggioranza zoppa, incapace di lasciarsi alle spalle le ragioni della vendetta, il benefico ingranaggio di una nuova macchina di disciplinamento, che razionalizza e ricompone, anziché negare, mentalità e procedure antiche di secoli. Non sarà allora azzardato – al netto di una certa enfasi con cui ciò è stato espresso – guardare alle *Eumenidi* come al testo che celebra l'«invenzione» del processo, se non addirittura la nascita del «diritto in senso razionale»¹⁵⁹. O individuare nel proscioglimento di Oreste – simmetrico e inverso a quella della Danaide (Ipermnestra) che era venuta meno all'accordo con le sorelle, così da risparmiare il marito la prima notte di nozze – una delle due assoluzioni «a specchio» su cui «si fonda l'Atena classica»¹⁶⁰. E sempre, in tutte le scene da noi ripercorse (pur con implicazioni diverse che di volta in volta vi sono connesse)¹⁶¹, spicca l'elemento determinante incarnato dalla votazione: quale che sia l'oggetto

¹⁵⁶ Nel senso, naturalmente, di SARTI 1994, p. 23 ss., il quale inquadrava in quei termini la circostanza che il processo ha solo in sé medesimo, e non nella realizzazione della giustizia o nella ricerca della verità, il proprio fine: che è appunto il giudizio, quale decisione affidata a un soggetto terzo rispetto ai contendenti, e tale da chiuderne la vertenza. Vi si potrebbe peraltro obiettare – con RICOEUR 1998, p. 159 ss. – che quella così enucleata costituisce solo «la finalità a breve termine» del giudicare, mentre quella «a lungo termine» attiene alle strategie sociali volte a interdire la violenza («la scelta del discorso contro la violenza» [p. 162]: proprio quanto trova la prima codificazione nelle *Eumenidi*).

¹⁵⁷ Da qui ad esempio il notevole risalto assunto, nella gestione del contenzioso ateniese fra V e IV secolo, dagli arbitrati, pubblici e privati – nei quali era riservato maggiore spazio a valutazioni di equità (già vi insisteva Aristotele, *Retorica* 1.1374b), ed era anche sensibilmente diversa la finalità perseguita, consistente – scrive Cozzo 2014, p. 72 – nel «fare cessare la lite, e, se possibile, anche il sentimento litigioso». Ma pensiamo anche, mutato il non poco che è da mutare, al significato oggi assunto, oltre che dallo stesso arbitrato, da pratiche quali la mediazione, alla cui crescente affermazione (anche a livello di previsioni normative) ha contribuito la coscienza dei limiti propri dell'ordinaria amministrazione della giustizia, dal momento che «la pacificazione assicurata dal diritto, rimanendo alla superficie degli eventi, si dimostra [...] spesso carente sia sul piano etico generale, sia su quello pratico dell'effettiva risoluzione del conflitto»: COSÌ 2017, p. 134 ss.

¹⁵⁸ Circa l'esigenza di ricondurre «le concezioni eschilee della polis [...] entro l'orizzonte della politica teologica» (una nozione distinta, benché «equivalente», rispetto a quella moderna di «teologia politica»), cfr. MEIER 1988, p. 229. Efficace LLOYD-JONES 1982, p. 94: «Aeschylus' politics are an extension of his theology».

¹⁵⁹ Così CAVALLA 2011, p. 110 ss., spec. 116. Ritiene che proprio «la parità dei voti [...] simboleggia [...] ciò che, propriamente, non sarebbe potuto accadere, e cioè la vittoria di un nuovo diritto» MEIER 2000, p. 146 ss.

¹⁶⁰ In tal senso, nel contesto di un'analisi estremamente suggestiva, CALASSO 2009, p. 84 ss.

¹⁶¹ Come tutt'altro che omogenea è la valenza che l'ipotesi di parità di voti assumeva nella prassi e nell'immaginario delle decisioni assembleari e nell'amministrazione della giustizia (con particolare riguardo ai giudizi su fatti di sangue): cfr. LORAUX 1990, spec. p. 107.

del contendere – l'accoglienza delle supplici, la destinazione delle armi di un eroe o la sorte di un matricida – e l'esito numerico a cui si perviene: all'unanimità, a (discussa) maggioranza o in perfetta parità (ma, almeno per noi, persino più controversa).

Bibliografia

- ADKINS 1987 = A.W.H. ADKINS, *La morale dei Greci. Da Omero ad Aristotele*, trad. it. Roma-Bari 1987.
- AGAMBEN 2013 = G. AGAMBEN, *Stasis. La guerra civile come paradigma politico. Homo sacer, II, 2*, Torino 2013.
- ALLEN 2000 = D.S. ALLEN, *The World of Prometheus. The Politics of Punishing in Democratic Athens*, Princeton 2000.
- ALLEN 2005 = D. ALLEN, *Greek Tragedy and Law*, in M. GAGARIN, D. COHEN (ed.), *The Cambridge Companion to Ancient Greek Law*, Cambridge 2005, pp. 374-393.
- ARISTODEMOU 2000 = M. ARISTODEMOU, *Law and Literature. Journeys from Her to Eternity*, Oxford 2000.
- AVEZZÚ 2003 = G. AVEZZÚ, *Il mito sulla scena. La tragedia ad Atene*, Venezia 2003.
- AYLEN 1964 = L. AYLEN, *Greek Tragedy and Modern World*, London 1964.
- BASTA DONZELLI 1978 = G. BASTA DONZELLI, *Studio sull'Elettra di Euripide*, Catania 1978.
- BENVENISTE 1976 = E. BENVENISTE, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee. II. Potere, diritto, religione*, trad. it. Torino 1976.
- BISCARDI 1982 = A. BISCARDI, *Diritto greco antico*, Milano 1982.
- BOMBELLI 2004 = G. BOMBELLI, *Modelli di "giustizia" tra classicità e modernità: l'Elettra di Euripide e la sua rilettura in Eugene O'Neill*, in G. BOMBELLI, A. MAZZEI (a c. di), *Dike polyponos. Arche-tipi di giustizia fra tragedia greca e dramma moderno*, Padova 2004, pp. 273-318.
- BONAZZI 2017 = M. BONAZZI, *Atene, la città inquieta*, Torino 2017.
- BUXTON 1982 = R.G.A. BUXTON, *Persuasion in Greek Tragedy. A Study of Peitho*, Cambridge 1982.
- CAIRNS 1996 = D. CAIRNS, *Hybris, Dishonour, and Thinking Big*, in *Journal of Hellenic Studies* 116 (1996), pp. 1-32.
- CALASSO 2009 = R. CALASSO, *Le nozze di Cadmo e Armonia*, Milano 2009¹⁴.
- CANCELLI 2000 = F. CANCELLI, *Le leggi divine di Antigone e il diritto naturale*, Roma 2000.
- CANFORA 2004 = L. CANFORA, *Prima lezione di storia greca*, Roma-Bari 2004⁴.
- CANFORA 2010 = L. CANFORA, *Storia della letteratura greca*, Roma-Bari 2010³.
- CANFORA 2013 = L. CANFORA, *Il mondo di Atene*, rist. Roma-Bari 2013.
- CANTARELLA 2007a = E. CANTARELLA, *Premessa*, in E. CANTARELLA, L. GAGLIARDI (a c. di), *Diritto e teatro in Grecia e a Roma*, Milano 2007, pp. 9-16.
- CANTARELLA 2007b = E. CANTARELLA, *I supplizi capitali. Origine e funzioni delle pene di morte in Grecia e a Roma*, Milano 2007².

- CANTARELLA 2011 = E. CANTARELLA, *La violenta: Clitennestra*, in S. SEBASTIANI (a c. di), *Donne in rivolta. Tra arte e memoria*, Bologna 2011, pp. 19-35.
- CANTARELLA, GAGLIARDI 2007 = E. CANTARELLA, L. GAGLIARDI (a c. di), *Diritto e teatro in Grecia e a Roma*, Milano 2007.
- CAPIZZI 1995 = A. CAPIZZI, *Paradigma, mito, scienza. Studi sul pensiero greco*, Roma 1995.
- CARILLO 2007 = G. CARILLO, *Atteone o della democrazia*, Napoli 2007.
- CARILLO 2019 = G. CARILLO, *Nomou bia(i). Note su Antigone*, in *Il Pensiero* 58.2 (2019), pp. 79-93.
- CARLIER 1984 = P. CARLIER, *La Royauté en Grece avant Alexandre*, Strasbourg 1984.
- CATENACCI 1996 = C. CATENACCI, *Il tiranno e l'eroe. Per un'archeologia del potere nella Grecia antica*, Milano 1996.
- CAVALLA 2011 = F. CAVALLA, *All'origine del diritto al tramonto della legge*, Napoli 2011.
- CERRI 1979 = G. CERRI, *Legislazione orale e tragedia greca. Studi sull'Antigone di Sofocle e sulle Supplici di Euripide*, Napoli 1979.
- CIARAMELLI 2017 = F. CIARAMELLI, *Il dilemma di Antigone*, Torino 2017.
- CITTI 1978 = V. CITTI, *Tragedia e lotta di classe in Grecia*, Napoli 1978.
- COHEN 1995 = D. COHEN, *Law, Violence and Community in classical Athens*, Cambridge 1995.
- COSI 2017 = G. COSI, *L'accordo e la decisione. Modelli culturali di gestione dei conflitti*, Milano 2017.
- COZZO 2014 = A. COZZO, «Nel mezzo». *Microfisica della mediazione nel mondo greco antico*, Pisa 2014.
- CRISCUOLO 2000 = U. CRISCUOLO, *Lettura dell'Elettra di Sofocle*, Napoli 2000.
- CRITCHLEY 2020 = S. CRITCHLEY, *A lezione dagli antichi. Comprendere il mondo in cui viviamo attraverso la tragedia greca*, trad. it. Milano 2020.
- CURI 2003 = U. CURI, *Il farmaco della democrazia. Alle radici della politica*, Milano 2003.
- CURI 2019 = U. CURI, *Il colore dell'inferno. La pena tra vendetta e giustizia*, Torino 2019.
- DAVID-JOUGNEAU 1995 = M. DAVID-JOUGNEAU, *Ulysse médiateur ou comment sortir de la logique de la vengeance*, in *Droit et société* 29 (1995), pp. 11-24.
- DE ROMILLY 1996 = J. DE ROMILLY, *La tragedia greca*, trad. it. Bologna 1996.
- DE ROMILLY 2005 = J. DE ROMILLY, *La legge nel pensiero greco. Dalle origini ad Aristotele*, trad. it. Milano 2005.
- DETIENNE 1990 = M. DETIENNE, *La scrittura di Orfeo*, trad. it. Roma-Bari 1990.
- DI BENEDETTO 1978 = V. DI BENEDETTO, *L'ideologia del potere e la tragedia greca. Ricerche su Eschilo*, Torino 1978.
- DI BENEDETTO 1999 = V. DI BENEDETTO, *Eschilo e la guerra*, in *Prometheus* 25 (1999), pp. 37-44.
- DI BENEDETTO 2006 = V. DI BENEDETTO, *Eschilo e lo sviluppo delle forme tragiche*, in *Eschilo, Oresteia*, Milano 2006¹¹, pp. 5-190.
- DI DONATO 2013 = R. DI DONATO, *Tragedia greca e pensiero sociale*, ora in *Id.*, *Per una storia culturale dell'antico. Contributi a una antropologia storica*, I, Pisa 2013.
- DI MARCO 1980-81 = M. DI MARCO, *Il dibattito politico nell'agone delle «Supplici» di Euripide: motivi e forme*, in *Helikon* 20-21 (1980-81), pp. 165-206.

- DODDS 1959 = E.R. DODDS, *I Greci e l'irrazionale*, trad. it. Firenze 1959.
- DODDS 1985 = E.R. DODDS, *The Ancient Concept of Progress and Other Essays on Greek Literature and Belief*, rist. Oxford 1985.
- DOVER 1957 = K.J. DOVER, *The Political Aspects of Aeschylus' Eumenides*, in *Journal of Hellenic Studies* 77.2 (1957), pp. 230-237.
- ESPOSITO 2013 = R. ESPOSITO, *Due. La macchina della teologia politica e il posto del pensiero*, Torino 2013.
- FARAONE 1999 = C.A. FARAONE, *Curses and Social Control in the Law Courts of Classical Athens*, in *Dike* 2 (1999), pp. 99-122.
- FODDAI 2005 = M. FODDAI, *Sulle tracce della responsabilità. Idee e norme dell'agire responsabile*, Torino 2005.
- FORTI, MAZZUCCATO, VISCONTI 2014 = G. FORTI, C. MAZZUCCATO, A. VISCONTI (a c. di), *Giustizia e letteratura*, II, Milano 2014.
- FORTI, PROVERA 2019 = G. FORTI, A. PROVERA (a c. di), *Mito e narrazioni della giustizia nel mondo greco*, Milano 2019.
- FUSILLO 2001 = F. FUSILLO, *Philia / stasis*, in M.P. FIMIANI (a c. di), *Philia*, Napoli 2001, pp. 146-172.
- GAGARIN 1975 = M. GAGARIN, *The Vote of Athena*, in *American Journal of Philology* 96 (1975), pp. 121-127.
- GAGARIN 1976 = M. GAGARIN, *Aeschylean drama*, Berkeley-Los Angeles-London 1976.
- GALGANO 2009 = F. GALGANO, *Il diritto e le altre arti. Una sfida alla divisione fra le culture*, Bologna 2009.
- GARAPON 2007 = A. GARAPON, *Del giudicare. Saggio sul rituale giudiziario*, trad. it. Milano 2007.
- GASTALDI 2008 = S. GASTALDI, *Introduzione alla storia del pensiero politico antico*, Roma-Bari 2008.
- GEHRKE 1997 = H.-J. GEHRKE, *La «stasis»*, in S. SETTIS (a c. di), *I Greci. Storia Cultura Arte Società*, II.2, Torino 1997, pp. 453-480.
- GERNET 1982 = L. GERNET, *Anthropologie de la Grèce antique*, rist. Paris 1982.
- GIANGIULIO 2015 = M. GIANGIULIO, *Democrazie greche. Atene, Sicilia, Magna Grecia*, Roma 2015.
- GIORDANO 2014 = M. GIORDANO, *Contamination et vengeance: pour une diachronie du miasma*, in *Mètis* n.s., 12 (2014), pp. 291-310.
- GIORGINI 1993 = G. GIORGINI, *La città e il tiranno. Il concetto di tirannide nella Grecia del VII-IV secolo a.C.*, Milano 1993.
- GOLDHILL 1984 = S. GOLDHILL, *Language, sexuality, narrative: the Oresteia*, Cambridge 1984.
- GOLDHILL 2000 = S. GOLDHILL, *Greek Drama and Political Theory*, in C. ROWE, M. SCHOFIELD (eds.), *The Cambridge History of Greek and Roman Political Thought*, Cambridge 2000, pp. 60-88.
- GRAF 2002 = F. GRAF, *Il mito in Grecia*, trad. it. Roma-Bari 2002⁴.
- HANSEN 2003 = M.H. HANSEN, *La democrazia ateniese nel IV secolo a.C.*, trad. it. Milano 2003.
- HARRISON 2001 = A.R.W. HARRISON, *Il diritto ad Atene. La procedura*, II, trad. it. Alessandria 2001.

- HAVELOCK 2003 = E.A. HAVELOCK, *Dike. La nascita della coscienza*, trad. it. Roma-Bari 2003³.
- HESTER 1981 = D.A. HESTER, *The Casting Vote*, in *American Journal of Philology* 102 (1981), pp. 265-274.
- HIRZEL 1966 = R. HIRZEL, *Themis, Dike und Verwandtes. Ein Beitrag zur Geschichte der Rechtsidee bei den Griechen*, rist. Hildesheim 1966.
- HÖSLE 1986 = V. HÖSLE, *Il compimento della tragedia nell'opera tarda di Sofocle. Osservazioni storico-estetiche sulla struttura della tragedia attica*, trad. it. Napoli 1986.
- JELAMO 2005 = A. JELAMO, *Il cammino di Dike. L'idea di giustizia da Omero a Eschilo*, Roma 2005.
- JUDET DE LA COMBE 1990 = P. JUDET DE LA COMBE, *Rationalisation du droit et fiction tragique: les Euménides*, in J.-F. MATTÉI (dir.), *La naissance de la raison en Grèce. Actes du Congrès de Nice - mai 1987*, Paris 1990, pp. 265-277.
- KNOX 1954 = B.M.W. KNOX, *Why is Oedipus called Tyrannos?*, in *Classical Journal* 50 (1954), pp. 97-102.
- KNOX 1986 = B. KNOX, *Word and Action. Essays on the Ancient Theatre*, rist. Baltimore 1986.
- KNOX 1998 = B. KNOX, *Oedipus at Thebes. Sophocles' Tragic Hero and His Time*, rist. New Haven-London 1998².
- LANZA 1977 = D. LANZA, *Il tiranno e il suo pubblico*, Torino 1977.
- LANZA 1979 = D. LANZA, *Lingua e discorso nell'Atene delle professioni*, Napoli 1979.
- LANZA 1997 = D. LANZA, *La disciplina dell'emozione. Un'introduzione alla tragedia greca*, Milano 1997.
- LANZA, VEGETTI, CAIANI, SIRCANA 1977 = D. LANZA, M. VEGETTI, G. CAIANI, F. SIRCANA, *L'ideologia della città*, Napoli 1977.
- LESKY 1996 = A. LESKY, *La poesia tragica dei Greci*, trad. it. Bologna 1996.
- LEWIS 1989 = R.G. LEWIS, *The Procedural Basis of Sophocles' Oedipus Tyrannus*, in *Greek, Roman and Byzantin Studies* 30 (1989), pp. 41-66.
- LLOYD-JONES 1982 = H. LLOYD-JONES, *The Justice of Zeus*, Berkeley-Los Angeles-London 1982.
- LOAYZA 2001 = D. LOAYZA, *Introduction*, in Eschyle, *L'Orestie*, Paris 2001.
- LODDO 2018 = L. LODDO, *Solone demotikotatos. Il legislatore e il politico nella cultura democratica ateniese*, Milano 2018.
- LORAUX 1990 = N. LORAUX, *La majorité, le tout et la moitié. Sur l'arithmétique athénienne du vote*, in *Le Genre Humain* 22 (1990), pp. 89-110.
- LORAUX 2001 = N. LORAUX, *La voce addolorata. Saggio sulla tragedia greca*, trad. it. Torino 2001.
- LORAUX 2006 = N. LORAUX, *La città divisa. L'oblio nella memoria di Atene*, trad. it. Vicenza 2006.
- LOTZE 1997 = *Il cittadino e la partecipazione al governo della «polis»*, in S. SETTIS (a c. di), *I Greci. Storia Cultura Arte Società*, II,2, Torino 1997, pp. 369-401.
- MAFFI 2012 = A. MAFFI, *Origine et application du principe de majorité dans la Grèce ancienne*, in B. LEGRAS, G. THÜR (éd./hersgg.), *Symposion 2011. Études d'histoire du droit grec et hellénistique (Paris, 7-10 septembre 2011) / Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte (Paris, 7-10. September 2011)*, Wien 2012, pp. 21-31.

- MARTINA 2004 = A. MARTINA, *La prorrhesis di Edipo* (*Soph. Oed. T. 216-275*), in *Paideia* 59 (2004), pp. 271-298.
- MARZULLO 1993 = B. MARZULLO, *I sofismi di Prometeo*, Firenze 1993.
- McGLEW 1993 = J.F. MCGLEW, *Tyranny and Political Culture in Ancient Greece*, Ithaca-London 1993.
- MEIER 1988 = C. MEIER, *La nascita della categoria del politico in Grecia*, trad. it. Bologna 1988.
- MEIER 2000 = C. MEIER, *L'arte politica della tragedia greca*, trad. it. Torino 2000.
- MITTICA 2006 = M.P. MITTICA, *Raccontando il possibile. Eschilo e le narrazioni giuridiche*, Milano 2006.
- MOSSÉ 1969 = C. MOSSÉ, *La tyrannie dans la Grèce antique*, Paris 1969.
- MOSSÉ 2006 = C. MOSSÉ, *Pericle. L'inventore della democrazia*, trad. it. Roma-Bari 2006.
- MUSTI 1997 = D. MUSTI, *Demokratía. Origini di un'idea*, Roma-Bari 1997².
- NICOLAI 2009-2010 = R. NICOLAI, *Prima del processo: logiche giudiziarie nell'Oresteia*, in *Sandalion* 32-33 (2009-2010), pp. 5-31.
- NUSSBAUM 1996 = M.C. NUSSBAUM, *La fragilità del bene. Fortuna ed etica nella tragedia e nella filosofia greca*, trad. it. Bologna 1996.
- OST 2007 = F. OST, *Mosè, Eschilo, Sofocle. All'origine dell'immaginario giuridico*, trad. it. Bologna 2007.
- OSTWALD 1969 = M. OSTWALD, *Nomos and the beginnings of the Athenian democracy*, Oxford 1969.
- PABST 2003 = A. PABST, *Die Athenische Demokratie*, München 2003.
- PADUANO 2008 = G. PADUANO, *Antigone e la democrazia ateniese*, in R. ALONGE (a c. di), *Antigone, volti di un enigma. Da Sofocle alle Brigate Rosse*, Bari 2008, pp. 3-22.
- PARKER 1983 = R. PARKER, *Miasma. Pollution and Purification in early Greek Religion*, Oxford 1983.
- PATTONI 2011 = M.P. PATTONI, *Scene di supplica nel teatro eschileo: simmetrie strutturali ed equivalenze politiche*, in A. BELTRAMETTI (a c. di), *La storia sulla scena. Quello che gli storici antichi non hanno raccontato*, Roma 2011, pp. 127-148.
- PEPE 2000 = L. PEPE, *L'agone tra Teseo e l'araldo tebano nelle 'Supplici' di Euripide*, in P. ANGELI BERNARDINI (a c. di), *Presenza e funzione della città di Tebe nella cultura greca. Atti del Convegno Internazionale (Urbino, 7-9 luglio 1997)*, Pisa-Roma 2000, pp. 203-218.
- PEPE 2007 = L. PEPE, *I «sette contro Tebe» e la spartizione dell'eredità di Edipo*, in E. CANTARELLA, L. GAGLIARDI (a c. di), *Diritto e teatro in Grecia e a Roma*, Milano 2007, pp. 31-67.
- PEPE 2020 = L. PEPE, *La voce delle Sirene. I Greci e l'arte della persuasione*, Roma-Bari 2020.
- PODLECKI 1966 = J. PODLECKI, *The Political Background of Eschylean Tragedy*, Ann Arbor 1966.
- PODLECKI 1989 = J. PODLECKI (ed.), *Aeschylus, Eumenides*, Warminster 1989.
- POHLENZ 1978 = M. POHLENZ, *La tragedia greca, I*, trad. it. Brescia 1978².
- PROVERA 2019 = A. PROVERA, *'Poeti legislatori' della Grecia arcaica. Dalla vendetta alla giustizia della misura e del riconoscimento*, in G. FORTI, A. PROVERA (a c. di), *Mito e narrazioni della giustizia nel mondo greco*, Milano 2019, pp. 18-31.
- PUCCI 1996 = B. PUCCI, *Diritto e tragedia. Rito e processo nelle «Eumenidi» di Eschilo*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* IV s., 73 (1996), pp. 140-156.

- RAAFLAUB 1985 = K. RAAFLAUB, *Die Entdeckung der Freiheit. Zur historischen Semantik und Gesellschaftsgeschichte eines politischen Grundbegriffs der Griechen*, München 1985.
- RICOEUR 1998 = P. RICOEUR, *Il giusto*, trad. it. Torino 1998.
- RIPEPE 2001 = E. RIPEPE, *Ricominciare da Antigone o ricominciare dall'Antigone? Ancora una volta sulla più antica lezione di filosofia del diritto*, in *Scritti in onore di A. Cristiani*, Torino 2001, pp. 677-718.
- RIVIER 1968 = A. RIVIER, *Remarques sur le 'nécessaire' et le 'nécessité' chez Eschyle*, in *Revue des Études Grecques* 81 (1968), pp. 5-39.
- ROSSI 1999 = L. ROSSI, *Strategie oratorie nelle Eumenidi di Eschilo*, in *Seminari romani di cultura greca* 2.2 (1999), pp. 199-212.
- RUZÉ 1984 = F. RUZÉ, *Pléthos, aux origines de la majorité politique*, in *Aux origines de l'hellénisme. La Crète et la Grèce. Hommage à H. van Effenterre*, Paris 1984, pp. 247-263.
- SALANITRO 1968 = G. SALANITRO, *La data e il significato politico delle «Supplici» di Eschilo*, in *Helikon* 8 (1968), pp. 311-340.
- SATTA 1994 = S. SATTA, *Il mistero del processo*, Milano 1994.
- SCABUZZO 2001 = S. SCABUZZO, *La prueba judicial en la tragedia: el caso de Edipo rey*, in *Argos* 25 (2001), pp. 79-93.
- SCHIAVONE 2019 = A. SCHIAVONE, *Eguaglianza. Una nuova visione sul filo della storia*, Torino 2019.
- SCHIRRIPA 2003 = P. SCHIRRIPA, *Le figure tragiche del potere a Tebe tra legittimità e usurpazione*, in S. SIMONETTA (a c. di), *Potere sovrano: simboli, limiti, abusi*, Bologna 2003, pp. 199-216.
- SEGAL 1981 = C. SEGAL, *Tragedy and Civilization. An Interpretation of Sophocles*, Cambridge-London 1981.
- SEVERINO 2005 = E. SEVERINO, *Il gioco. Alle origini della ragione: Eschilo*, Milano 2005².
- SISSA 1992 = G. SISSA, *La verginità in Grecia*, trad. it. Roma-Bari 1992.
- SNELL 1969 = B. SNELL, *Eschilo e l'azione drammatica*, trad. it. Milano 1969.
- SOMMERSTEIN 1989 = A.H. SOMMERSTEIN (ed.), *Eschylus, Eumenides*, Cambridge 1989.
- STAROBINSKI 1978 = J. STAROBINSKI, *Tre furori*, trad. it. Milano 1978.
- STOLFI 2006 = E. STOLFI, *Introduzione allo studio dei diritti greci*, Torino 2006.
- STOLFI 2008 = E. STOLFI, *Polites e civis: cittadino, individuo e persona nell'esperienza antica*, in C. TRISTANO, S. ALLEGRIA (a c. di), *Civis/civitas. Cittadinanza politico-istituzionale e identità socio-culturale da Roma alla prima età moderna. Atti del Seminario internazionale Siena-Montepulciano, 10-13 luglio 2008*, Montepulciano (Siena) 2008, pp. 17-32.
- STOLFI 2012a = E. STOLFI, *Quando la Legge non è solo legge*, Napoli 2012.
- STOLFI 2012b = E. STOLFI, *Immagini della guerra nell'antica Grecia: «stásis», «pólemos» e «dikaios pólemos»*, in *Rivista di studi militari* 1 (2012), pp. 8-46.
- STOLFI 2014 = E. STOLFI, *Nómoi e dualità tragiche. Un seminario su Antigone*, in *Studia et documenta historiae et iuris* 80 (2014), pp. 467-503.
- STOLFI 2018 = E. STOLFI, *Gli attrezzi del giurista. Introduzione alle pratiche discorsive del diritto*, Torino 2018.

- STOLFI 2019a = E. STOLFI, *Prime note su phonos e miasma nella tragedia greca: il kerygma di Edipo e le sue ambigue allusioni*, in L. GAGLIARDI, L. PEPE (eds.), *Dike. Essays on Greek Law in Honor of Alberto Maffi*, Milano 2019, pp. 291-314.
- STOLFI 2019b = E. STOLFI, *L'altrove del giurista. Alcune riflessioni attorno a diritto romano e cultura giuridica greca*, in *Periptero* 8 (2019), pp. 50-60.
- STOLFI 2020 = E. STOLFI, *La cultura giuridica dell'antica Grecia. Legge, politica, giustizia*, Roma 2020.
- STOLFI 2021 = E. STOLFI, *Di chi è la colpa? Note attorno a volontà e responsabilità individuale nella tragedia greca*, in corso di pubblicazione in *Studi Senesi*.
- STOLFI 2021-2022 = E. STOLFI, *La giustizia in scena. Diritto e potere in Eschilo e Sofocle*, in corso di pubblicazione.
- STRAUSS 1968 = L. STRAUSS, *La tirannide. Studio sul "Gerone" di Senofonte*, trad. it. Milano 1968.
- SUSANETTI 2011 = D. SUSANETTI, *Catastrofi politiche. Sofocle e la tragedia di vivere insieme*, Roma 2011.
- SUSANETTI 2014 = D. SUSANETTI, *Atene post-occidentale. Spettri antichi per la democrazia contemporanea*, Roma 2014.
- TALAMANCA 1984 = M. TALAMANCA, *Politica, equità e diritto nella pratica giudiziaria attica*, in *Mnème G.A. Petropoulou*, II, Athena 1984, pp. 333-356.
- THOMSON 1949 = G. THOMSON, *Eschilo e Atene*, trad. it. Torino 1949.
- UGOLINI 1995 = G. UGOLINI, *Aspetti politici dell'Aiace sofocleo*, in *Quaderni di Storia* 42 (1995), pp. 5-33.
- UGOLINI 2000 = G. UGOLINI, *Sofocle e Atene. Vita politica e attività teatrale nella Grecia classica*, Roma 2000.
- VEGETTI 1996 = M. VEGETTI, *Letica degli antichi*, Roma-Bari 1996⁴.
- VERNANT, VIDAL-NAQUET 1976 = J.-P. VERNANT, P. VIDAL-NAQUET, *Mito e tragedia nell'antica Grecia*, trad. it. Torino 1976.
- VERNANT, VIDAL-NAQUET 2001 = J.-P. VERNANT, P. VIDAL-NAQUET, *Mito e tragedia due. Da Edipo a Dioniso*, trad. it. Torino 2001.
- VEYNE 1989 = P. VEYNE, *I Greci hanno conosciuto la democrazia?*, in C. MEYER, P. VEYNE, *L'identità del cittadino e la democrazia in Grecia*, trad. it. Bologna 1989, pp. 71-107.
- VIDAL-NAQUET 1988 = P. VIDAL-NAQUET, *Ajax ou la mort du héros*, in *Bullettin de l'Académie Royale de Belgique* 74 (1988), pp. 463-486.
- WINNINGTON-INGRAM 1980 = R.P. WINNINGTON-INGRAM, *Sophocles. An interpretation*, Cambridge 1980.
- ZEITLIN 1988 = F.I. ZEITLIN, *La politique d'Éros: féminin et masculin dans les Suppliantes d'Eschyle*, in *Metis* 3 (1988), pp. 231-259.
- ZIOLKOWSKI 1997 = T. ZIOLKOWSKI, *The Mirror of Justice. Literary Reflections of Legal Crises*, Princeton 1997.
- ZUNTZ 1955 = G. ZUNTZ, *The Political Plays of Euripides*, Manchester 1955.

Exceptio doli y delegación. Una aproximación a sus problemas

Patricio Lazo

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile

Manuel García Garrido, *in memoriam*

Abstract (Italiano)

L'obiettivo di questo scritto è di riconsiderare le argomentazioni dei giuristi romani del III secolo circa la *delegatio* e l'*exceptio doli*. Il metodo si fonda sull'analisi dei frammenti contenuti nel Digesto, pur senza entrare in questioni di critica testuale. Il risultato dell'indagine mostra che i giuristi dell'ultimo periodo classico preferirono rafforzare la posizione del creditore, limitando l'applicazione dell'*exceptio doli*.

Keywords: *delegación*, *exceptio doli*, *dote*, *sum recipere*

Abstract (English)

The objective of this article is to review the arguments of the Roman lawyers of the 3rd century on the problems of delegatio and exceptio doli. The methodology is based on the analysis of fragments, excluding a textual-based critic. The results of the research show that the Roman lawyers of the last period of the classical jurisprudence preferred to strengthen the position of the creditor, by limiting the extent of the exceptio doli when used by the debtor.

Keywords: *delegation*, *exceptio doli*, *dote*, *sum recipere*

1. Introducción

La delegación es una figura compleja, debido al número de partes y a las relaciones jurídicas en juego¹. La combinación de las variantes a que los factores en juego llevan se traduce en un considerable número de supuestos. Desde luego, se trataría de un terreno en el que la invoca-

¹ TALAMANCA 1962, p. 918 ss.

ción de la *exceptio doli* podría hacerse habitual. Sin embargo, la realidad es muy distinta: si se examinan los diversos casos estudiados por la jurisprudencia romana, la regla general es precisamente la contraria: la *exceptio doli* de la que el delegado podría disponer contra el delegante se ve permanentemente denegada contra el delegatario. Este resultado no es evidente ni obvio. Después de todo, si la *exceptio doli* es un mecanismo de defensa frente a la actuación dolosa del demandante, ¿por qué no podría darse esta situación entre los muchos casos que examina esta misma jurisprudencia? ¿Qué fundamento podría existir para no conceder al delegado la *exceptio doli* frente al delegatario? La respuesta a estas preguntas debería ser tan lógica como simple, a saber: si no hay dolo, no debería existir fundamento para la excepción. Sin embargo, como se verá, en las fuentes un argumento de esta clase no abunda; todo lo contrario, las razones que la jurisprudencia arguye – cuando lo hace – son genéricos, a la vez que típicos: o bien porque – cuando se trata de una delegación en la cual hay una dote de por medio – la jurisprudencia concluye que el marido no admitiría a la mujer sin su dote, o bien, en otros casos, porque se da la razón al acreedor sosteniendo que su demanda es inatacable porque solo exige lo que le corresponde.

Con todo, esta misma constatación hace que las dudas se multipliquen. En primer lugar, porque, al menos a primera vista, ambos fundamentos parecen forzados. Y es que si se trata de la *exceptio doli*, la razón para denegar su utilización contra el delegatario debiese ser que este no incurre en dolo; bastaría con eso. Pero no se dice así, sino que se recurre a los argumentos que acabo de mencionar. En segundo lugar, porque si pensamos que para la jurisprudencia clásica *delegatio est solutio*, entonces si la actividad del delegante en orden a convencer al delegado para prometer al delegatario resultare ser dolosa, p. ej., porque el delegante oculta el hecho de que se trata de una *obligatio* paralizada por una *exceptio*, no habría en principio razón para impedir al delegado valerse de la *exceptio doli*. Pero, reitero, esta no es la solución que encontramos en las fuentes, sino la inversa, esto es, la de la imposibilidad para el delegado de valerse de la excepción. ¿Qué hay detrás de todo esto? A mi juicio, una posible respuesta podría encontrarse en el examen de la función que estos argumentos están llamados a cumplir.

2. *Exceptio doli* y extensión desde la relación de cobertura a la de valuta

Como sabemos, en la delegación se reconocen dos relaciones: de cobertura (o provisión) y de valuta (o de valor). Mientras la primera se da entre delegante y delegado, la segunda se da entre delegante y delegatario. La pregunta que, desde la perspectiva que nos interesa, cabe hacer es si se extiende a la relación de valuta la *exceptio doli* que ha surgido a favor del delegado en la de cobertura. En este orden de ideas, si se trata de un error de parte del delegado ¿se limitan sus efectos a la relación en la que surge? Juliano, por un lado, y Paulo y Ulpiano, por otro, ofrecen muy diferentes soluciones a esta pregunta, como examinaremos a continuación.

a) D. 39.5.2.3 (Iul. 60 dig.): *Aliud iuris erit, si pecuniam, quam me tibi debere existimabam, iussu tuo sponderim ei cui donare volebas: exceptione enim doli mali tueri me potero et praeterea incerti condicione stipulatorem compellam, ut mihi acceptum faciat stipulationem*².

El *responsum* de Juliano se articula en torno a dos elementos: el primero de ellos es la existencia de un error por parte del delegado, que cree ser deudor del delegante (*me tibi debere existimabam*); el segundo corresponde a la procedencia de la *exceptio doli* contra la reclamación del delegatario (*exceptione enim doli mali tuere me potero*). Desde luego, Juliano ofrece una doble ventaja al delegado: no solo puede oponer la *exceptio doli* al delegatario ante una eventual reclamación, sino que le es permitido, además, adelantarse a ella y exigirle aceptar, para lo cual cuenta con una *condictio incerti*. Desde la perspectiva del delegado, la decisión de Juliano resulta ampliamente favorable.

b) D. 46.2.13 (Ulp. 38 ad ed.): *Si non debitorem quasi debitorem delegavero creditori meo, exceptio locum non habebit, sed condictio adversus eum qui delegavit competit*.

A diferencia del pasaje resuelto por Juliano, no se menciona aquí la circunstancia del error por parte del delegado, en el sentido de creerse deudor del delegante. Ulpiano modifica esta circunstancia, que podemos denominar subjetiva, por una objetiva: el delegado carece de la calidad de deudor, pero promete delegatoriamente como si lo fuera (*si non debitorem quasi debitorem delegavero*). Asimismo, la solución ofrecida por Ulpiano dista mucho de aquella otra concedida por Juliano: en efecto, Ulpiano no solo niega al delegado la posibilidad de oponer la *exceptio doli* al delegatario, sino que tampoco le concede la de exigirle una aceptación. Por el contrario, su decisión se orienta en el sentido de admitir a su favor una *condictio* contra el delegante.

Uno de los hechos en torno al cual se estructura el pasaje consiste en que el delegado no es deudor del delegante; pero en cuanto deudor aparente (al menos, de cara a la promesa delegatoria) Ulpiano se refiere a él como *quasi debitor*³. Es probable que esta apariencia desempeñe un papel importante en el razonamiento ulpiano: es posible pensar que la fuerza de convicción que la apariencia produce es tal, que bien puede ella excluir el dolo de parte del delegatario y, en consecuencia, impedir la *exceptio doli*. Pero si tal fuere el razonamiento, la comparación del texto ulpiano con el de Juliano perdería sentido: en efecto, mientras en este la *exceptio doli* nace en la relación de cobertura, el argumento de la fuerza de la apariencia apuntaría exclusivamente a la de valuta. Llegados a este punto solo quedan dos opciones: o bien rechazar la comparación, o bien sostener que la expresión *quasi debitoris* no juega papel alguno de cara a la decisión de fondo, que no sería otra más que la limitación de los efectos de la *exceptio doli* a la relación de cobertura.

c) D. 46.2.12 (Paul. 31 ad ed.): *Si quis delegaverit debitorem, qui doli mali exceptione tueri se posse sciebat, similis videbitur ei qui donat, quoniam remittere exceptionem videtur. sed si per*

² Ulpiano reitera este pasaje en D. 44.4.7 pr. (Ulp. 76 ad ed.).

³ Otra posibilidad sería que se le imputara el hecho de ser deudor, en el sentido de tratarlo como tal, y sabiendo aquel que le da este trato que no es en absoluto deudor, en cuyo caso estaríamos frente aun caso de *iniuriae*: D. 47.10.15.33 (Ulp. 77 ad ed.): *Si quis non debitorem quasi debitorem appellaverit iniuriae faciendi causa, iniuriarum tenetur*.

ignorantiam promiserit creditori, nulla quidem exceptione adversus creditorem uti poterit, quia ille suum recepit: sed is qui delegavit tenetur conditione vel incerti, si non pecunia soluta esset, vel certi, si soluta esset, et ideo, cum ipse praestiterit pecuniam, aget mandati iudicio.

El supuesto tratado por Paulo guarda también conexión con el de Juliano, pero es conveniente destacar sus diferencias. Si Juliano apela al error de parte del delegado (*me tibi debere existimabam*), Paulo lo hace a la ignorancia (*si per ignorantiam*). Pero se trata de una diferencia sutil: el fragmento de Paulo intenta moverse en torno al eje conocimiento/ignorancia, que es, con toda probabilidad aplicable al caso de Juliano, solo que este no contempla una variante en los hechos, como sí lo hace Paulo cuando asimila el conocimiento del hecho por parte del delegado a una liberalidad. Esta situación trae aparejadas diferentes consecuencias, según cuál sea la circunstancia dominante⁴.

Paulo coincide con Juliano en orden a conceder al delegado una *condictio incerti* contra el delegatario, cuando la reclamación o el pago aún no se han verificado, y con el objetivo de hacerle aceptar. Pero se distancia completamente de él al negar al delegado la posibilidad de oponer al delegatario la *exceptio doli* nacida en la relación de valuta (*nulla quidem exceptio adversus creditorem uti poterit*). La razón que da para ello es, sencillamente, la afirmación de que el acreedor recibe del deudor solo aquello que le corresponde (*quia ille suum recepit*), e impide con ello la extensión de la *exceptio doli* de la que disponía el delegado contra el delegante.

El fragmento continúa con las demás consecuencias: si aún no paga, el delegatario tendrá a su favor una *condictio incerti* contra delegante; en cambio, si ya ha pagado, y resulta que al momento de prometer al delegatario no sabía que disponía de la *exceptio doli* en contra del delegante, entonces podrá servirse de la *condictio certi* contra este, como acción de reembolso. Si, bajo las mismas circunstancias de desconocimiento de la excepción el delegante paga⁵, dispondrá de la *actio mandati*.

d) D. 46.2.19 (Paul. 69 *ad ed.*): *Doli exceptio, quae poterat deleganti opponi, cessat in persona creditoris, cui quis delegatus est. idemque est et in ceteris similibus exceptionibus, immo et in ea, quae*

⁴ Si el supuesto es el conocimiento que tiene el delegado de disponer de una *exceptio doli* contra el delegante, tal saber se vuelve en su contra, puesto que es equiparado a una *causa donationis* (*similis videbitur ei qui donat*), lo que parece un razonamiento bastante lógico: la única razón por la cual el deudor habría aceptado ser delegado es porque antes ha renunciado a la *exceptio*. BRUTTI 1973, p. 42 n. 61; FUENTESECA 2000, p. 87; ALONSO 2001, p. 77.

⁵ El sujeto del verbo *praestiterit*, aunque no sea claro en la redacción del texto, ha solido ser identificado con el delegante. Vid. SACCONI, p. 86. La literatura crítica, conjeturó que el origen del texto era la *fiducia*. Así, PERNICE 1889, p. 204 n. 5, sobre la base de una hipótesis ya sugerida por LENEL 1889, c. 1027 – que coloca el fragmento entre aquellos que forman parte del título *Fiduciae vel contra* –, el texto trataba de la *actio fiduciae* y, por mano compiladora, se habría transformado en *actio mandati* (el propio LENEL 1927³, p. 291 n. 3, incluirá nuevamente el pasaje entre aquellos de los que se vale para la reconstrucción de la fórmula de la *actio fiduciae*). Para PERNICE 1892, si la delegación equivale a pago (*delegatio est solutio*), entonces con el solo acto de delegar a un deudor el delegante habría extinguido la relación de valuta. Si, adicionalmente, provee al delegado del dinero con el que este paga al delegatario, entonces paga doblemente. A fin de evitar tal efecto, Pernice conjetura que en el fragmento original habría subsistido a favor del delegante una acción para reclamar la *res fiduciae data*; al sustituir los compiladores la referencia a la *fiducia* y reemplazarla por la *actio mandati*, habrían dificultado gravemente la comprensión del fragmento. Solo mediante este complejo rodeo puede entenderse quién es el sujeto de *praestiterit*.

ex senatus consulto filio familias datur: nam aduersus creditorem, cui delegatus est ab eo, qui mutuam pecuniam contra senatus consultum dederat, non utetur exceptione, quia nihil in ea promissione contra senatus consultum fit: tanto magis, quod hic nec solutum repetere potest. diuersum est in muliere, quae contra senatus consultum promisit: nam et in secunda promissione intercessio est. idemque est in minore, qui circumscriptus delegatur, quia, si etiamnunc minor est, rursum circumuenitur: diuersum, si iam excessit aetatem viginti quinque annorum, quamuis adhuc possit restitui aduersus priorem creditorem. ideo autem denegantur exceptiones aduersus secundum creditorem, quia in privatis contractibus et pactionibus non facile scire petitor potest, quid inter eum qui delegatus est et debitorem actum est aut, etiamsi sciat, dissimulare debet, ne curiosus videatur: et ideo merito denegandum est aduersus eum exceptionem ex persona debitoris⁶.

La primera afirmación de este pasaje establece una regla general⁷: si disponía el deudor delegado de una *exceptio doli* contra el delegante, no podrá oponerla al delegatario. A su turno, el razonamiento de Paulo que aparece en la parte final del fragmento hace una extraña referencia al conocimiento que de la situación tiene el delegatario. En primer lugar, afirma que por ser privados los acuerdos de las partes no podría el delegatario conocer la situación entre delegado y delegante. Y luego afirma, sorpresivamente, que a pesar de saber tal situación, el delegatario debería disimular tal conocimiento, a fin de no parecer indiscreto (*etiamsi sciat, dissimulare debet, ne curiosus videatur*). No es necesario en este punto entrar en discusiones acerca de la genuinidad de este pasaje, pero sí es conveniente poner de relieve que las consideraciones que realiza Paulo acerca del hecho de no existir dolo de parte del delegatario nos alejan del problema que venimos tratando, es decir, de la posibilidad de extender la *exceptio doli* a la relación de valuta. Desde la perspectiva de este problema, Paulo es claro: dicha excepción no procede contra el delegatario.

No debe perderse de vista que en medio de estas afirmaciones taxativas, Paulo ha podido examinar dos situaciones puntuales: la primera consiste en que la excepción de que disponía el delegado era la del senadoconsulto Macedoniano. En este caso, tal excepción no puede utilizarse contra el delegatario, en atención a que la nueva promesa ya no atentaría contra dicho senadoconsulto⁸. El segundo supuesto se refiere al senadoconsulto Velejano, y aquí la opinión de Paulo es la contraria: la mujer delegada sí puede oponer la excepción basada en él, por cuanto la segunda promesa sigue siendo un acto de intercesión⁹. Un tercer supuesto se refiere

⁶ Vid. el análisis que sobre este pasaje ofrece STURM 2008, p. 1213 ss.

⁷ En el sentido de tratarse de una regla general, GÓMEZ BUENDÍA 2015, p. 167.

⁸ Se ha discutido en la romanística si el demandado debía solicitar o no la inclusión de la *exceptio* en caso de que no se denegase la acción ejercitada. GLÜCK 1813, p. 347, estuvo por la negativa: “Die richtige Meinung ist unstreitig die, dass der Richter die Einrede des Macedonianischen Rathschlusses nie von Amtswegen suppliren dürfe, wenn sie der Beklagte nicht vorgeschützt hat.” Para la doctrina moderna, en cambio, ella debía ser incluida *ex officio* por el pretor, en obediencia al senadoconsulto, como lo sostiene WACKE 1994, p. 172.

⁹ ALONSO 2001, p. 466, pone de relieve que, en la base de la decisión de Paulo se esconde una controversia que habría tenido como protagonistas a Juliano y Marcelo. En efecto, como puede apreciarse en D. 16.1.8.2 (Ulp. 29 *ad ed.*) se pone en cuestión si la segunda de las promesas de la mujer puede calificarse o no como actos de garantía: en tanto Juliano no duda en que tanto la primera como la segunda lo tienen, Marcelo, en cambio, solo califica como tal a la primera. Más aún,

al acto del menor de veinticinco años, puesto que en tanto no haya sobrepasado esa edad, la segunda promesa sigue constituyendo para él un engaño.

La diferencia que Paulo hace entre las excepciones del sc. Veleyano y de la *lex Laetoria* tienen que ver con que la procedencia de estas está regida por supuestos objetivos (la ocurrencia de la *intercessio* en el primer caso, y del *circumscribere* en el segundo), en tanto que las otras dos, no. Por lo pronto, es llamativo que para Paulo no constituya dolo el hecho de que el delegatario sepa que el delegado dispone de una *exceptio doli* contra el delegante, pero que guarde silencio, porque es conocido que la noción de dolo de esta excepción es más amplia que en el caso de la acción (de dolo) y que se identifica con el conocimiento de una circunstancia que, conforme a la buena fe, debiera disuadir al actor de ejercitar la acción¹⁰. Pero este no parece ser el punto de vista de Paulo.

En síntesis, del examen de los fragmentos de Juliano, Ulpiano y Paulo puede observarse un cambio significativo de la jurisprudencia romana en relación con la extensión de la *exceptio doli* desde la relación de cobertura a la de valuta. Si para Juliano tal extensión era admisible, la jurisprudencia severiana se opone frontalmente a tal posibilidad. En este sentido, da la impresión de haberse operado un cambio sustantivo en el nivel de los fundamentos de las decisiones jurisprudenciales. A pesar de que, como hemos visto, Ulpiano no ofrece razones, podemos hacer pie en las de Paulo sobre este punto, y particularmente en una de ellas: el argumento del *suum recipere*, a favor del delegatario y que hemos visto en el análisis de D. 46.2.12 (Paul. 31 *ad ed.*). Sturm se refiere a él como un *topos*¹¹ cuya utilización se puede constatar también en otros pasajes¹² –. Asimismo, en línea con lo que afirma Sturm, habría que agregar que su función manifiesta sería la protección del acreedor, específicamente, a aquel a quien se restituye en razón del interdicto fraudatorio¹³, conforme se sigue de lo que afirma al respecto Labeón¹⁴. Se trataría, por consiguiente, de un recurso argumental en defensa de quien recupera o cobra lo que en justicia le corresponde, en particular cuando se le

el fundamento que ofrece Paulo (*in secunda promissione intercessio est*) guarda estricta coherencia con el que proporciona Juliano en D. 16.1.8.2, que habla de *duas intercessiones factas*. Esta controversia no se puede decir que afecte la situación de la *exceptio doli*, en el sentido de que no la incluye y, por consiguiente, no podría conjeturarse la existencia de una controversia al respecto. Un rescripto imperial de Caracalla, del año 213, y conservado en C. 4.5.2, ofrece una solución en sentido diverso, como puede apreciarse del hecho de que a la mujer que ha sido delegada por un acreedor puramente aparente, no se le concede excepción alguna contra el delegante, sino una *condictio*. Sobre lo cual, vid. SACCONI 1971, p. 89 s.

¹⁰ Así lo ha sugerido BURDESE 1960, p. 1074, para quien el dolo objeto de la excepción del mismo nombre puede ser concebido como una “circostanza, anche sopravvenuta, che faccia apparire contrario a la *bona fides* l’insistere dell’attore nel riconoscimento della pretesa da lui fatta valere in giudizio”. Sobre el concepto de dolo, pero ahora referido a la acción, vid. WÄCKE 1977, p. 10 ss.

¹¹ STURM 2008, p. 1210. Podríamos también preguntarnos si es el argumento *qui suum recipit* el inverso del *suum tribuere*. Si así fuere, estamos frente a un razonamiento que invocaría la justicia, solo que desde otra perspectiva. El juego de palabras parece indicarlo: *tribuere* expresa la contracara de *recipere*, por lo que no parece desencaminado el argumento.

¹² D. 4.4.2 (Ulp. 19 *ad l. iul. et pap.*); D. 13.7.13 pr. (Ulp. 38 *ad ed.*); D. 35.2.81.1 (Gai. 18 *ad ed. prov.*).

¹³ Así se desprende del título en que los comisarios bizantinos insertaron el pasaje de Labeón, D. 42, 8 *Quae in fraudem creditorum facta sunt ut restituantur*.

¹⁴ D. 42.8.6.6 (Ulp. 66 *ad ed.*): *Apud Labeonem scriptum est eum, qui suum recipiat, nullam videri fraudem facere, hoc est eum, qui quod sibi debetur receperat: eum enim, quem praeses invitum solvere cogat, impune non solvere iniquum esse: totum enim hoc edictum ad contractus pertinere, in quibus se praetor non interponit, ut puta pignora venditionesque.*

ha intentado defraudar. Igualmente, ha podido verse que, en el caso de Juliano, el *topos* no solamente no es objeto de atención, sino que su decisión va precisamente en la línea contraria. Sin embargo, Paulo recurre a él, como ya lo hemos puesto de relieve, con el objeto de proporcionar protección al delegatario.

Si nos preguntamos qué ha cambiado en la jurisprudencia, el uso de este *topos* como criterio de decisión proporciona una pista considerable: lo que habría mutado sería la importancia que para la jurisprudencia severiana tiene la protección de la posición del acreedor.

3. *Exceptio doli*, relación de cobertura y dote

En no pocos supuestos examinados por la jurisprudencia en relación con la *solutio indebiti*, se recurre a la circunstancia hipotética de la errada convicción del delegado de ser deudor. En ocasiones – y como ya hemos tenido oportunidad de ver – se recurre a la expresión *quasi debitor*¹⁵. En sede de delegación ocurre algo muy similar, aunque tal expresión no la veremos utilizada en la mayoría de los fragmentos de los que nos ocuparemos, sino que en ellos se opta por reiterar la idea de error y, con ello, la de apariencia del *debitum*.

Un ejemplo es el caso examinado en D. 12.4.7 pr. (Iul. 16 Dig.): *Qui se debere pecuniam mulieri putabat, iussu eius dotis nomine promisit sponso et solvit: nuptiae deinde non intercesserunt: quaesitum est, utrum ipse potest repetere eam pecuniam qui dedisset, an mulier. Nerva, Atilicinus responderunt, quoniam putasset quidem debere pecuniam, sed exceptione doli mali tueri se potuissent, ipsum repetiturum. sed si, cum sciret se nihil mulieri debere, promississet, mulieris esse actionem, quoniam pecunia ad eam pertineret. si autem vere debitor fuisset et ante nuptias solvisset et nuptiae secutae non fuissent, ipse possit condicere, causa debiti integra mulieri ad hoc solum manente, ut ad nihil aliud debitor compellatur, nisi ut cedat ei condicticia actione.*

Como se puede observar, el delegado acepta prometer al futuro marido de la mujer la constitución de una dote porque cree, erróneamente, ser deudor de esta (*qui se debere pecuniam mulieri putabat*). En este supuesto, la dote se constituye; posteriormente, el matrimonio no se lleva a cabo, por lo que las preguntas que se deben responder tienen que ver con la legitimación activa a la *condictio* contra el delegatario.

Dos juristas, Nerva y Aticilino deciden que el legitimado activo a la acción es el constituyente de la dote, es decir, el delegado, y la razón que aportan tiene que ver con que él podría haberse servido de la *exceptio doli*. ¿Dispone el delegado de una *exceptio doli* contra la eventual acción de la mujer? Se ha planteado – y con razón – que la mención a la *exceptio doli* aparece intempestivamente y es contradictoria¹⁶. ¿O es que, en realidad, el delegado dispone de una

¹⁵ Como ocurre, a modo puramente ejemplar, con D. 15.1.11.1 (Ulp. 29 ad ed.): *Sed et si quid dominus soluturum se servi nomine repromisit, deduci oportebit, quemadmodum si quid domino servus pro debitore expromiserat. idem est et si pro libertate quid domino expromisit, quasi debitor domino sit effectus, sed ita demum, si manumisso eo agatur.*

¹⁶ ALONSO 2001, p. 430: “¿cómo es posible, si la obligación existe civilmente, haber escrito *qui se debere pecuniam mulieri putabat*, y escribir aún a continuación *cum sciret se nihil se nihil mulieri debere*?”.

exceptio doli contra el delegatario? Para un sector de la doctrina, esto solo podría entenderse si la *exceptio* hubiese nacido en la relación de valuta, es decir, con el delegatario¹⁷.

Distinta situación ocurre con otros dos supuestos que consideran los juristas citados. El primero de ellos es que el delegado hubiese prometido a sabiendas de que no debía nada a la mujer: en tal caso, no parece haber duda de que es ella quien dispone de la *condictio*. El segundo supuesto es que haya sido, en realidad, deudor de la mujer; en tal caso, vuelve a estar legitimado activamente a la *condictio*, en tanto que la mujer conservará su derecho a exigirle la cesión de la misma.

Desde la perspectiva que nos interesa, el caso tratado aquí enuncia en buena medida el que constituye el problema principal para la *exceptio doli*, a saber, si ante el supuesto de que ella sea oponible a la relación de cobertura, resultaría igualmente oponible a la de valuta. Las razones para pensar así tienen que ver, ya no con las posibilidades hermenéuticas que ofrece el texto, sino con el hecho de que la jurisprudencia del siglo III bien pudo servirse de este caso para acentuar el interés por la *exceptio doli*, si bien para ello habrían necesitado reelaborarlo. En otras palabras, mi hipótesis es que el caso resuelto por Juliano fue revisado por la jurisprudencia posterior bajo la perspectiva de establecer una imposibilidad, para el delegado, de oponer la *exceptio doli* al delegatario. Y es que, precisamente, el testimonio de otras fuentes permite examinar algunos supuestos en que, presa de un error, un delegado promete la constitución de una dote. En este orden de ideas, a diferencia del caso examinado por Juliano, la jurisprudencia posterior habría dejado de lado, o al menos, no se habría concentrado, en una serie de elementos, el primero de los cuales sería la inexistencia del matrimonio.

En la base de mi conjetura es posible reconocer la perspectiva de análisis, conforme a la cual el examen de casos similares es parte del método de la jurisprudencia romana¹⁸. Bajo tal perspectiva, es posible constatar la existencia de una serie de *capita similia*¹⁹, los cuales dan cuenta de esta forma de trabajo. Se trata de los siguientes textos:

a) D. 23.3.78.5 (Tryph. 11 *disp.*): *Si marito dotis nomine stipulanti promisit per errorem is qui exceptione tutus erat ne solvat, cogetur ei solvere et habebit conditionem adversus mulierem aut patrem, uter eorum delegavit, ob id quod indebitum marito promisit aut solvit.*

¹⁷ ALONSO 2001, p. 430, propone como caso hipotético que el delegatario, a sabiendas de la falta de cobertura, y en medio de la incertidumbre por la celebración de las nupcias, hubiese reclamado la dote. A su juicio, la *exceptio doli* de este pasaje es aquella que se le concede en D. 39.5.2.4 (Iul. 60 *Dig.*): *Item si ei, quem creditorem tuum putabas, iussu tuo pecuniam, quam me tibi debere existimabam, promisero, petentem doli mali exceptione summovebo et amplius incerti agendo cum stipulatore consequar, ut mihi acceptum faciat stipulationem*, y D. 44.4.7.1 (Ulp. 76 *ad ed.*): *Idem Iulianus ait, si ei, quem creditorem tuum putabas, iussu tuo pecuniam, quam me tibi debere existimabam, promisero, petentem doli mali exceptione summovebo, et amplius agendo cum stipulatore consequar, ut mihi acceptam faciat stipulationem. et habet haec sententia Iuliani humanitatem, ut etiam adversus hunc utar exceptione et conditione, cui sum obligatus*. Ambos textos tratan un caso idéntico, consistente en que el delegado promete al delegatario en razón de una deuda que el delegante creía tener con él, de modo que es la relación de valuta la que funda la *exceptio doli*. En mi opinión, aunque la hipótesis de Alonso ofrece una posibilidad que no se puede descartar, tiendo a creer que, a diferencia de lo que ocurre en los pasajes citados, la interpretación que dio la propia jurisprudencia al problema planteado por Juliano tomaba por supuesto que la *exceptio doli* se fundaba en la relación de cobertura.

¹⁸ Vid. GARCÍA GARRIDO 1987, p. 517 ss.; GARCÍA GARRIDO 1997, p. 361 ss.; para una evaluación del método, vid. LAZO 2004, p. 41 ss.

¹⁹ Sobre el concepto, vid. REINOSO BARBERO 1997, p. 7.

b) D. 12.4.9.1 (Paul. 17 *ad plaut.*): *Si quis indebitam pecuniam per errorem iussu mulieris sponso eius promississet et nuptiae secutae fuissent, exceptione doli mali uti non potest: maritus enim suum negotium gerit et nihil dolo facit nec decipiendus est: quod fit, si cogatur indotatam uxorem habere. itaque adversus mulierem condictio ei competit, ut aut repetat ab ea quod marito dedit aut ut liberetur, si nondum solverit. sed si soluto matrimonio maritus peteret, in eo dumtaxat exceptionem obstare debere, quod mulier receptura esset.*

c) D. 44.4.5.5 (Paul. 71 *ad ed.*): *Si eum, qui volebat mihi donare supra legitimum modum, delegavero creditori meo, non poterit adversus petentem uti exceptione, quoniam creditor suum petit. in eadem causa est maritus: nec hic enim debet exceptione summoverti, qui suo nomine agit. numquid ergo nec de dolo mulieris excipiendum sit adversus maritum, qui dotem petit, non ducturus uxorem, nisi dotem accepisset? nisi iam divertit. itaque condicione tenetur debitor qui delegavit vel mulier, ut vel liberet debitorem vel, si solvit, ut pecunia ei reddatur.*

d) D. 44.4.4.21 (Ulp. 76 *ad ed.*): *Sed et si mulier post admissum dolum debitorem suum marito in dotem delegaverit, idem probandum erit de dolo mulieris non esse permitendum excipere, ne indotata fiat.*

Como anunciaba, este conjunto de pasajes constituyen, a mi juicio, *capita similia*, porque en ellos se repite una serie de datos o hechos, y tal iteración se produce de forma regular, siempre al menos en dos de los fragmentos. Así ocurre, por ejemplo, con la promesa de constitución de dote por error del delegado, que aparece en los cuatro textos. Algo similar pasa con el dato de la preexistencia de una *exceptio doli* en la relación de valuta; ella es clara en el texto a), pero puede entenderse implícita en los textos b), c) y d). Asimismo, la denegación de una excepción (sea o no *doli*, como veremos más adelante) contra el delegatario, mientras subsista el matrimonio, aparece claramente en todos los textos. A su turno, la concesión de la misma *exceptio doli* una vez disuelto el matrimonio por divorcio, se repite en los textos a), b) y c). Finalmente, tratándose de los argumentos que sirven para la denegación de la *exceptio doli* su distribución es la siguiente: i) arg. “*maritus suum negotium gerit*”: texto b); ii) arg. “*nihil dolo facit*”: texto b); iii) arg. “*ne indotata fiat*”: está en el fondo de los textos b), c) y con toda claridad en el d).

Se trata, por consiguiente, de un mismo caso que es examinado por distintos juristas. La diferencia no parece estar en los hechos (ya hemos visto que, por regla general, estos coinciden), sino en la estrategia argumental de cada jurista y, como puede apreciarse de una simple mirada, es Paulo quien destaca en este sentido. En lo que sigue, examinaremos cada fragmento por separado.

Comenzamos por el texto a) (= D. 23.3.78.5). No obstante afirmarse en este fragmento que el delegado estaba protegido por una *exceptio doli* contra el delegante, nuestro jurista se opone a su concesión, pero le concede a cambio una *condictio* contra la mujer o su padre, según quien en la práctica hubiese actuado como delegante²⁰. En relación con lo que nos interesa, el

²⁰ STAGL 2009, p. 175 ss. se detiene en este fragmento como parte de una serie de pasajes – entre los que incluye D. 23.3.46.2 (Iul. 16 *Dig.*) y D. 12.4.9.1 (Paul. 17 *ad Plaut.*) –, pero en cuanto ellos constituirían excepciones a la excepción a la regla del doble defecto que vuelve tanto a la relación de valuta como a la de cobertura ineficaces.

fragmento no transmite cuál sea razón para denegar la *exceptio doli*, a pesar de que la posición del delegado frente a su delegante gozaba de protección pretoria.

El problema más evidente que presenta el texto es su estructura argumental, en el sentido de que no conocemos las razones por las cuales no procede la *exceptio doli*. Por este motivo ofrece él poca utilidad para la evaluación de los fundamentos de la decisión. Por la época – sabemos que se trata de un jurista de la época de los Severos, que muy probablemente sirvió en Siria bajo el reinado de Caracalla – es contemporáneo de Paulo y ambos son discípulos de Escévola²¹. El caso, por lo mismo, bien podría haber sido parte de las enseñanzas de este último, si bien sobre esto no disponemos de un texto que avale la conjetura.

En el texto b) (= D. 12.4.9.1) Paulo expone el supuesto de un deudor aparente de la mujer, el cual es delegado para prometer al marido la cantidad presuntamente debida, a título de dote. Una vez realizado el matrimonio, el marido exige la cantidad. Nuestro jurista sostiene que el delegado no puede valerse de la *exceptio doli*, y proporciona dos fundamentos para su respuesta: en primer término, el marido ha gestionado un negocio propio – lo que no es sino otra forma de decir que no hay interés de la mujer comprometido aquí –, con lo cual se descartaría la existencia de dolo de su parte. En segundo lugar, que constituiría una suerte de fraude el obligarlo a tener una mujer que no aportase una dote (*decipiendus est si cogatur indotatam uxorem habere*)²².

Con todo, hay un supuesto que está tratado hacia el final del fragmento y que consiste en que el marido reclama la dote prometida después de la disolución del matrimonio. En este caso sí procede la *exceptio doli*, pero solo en función de disminución de la condena, en la medida de todo aquello que la mujer habría de recuperar.

Como puede observarse, el supuesto tratado en este caso guarda relación con el examinado por Trifonino, pero algo ya ha cambiado: la argumentación. El texto de Paulo destaca en este sentido por dos diferencias importantes. En primer término, porque provee de una información fundamental, que consiste en la comunicación de las razones que lo animan a rechazar la *exceptio doli* y, en segundo lugar, porque el último de los supuestos tratados la admite en función de disminución de la condena. Podemos examinar con un poco más de detenimiento estas razones.

Primeramente, la razón según la cual el marido gestiona en su propio interés cuando estipula del delegado parece tener una doble finalidad. La primera sería limitar los efectos de las relaciones jurídicas del delegado con la mujer. Así, el razonamiento parece sugerir que en tanto estas relaciones no atañan, en su origen, al delegatario, tampoco lo hará la *exceptio doli* que pueda ejercitar contra la mujer. La excepción, por consiguiente, solo estará limitada a esta. La segunda finalidad sería vincular esta actuación en el propio interés con la inexistencia del dolo. De hecho, esta parte es, desde la perspectiva de la *exceptio doli*, la más significativa, ya

²¹ Vid. KRÜGER 1888, p. 203 ss.

²² SACCONI 1971, p. 81 ss. califica de *solutio indebiti* la relación de cobertura.

que la inexistencia de dolo debiera ser la única razón por la cual descartar la procedencia de la excepción. Pero a continuación surge otra razón, y es que a Paulo le interesa también exponer un razonamiento consecuencialista: la admisión de la *exceptio doli* implicaría obligar al marido a tener por mujer a una que no podría aportarle una dote, y eso equivaldría a defraudarlo.

Parece claro que el desarrollo del problema que ofrece Paulo aquí no solo se hace cargo de los elementos centrales que veíamos en Trifonino, sino que además incorpora un razonamiento mucho más detallado: su interés parece ser excluir de la relación de valuta la excepción nacida en la relación de cobertura, porque tal cuestión se conecta con otra también valiosa, como lo es impedir que la defensa del propio interés que realiza el delegatario pueda interpretarse en el sentido de una actuación dolosa. Paulo parece contener de esta forma los límites difusos que la noción de dolo que, en conexión con la excepción del mismo nombre, había adoptado en el seno de la jurisprudencia. Pero todavía hay más: Paulo ofrece como argumento uno relacionado con la eventualidad de dejar a la mujer sin posibilidad de constituir la dote, incorporando así un elemento ideológico, expresivo de un valor social, en su práctica interpretativa.

Pasemos ahora al texto c) (= D. 44.4.5.5). Paulo trata en este pasaje de dos supuestos distintos: el primero, aquel en el cual el donatario delega al donante; el segundo, el relativo a la delegación y la consiguiente constitución de una dote como relación de valuta. La razón para conectar ambos supuestos tiene que ver con el razonamiento analógico: la *ratio* que justifica la consecuencia que se sigue del caso del donante y donatario – esto es, que el donante no puede oponer al delegatario la excepción que sí habría podido oponer eficazmente a su donatario – es idéntica a aquella del supuesto de delegación, esto es, la imposibilidad del delegado de oponer al delegatario la excepción que podría oponer eficazmente a su delegante.

Así, en el primero de los supuestos que examinamos, el resultado es que la imposibilidad para el delegado de oponer la excepción derivada de la *lex Cincia*. Lo interesante del asunto se plantea en el nivel argumental: Paulo sostiene como fundamento de la inoponibilidad de la *exceptio legis Cinciae* al delegatario la siguiente razón: *quoniam creditor suum petit*. Y entonces, completando el razonamiento analógico, señala a continuación que *in eadem causa est maritus*. Como ya hemos dicho, el supuesto al que hace referencia es la delegación de un tercero que promete al marido la constitución de la dote, y lo hace movido por el dolo de la mujer del primero. Paulo, siguiendo aquí una línea de pensamiento bastante clara y coherente, afirma que el marido no puede ser rechazado por la excepción si es que al demandar lo hace en su propio nombre (*nec hic enim debet exceptione summoveri, qui suo nomine agit*). A continuación, se plantea si no podrá el delegado oponer la *exceptio doli* al marido, siendo dolosa la actuación de la mujer, en circunstancias que la dote que ahora reclama ha resultado ser motivo determinante para contraer matrimonio. Y, guardando coherencia con el razonamiento que ya hemos visto, responde que no, a menos que se divorcie de ella y demande la constitución de la dote. Ya conocemos la razón para sostener esto último: la *exceptio doli* le permitiría en este caso al delegado rebajar la condena, como lo hemos visto a propósito de D. 12.4.9.1 (Paul. 17 *ad Plaut.*).

Finaliza su *responsum* agregando que el delegado dispone de una *condictio* contra el delegante, o bien contra la mujer: en caso de no haber pagado aún al delegatario, para que se le libere – lo mismo que afirma en D. 46.2.12 (Paul. 31 *ad ed.*), como ya hemos visto–; en caso de haber pagado, para recuperar la cantidad.

Como podemos apreciar en el texto d) (= D. 44.4.4.21), los argumentos de Paulo no son en modo alguno aislados: el canon interpretativo *ne indotata fiat* es compartido también por Ulpiano. Todavía más, resulta interesante ver cómo este último jurista ofrece un argumento de fondo en el contexto de un fragmento tan breve: cuanto podemos leer en el pasaje constituye una narración elemental, si se le compara con el texto de Paulo. Pero, además, Ulpiano admite, tal como lo ha hecho Paulo, que la *exceptio doli* sí es oponible en caso de la existencia de un divorcio entre ambos. La situación pudiera ser paradójica, y no ha dejado de llamar la atención²³.

¿Qué podemos concluir del examen de estos fragmentos? Por lo pronto, parece claro que una parte de la jurisprudencia severiana reelaboró un caso de delegación y promesa de dote que, a juzgar por los testimonios concernidos, provenía de Juliano. Si esto es así, parece conveniente responder a la pregunta acerca de qué razones habrían existido para modificar el peso de unos elementos en beneficio de otros en el transcurso de un siglo a otro. A mi juicio, la razón se funda en la preferencia por la acentuación de ciertas funciones. En efecto, creo posible sugerir que los juristas modifican el centro de atención en cada caso con miras a la producción de un resultado diferente. Si para Juliano resultaba interesante centrar su atención en la *condictio* a la que daba lugar el hecho de no contraerse el matrimonio por el que se había constituido la dote, la mirada de los juristas del s. III se centra en la acción dirigida por el marido y en el debilitamiento de la posibilidad de oponer a su acción una excepción fundada en la relación de cobertura. Esto podría explicar que Paulo y, con menor intensidad, Ulpiano, se ocupen de proveer de razones para la decisión, razones cuya función manifiesta sería la de impedir que la mujer quede sin dote, pero cuya función latente sería la de impedir la extensión de la *exceptio doli* desde la relación de cobertura a la relación de valuta. De este modo, parece consumarse la idea de que para la jurisprudencia del siglo III el fortalecimiento de la posición del acreedor, en materia de delegación y *exceptio doli*, terminó siendo la función latente de sus esquemas argumentales. Es precisamente en este terreno en que la figura de Paulo aparece como decisiva para el desarrollo de una argumentación concluyente.

²³ Para SACCONI 1971, p. 101 la razón estriba en que cesa el conjunto de intereses que justifica la atribución patrimonial del delegante al delegatario. ALONSO 2001, p. 414, rechaza el argumento relativo a la mujer sin dote. Para STAGL 2009, p. 177, a propósito del texto ulpiano, lo que marca la diferencia entre una y otra situación no es otra que el peso asignado por la jurisprudencia al *favor dotis*: “Seine Argumentation ist nicht mehr technisch, sondern rekurriert auf den Wert des *favor dotis*: Wenn man dem Schuldner hier die Einrede gäbe, hätte die Frau keine Mitgift, und dies gilt es zu verhindern”, y concluye expresando que respecto de D. 44.4.4.5 (Ulp. 76 *ad ed.*) puede decirse lo mismo. En relación con la *condictio liberationis* del final del pasaje, KASER 1971, p. 599 n. 55.

Agradecimientos

El presente trabajo forma parte del proyecto FONDECYT REGULAR, núm. 1181930, “*Exceptio doli generalis*: historia, función, interpretación”, del cual el autor es investigador responsable. El autor agradece a la Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo (Chile) el apoyo para el desarrollo de esta investigación.

Bibliografía

- ALONSO 2001 = J.L. ALONSO, *Estudios sobre la delegación*, I. *La doble atribución patrimonial*, Santiago de Compostela 2001.
- BRUTTI 1973 = M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell’esperienza romana*, Milano 1973.
- BURDESE 1960 = A. BURDESE, *Exceptio doli (diritto romano)*, en *NNDI*, VI, Torino 1960, pp. 1072-1074.
- FUENTESECA 2000 = M. FUENTESECA, *El problema de la relación entre «novatio» y «delegatio» desde Roma hasta las codificaciones europeas*, Madrid 2000.
- GARCÍA GARRIDO 1987 = M.J. GARCÍA GARRIDO, *Redacciones coincidentes (‘leges geminatae’) y casos jurisprudenciales semejantes (‘capita similia’)*, en *Estudios de derecho romano en honor de Álvaro d’Ors*, vol. I, Pamplona 1987, pp. 517-538.
- GARCÍA GARRIDO 1997 = M.J. GARCÍA GARRIDO, *Similitudines e interpretación jurisprudencial en un caso de venta a non domino de un fundo ajeno*, en *Nozione, formazione e interpretazione del diritto. Dall’età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor Filippo Gallo*, vol. I, Napoli 1997, pp. 361-368.
- GLÜCK 1813 = C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld. Ein Commentar*, vol. XIV, Erlangen 1813.
- GÓMEZ BUENDÍA 2015 = C. GÓMEZ BUENDÍA, *‘Exceptio utilis’ en el procedimiento formulario del derecho romano*, Madrid 2015.
- KASER 1971 = M. KASER, *Das römische Privatrecht*, vol. I, München 1971.
- KRÜGER 1888 = P. KRÜGER, *Quellen und Literatur des römischen Rechts*, Leipzig 1888.
- LAZO 2004 = P. LAZO, *El método de comparación de casos: examen de sus resultados*, en *REHJ* 26 (2004), pp. 41-60.
- LENEL 1889 = O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, vol. I, Leipzig 1889.
- LENEL 1927³ = O. LENEL, *Das Edictum Perpetuum*, Leipzig 1927.
- PERNICE 1892 = A. PERNICE, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit*, Halle 1892.
- REINOSO BARBERO 1997 = F. REINOSO BARBERO, *Geminaciones ocultas en el Digesto*, en *Index* 25 (1997), pp. 207-236.
- SACCONI 1971 = G. SACCONI, *Ricerche sulla delegazione in diritto romano*, Milano 1971.
- STAGL 2009 = J. STAGL, *Favor dotis. Die Privilegierung der Mitgift im System des römischen Rechts*, Wien-Köln-Weimar 2009.

- STURM 2008 = F. STURM, *Suum recipere*, en H. ALTMETPEN, I. REINHARD, M.J. SCHERMAIER (hrsgg.), *Festschrift für Rolf Knütel zum 70. Geburtstag*, Heidelberg 2008.
- TALAMANCA 1962 = M. TALAMANCA, *Delegazione (diritto romano)*, en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XI, Varese 1962, pp. 918-924.
- WACKE 1977 = A. WACKE, *Sul concetto di 'dolus' nell'actio de dolo*, en *Iura* 28 (1977), pp. 10-39.
- WACKE 1994 = A. WACKE, *La prohibición del crédito para los hijos de familia y el dictado de la razón económica*, en *Seminarios Complutenses de Derecho Romano* 6 (1994), pp. 157-181.

Meciano e o *ex lege Rhodia* (d. 14.2.9). Uma possível hipótese palingenética

Francisco Rodrigues Rocha

Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa

Abstract (Italiano)

In questo testo, dopo una parte introduttiva, dove si tracciano la carriera, l'opera e il profilo, anche intellettuale, del giurista romano Meciano, si (ri)propone una ipotesi, già in passato formulata da Jacopo Gotofredo, sull'opera di origine del *ex lege Rhodia* citato dai compilatori giustinianeî in D. 14.2.9.

Keywords: Meciano, *lex Rhodia*, *libri singulares*, *de iudiciis publicis*, naufragio

Abstract (English)

In this article, after an introductory part, in which the career, work and profile of the Roman jurist Maecianus are drawn, a hypothesis, which in the past was also formulated by Jacobus Gothofredus, regarding the work of provenance of the ex lege Rhodia quoted by the Justinian compilers in D. 14.2.9 is suggested.

Keywords: Maecianus, *lex Rhodia*, *libri singulares*, *de iudiciis publicis*, shipwreck

1. Introdução

D. 14.2.9 (Maec. *ex l. Rhodia*) tem sido, ao longo dos séculos, objecto de aturada atenção e estado na base de controvérsias entre os cultores do direito romano¹. Uma dessas controvérsias – quando não aproveitamento – respeita à célebre discussão sobre o domínio dos mares, protagonizada, entre tantos, por Hugo Grócio, Serafim de Freitas ou John Selden, que invariavelmente sobre o fragmento se pronunciaram. Mas, a respeito do passo, surgem também outros problemas: o de saber a natureza das constituições imperiais transcritas por Meciano,

¹ A bibliografia sobre a *lex Rhodia* e a contribuição por sacrificio no mar é ingente. Limitamo-nos, por isso, nesta ocasião, a remeter para as obras mais recentes sobre o tema: GALEOTTI 2020 (que, nos últimos anos, além desta monografia, escreveu também outros artigos, em parte sobrepostos, sobre o tema) e HAUBNER 2021 (onde ulterior bibliografia).

o da existência ou não de uma *lex Rhodia de iactu* – ou apenas, em geral, de uma *lex Rhodia* sobre matérias marítimas –, o da recepção da mesma no direito romano, o do momento e dos termos em que tal tenha ocorrido, o da relação entre a suposta *lex Rhodia de iactu* e o Νόμος Ροδίων Ναυτικός, o do lugar do naufrágio aí mencionado, o dos protagonistas do mesmo, o da identificação dos imperadores nele mencionados, o de saber quem era o dono do navio, o de saber em que termos se relaciona o passo com o tema do *ius naufragii* ou com o dos impostos aduaneiros, ou o da relação do direito romano imperial com os direitos locais, sobretudo mediterrânico-orientais. Trata-se apenas de uma ilustração das muitas dificuldades que a interpretação do passo coloca.

No presente escrito, interessa-nos, sobretudo, o livro de Meciano mencionado na *inscriptio* de D. 14.2.9, designadamente saber quem o escreveu, quando o fez e qual a sua relação com outros livros do jurista. Trata-se de um tema tratado por muitos, em que muitos argumentos são já conhecidos. Em princípio, não nos alongaremos, nesta ocasião, na análise do conteúdo do excerto em apreço, que, pela complexidade e multiplicidade dos problemas que envolve, não se compadeceria com a dimensão que solitamente um texto desta natureza deve ter.

2. Meciano e a sua obra (breve conspecto)

Meciano², presumivelmente Lúcio Volúcio³ Meciano, foi um jurista romano, de origem incerta ainda que presumivelmente itálica⁴, nato por volta de 110 d.C.⁵. Descobertas epi-

² Vd., introdutoriamente, sem menoscabo das referências que no decurso da exposição se fizerem, o impressionante levantamento bibliográfico referente a Meciano de G. Cristofaro intitulado *Note di propografia e bibliografia* (assim na p. 226 que abre o capítulo respectivo; diferente título na capa e primeiras pp. do livro) em CASAVOLA 1980, pp. 328-332 (n.º X).

³ O gentílico *Volusius* – também, por vezes, *Volusus* – é de provável origem etrusca, correlato ao nome etrusco *velusna*. Conhecem-se outros Volúsios: (i) um *haruspex*, de 75 a.C., recordado por Cic., *Verr.*, 2.3.28.54; (ii) um escritor de anais do séc. I a.C., mencionado por Catulo 36.1-20; (iii) um Cn. Volúcio, que viveu c. 50 a.C., do círculo de Cícero na Cilícia (Cic., *ad Att.*, 5.11.4); (iv) um M. Volúcio, que viveu c. 50 a.C., de que fala Cic., *ad fam.*, 16.12.6; (v) um Q. Volúcio que viveu por volta dos meados do séc. I a.C. (Cic., *ad Att.*, 5.21.6); (vi) um Volúcio Donaciano, *praeses provinciae* da Tripolitânia, que viveu na época de Massêncio e é recordado nalgumas inscrições desta província. Sobre o ponto, em termos que neste particular seguimos, RUGGIERO 1983, p. 7.

⁴ O local do qual foram retiradas as inscrições que recordam Volúcio Meciano como patrono de Óstia (*CIL* 14, 250; *ibid.*, 14, 5347; *ibid.*, 14, 5348) não consente, todavia, concluir pela origem ostiense, *v. g.* se se tiver em conta o cargo de *praefectus annonae* por si assumido, que, por si só, implicava frequentíssimos contactos com o porto de Roma, podendo ter justificado, de igual modo, a sua eleição como patrono da referida cidade. Todavia, o gentílico de provável origem etrusca e a atribuição a Volúcio Meciano do pontificado menor apontam no sentido da sua naturalidade romana, etrusca ou, ao menos, itálica. Consímiles KUNKEL 2001², p. 175, e RUGGIERO 1983, pp. 7, 12 e 16¹⁹; também no sentido da origem itálica MORABITO 1984, pp. 321 e 323. Ponderam possa ser, como Juliano ou Frontão, africano SYME 1984, pp. 1397, 1407 e 1409, BIRLEY 2001², p. 85, ou LIEBS 2010, p. 41, LIEBS 1997, pp. 130-133. Ponderam seja originário de Óstia, de que foi patrono e onde são numerosos os Volúsios, dos quais um lhe fez a última dedicatória, LIEBS 1997, p. 130, designadamente com base em *CIL* 14, 5347 já reproduzido; FANIZZA 1982, pp. 110-111, MAROTTA 1988, p. 56 nt. 75; não se pronuncia decisivamente, mas parece, se bem interpretamos, inclinar-se por Óstia, em cujo exclusivo favor fornece argumentos, MAGIONCALDA 2006, p. 471 ntt. 29-30 (com ulteriores indicações bibliográficas). Cf. também LEVY 1932, pp. 352-355 (sobre *CIL* 14, 5347-5348; sabemos de outros 2 artigos sobre o tema que não conseguimos consultar: um de Giovanni Gualandi intitulado *D. 37.14.17 pr. ed unepigrafe ostiense relativa al giurista Volusio Meciano* e outro de Kristoferson intitulado *Ostia. Nuove iscrizioni ostiensi*).

⁵ Não sabemos a exacta data de nascimento. Situam-na igualmente por volta de 110 d.C., durante o principado de Adriano, LEVY 1932, p. 354 (o mais tardar 110 d.C.), KUNKEL 2001², p. 174 nt. 299, FANIZZA 1982, p. 105, MAROTTA 1988, p. 56,

gráficas⁶ e papirológicas⁷ conseguiram lançar alguma luz sobre certos aspectos da sua vida, embora muito permaneça desconhecido. Era um jurista relacionado com outros juristas do seu tempo e conhecedor das suas obras e das dos que o precederam⁸; e foi também ele um jurista conhecido da jurisprudência posterior⁹. Os compiladores deixaram-nos no Digesto um não despidendo número de fragmentos da sua autoria¹⁰.

As suas relações «escolásticas» são incertas, ainda que, contrariamente a outros juristas, haja alguns elementos que consentem estabelecer conexões. Assim, coloca-se a hipótese de ter sido aluno de Víndio Vero¹¹ ou mesmo até de Nerácio Prisco¹². Com maior

MAYER-MALY 1961, pp. 904-905, LIEBS 1997, p. 130, MAGIONCALDA 2006, p. 467. Algo, ainda que pouco, diversamente, MOMMSEN 1857, p. 285 = 1909, p. 285, considera-o em 175 d.C. sexagenário, portanto nado por volta de 115 d.C. Também ALFÖLDY 1977, p. 42 nt. 22. Situa-a entre 104 e 114 d.C. HONORÉ 1964, 35, 38-39 e 40 e 43 (com o argumento de que entre 161 e 169 d.C. os *diui fratres* lhe atribuírem *uetus peritia* em D. 37.14.1, o que sugere que teria 60 ou 50 anos e seria mais velho que os *diui fratres*; era, pelo menos, 7 anos mais velho que Marco e não tinha menos de 55 em 169 d.C.; por outro lado, se era efectivamente mais novo que Juliano e Valente, nasceu depois de 103, de modo que indica como data provável de nascimento 104 a 114 d.C. e a sua educação jurídica entre 118 e 133 d.C.). STEIN 1896, pp. 151-153, situa-a por volta de 105 d.C., comentando que em 175 d.C., a ter sido ele aquele que morreu na sublevação – o que o autor afasta –, seria já septuagenário.

⁶ *CIL* 14, 5347, *CIL* 14, 5348; *AE* (1955), 179; *CIL* 14, 250.

⁷ Os mais relevantes: Pap. Cairo 85; Pap. Gen. 35; *BGU* 2, 613 = Chrest. Mitt. 89 = BL 1, 56; Pap. Oxyrh. 3, 653 = Chrest. Mitt. 90.

⁸ Assim, cita Juliano 5 vezes directamente, outras 2 por conhecimento indirecto e 1 outra em que, não sendo certo que o tenha citado por escrito, teve em conta a sua opinião. Assim, citações directas de Juliano: D. 35.1.86 pr. (Iul. 3 *fideicom.*), D. 35.2.30.7 (Iul. 8 *fideicom.*), D. 35.2.32.2 (Maec. 9 *fideicom.*), D. 36.1.67.1 (Maec. 5 *fideicom.*), D. 46.3.103 (Maec. 2 *fideicom.*). Citações de Juliano por conhecimento indirecto: D. 36.1.1.8 (Ulp. 3 *fideicom.*); D. 36.1.17.3 (Ulp. 4 *fideicom.*). Caso em que, não sendo certo que o tenha citado por escrito, teve em conta a sua opinião: D. 37.14.17 pr. (Ulp. 11 *ad leg. Iul. et Pap.*); 1 citação de Cássio em D. 40.5.35 (Maec. 15 *fideicom.*) (sobre este aspecto HONORÉ 1964, p. 38); 1 citação de Aristo em D. 32.95 (Maec. 2 *fideicom.*); 1 citação de Celso em D. 35.2.30.7 (Maec. 8 *fideicom.*); 1 citação de Víndio em D. 35.2.32.4 (Maec. 9 *fideicom.*). Vd. também H. FITTING 1908², p. 44, ou HONORÉ 1964, pp. 38-40.

⁹ 20 vezes: uma por Cévola (D. 35.2.20 [Scaev. 9 *quaest.*]), uma por Papiniano (D. 29.2.86 pr. [Pap. 6 *resp.*]), duas por Paulo (D. 8.3.6.1 [Paul. 15 *ad Plaut.*] e D. 28.6.44 [Paul. 10 *quaest.*]) e as restantes por Ulpiano (D. 7.1.72 [Ulp. 17 *ad Sab.*]; D. 7.4.5 pr. [Ulp. 17 *ad Sab.*]; D. 32.11.1 e 15 [Ulp. 2 *fideicom.*]; D. 36.1.1.8 [Ulp. 3 *fideicom.*]; D. 36.1.17 pr., 3, 6, 8, 9 e 13 [Ulp. Scaev. 4 *fideicom.*]; D. 37.14.17 pr. [Ulp. 11 *ad leg. Iul. et Pap.*]; D. 48.9.6 [Ulp. 8 *de off. procons.*]; D. 48.22.7.10 [Ulp. 10 *de off. procons.*]; uma parte importante das citações ulpiancias refere-se à obra de Meciano sobre fideicomissos). Cf. também MAGIONCALDA 2006, p. 467.

¹⁰ Em 59, incluindo citações suas, divide-os LENEL 1889a, pp. 575-588. Dispensamo-nos, nesta ocasião, de citar a extensa lista, que nesta última obra pode ser facilmente consultada, limitando-nos, por ora, a assinalar que 44 fragmentos resultam de citação directa, dos quais 40 respeitam aos *libri* sobre os *fideicommissa* (composto por 16 livros = *Index Auctorum*), 3 ao *de publ. iudic.* (assim escrito em D. 29.5.14 [Maec. 11 *de publ. iudic.*], mas *de iudic. publ.* em D. 48.1.11 e só *publ.* em D. 48.6.8 e num latim grecoizado *publicon* no *Index Auctorum*; é composto de 14 livros, de acordo com o *Index Auctorum*, embora no Digesto os fragmentos só vão até ao livro 11) e 1 fragmento ao *ex l. Rhodia* (que não consta do *Index Auctorum*). Cf. também RUGGIERO 1983, *passim*, e, recentemente, BISAZZA 2002, pp. 199-215.

¹¹ D. 35.2.32 (Maec. 9 *fideicom.*) («*Vindius noster*»). Com Víndio Vero sentou-se Meciano no conselho do príncipe de Antonino Pio (*vita Pii* 12.1). Favorável a este entendimento LIEBS 2010, 41, que esclarece ter sido Víndio Vero seu professor, não colega. Não se pronuncia pela relação professor aluno, como no caso de Juliano, preferindo falar de uma próxima e amigável relação entre si, FITTING 1908², p. 43. Desfavorável, HONORÉ 1962, pp. 7-8. O uso do determinante possessivo *noster* é indício de uma relação entre aluno e professor, mas não é conclusivo. Sobre o tema, embora noutro quadrante: STEPAN 2018, pp. 27-29 e *passim* (preferindo, por isso, investigação com base em indícios de conteúdo). Também QUERZOLI 2013, pp. 52-53, observa que, por ex., o retor Frontão usava *noster* por referência a pessoas que considerava *exempla*. Em suma, podemos apenas dizer que os argumentos existentes para se concluir que Vero tenha sido professor de Meciano são mais ténues do que Juliano, mas o mesmo indício, ainda que com maior frequência, existe: o uso de *noster*. A este respeito cumpre notar que o uso de *noster* em Meciano como fórmula de tratamento de um professor encontra confirmação no uso que dele faz Marco Aurélio em relação a Meciano: «*et Volusius Maecianus amicus noster*».

¹² Assim, HONORÉ 1964, pp. 38-40 *max.* 43.

probabilidade, foi aluno de Juliano¹³, com quem mais tarde se relacionou profissionalmente¹⁴.

Começou a sua carreira, sob o principado de Adriano, como *praefectus fabrum*¹⁵, tendo, depois, servido, por volta de 136 d.C., como *praefectus cohortis (I Aelia classica)* na Bretanha¹⁶. Depois de nomeado *adiutor*¹⁷ do *curator operum publicorum*, enveredando pela carreira jurídica, Antonino Pio, nos últimos meses do principado adrianeu, ainda na qualidade de sucessor ao trono, nomeou-o, sensivelmente na primeira metade de 138 d.C.¹⁸, secretário *a libellis*, da mesma forma que preceptor jurídico do jovem Marco Aurélio¹⁹, donde um indício de que

¹³ Cf. D. 35.1.86 pr. (Maec. 3 *fideicom.*) («*Julianus noster*»), D. 35.2.30.7 (Maec. 8 *fideicom.*) («*Celso et Iuliano nostro placuit computari*») e D. 36.1.67.1 (Maec. 5 *fideicom.*) («*Julianus noster*»). No sentido de que Juliano tenha sido presumivelmente professor de Meciano FITTING 1908², p. 43, com base nas 3 citações de Juliano como *Iulianus noster* por Meciano nos seus *fideicommissa*, onde praticamente nenhum outro jurista, além de Juliano, cita. Igualmente CROOK 1955, pp. 67 e 71 ou FREZZA 1977, p. 249 = FREZZA 2000, p. 397. Uma corrente entende que Juliano dificilmente tenha sido professor de Meciano, dada a pouca diferença de idades, já que Juliano nasceu por volta do ano 100 d.C. e Meciano, tendo em conta que, em 138 d.C., era já *a libellis* de Antonino Pio, o mais tardar em c. 110 d.C. ou mesmo pouco antes: neste sentido, KUNKEL 2001², p. 174 nt. 299; GIRARD 1910, p. 256 = GIRARD 1912, p. 325, coloca a hipótese com base na citação de Juliano por *noster*. KRÜGER 1912², p. 200, cauteloso basta-se com a referência de que Meciano tinha uma relação próxima com Juliano e Víndio. Também LÉVY-BRUHL 1912, p. 117, coloca a hipótese de que tenha sido amigo e aluno de Juliano. ORESTANO 1964, p. 474, parafraseia P. Krüger. Diferentemente, MAGIONCALDA 2006, p. 467. Já LIEBS 2010, p. 41, entende que foi aluno de Vero e Juliano. HONORÉ 1962, pp. 7-9, considera-o aluno de Juliano e colega de Víndio Vero no *consilium principis*, assim interpretando o *noster* usado por Meciano em relação a Vero e considerando pouco provável que tivesse dois mentores a quem chamasse *noster* (invoca D. 1.2.2.47 [Pomp. *l.s. enchirid.*]), e HONORÉ 1964, pp. 35 e 40, considera ter sido aluno de Juliano e, na tabela final do seu estudo, considera-o também de Nerácio Prisco. Não nos parece, com efeito, de afastar a possibilidade de ter sido Meciano aluno de Juliano, até porque um jurista como Juliano, que em 130 d.C. empreendia já a tarefa de elaboração do *Edictum Perpetuum*, podia ter sido, pouco antes, professor de Meciano. A presumível diferença de idades é pouca, mas é talvez suficiente. Valem, quanto ao valor de *noster*, as mesmas considerações tecidas na nt. 11 para Vero, com a adição em relação a Juliano doutras citações, por ex., além das três já citadas nesta nota, também em D. 35.2.32.2 (Maec. 9 *fideicom.*) e, especialmente, em D. 46.3.103 (Maec. 2 *fideicom.*) donde consta «*Iulianus elegantissime putat*».

¹⁴ HONORÉ 1964, pp. 38-40 e *passim*, defende a filiação de L.V. Meciano na escola proculiana. Não existem, todavia, neste sentido, argumentos suficientemente relevantes.

¹⁵ Junto de quem desconhece-se. FANIZZA 1982, p. 106, coloca a hipótese de que as funções estivessem dalguma forma ligadas a Trébio Germano mencionado em D. 29.5.14 (Maec. 11 *de publ. iudic.*). Contra, RUGGIERO 1983, p. 13. Quanto ao momento em que tenha sido este cargo exercido, MAGIONCALDA 2006, p. 472, coloca a hipótese de o *cursus* de Meciano, de que este foi o primeiro cargo, ter iniciado por volta de 130 d.C.

¹⁶ *Colorandi causa*, LEVY 1932, p. 354, KUNKEL 2001², pp. 174-176, RUGGIERO 1983, pp. 13-14, LIEBS 1997, p. 130, ou SCHILLER 1978, p. 477.

¹⁷ Não sabemos precisamente de que *curator*, como justamente assinala MAGIONCALDA 2006, p. 469.

¹⁸ A data é conhecida, pois, tendo sido Antonino Pio adoptado em 25-Fev.-138 e entronado em 10-Jul. desse ano, a nomeação terá ocorrido dentro desses quatro meses e meio. Neste sentido, RUGGIERO 1983, pp. 14-15; cf. também FANIZZA 1982, p. 14, e MAGIONCALDA 2006, p. 469. Antonino, nado em 19-Set.-86 d.C., tinha 52 anos. Quanto ao *dies ad quem*, A. MAGIONCALDA 2006, p. 469, aventa a hipótese, crível, de que Meciano tenha permanecido no cargo somente até ao decesso de Adriano em 10-Jul.-138 d.C., de modo a continuar regularmente a carreira, que Antonino Pio respeitava. O secretariado *a libellis* era um dos cargos mais proeminentes da hierarquia equestre.

¹⁹ Front., *ad Marcum Caesarem*, 4.2.5, M. Aur. *Ad se ipsum*, 1.6.6, e Iul. Capitol. SHA, *Vita Marci*, 3.6. Vd. HUSCHKE 1908, p. 408, BRYANT 1895, p. 113, STEIN 1896, p. 152 (situa este preceptorado em 145 d.C. e especifica ter sido preceptor de jurisprudência), FITTING 1908², p. 43 (apontando a data de c. 146 d.C.), GIRARD 1910, p. 256 = GIRARD 1912, p. 325, KRÜGER 1912², p. 200, CANTARELLI 1906, p. 96, FREZZA 1977, p. 249 = FREZZA 2000, p. 397, CROOK 1955, p. 67, HONORÉ 1964, p. 40, LIEBS 1997, pp. 130-131, MILLAR 2002, p. 72, CASCIONE 2003, p. 394. Sobre o período em que Meciano foi preceptor de Marco Aurélio, HONORÉ 1964, p. 40, pronuncia-se por c. 143 d.C. Sobre a datação da carta de M. Aurélio a Frontão, MOMMSEN 1857, pp. 281-285 = MOMMSEN 1909, pp. 264-268, MOMMSEN 1874, pp. 198-216 = MOMMSEN 1906, pp. 469-486, e, mais recentemente, BIRLEY 2001², pp. 62 e 85. Que se trate de L. V. Meciano no texto de M. Aur. *Ad se ipsum*, 1.6.6 é uma suposição, cremos que com algum fundamento, com base noutros textos, designadamente no de Frontão

tenha professado²⁰. Antonino Pio nomeou-o depois *praefectus uehicularum* e, ainda, secretário *a studiis* e para a procuradoria *bibliothecarum*²¹. A partir daqui, foram-lhe abertas as portas do secretariado *a libellis et censibus*²², a que se juntou a atribuição do pontificado menor²³. Durante estes anos, participou nas reuniões do *consilium principis* de Antonino Pio²⁴. Durante o principado de Antonino Pio, iniciou-se na prefeitura, como *praefectus annonae*²⁵. Em 152 d.C., consta como patrono de um colégio de *lenuncularii* auxiliares de Óstia²⁶, composto por cento e vinte e

ou dos *SHA*, pois o texto grego não fala de Meciano, mas de Marciano. A correção era já defendida por MENAGIUS 1738, p. 31, ou WUNDERLICH 1749, pp. 9-10; pronuncia-se neste sentido outrossim STEIN 1896, p. 152, nt. 11.

²⁰ LÉVY-BRUHL 1912, p. 117, considera-o por isso «un professeur de droit célèbre au milieu du II^e siècle».

²¹ KUNKEL 2001³, pp. 174-176, RUGGIERO 1983, p. 16. Sobre o cargo, MAGIONCALDA 2006, p. 470 nt. 24.

²² Segundo MAGIONCALDA 2006, p. 475, em 152 d.C., data da epígrafe ostiense, era Meciano ainda *a libellis et censibus*, cargo que manteve, segunda a própria, entre 151 e 155 d.C.

²³ Vd., e. g., LEVY 1932, p. 355, ou MAGIONCALDA 2006, p. 471 nt. 28, onde ulterior bibliografia. Ignora-se se o cargo de *pontifex minor* foi concomitante, se anterior ou posterior à nomeação como secretário *a libellis et censibus*.

²⁴ Iul. Capitol. *SHA Vita Pii* 12.1, e D. 37.14.17 pr. (Ulp. 11 *ad leg. Iul. et Pap.*). Vd., neste sentido, HUSCHKE 1908, p. 408, LACOUR-GAYET 1888, p. 48, GIRARD 1910, p. 256 = GIRARD 1912, p. 325, KÜBLER 1929, p. 273, CROOK 1955, pp. 67 nt. 5 e 190, STEIN 1896, p. 152 (com base em D. 37.14.17 pr.), HIRSCHFELD 1905², p. 340 nt. 2, GUALANDI 1963, p. 129, MAYER-MALY 1961, p. 905, ORESTANO 1964, p. 474, PFLAUM 1966, pp. 148-149, BUND 1976, p. 428, MORABITO 1984, pp. 321, 323-324 e 339, MAGIONCALDA 2006, p. 467. Sobre a atendibilidade do passo, PFLAUM 1966, pp. 143-152, *max.* 148-149, MILLAR 1977, pp. 103, 337-338, LIEBS 1997, p. 131 (que refere a presença no *consilium principis* na qualidade de *praefectus annonae*). Aberto permanece o problema da identificação de *Diaulenus*, que Pflaum considera errônea intrusão dum jurista. Discute-se, ainda, se a Meciano tenha sido atribuído *ius publice respondendi*, de que seria indício a referência em *CIL* 14, 5348, a *iuris consultus*. Cf., neste sentido, LEVY 1932, p. 353, KUNKEL 2001³, p. 303, MAYER-MALY 1961, 905, RUGGIERO 1983, p. 24, GOFAS 1995, pp. 29 e 36; sobre o termo *iuris consultus* como indício para o efeito, e. g., KRÜGER 1912², p. 125 nt. 21. Céptico, a nosso ver com razão: SCHULZ 1961, p. 134.

²⁵ *ILS* 6174. A epígrafe ostiense não o recorda, com efeito, como *praefectus annonae*. Relativamente aos *dies a quo e ad quem* para este cargo, MAGIONCALDA 2006, pp. 473-474, propõe que o tivesse ocupado entre Jul.-159 e Out./Dez.-160 quando substituiu Victorino no Egipto. Para tal baseia-se na carreira de T. Fúrio Victorino, prefeito do Egipto entre 28-Jul.-160 (*CIL* 4, 648* = 6, 1937* = 14, 440*, e *ILS*, 9002), portanto imediatamente antes de Meciano, recordado como «*praefecto urbis*», mas sem se saber se da anona se dos vigiles: Magioncalda entende que da anona, por ser a expressão mais frequente para este cargo e porque a data de início de funções de Meciano como prefeito da anona não é segura; assim, Victorino teria sido prefeito da anona entre c. 157 até à primeira metade de 159, e Meciano teria ocupado igual cargo, substituindo Victorino, entre meados de 159 e Out./Dez.-159, substituindo nesta última data novamente Victorino. Isto significaria que Meciano num curto espaço de tempo, 3 anos, ocupara 3 prefeituras, o que Magioncalda entende poder explicar-se por particulares circunstâncias, designadamente, por um lado, a chamada de F. Victorino do Egipto para a prefeitura do pretório após a morte do prefeito em funções, acelerou também a carreira de Meciano, motivando uma passagem precoce da prefeitura da anona à do Egipto e, por outro lado, a necessidade de os novos imperadores quererem novamente em Roma o seu precioso colaborador e conselheiro. A hipótese de Magioncalda tem, no entanto, o inconveniente, que não é incontornável, de encurtar excessivamente a prefeitura da anona de Meciano, assim dilatando um prazo de estagnação na carreira, em que entende ter ocupado as funções de *a libellis et censibus* e durante a qual completou os volumes de *fideicommissis*, geralmente atribuídos ao principado de Antonino Pio, e justifica o esmorecimento profissional (c. 2 décadas desde a morte de Adriano, a nomeação *a libellis, praefectus uehicularum, a studiis et procurator bibliothecarum* e *a libellis et censibus* até prefeito do Egipto) com o facto de Antonino Pio o querer perto de si. Parece, todavia, uma plausível hipótese quando conjugada com a carreira de F. Victorino.

²⁶ *CIL* 14, 250. Da referida lista consta como patrono não senatorial (assim já STEIN 1896, p. 152; vd. também, falando de Meciano como patrono de ordem equestre na lápide ostiense, CANTARELLI 1906, p. 96). Conforme já sublinhara LEVY 1932, p. 353, é de notar a não adjectivação de Antonino Pio como *diuus*, ao contrário do que sucede na inscrição para Adriano. Vd. sobre a inscrição e Meciano, dentre tantos, LEVY 1932, pp. 353-354, STEIN 1896, p. 152, MAYER-MALY 1961, p. 905, ou MANFREDINI 1983, p. 394. Sobre o uso do predicativo *diuus* como critério de datação das obras dos juristas romanos, vd., v. g., MOMMSEN 1870, pp. 97-116 = MOMMSEN 1905, pp. 155-171, Á. D'ORS 1943, pp. 33-80, DELL'ORO 1968, pp. 2 ss. e *passim*; também BRAGA DA CRUZ 1979, p. 233, nt. 1. De notar que, se o uso de *diuus* mostra em regra que um imperador estava morto, a sua ausência não é inevitavelmente critério do contrário, i. e. de que é vivo à data em que se escreve, conforme demonstravam já os estudos MOMMSEN 1870, pp. 97-116 = 1905, pp. 155-171.

cinco sócios. Posteriormente, já no final do principado de Antonino Pio, é nomeado *praefectus Aegypti*²⁷, cargo exercido desde o Outono de 160 e os últimos meses de 161, possivelmente até Novembro desse ano²⁸. No seu retorno, falecido entretanto Antonino Pio a 7-Mar.-161, Meciano ingressou no *consilium* dos *diui fratres*²⁹, foi nomeado senador³⁰ e na sua sequência *praefectus aerarii Saturni*³¹. Só mais tarde, será *consul suffectus* para a segunda metade de 166

²⁷ O que, segundo RUGGIERO 1983, p. 17 nt. 21, confirma a regra de que aos prefeitos *annonæ* eram reservados os cargos de *praefecti Aegypti*; vd. também as observações de MAGIONCALDA 2006, p. 471 nt. 31. A bibliografia sobre a administração do Egito romano é hoje muito extensa. Relativamente a Meciano vd. os autores citados na nt. s.

²⁸ A data de início pode ser *grossa modo* aferida pelo Pap. Cairo n.º 85, datado de 13-Fev.-161, e a do fim pela petição a Meciano no Pap. Oxy. 7.1032, ss., reportada a 8-Jul.-161 d.C. Importante é também o Pap. Gen. n.º 35, datado de 15-Nov.-161 d.C., transcrito em NICOLE 1906, pp. 46-47. Cf., na doutrina, ZINGALE 2012, pp. 340-341, TALAMANCA 1979, p. 210, ANAGOSTOU-CANAS 1991, pp. 83-84. Num outro documento, conservado em P. Merton 18, é ainda Meciano o alto funcionário perante o qual se deverá apresentar um Sarapião nomeado em 7-Ag.-161 por um grupo de antigos *archiereis* e *gymnasiarchoi* da cidade de Oxirrínco. Cf. ainda BSAF 1967, 30-44. Vd. MOMMSEN 1857, pp. 281-285 = MOMMSEN 1909, pp. 264-268 (neste escrito, que é republicação do anterior, mas em que, em rigor, há uma mudança de posição, Mommsen adiciona uma nt. * à p. 267 = 283 do escrito original e outra nt. * à p. 268 = 285 que remete para aquela, onde faz notar que à data, do confronto entre Pap. Gen. 35, Pap. Ox. 3.653 e Pap. Berl. 2.613, era já possível concluir que o jurista Meciano foi *praefectus Aegypti* mas apenas até 161 d.C. e que o Meciano morto em 175 d.C. «hat mit ihm [= o jurista Meciano] wohl nichts zu thun gehabt»), HUSCHKE 1908, p. 408, KUNKEL 2001², pp. 174-176, SCHULZ 1953, p. 106, RUGGIERO 1983, p. 19, BERGER 1914, p. 547 (entende-o prefeito do Egito por volta de 150 d.C.), LIEBS 2010, p. 41, LIEBS 1997, p. 131, ZINGALE 2012, pp. 339-345 (e *passim*), TALAMANCA 1979, pp. 210-218 (por referência a BGU 613 = MChr 89), ANAGOSTOU-CANAS 1991, pp. 83-84 (e *passim*), MAGIONCALDA 2006, pp. 467-476. Cf. também MEYER 1897, pp. 227-228 e 233, MITTEIS 1897, p. 651, MITTEIS-WILCKEN 1963, p. 102, STEIN 1896, p. 153, STEIN 1899, pp. 107-108 (volta a colocar a questão da datação da prefeitura de Meciano na sequência dos escritos de Mitteis e P. Meyer, essencialmente contra a posição deste último que colocava a prefeitura de Meciano mais tarde, e com base no Pap. Kenyon 77 n.º 376 de 14-Fev.-159 onde é mencionado o estratega Teodoro e Pap. Kekyon II 172 n.º 358 onde é já usado o epíteto *λαμπρότατος* para o prefeito Munácio Félix, como sucede para outros prefeitos do tempo de Antonino Pio, por ex., M. Semprônio Liberal no cargo de 154 a 156; considera portanto mais provável a sua datação – em detrimento da de P. Meyer por 176 d.C. – da prefeitura de Meciano pouco depois de 150 d.C.; considera que o espaço entre Semprônio Liberal morto em 156 d.C. e a prefeitura de M. Ânio Siríaco desde 161 d.C. foi provavelmente preenchido por Póstumo), STEIN 1900, p. 221 (onde, corrigindo as suas anteriores datações de c. ou pouco depois de 150 d.C., dá por finda a discussão com Meyer depois da publicação do 2.º fascículo dos papiros de Genebra, cujo 35.º contém um documento de venda datado de 15-Nov.-161 no qual Meciano é chamado «ὁ λαμπρό[τατος ἡγεμ]ών», que permite finalmente conhecer com certeza o período da sua regência do Egito: Póstumo foi o seu predecessor ainda entre Mar. e Ag.-161 no Egito e seu sucessor M. Ânio Siríaco já em 25-Abr.-162 no Egito; conclui: «Endgiltig wird nun auch entschieden, das ser mit dem Maecianus, der des Avidius Cassius Aufstand in Aegypten unterstützte (Hist. Aug. Marc. 25, 4; Avid. Cass. 7, 4), nichts zu thun hat»), STEIN 1901, p. 447 (desassociando novamente este Meciano do da rebelião de 175 d.C., coloca clara e finalmente a sua prefeitura em 161 d.C.), GRENFELL-HUNT 1903, p. 290, NICOLE 1906, p. 47, HIRSCHFELD 1905³, pp. 327 nt. 2 e 340-341 ntt. 2-3, CANTARELLI 1906, pp. 96-97, KRÜGER 1912², p. 200, LÉVY-BRUHL 1912, p. 117, KRELLER p. 1921, p. 354 nt. 8, KÜBLER 1929, p. 274, HOHLWEIN 1934, pp. 27-30, ORESTANO 1964, p. 474/2, REINMUTH 1935, p. 135, REINMUTH 1967, p. 98, BRUNT 1975 1975, p. 145, BASTIANINI 1975, pp. 295-296, BIRLEY 2001², p. 123.

²⁹ O ponto é pacífico: vd. autores retro citados a propósito da integração de Meciano no conselho do príncipe Antonino Pio. A conclusão é extraída de D. 37.14.17 pr. (Ulp. 11 *ad leg. Iul. et Pap.*). Sobre este passo, *ex multis*, CICOGNA 1902, pp. 88-89, SZLECHTER 1954, p. 182, CROOK 1955, p. 71 nt. 6, GUALANDI 1963, pp. 79-80 e 129-131, MILLAR 1977, pp. 248-249, FANIZZA 1982, pp. 121-122, AMARELLI 1983, pp. 88-89, HONORÉ 1994, pp. 18-19, RUGGIERO 1983, pp. 75-76, MAYER-MALY 1961, p. 905, DI MARIA 2010, *passim* (em geral sobre a citação de jurisprudentes em constituições imperiais; a p. 8 nt. 2 referência a D. 37.14.17), MAGIONCALDA 2006, p. 468, BABUSIAUX 2015, pp. 250-253.

³⁰ BLOCH 1953, p. 270, RUGGIERO 1983, p. 24, BIRLEY 2001², pp. 123 e 179.

³¹ Atesta-o AE (1955), 179. MAGIONCALDA 2006, p. 476, opina que entre 162 e c. 165 d.C.

d.C.³²⁻³³, tendo possivelmente, embora a data da sua morte não seja com certeza conhecida, falecido antes de assumir funções³⁴. À luz dos dados de que dispomos, não foi o jurista Meciano aquele que foi morto durante a sublevação de Avídio Cássio contra Marco Aurélio em 175 d.C.³⁵.

Meciano foi recordado no Digesto como autor de três obras: os 14 *libri de iudiciis publicis*³⁶, os 16 *libri quaestionum de fideicommissis*³⁷⁻³⁸ e o discutido *ex lege Rhodia*. Outra obra, estoutou

³² Cf. *AE* (1955), 179. Na doutrina, LIEBS 2010, p. 41, LIEBS 1997, p. 131, BIRLEY 2001², p. 123, MAGIONCALDA 2006, p. 472 e 476 (aventando a hipótese de ter morrido com 52 a 62 anos, antes de exercer funções, porquanto de mais notícias suas não dispomos). A datação de uma tal designação é discutida: aponta para 165 M. CORBIER, *L'aerarium Saturni et l'aerarium militare. Administratio et prosopographie sénatoriale*, Rome 1974, pp. 531 e 542; aponta para a segunda metade de 166 d.C. FANIZZA 1982, pp. 13-15; questiona se 166 G. ALFÖLDY 1977, p. 182; aponta para imediatamente depois de 165 MAGIONCALDA 2006, p. 476.

³³ Ao contrário de Papiniano e Ulpiano, não chegou a prefeito do pretório, talvez porque as funções militares deste cargo não fossem compatíveis com o único ofício militar que ocupara, como aventa MAGIONCALDA 2006, p. 471; vd. também LEVY 1932, p. 355.

³⁴ Vd. neste sentido MAGIONCALDA 2006, pp. 472 e 476 (pelo seu decesso antes de assumir funções de cônsul sufeito). STEIN 1896, p. 153, considera ter morrido durante ou pouco depois do principado de M. Aurélio e de L. Vero entre 161 e 169 d.C.

Representativo da visão que identificava Meciano com aquele que morreu no levantamento de 175 d.C., JÖRS 1903, p. 491. Não é hoje aceitável a opinião de que V. Meciano sobreviveu à passagem do séc. III d.C. Neste sentido, porém, SCHOMBERG 1786, p. 70 (considera-o um jurista do séc. III d.C.).

³⁵ Cf. *Iul. Capitol.*, *Vita Marci*, 25.4. Segundo RUDORFF 1857, pp. 177-178, ROBY 1884, pp. CLCCIII-CLXXIV, e sobretudo MOMMSEN 1857, pp. 281-285 = MOMMSEN 1909, pp. 264-268, o Meciano referido por Júlio Capitolino e Vulcácio Galicano seria o mesmo jurista homónimo citado no Digesto; também assim KALB 1890, p. 71 (que a este facto associa características lexicais), FITTING 1908², ou P. MEYER 1897. Diferentemente, STEIN 1896, pp. 151-153, STEIN 1899, pp. 107-108, STEIN 1900, 221, STEIN 1901, p. 447, CANTARELLI 1906, pp. 96-97. Sobre o tema também se pronunciaram SCHWENDEMANN 1923, p. 104, HIRSCHFELD 1905², p. 340, KRÜGER 1912², p. 200 nt. 80, GIRARD 1910, p. 256 = GIRARD 1912, p. 325, LÉVY-BRUHL 1912, p. 117, DE ROBERTIS 1952, pp. 159-160 ntt. 20-21, RUGGIERO 1983, pp. 27-29.

³⁶ Cf. D. 29.5.14 (*Maec. de publ. iudic.*) [Pal. 56], D. 48.1.11 (*Maec. de iudic. publ.*) [Pal. 55] e D. 48.6.8 (*Maec. 5 publ.*) [Pal. 54]; cf. também a opinião de Meciano recordada por D. 48.9.6 (*Ulp. 8 de off. proc.*) [Pal. Maec. 57; Pal. Ulp. 2204]. Vd. FANIZZA 1982, pp. 81 ss. e *passim*, RUGGIERO 1983, pp. 70-71, LIEBS 1997, p. 132.

³⁷ A obra é citada pelos compiladores justinianeus por *fideicommissa*, mas o título completo *quaestiones de fideicommissis* é cit. por Ulpiano (D. 7.1.72 [Ulp. 17 *ad Sab.*]), citando-o ainda como *quaestiones* Papiniano (D. 29.2.86 pr. [Pap. 6 *resp.*]). Assim, KRÜGER 1912², p. 201 nt. 83. Defende a existência de glossemas a D. 32.95 (*Maec. 2 fideicommiss.*) e D. 40.4.55 WOLFF 1952, pp. 132-141. Sobre a obra, recentemente, MINALE 2020, *per totum*.

³⁸ É duvidosa a datação destes livros. WUNDERLICH 1749, pp. 9-12 e 39, enfatiza o período dos *diui fratres* como o de mais intensa participação política, com base, *i.a.*, em M. Aur., *Ad se ipsum*, 1.6.6 e D. 37.14.17 pr. (Ulp. 11 *ad leg. Iul. et Pap.*), considerando, no entanto, que a sua experiência profissional e a sua dedicação às letras se deviam ao período anterior. MOMMSEN 1857, p. 281 nt. 4, apontava como período de maior actividade de Meciano o vivido sob o principado de Antonino Pio (138-161), durante o qual foram para si publicados os *quaestionum de fidei commissis libri XVI*, aduzindo como argumentos a expressão «*Antoninus Augustus Pius noster*» de D. 40.5.42, a referência a *diuus Pius* ocorrer apenas em citações em segunda mão (D. 29.2.86 pr. [Pap. 6 *resp.*] e D. 32.11.1 [Ulp. 2 *fideicommiss.*]), a circunstância de assim se ter permitido que Cévola num texto provavelmente escrito sob o principado de M. Aurélio e L. Vero já o tivesse citado (D. 35.2.20 [Scaev. 9 *quaest.*]) e a referência a Meciano por parte destes imperadores no rescrito lembrado em D. 37.14.17 pr. STEIN 1896, p. 152 nt. 13, também se pronuncia pela escritura dos referidos *libri* durante o principado de Antonino Pio devido à expressão «*Antoninus Augustus Pius noster*» de D. 40.5.42. FITTING 1908², p. 44, considera que a obra pode ter sido produzida sob o principado de Antonino Pio e depois de 148 d.C., depondo pela sua elaboração não anterior a este príncipe a menção numa decisão (D. 32.11.1) e legislação suas (D. 40.5.42), e em favor duma datação não posterior o facto de em D. 40.5.42 ser chamado «*Antoninus Augustus Pius noster*», enquanto príncipe vivo. GIRARD 1910, pp. 251-252 = GIRARD 1912, pp. 319-320, a propósito do critério, que aceita, dos tempos verbais no passado para inferir se morto se vivo o jurista citado, coloca a hipótese de os *libri quaestionum* de Meciano terem sido publicados em datas diversas, por ex., o liv. 7 sob o principado de Antonino Pio e o 8 sob o de M. Aurélio e L. Vero, quando Juliano, que Meciano cita no passado

de cunho não jurídico, lhe é também atribuída: *assis distributio, item uocabula ac notae partium in rebus, pecunia aere numerata, pondere, mensura*³⁹.

Os dados biográficos hoje conhecidos de Meciano conjugam-se bem com a autoria de D. 14.2.9 não apenas pelo seu reconhecido mérito jurídico – que lhe valeu, além de especial menção e elogio por parte dos *diui fratres* (D. 37.14.17 [Ulp. 11 *ad leg. Iul. et Pap.*]), uma honrosa carreira e a consagração no Digesto, a propósito de variados temas, relacionados com os fideicomissos e os *iudicia publica*, além da contribuição por *iactus* –, como ainda pelo facto de, na qualidade de prefeito do Egipto, ter sido investido de funções jurisdicionais⁴⁰, e ainda pela

placuit em D. 35.2.30.7 (Maec. 8 *fideicomm.*), estava já morto. KÜBLER 1911, p. 11, e KÜBLER 1929, p. 274, com base em D. 40.5.42 pr. por causa do uso de «*iussit*» e «*satis habuit*», conclui por data posterior a Antonino Pio. LÉVY-BRUHL 1912, pp. 117-120, entende inverosímil que com base no uso do perfeito em D. 35.2.30.7 (Maec. 8 *fideicomm.*) «*Celso et Iuliano nostro placuit*» se conclua pela publicação dos livros 7 e 8 (e ss.) sob diferentes principados, até ao 7 sob Antonino Pio (com base entre outros em D. 40.5.42 [Maec. 7 *fideicomm.*] *Antoninus Augustus Pius noster*, portanto sem o uso de *diuus*), depois do 7 já sob os *diui fratres*, pois tratam de matérias idênticas, tanto que Lenel lhes deu o mesmo título *De fideicommissariis hereditatibus*; para o autor, estar-se-ia neste caso perante um perfeito empregue para designar um autor vivo; por isso, conclui a hipótese mais verosímil continua a ser a de que Meciano escreveu toda a sua obra *quaestiones de fideicommissis* durante o principado de Antonino Pio (morto em 7-Mar.-161 d.C.) e, consequentemente também, durante a vida de Juliano (presumivelmente morto em 163 d.C.). KRÜGER 1912², p. 201 nt. 84, considera igualmente que os livros *de fideicommissis* foram escritos sob o principado de Antonino Pio essencialmente devido à referência a «*Antoninus Augustus Pius noster*» em D. 40.5.42 pr. e, ainda, em razão de D. 29.2.86 pr. e D. 32.11.1. HONORÉ 1964, p. 40 nt. 179, entende que os *de fideicommissis* foram escritos depois de 153 d.C. porque em D. 46.4.103 (Maec. 2 *fideicomm.*) – parece-nos lapso de Honoré: D. 46.3.103 – cita Iul. 54 *dig.* cuja obra é de data entre 151 e 155, com preferência para 153 d.C. CANTARELLI 1906, p. 96, data estes *libri* do reinado de Antonino Pio com base em D. 40.5.42. RUGGIERO 1983, pp. 44-48, *max.* 48, aponta para o período do principado de Antonino Pio, presumivelmente, escreve, por volta de 150 d.C., apoiando-se em D. 40.5.42 (Maec. 7 *fideicomm.*), onde é referido Antonino Pio sem o epíteto *diuus*, e na relação entre Meciano e Juliano que resulta das citações deste por aquele feitas sobretudo no tempo verbal presente (Maec. 2 *fideicomm.* D. 46.3.103 «*Iulianus elegantissime putat*», D. 35.1.86 (Maec. 3 *fideicomm.*) «*Iulianus noster*», D. 36.1.67.1 (Maec. 5 *fideicomm.*) «*Iulianus noster probat*», D. 35.2.30.7 (Maec. 8 *fideicomm.*) «*Celso et Iuliano nostro placuit*» – cujo uso do perfeito se explicaria pela citação de Celso, anterior tanto a Juliano que a Meciano – D. 35.2.32.2 (Maec. 9 *fideicomm.*) «*Iulianus scribit*»), donde a obra teria sido escrita antes das mortes de Juliano e de Antonino Pio. FANIZZA 1982, p. 14, considera-os escritos depois de 153 d.C. e antes da partida para o Egipto em 161 d.C. quando passou a assumir funções que não lhe consentiam escrever sobre estes temas, por, no período entre 153 d.C. e 160 d.C., estar em Roma, por acumular desde 150 d.C. as funções de *a studiis* com a *bibliothecis* e por pertencer ao *consilium principis*, entendendo ter sido também neste lapso temporal que publicou os *de iudiciis publicis*. Perfilha desta opinião MAGIONCALDA 2006, p. 475, que especifica a data entre 151 e 155 d.C., provavelmente depois de 153, como termo da elaboração dos *de fideicommissis*, época em que manteve funções como *a libellis et censibus*. Por nossa parte, parece-nos bem fundamentada a hipótese de elaboração sob o principado de Antonino Pio, com base na análise gramatical dos citados passos de Meciano, com base na ausência de *diuus* na menção a Antonino Pio, com base na citação de legislação deste príncipe, com base ainda nos cargos que ocupou – que lhe permitiam um constante contacto com questões jurídicas e discussões com colegas, além do acesso a livros (cf. também LEVY 1932, p. 355) – e nos sítios onde os ocupou – muito mais facilmente teria em Roma as condições bibliográficas e de sossego para escrever uma tal obra – e nas relações já descritas com os vários príncipes, sobretudo com Antonino Pio, tendo ainda em conta que pouco viveu já sob o principado dos *diui fratres*. A conclusão é ainda consistente com a citação do quinquagésimo quarto *liber* dos *Digesta* de Juliano em Maec. 46.3.103, cuja redacção é de situar entre 151 e 155 d.C. (HONORÉ 1964, p. 40 nt. 179). Depois de 161 parece já difícil, pois logo a seguir integrará o *consilium principis*, o senado com funções de *praefectus aerarii Saturni* e é depois nomeado para *consul suffectus*.

³⁹ Dedicada por Meciano a Marco Aurélio, com o propósito de oferecer uma exposição lógica dos diversos sistemas métricos *et in heredum institutione et in aliis multis necessariam*. Cfr. MOMMSEN 1857, pp. 285-295 (em MOMMSEN 1909, pp. 264-268, onde é republicado este escrito, o autor optou por não inserir o texto da *distributio partium* conforme explica a 264 nt. * e 268 nt. **), HULTSCH 1866, pp. VII (nt. explicativa) e 61-71 (ed. do texto), HUSCHKE 1908, pp. 408-418, RUGGIERO 1983, pp. 71-76, LIEBS 1997, p. 132, FANIZZA 1982, p. 15.

⁴⁰ Assim também DE ROBERTIS 1952, p. 159 nt. 21.

qualidade de membro do *consilium principis e a libellis et censibus* lhe ter sido possível o acesso a registos e o conhecimento de processos relativos a questões marítimas⁴¹.

3. Porquê apenas um fragmento do *ex lege Rhodia* em D. 14.2?

A existência de uma obra de Meciano intitulada *ex lege Rhodia* foi já, por mais de uma vez, posta em causa, por e com argumentos vários. Um deles consiste em ser inverosímil que, a ter existido, os compiladores dela só tivessem retirado um fragmento⁴².

Este desaproveitamento foi já explicado com base na circunstância de o *ex lege Rhodia*, do qual foi retirado o fragmento em D. 14.2.9, ter sido fruto de uma extemporânea leitura dos compiladores justinianeus, conforme resulta da sua própria posição no título. Por isso, estes, depois de o terem lido, tê-lo-iam inserto num título, a cujos fragmentos finais foi parar⁴³.

Ainda que doutros juristas se encontre apenas um fragmento no Digesto⁴⁴, não é, ainda assim, irrelevante que do *ex lege Rhodia* mecianeu mais nenhum fragmento haja sido aproveitado. Seria de esperar que os compiladores, caso tivessem estado na posse de um livro tão importante para o título D. 14.2, tivessem retirado do mesmo mais excertos, em vez de escolhido apenas aquele que haveria de ser o fragmento nono de D. 14.2, que, aliás, nem sequer directamente respeita ao tema do título D. 14.2. Ter sido a leitura de uma obra subsequente à composição do núcleo central do título⁴⁵ implicou, com frequência, que o passo lido e daí retirado tenha ido parar fora das sequências já formadas, mas não significou que dessa obra sucessivamente lida tenha sido retirado um excerto que não estivesse directamente relacionado com o título D. 14.2⁴⁶, nem que fosse apenas retirado um só excerto⁴⁷, sobretudo se se tiver em conta que D. 14.2 não é um título muito extenso e, ainda, que mais poderia ser referido acerca da contribuição por sacrifício no mar que não fora dito nos fragmentos primeiro a oitavo de

⁴¹ RUGGIERO 1983, p. 41.

⁴² É um argumento que se encontra amiúde. Assim, KRÜGER 1930, p. 314, DE MARTINO 1937, p. 291, ou DE ROBERTIS 1952, p. 173 nt. 82 (que tentou «salvar» o texto, mas não sem fazer esta concessão, que, a seu ver, depunha no sentido de uma reelaboração pós-clássica do passo que, assim alterado, chegou às mãos dos compiladores).

⁴³ *Grosso modo* neste sentido, de forma no entanto cauta, MANTOVANI 1992, pp. 109-110 nt. 97; vd. já antes ROTONDI 1922, p. 315 nt. 1. A atribuição da obra citada na *inscriptio* de D. 14.10.1 a Papiniano, como a da obra citada na de D. 14.2.9 a Meciano, é questionável e questionada: vd. KRÜGER 1930, p. 315, SCHERILLO 1950, pp. 209-212; recentemente, sob diferente orientação metódica da de H. Krüger e G. Scherillo, não deixa ainda assim de considerar tratar-se de um «caso complexivamente dúbio» COSSA 2018, p. 305 nt. 37. Fenómeno similar ocorreu com outros fragmentos, por ex., com D. 43.10.

⁴⁴ Uma relação de tais obras em MINGUIJÓN 2013, pp. 127-129.

⁴⁵ A admitirmo-la. Não tomamos por apodíctico que o fragmento inserto em D. 14.2.9 tenha sido fruto de leitura verdadeiramente extemporânea por parte dos compiladores. Pode também ter sido resultado de uma leitura tempestiva ou, doutra perspectiva, concomitante de um livro (por ex., os *de iudiciis publicis*) a respeito de diferente matéria por parte de diferentes comissários, que só mais tarde trocaram essa nota com aqueles que estavam encarregues de compor D. 14.2. Partamos, porém, do pressuposto de que D. 14.2.9 seja fruto de uma leitura intempestiva, o qual colhe relativo apoio nas investigações até agora empreendidas sobre o tema, com destaque para MANTOVANI 1992, pp. 109-110.

⁴⁶ E não apenas de *lege Rhodia*.

⁴⁷ O ex. de D. 43.10 é eloquente no sentido de que passos relativamente longos poderiam ser excerpidos de obras sucessivamente lidas.

D. 14.2, como, de certo modo, atesta o apêndice D. 14.2.10 e outros fragmentos esparsos com conexões com o tema⁴⁸. Depois, porque a comparação com D. 43.10 tem limites vários, desde logo o facto de, contrariamente a D. 14.2.9, ser aquele o único do respectivo título, além de ser, também ao contrário de D. 14.2.9, recordado no *Index Florentinus*. Acresce ainda terem os compiladores escolhido um fragmento das *Sententiae* de Paulo para, fora do seu lugar típico, encimar o título 2 do livro 14 do Digesto, em lugar do *ex lege Rhodia* de Meciano. De facto, a ter Meciano escrito uma obra assim intitulada, intimamente ligada ao título de D. 14.2, previsível seria, no mínimo, terem os compiladores aproveitado mais material do que apenas um fragmento (D. 14.2.9) que nem à matéria do *iactus* respeita, em contraste, assim, com o conteúdo de D. 14.2.1 a 8.

Trata-se aqui de aspectos de conteúdo e de «*dispositio*», que não apenas formais, que devem, a nosso ver, fazer repensar a «arqueologia» do *ex lege Rhodia*. Eles, no seu conjunto, levantam a suspensão sobre se Meciano tenha escrito sobre a matéria da contribuição por *iactus* ou mesmo sobre a *lex Rhodia* em geral, numa obra autónoma, monográfica ou não. Fazem-nos também duvidar de que existisse, à data da obra de Meciano, portanto na década de 150 d.C., uma *lex publica*, ródia ou não, especificamente sobre a contribuição por sacrifício no mar⁴⁹. Conduzem, por fim, a cogitar se os compiladores se lançaram ao afã de legitimar a opção da designação escolhida para o título, forçando nele a inserção dum fragmento, D. 14.2.9, que pouco tem a ver com a matéria central, introduzida e gizada em torno de D. 14.2.1 (Paul. 2 *sent.*), mas que e porque aludia a um julgar em matéria náutica de acordo com a «lei» dos ródios.

Cremos, sem embargo, possível equacionar uma outra explicação para este *ex lege Rhodia* que lhe preserve a autoria mecianeia. Avançá-la-emos em seguida.

4. Extensão, conteúdo e intitulação do *ex lege Rhodia*

O *ex lege Rhodia* recordado em D. 14.2.9 levanta vários problemas, como dizíamos. Um deles respeita à composição e extensão do livro em apreço.

Na verdade, não sabemos de quantos *libri* foi o *ex lege Rhodia* composto, porque nenhuma indicação existe no Digesto. Aliás, os compiladores nem sequer deram nota, na *inscriptio*, de que fosse um *liber singularis*⁵⁰. Esta omissão causa estranheza sobretudo se se tiver presente que a indicação dos livros das obras, mesmo que na forma *libro singulari*, é normal no Diges-

⁴⁸ Por ex., D. 41.2.21.1-2 (Iav. 7 *ex Cass.*), D. 41.7.7 (Iul. 2 *ex Minic.*), D. 41.1.9.8 (Gai. 2 *rer. cott.*), D. 19.5.14 pr. (Ulp. 41 *ad Sab.*), D. 47.2.43.11 (Ulp. 41 *ad Sab.*).

⁴⁹ Do tema não podemos tratar *ex professo* nesta ocasião, ainda que ele esteja implicado nas reflexões que aqui verbalizamos, a que subjaz uma atitude crítica e céptica quanto à existência não de uma *lex Rhodia* ou de *leges Rhodiae* em geral ou mesmo sobre matérias marítimas, mas de uma *lex Rhodia de iactu*. Sobre o tema, vd. PURPURA 1976, pp. 69-87, PURPURA 1985, pp. 273-331, ou PURPURA 2002, pp. 273-292.

⁵⁰ Assim, GOTHOFREDUS 1654, p. 8; recentemente, escrevendo não existirem provas concludentes de que se tenha tratado duma obra em formato unitário, COSSA 2018, p. 52 nt. 131. Diversamente, citam-no como *liber singularis* MENAGIUS 1738, p. 33, SPANGENBERG 1817, p. 27, DELL'ORO 1972, p. 750, HONORÉ 2006, pp. 2 nt. 5, 21, 29 nt. 321, 33 nt. 333 e 41, HONORÉ 2010, pp. 47 nt. 5, 63 e 74 nt. 333, MANTOVANI 1992, p. 109, ou LIEBS 2012, p. 77 nt. 82.

to⁵¹, ainda que erros deste tipo estejam atestados⁵². Por outro lado, ainda que tivesse escrito no tendencialmente mais tardio formato monográfico, hipótese que nos parece de afastar⁵³, nem sequer sabemos se fosse muito ou pouco extenso, nem que matérias, além da referida em D. 14.2.9, fossem tratadas⁵⁴. Voltaremos ao tema nas sucessivas secções.

Outro problema advém do título da obra *ex lege Rhodia* recordada em D. 14.2.9 por comparação com o de D. 14.2 *De lege Rhodia de iactu*. Além do *ex* pelo *de*, é notório faltar ao título de D. 14.2.9 a especificação do seu conteúdo, que no título D. 14.2 é *de iactu*. Por isso, já alguns autores creram que o título inteiro da obra de Meciano fosse *ex lege Rhodia de iactu*⁵⁵. Não cremos que assim seja. Em primeiro lugar, a *inscriptio* não recorda o aditamento *de iactu*. Em segundo, parte um tal entendimento do pressuposto de que Meciano escrevera sobre uma específica *lex Rhodia de iactu*, o que ignoramos. Com efeito, o conteúdo de D. 14.2.9 não respeita directamente ao *iactus*, mas à *direptio ex naufragio* ou a matéria tributária⁵⁶. A conexão com a contribuição por sacrifício no mar ou a derelicção de coisas alijadas é muito ténue, como de resto sucede com D. 14.2.10. O mais que sabemos é que Meciano em 2 *fidei comm.* D. 32.15 e D. 32.17 pr. parece ter presente a diferença entre coisas derelictas e alijadas, e só. Quanto ao conteúdo do *ex lege Rhodia* de Meciano, adiantaremos mais a respeito da língua em que o escreveu Meciano.

Chama a atenção também a insólita citação do título da obra de Meciano por *ex*, em vez do normal *de* ou *ad*. Além dos que aduziram esta circunstância para pugnar pela não autenticidade de Maec. *ex l. Rhodia* D. 14.2.9⁵⁷, outros explicaram-na de variadíssimas formas: (i) por erro de copista que escreveu *ex* em lugar de *ad*⁵⁸ ou de *de*⁵⁹, como constaria do ori-

⁵¹ Vd. GOTHOFREDUS 1654, p. 8, LENEL 1888a, p. 588 nt. 58 (que, por isso, propõe *De lege Rhodia*), KRÜGER 1930, p. 314, DE MARTINO 1938, p. 212 (na sequência da exposição da tese de P. Krüger, com que concorda, para efeito de concluir pela não classicidade da obra atribuída a Meciano pela *inscriptio* de D. 14.2.9), SCHERILLO 1950, pp. 214-215, DE ROBERTIS 1952, p. 156 nt. 5 (que, todavia, desvaloriza o argumento no que se refere ao conteúdo essencial do fragmento, sem embargo de admitir a possibilidade de sujeição de aspectos pontuais do fragmento a um processo de re-adaptação, se não mesmo de reelaboração na idade pós-clássica). Cf. também LIEBS 1997, p. 133, ou, recentemente, COSSA 2018, p. 52 nt. 131.

⁵² Vd. KRÜGER 1912², p. 383 ss., e DE ROBERTIS 1952, p. 156 nt. 5.

⁵³ Assim também, em face da datação da presumível disseminação de obras neste formato na literatura jurídica romana, COSSA 2018, p. 52 nt. 131, mas também, em geral, 133 ss. e *passim*.

⁵⁴ Não obstante, há quem qualifique o *ex lege Rhodia* de «tratado», como é o caso de CANTARELLI 1906, p. 96. Outros entendem que consistia numa colecção de leis ródias, como é o caso de SCHOMBERG 1786, p. 70. Aqueles, a maioria, que julgam ter existido uma obra de Meciano intitulada *Ex lege Rhodia*, entendem que tinha por objecto a *lex Rhodia*: vd. e. g. LAMPORO 1881, 331 (ainda que não descarte a possibilidade de Meciano também ter tratado da matéria nos seus *de iudiciis publicis*).

⁵⁵ Neste sentido, embora não justifique atentas as específicas finalidades do seu discurso, MANTOVANI 1992, p. 109.

⁵⁶ Deixamos aqui o problema em aberto. Inclinamo-nos, porém, a interpretá-lo como *direptio ex naufragio*. Sobre o tema, além dos estudos de Purpura (*supra*, nt. 49), vd. também ROUGÉ 1966a, *passim*, e ROUGÉ 1966b, pp. 1467-1479.

⁵⁷ Assim, DE MARTINO 1937, p. 341.

⁵⁸ HALOANDER 1529, pp. 511 e 514 (em cuja *inscriptio* consta a correcção por «*ad L. Rhodiā*»; todavia, ao título D. 14.2 que escreve «*Ad Legem Rhodiam, de Iactu*» após a seguinte nota marginal: «*aliàs*De lege Rhodia*»). MOMMSEN 1870, p. 419, nota que a redacção do título de D. 14.2 apresenta duas versões: *de lege rodia* nos mss. e índice florentinos e no lipsiense, *ad legem rodiam* nos mss. parisiense, vaticano e patavino: «*de lege rodia* | F (et ind. F.) L, *ad legem rodiam PVU*»; mas o ilustre autor não dá nota da existência de variantes – que já vimos existirem, pelo menos na letra nórlica haloandrina – para o título do livro na *inscriptio* de D. 14.2.9, ou seja, *ex lege Rhodia*.

⁵⁹ Assim, ainda que com discursos variados, LENEL 1889a, p. 588 nt. 58, BERGER 1914, p. 546 (que via no *ex* indício de ter sido a obra originariamente escrita em grego), ou JÖRS 1903, p. 492 (colocando ponto de interrogação depois de *ex*).

ginal⁶⁰; (ii) pelo facto de a citação de títulos de epítomes por *ex* ser relativamente comum⁶¹; (iii) pelo facto de poder tratar-se, em rigor, de um extracto, possivelmente de uma compilação de leis ródias ou de um rescrito do *consilium principis* em que teria participado Meciano⁶²; (iv) pelo facto de os compiladores não terem transcrito o fragmento directamente a partir da obra original *de lege Rhodia* de Meciano, mas de uma outra obra sua onde se citava a si próprio ou de uma obra doutro jurista que o citava⁶³; (v) pelo facto de o passo não ter sido retirado dum livro chamado *ex lege Rhodia*, mas doutro de Meciano, em particular dos *iudiciorum publicorum libri*⁶⁴,

⁶⁰ Aduzida foi ainda outra explicação, de que temos conhecimento por GOTHOFREDUS 1654, p. 8, a saber, a de que da *inscriptio* deveriam constar *epitomatarum* ao invés de *ex lege Rhodia*. Mas o próprio J. Godofredo afasta-a com um argumento decisivo: os defensores desta tese confundem o fragmento 9 com o 10, esse sim dos epítomes de Paulo à obra de Labeão.

⁶¹ BYNKERSHOEK 1703, pp. 3-4, com base na não estranheza de uma tal forma de citação, baseado nos *libri ex Cassio* de Javoleno, os *libri ex posterioribus Labeonis* de Javoleno e com os *libri ex Minicio* de Juliano e ainda em D. 40.5.17, mas também em D. 47.2.14.6 e 8, D. 47.2.17.3 e D. 47.2.21.2; também KRELLER 1921, 354 (que aduz acessoriamente este argumento, escudando-se em Bynkershoek), ou LIEBS 1997, p. 133.

⁶² É este o argumento central da posição de KRELLER 1921, p. 354 nt. 10. A hipótese foi também defendida por KRÜGER 1930, p. 315, com a variante de entender tratar-se de extracto do conselho do príncipe.

⁶³ É a hipótese de MANFREDINI 1983, p. 394.

⁶⁴ Tese defendida por GOTHOFREDUS 1654, pp. 7-12 (dá também nota da tese de Godofredo, entretanto algo esquecida, MANFREDINI 1983, p. 376). Godofredo começava por notar que não era na *inscriptio* feita indicação do livro do *ex lege Rhodia* e que tal livro não aparece no *Index*, ao que passava à constatação de que de Meciano só são lembrados dois escritos, o *de fideicommissis* e o *de iudiciis publicis* (afastava que houvesse um terceiro chamado *quaestiones*, pois trata-se do *de fideicommissis*: sobre este ponto vd. infra), além de um *de asse et eius partibus*. Colocava, entretanto, a questão de saber se Meciano o escrevera nos *libri fideicommissorum*, o que poderia encontrar conforto em D. 32.15 (Maec. 2 *fideicomm.*), entendendo-se «*in profundo*» por «*in mari*», e relacionando-o com D. 32.17 pr. (Maec. 2 *fideicomm.*). Colocava também a questão de saber se Meciano poderia ter escrito sobre o tema nos *libri iudiciorum publicorum*, nos quais, ainda que escritos em latim que não em grego, coligiu rescritos de imperadores. Quanto à objecção da língua dos *de iudiciis publicis*, Godofredo acrescentava que os príncipes solitamente rescreviam e respondiam a Gregos em grego, existindo, para tal efeito, um *magister epistolarum graecarum*, dando como exs. de rescritos em grego D. 48.3.3, D. 8.3.16, D. 27.1.6, D. 48.6.5, D. 49.1.1. Acrescentava ainda que, em Nicomedia, se usava a língua grega. Considerava mais correcto ter Meciano escrito sobre este tema nos *libri publicorum*, entendidos não no sentido de direitos públicos ou fiscais ou respeitantes aos publicanos, pois o fisco ou os publicanos não podem recolher ou vindicar os naufrágios, mas no sentido de, como também os similares livros de Venuleio Saturnino, Marciano e Macro, *iudicia publicorum* enquanto *leges publicorum*, como se retira do livro 5 dos *iud. publ.* de Maec. D. 48.6.8, do livro 12 (*sic*) D. 48.1.11, do livro 11 dos mesmos *iud. publ.* D. 29.5.14, considerando ainda que era aos livros *de iudiciis publicis* que se referia a citação a Meciano de D. 48.9.6 (Ulp. 8 *de off. procons.*), para concluir expressivamente: «*Eodēm [= libris iudiciorum publicorum] denique referenda est haec lex nostra Ἀξίως*». Esta conclusão retirava do argumento de D. 14.2.9, que trata de *naufrogorum depradatione* ou διαρπαγῆ, que sempre foi considerada crime atroz («*atrox sempre crimen, seu facinus*»), a que se seguem vários exs. que o confirmam, e do facto de também Ulpiano tratar desta matéria nos seus *libri de officio praconsulis* (D. 47.9.12 e Coll. 12.5). Isto significava, acrescentava Godofredo, a cujo propósito discorre, que, tal como D. 14.2.10, está D. 14.2.9 fora do título de origem, é nas suas palavras uma *lex*, hoje diríamos fragmento, «*fugitiua*». No mesmo sentido SELDENUS 1636, p. 92. Sensivelmente neste sentido, como aponta C. van Bynkershoek, mas acrescentaríamos de forma mitigada, MORNACIUS 1721, p. 886. No final do séc. XIX, a tese de J. Godofredo era ainda equacionada como hipótese explicativa por LAMPORO 1881, p. 331, por que, todavia, não optava em primeira linha. Contra esta tese insurgiu-se directamente BYNKERSHOEK 1703, pp. 4-9 e *passim* (com argumentos vários, desde a omissão do *De asse* de Meciano, às várias omissões de jurisconsultos e livros no *Index florentinus*, inclusive confusão de livros de Meciano, como aqueles que chama Papiniano *quaestiones* mas aí estão *de fideicommissis*; C. van Bynkershoek refere ainda os problemas suscitados pelo facto de o fragmento estar em grego mas a *inscriptio* em latim, bem como o facto de o *de iudiciis* ter sido escrito em latim). Enuncia esta posição, não a seguindo a final, KRELLER 1921, pp. 353-354 (preferindo ver em D. 14.2.9 um extracto das leis ródias).

ou de um putativo *de legibus* seu⁶⁵⁻⁶⁶; ou, (*vi*) ainda, pelo facto de poder estar-se perante obra mais vasta consistente não em comentário, mas em recolha de casos e regras sobre a aplicação da *lex Rhodia*⁶⁷.

Antes de entrar no tema, é necessária uma precisão. O problema aqui concerne, em primeira linha, ao uso de *ex* no título da obra, ou seja, a saber se da obra original constava ou não o *ex*⁶⁸, e só em segunda linha, por assim dizer, à forma como é citada uma obra⁶⁹. O primeiro problema coloca-se por referência a *inscriptiones* do Digesto, nas quais os compiladores fizeram, por regra, seguir-se ao nome do jurista a obra e o número do livro ambos em ablativo simples e sem preposição, de modo que, quando aparece uma preposição depois do nome do autor do fragmento, é indício de que fosse parte do título original. O segundo coloca-se sobretudo quanto à forma como os jurisprudentes se citavam por referência aos nomes ou obras dos citados, que foi, na sua larga maioria, através de ablativo simples ou com *in* regido de ablativo ou, mais raramente, com *ex* e ablativo⁷⁰, com *apud* e acusativo⁷¹ ou, ainda, com *in* e acusativo⁷². De qualquer forma, o iniciar-se uma obra jurídica por *ex* ou o ser citada numa *inscriptio* por *ex*

⁶⁵ Uma alternativa à tese jacobeo-godofrediana recordada na nt. imediatamente anterior é a de ATKINSON 1974, p. 54, segundo a qual, colocando a hipótese da omissão no Índice florentino como um erro de cópia, motivado pelas 2 entradas ss. (Μαυρικιανού | *ad leges βιβλία ἕξ* e Τερεντίου Κλήμεντος | *ad leges βιβλία εἴκοσι*), entende que Meciano poderia também ter escrito uma obra sobre *leges*, da qual um comentário sobre a *lex Rhodia* formaria uma secção autónoma. A tese continua, todavia, a ter o inconveniente do *ex* em lugar de *ad*, como consta das duas ss. entradas respeitantes a Mauriciano e Terêncio Clemente. Próxima da tese de Atkinson é a de DI SALVO 1992, p. 347 nt. 259 («la questione della paternità [...]: il fatto che dall'*Index Florentinus* non è ricordata l'opera di Meciano sulla *lex Rhodia* non vuol dir nulla: egli ha scritto venti libri *Ad leges*: la *lex Rhodia* può essere fra queste»; Di Salvo cita Atkinson antes de expor a sua tese e os termos em que formula e resolve o problema são mais ou menos similares, de modo que nos parece que se inspirou largamente em Atkinson, com duas nuances: é que Atkinson, além de explicar as razões que a levam à sua tese, não afirma resolutamente, apenas sugere, que Meciano tenha escrito *libri ad leges*; ao contrário, L. de Salvo não explica e passa imediatamente à afirmação, que dá como adquirida, de que Meciano escreveu 20 *libri ad leges* e que o *ex lege Rhodia* pode estar entre eles, o que, em rigor, constitui uma variante da proposta de Atkinson: esta propusera sim que Meciano houvesse escrito *libri ad leges* em número que não especifica – nem podia, senão a título conjectural – e que, dentre estes, haveria um comentário sobre a *lex Rhodia* que formaria uma «separate section»; Di Salvo não entende que o *ex lege Rhodia* constituísse uma «secção separada» mas sim que estaria «fra queste» e, além do mais, especifica que os putativos *libri ad leges* de Meciano seriam 20, portanto fazendo a aproximação aos 20 de Terêncio Clemente, mas sem sequer explicar por que não 6 como Mauriciano, que até mais sentido faz por ser o jurista no índice que imediatamente se segue a Meciano).

⁶⁶ Uma outra hipótese recorda BYNKERSHOEK 1703, p. 4, em livro que não conseguimos encontrar, mas que imputa a ed. de 1627, cujo título não descreve mas possivelmente do Digesto, de Robertus Stephanus. A hipótese é a de *libro epitomarum ex lege Rhodia* em lugar de *ex lege Rhodia*. Encontramo-la, não obstante, em BUDAËUS 1561, pp. 519-520. Trata-se de uma hipótese que não tem argumentos plausíveis em que se apoie.

⁶⁷ RUGGIERO 1983, p. 41.

⁶⁸ Portanto, se era *Ex lege Rhodia*, se *Lex Rhodia*.

⁶⁹ Portanto, ao uso do *ex* como forma de citação de uma obra. Um *ex*, em que é clara a diferença. Imaginemos que o *ex lege Rhodia* era um *liber singularis* e se chamava *ex lege Rhodia*. Assim se a forma de citação fosse com *ex*, a citação, por hipótese académica, seria assim: *ex libro singulari ex lege Rhodia*. O primeiro *ex* respeita ao segundo problema, *i. e.*, da forma de citação, o segundo *ex* respeita ao primeiro problema, *i. e.*, a saber se o *ex* integrava o título do livro.

⁷⁰ Por *ex.*, D. 7.1.12.2 (Ulp. 17 *ad Sab.*), D. 8.4.6.3 (Ulp. 28 *ad Sab.*), D. 18.2.4.6 (Ulp. 28 *ad Sab.*), D. 24.3.14.1 (Ulp. 36 *ad Sab.*), D. 26.2.10.2 (Ulp. 36 *ad Sab.*), D. 32.52.8 (Ulp. 24 *ad Sab.*), D. 34.2.19.5 (Ulp. 20 *ad Sab.*), D. 40.7.6.7 (Ulp. 27 *ad Sab.*), D. 47.2.7 pr. (Ulp. 41 *ad Sab.*), D. 47.2.14.8 (Ulp. 29 *ad Sab.*), D. 47.2.17.3 (Ulp. 39 *ad Sab.*).

⁷¹ Por *ex.*, D. 7.1.17.1 (Ulp. 18 *ad Sab.*), D. 7.8.6 (Ulp. 17 *ad Sab.*), D. 21.1.1.7 (Ulp. 1 *ad ed. aedil. curul.*) ou D. 43.17.3.5 (Ulp. 69 *ad ed.*).

⁷² Um *ex*, desta última rara variante podemos observar em D. 38.10.9 (Paul. 4 *sent.*) «*in librum singularem*». Sobre o que escrevemos no texto, COSSA 2018, pp. 127-128 nt. 107.

é estranho por fugir do padrão e, nessa medida, deve prestar-se-lhe atenção e procurar-se-lhe uma cabal justificação.

Não é insólita a citação, na *inscriptio*, de uma obra antecedida de *ex*. Assim acontece com os *libri ex Cassio* de Javoleno⁷³, os *libri ex posterioribus Labeonis* de Javoleno⁷⁴ e de Próculo ou com os *libri ex Minicio* de Juliano⁷⁵. Fenómeno similar acontece com os *libri ad Sabinum* de Pompónio: nas *inscriptiones* e no *Index auctorum*⁷⁶ são antecedidos de *ad* com acusativo, mas nalguns, não poucos casos, Ulpiano, que também cita *ad Sabinum*⁷⁷, cita *ex Sabino*⁷⁸. Além disso, ocorrem outros três fenómenos muito similares⁷⁹ a D. 14.2.9 de citação de uma obra por *ex* na *inscriptio* de um fragmento: *idem* (= *Paulus*) *ex libro singulari de iure codicillorum* D. 34.4.16, em *Ex libro uicensimo primo digestorum Scaeuolae* D. 40.5.17 e em Ἐκ τοῦ ἀστυνομικοῦ μονοβιβλίου τοῦ Παπινιανοῦ D. 43.10⁸⁰. Em relação a D. 34.4.16, escrevemos similar, não idêntico, porque o *ex* é preposto a *libro*, não imediatamente ao título da obra, como sucede em D. 14.2.9, mas a nível semântico um caso e o outro não apresentam diferenças. O *ex* de D. 34.4.16 é, a par da autoria da própria obra⁸¹, igualmente problemático e, neste caso, verdadeiramente anómalo, porque em nenhum dos outros quatro fragmentos que conhecemos do *de iure codicillorum* de Paulo é preposto na *inscriptio* à citação da obra (D. 29.7.8 pr.-6, D. 30.127, D. 35.1.38 e D. 40.4.28)⁸², o que, visto o problema da perspectiva do modo de citar ou, melhor, indicar as obras nas *inscriptiones* (normalmente em ablativo sem preposição), nos leva a crer

⁷³ Igualmente *Iauolenu ex Cassio*, com a especificação βιβλία δεκαπέντε, no *Index auctorum*. Sobre o tema, MANTHE 1982, pp. 13, 33-37 ou 110-113 e *passim* (discutindo entre a possibilidade de ser um comentário lematizado ou um epítome, entende que a investigação não forneceu indícios dum comentário lematizado).

⁷⁴ Mas no *Index auctorum* apenas *posteriorum* βιβλία δέκα e sob o nome de Labeão, não de Javoleno. Sobre o tema, KOHLHAAS 1986, pp. 20 ss. (sobretudo sobre se os *libri posteriores* são de atribuir apenas a um epítome de Javoleno ou não).

⁷⁵ Mas *ad Minicium* em 3 inscrições (D. 2.14.56, D. 3.3.76 e D. 41.4.10) e no *Index auctorum* (*ad Minicium* βιβλία ἑξ). Vd. e. g. BUND 1976, pp. 434-435.

⁷⁶ Mais especificamente *ad Sabinum* βιβλία τριακονταπέντε.

⁷⁷ Designadamente, em D. 7.8.14.1 (Ulp. 17 *ad Sab.*), D. 19.5.14.2 (Ulp. 41 *ad Sab.*), D. 34.2.25.9 (Ulp. 44 *ad Sab.*), D. 47.2.14.6 (Ulp. 29 *ad Sab.*), D. 47.7.3.4 (Ulp. 42 *ad Sab.*). Também Paulo cita assim em D. 33.9.4.6 (Paul. 4 *ad Sab.*) e D. 47.2.21.2 (Paul. 40 *ad Sab.*).

⁷⁸ Paulo nunca cita *ex Sabino*, mas apenas uma vez *ex libro* (*ad Sabinum*; ou mais exactamente *ex libro octavo Pomponii ad Sabinum*): vd. nt. imediatamente anterior.

⁷⁹ Mais ainda do que os anteriores. Nestes trata-se de *ex* antes do nome dum autor, ou seja, de livros cujo conteúdo é retirado dum autor, em rigor, dum livro seu, mas cuja identificação é preterida em favor da mera identificação do seu autor: *libri ex auctore*. Nos outros de que se falará em seguida no texto corrido trata-se de *ex* antes do nome dum livro, não antes do nome dum autor.

⁸⁰ Os motivos para uma tal *inscriptio*, a única em grego no Digesto, têm sido amplamente discutidos, prendendo-se, ademais, com o debate em torno da genuinidade da obra. Curioso é que outros livros em grego de que os compiladores excerpiram fragmentos constam nas *inscriptiones* traduzidos em latim, como é o caso do *De excusationibus* de Modestino, ou transliterados, como acontece com os *Pithana* de Labeão. Sobre as várias teses, permitimo-nos remeter a COSSA 2018, pp. 135 ss., 305 e *passim*.

⁸¹ Recordamos a análise empreendida por A. GUARINO 1994, pp. 355-391, precisamente no sentido da não atribuição a Paulo desta obra e de que não seja uma obra da jurisprudência «clássica»; no mesmo sentido, num primeiro momento, LIEBS 1972, p. 165 nt. 200, posição depois invertida em LIEBS 1997, p. 166; contra, FAZIO 1939, p. 215 (e pp. 215-219 a reconstituição palinogenética deste *l. s.*).

⁸² Aspecto que, se bem vemos, tem passado despercebido, mesmo a GUARINO 1994, pp. 355-391, *max.* 384, que, a propósito de D. 34.4.16, se limita a comentar, quanto ao conteúdo, que «Il testo non presta fianco a critiche, anche per la sua brevità»; e mesmo ainda a COSSA 2018, pp. 595-596.

tratar-se de um desvio⁸³. Similitudes de Ἐκ τοῦ ἀστυνομικοῦ μονοβιβλίου τοῦ Παπινιανοῦ D. 43.10 com D. 14.2.9 existem no uso do *ex* ou ἐκ como preposição usada para citar uma obra, na língua do próprio fragmento e no facto de se tratar de uma obra que não foi usada pelos compiladores em mais lugar algum senão em D. 43.10. As diferenças são depois várias, desde o facto de, diversamente de D. 14.2.9, a *inscriptio* de D. 43.10 ser em língua grega⁸⁴, ou de estar aí indicada o seu carácter «singular» ou «monográfico» («Ἐκ μονόβιβλον»; no *Index* a variante «βιβλίον ἔν»), passando pelo facto de ser o fragmento único do título D. 43.10, até ao facto de constar do *Index Florentinus*⁸⁵.

Voltando a D. 14.2.9, é mister notar que a anomalia é tanto mais crassa quanto no título de D. 14.2 consta a preposição *de* (em *De lege Rhodia de iactu*) que não *ex* como na *inscriptio* (*ex lege Rhodia*). Se pensarmos nas *Sententiae* paulianas, vemos que a tradição manuscrita vai no sentido de *Ad legem Rhodiam* (2.7), que não *ex* ou *de*. O exemplo retirado de D. 34.4.16 mostra-nos que o *ex* foi, ainda que muito marginalmente, também usado pelos compiladores, talvez por automatismo, por influência do grego, para citar obras em *inscriptiones*. Isto mesmo é comprovado pela *inscriptio* de D. 43.10. Daí poderia, neste caso, concluir-se que o *ex* em D. 14.2.9 não pertencia ao título da obra, assim como cremos não possa retirar-se do *de* no título de D. 14.2, do ablativo simples de D. 14.2.1⁸⁶ nem no *ad* de PS 2.7 indicação contrária, até porque não respeitam à citação do título de uma qualquer obra. O problema estaria assim resolvido: a obra original de Meciano ter-se-ia chamado *lex Rhodia*, não *ex lege Rhodia*. Sucede, porém, que, tanto quanto saibamos, as obras de juristas romanos sobre leis em específico não soíam ser desacompanhadas de preposição, designadamente de *ad* ou *de*.

Outro aspecto importante de referir o uso do *ex* não denota que os compiladores hajam excerpido D. 14.2.9 a partir duma síntese (mecianeia ou não) sobre um livro original de Meciano sobre a *lex Rhodia*. Se o uso de *ex* significasse isto, também no caso de citações de epítomes teria de ocorrer similar fenómeno, mas a verdade é que, no caso destes, por um lado, nem sempre encontramos o uso de *ex* e, por outro, é, com frequência, indicado o epitomador⁸⁷.

O problema continua, por isso, em aberto. Nenhuma solução é obviamente perfeita, perfilando-se argumentos num e noutro sentido. Por ora, fica aqui consignado o desvio, a par da omissão do número do *liber* ou de *singularis*, da forma de citar a obra na *inscriptio* por *ex* que não por ablativo simples e o de que as obras sobre leis são normalmente intituladas *ad* ou *de*. Retirar mais ilações deste aspecto formal não é possível, senão conjugando considerações de conteúdo.

⁸³ Vistas as coisas da perspectiva do título da obra, o *ex* tratar-se-ia de um acrescento compilatório, mas cremos que a hipótese nem sequer se coloca porque vem anteposto a *libro*. Ora, faz pouco sentido pensar em que o título da obra fosse *Ex libro singulari de iure codicillorum*.

⁸⁴ Trata-se D. 43.10, aliás, do único fragmento do Digesto cuja *inscriptio* é em língua grego. Sobre o tema vd., e. g., por último, Cossa 2018, pp. 135-137 nt. 126 e 305 nt. 37.

⁸⁵ Posto que sob diferente redacção.

⁸⁶ Embora aqui noutro contexto porque agente da passiva.

⁸⁷ Por ex., nos *Pithana* epitomados de Labeão é sempre indicado o epitomador, Paulo, e não é usada preposição ἐκ. Cf. também Cossa 2018, p. 137 nt. 126.

5. A língua do *ex lege Rhodia*. Uma hipótese sobre a obra de origem

I. Apesar de citada a obra em latim na *inscriptio* do fragmento 9 de D. 14.2, a transcrição da petição de Eudémone e da decisão de Antonino e, para quem as autonomize, a frase inicial («Ἀξίωσις Εὐδαίμονος Νικομηδέως πρὸς Ἀντωνίνων βασιλέα»), a interlocutória («Ἀντωνίνος εἶπεν Εὐδαίμονι») e a final, separada daquela («τοῦτο δε αὐτὸ καὶ ο θειώτατος Αὐγουστος εκρινεν»), encontram-se escritas em grego. Questionou-se, em consequência, se o teria escrito Meciano, cujas outras obras citadas no Digesto (*de fideicommissis* e *de iudiciis*) foram escritas em latim⁸⁸, ou se teria o texto sido forjado pelos compiladores⁸⁹, tanto mais que é o único em grego em D. 14.2⁹⁰. Aventou-se também a possibilidade de a obra *ex lege Rhodia* ter sido originariamente escrita em grego, bem como a hipótese de o ter sido em latim e posteriormente traduzida para grego, tendo sido este o manuscrito utilizado pelos compiladores, dessa forma se explicando também o uso de certas expressões pouco frequentes à data para designar um imperador, como «Βασιλέα» e «Βασιλεῦ»⁹¹. Outra hipótese seria a extracção do fragmento a partir de uma cópia da deliberação tomada no *consilium principis*, em que Meciano tivesse sido um dos intervenientes⁹².

A este respeito, é oportuno distinguir entre a putativa língua em que tenha sido todo o *ex lege Rhodia* de Meciano, inclusive esta passagem, escrito e a língua em que o foi o rescrito imperial.

Quanto ao primeiro problema, é ainda aconselhável uma distinção. Uma coisa é discorrer sobre a língua em que foi toda a obra em apreço escrita, outra sobre a da transcrição do rescrito (que não tem forçosamente de ser a língua original do rescrito).

Consintam-se-nos algumas considerações gerais, em relação aos três problemas. O uso do grego numa obra de Meciano nada tem de anormal, de maneira que é de afastar o argumento, isoladamente tomado, segundo o qual o facto de estar em grego e de ser o único nesta língua no título segundo do livro décimo quarto do Digesto provaria ter sido fabricação compilatória. Do Digesto constam muitos fragmentos em grego⁹³, sem que possa afirmar-se terem sido, por isso só, falsificados pelos compiladores, da mesma forma que não é o único fragmento em grego que surge isolado num título⁹⁴. Além do mais, parece razoável admitir que, para alguém

⁸⁸ SCHULZ 1961, p. 327, considera pouco credível ter Meciano escrito o fragmento em grego.

⁸⁹ OSUCHOWSKI 1950, p. 294.

⁹⁰ OSUCHOWSKI 1950, p. 294.

⁹¹ Hipótese de SCHERILLO 1950, pp. 214-215; assim também MANFREDINI 1983, p. 394 nt. 112, avançando a hipótese de que haja escrito o *ex lege Rhodia* em latim, como comentário à *lex Rhodia*, aplicável genericamente como regulamento marítimo e portuário em Óstia, na qualidade de patrono do colégio de *lenuncularii auxiliares* de Óstia, como está atestado ter sido em 152 d.C., e tendo tido a oportunidade de integrar aí o rescrito de Antonino em virtude da sua actividade também no *consilium principis*.

⁹² Hipótese sugerida por RUGGIERO 1983, pp. 41-42, mas que deixa em aberto.

⁹³ O elenco é considerável, remontando a mais de uma centena de passos, que ocioso seria nesta ocasião elencar. Vd. também COSSA 2018, pp. 285-312, *max.* 307 nt. 40 (sobre bilinguismo); em geral, ADAMS 2003, *passim*, *max.* 3-8, 545-576 ou 383-396.

⁹⁴ Cf., por ex., entre outros, D. 1.4.4.4 (Mod. 2 *excus.*), [Pap. = τοῦ Παπινιανοῦ] Ἐκ τοῦ ἀστυνομικοῦ μονοβιβλου τοῦ Παπινιανοῦ D. 43.10.1pr.-5 (fragmento com cujos parágrafos forma um título integralmente em grego, excepções feitas à designação do título) ou Paul. 20 *resp.* D. 49.1.25.

com a formação e carreira de Meciano, não fosse extraordinário ler, compreender, escrever ou transcrever em e do grego⁹⁵. Para quem, que não nós, aceite a datação do *ex lege Rhodia* durante ou após a prefeitura do Egípto, do exercício deste cargo resultaria ainda um importante argumento favorável ao conhecimento da língua grega, através da qual se exprimiria nesta região. De resto, conhecem-se-lhe também extractos de decisões em processos judiciais egípcios cuja tramitação foi em grego⁹⁶. Mas, mesmo para quem não aceite a datação do *ex lege Rhodia* durante ou em virtude da prefeitura egípcia, o mero facto de ser elegível para um tal cargo significava que sabia, senão mesmo dominava, o grego. O seu conhecimento da língua é ainda comprovado pelo uso de numerosos vocábulos gregos no seu pequeno tratado sobre medidas, a *distributio*⁹⁷. Mas, mesmo que Meciano não soubesse ler e escrever em grego – hipótese muito improvável –, esta circunstância também não prejudicaria, *per se*, a sua autoria, na medida em que postulássemos a possibilidade, que também nos parece, todavia, remota, de o *ex lege Rhodia* ter sido traduzido do latim para o grego e assim chegado às mãos dos compiladores⁹⁸. Diríamos até, no plano das hipóteses, que, mesmo que não soubesse suficientemente bem grego, não estaria arredada a possibilidade de citar em grego. Em suma, nem está em causa o conhecimento do grego por Meciano, nem consequentemente que, apenas por isso, possa o fragmento não ser da sua autoria.

Passemos, então, agora a um outro problema cuja resolução nos parece mais imediata: o da língua do rescrito. Antonino Pio exprimia-se oficialmente em latim, língua oficial e sua língua materna. Desta perspectiva, é estranho o uso do grego. Porém, sabemos não ser insólito que os imperadores se esprimissem também em grego, sobretudo quando os destinatários eram grecoquentes ou o processo tramitara numa tal zona e sob uma tal língua, como aparenta ter sido o caso⁹⁹. Havia para o efeito, pelo menos desde Adriano, funcionários, dentre os quais o *magister litterarum graecarum*, cujas funções eram precisamente tratar de correspondência em grego¹⁰⁰. O próprio Antonino Pio, que, de resto, exercera funções na Ásia Menor, conhecia bem a língua em causa¹⁰¹. Que assim é fornecem ainda ulterior prova os rescritos de Antonino

⁹⁵ Assim, RUGGIERO 1983, p. 41, e LIEBS 1997, p. 133.

⁹⁶ Pap. Cairo 85, Pap. Gen. 35, *BGU* 2, 613 = Chrest. Mitt. 89 = BL 1, 56, Pap. Oxyrh. 3, 653 = Chrest. Mitt. 90. É obviamente pouco provável que tenha ele escrito o que consta dos papiros, mas alguns descrevem o que ouviu das partes e o que consequentemente proferiu, aparentemente sem mediação de tradutor, além de que presidiu ele aos processos cuja tramitação era em grego.

⁹⁷ RUGGIERO 1983, p. 41.

⁹⁸ Vd. SCHERILLO 1950, pp. 214-215.

⁹⁹ Vd. também MAROTTA 1988, p. 30.

¹⁰⁰ Assim, a *Notitia dignitatum omnium tam ciuilium quam militarium in partibus Orientis* 1 (onde é recordado um *magister scriuinarum graecarum*) e 19 (onde são descritas as suas funções), Philostratus, Βίοι Σοφιστῶν = lat. *Vita sophistarum* 607 (sobre Antípater), Eunapius, Βίοι Φιλοσόφων καὶ Σοφιστῶν = *Vitae philosophorum et sophistarum* 497 (sobre Ninfidiano). Sobre a existência de funcionários para correspondência epistolar em grego já desde Adriano, vd., entre outros, MILLAR 2004, p. 214.

¹⁰¹ Não é de afastar que o rescrito haja sido, depois de aprovada a solução daí constante, escrito por um relator do *consilium principis*. Em tal caso, o próprio conhecimento da língua grega por parte de Antonino Pio, no plano das hipóteses, seria mesmo irrelevante.

Pio¹⁰², precisamente em língua grega, que outros juristas romanos transcreveram, nomeadamente D. 48.6.5.1 (Marcian. 14 *inst.*) ou D. 27.1.6.2 (Mod. 2 *excus.*). Por isso, nenhum espan-to causa, repetimos, a transcrição do rescrito imperial por Meciano¹⁰³¹⁰⁴.

O próximo problema respeita à língua em que Meciano transcreveu o rescrito. Quanto a esta, não vemos razão para que Meciano houvesse alterado a redacção originária do rescrito de Antonino Pio, a quem tinha especial reverência e respeito. Aliás, o transcrevê-lo em grego bem o ilustra, pois Meciano nas restantes obras que lhe conhecemos escreve em latim. Não é anómala a existência, à data de Antonino Pio, de actos imperiais redigidos em língua grega. Também Meciano, atenta a difusão do conhecimento do grego nos circuitos comerciais mediterrânicos, sobretudo orientais, e na educação das elites romanas, inclusive de juristas, não havia de ter sentido especial necessidade de traduzi-lo.

O problema seguinte é mais delicado, visto não termos outros dados em que nos baseemos: a língua em que foi escrita toda a obra *ex lege Rhodia*. A este respeito, a corrente largamente maioritária entende que Meciano a escreveu em grego¹⁰⁵. Decomponhamos analiticamente os argumentos em favor da tese latina e grega para, afinal, tomarmos, na medida do possível, posição. Assim, depõe, em abstracto, no sentido de que o original era latino: (a) o título do livro escrito nesta língua (*ex lege Rhodia*), apesar da estranheza do uso infrequente da preposição *ex* para o efeito; (b) a existência de lapsos no texto («Ἰταλία» e «δημοσίων») – colocando-se a hipótese de a versão de que dispunham os compiladores fosse já em segunda ou terceira mão –, as quais poderiam explicar-se por uma eventual tradução posterior para o grego; (c) a possibilidade de a decisão do imperador Antonino Pio ter sido «dada» em latim; (d) Meciano, embora conhecedor da língua grega¹⁰⁶, ter presumível origem italiana e ter desenvolvido as suas mais relevantes funções presumivelmente em solo itálico, designadamente no período de 138 a 160 d.C. e depois entre 161 d.C. e a sua morte. Pelo contrário, depõem em favor de o original ter

¹⁰² E não só: também D. 49.1.25 (Paul. 20 *resp.*), por referência a Alexandre Severo. Vd. DELL'ORO 1968, p. 151.

¹⁰³ A este respeito, VOLTERRA 1971, p. 953, dando conta de que são 171 os passos dos juristas «clássicos» que reproduzem trechos de texto originário de constituições ou *orationes* imperiais (a pp. 953-954 uma lista), dando ainda nota do número apurado por Gualandi de c. 1350 constituições mencionadas – ainda que não necessariamente transcritas – por juristas romanos, das quais 350 conservam o nome dos destinatários ou contêm referências onde possam ser extraídos. Volterra conclui ainda, com base em Coll. 1.11.1 e D. 48.8.4.1 (Ulp. 7 *de off. procons.*) (invocando também D. 14.2.9 e D. 36.1.11.2), que, sem dúvida, os juristas do séc. III podiam consultar na sua inteireza rescritos de imperadores precedentes cerca de um século, o que faz presumir que as colecções oficiais e os arquivos conservassem não só as respostas dos imperadores, mas também as *consultationes* dos funcionários àqueles dirigidas e, no caso de respostas directas a privados, que as suas questões estariam unidas à do príncipe (vd. também VARVARO 2006, pp. 381-431).

¹⁰⁴ Apesar do aparente contraste com a proibição de Justiniano na const. *Deo auctore* 9, que, para VOLTERRA 1971, pp. 952-953, deve ser restritivamente interpretada, no sentido em que proibia apenas que uma constituição reproduzida no *Codex* o fosse também no *Digesto*.

¹⁰⁵ Esta tese visa, de igual modo, explicar o facto de as frases inicial, interlocutórias e final, que parecem não pertencer à petição de Eudémone nem ao original teor do rescrito (em sentido estrito), estarem em grego. No sentido de que a obra *ex lege Rhodia* recordada na *inscriptio* de D. 14.2.9 tenha sido escrita em grego, e. g., MENAGIUS 1738, p. 33, BYNKERSHOEK 1703, pp. 3 ss. e *passim*, RUDORFF 1857, p. 178, MOMMSEN 1857, p. 284, KRÜGER 1912², p. 201, KÜBLER 1929, p. 274, CANTARELLI 1906, p. 96, ORESTANO 1964, p. 474, KOVÁCS 1998, p. 176, ou LIEBS 2012, p. 77 nt. 82. Deixa em aberto a resposta à questão, depois de colocar várias hipóteses a este respeito, RUGGIERO 1983, pp. 41-42.

¹⁰⁶ Vd. Pap. Cairo 85, Pap. Gen. 35, *BGU* 2, 613 = Chrest. Mitt. 89 = BL 1, 56, Pap. Oxyrh. 3, 653 = Chrest. Mitt. 90.

sido escrito em grego: (a) a forma como é citada a obra (*ex* em vez de *de*), o que apontaria para que a *inscriptio* se tratasse de tradução literal do grego para o latim¹⁰⁷; (b) o uso no fragmento de determinadas expressões à data alegadamente pouco comuns para designar um imperador romano¹⁰⁸; (c) o facto de não apenas a petição de Eudémone e a decisão de Antonino estarem em grego, como também o facto de o estarem as frases inicial, interlocutória e final, que poderia equacionar-se deverem-se ao autor da obra donde consta o rescrito; (d) a admitir-se não poder o texto usado pelos compiladores ter sido excerptado directamente duma colecção de extractos de decisões do *consilium principis*, a possibilidade de o autor do *ex lege Rhodia* o ter escrito integralmente em grego, traduzindo, logo, a decisão de Antonino para esta língua.

Nada havia de extraordinário para um jurista como Meciano em ler e escrever em grego. O mesmo se diga quanto à língua de redacção de um rescrito imperial, em particular de Antonino Pio. Por isso, o mais plausível é que Meciano haja transcrito o rescrito de Antonino na língua de origem, sem o alterar, de maneira que também as frases inicial, interlocutória e final, que pertencem, portanto, ao teor do acto imperial. Mas uma coisa é escrever ou mandar escrever um acto imperial em grego (caso de Antonino Pio) ou transcrever de e em tal língua (caso de Meciano), outra diferente é escrever uma inteira obra, cujas dimensões ignoramos, sobre o específico tema da *lex Rhodia*. Para um jurista romano, escrever uma inteira obra jurídica em grego, em meados do séc. II d.C., seria pioneiro¹⁰⁹. A hipótese de que a língua base de tal obra, donde constava a transcrição do rescrito em grego, haja sido redigida em latim é mais plausível.

Quanto a este problema, não temos certezas. Aliás, temos certezas em relação a muito pouca coisa no que concerne ao *ex lege Rhodia* de Meciano. A questão permanece, como quase todas, em aberto. Podemos, todavia, a respeito do tema adiantar uma hipótese acerca da obra *ex lege Rhodia* que, embora saibamos polémica, resolveria, a nosso ver, mais eficazmente do que as teses dominantes uma parte das perplexidades que suscita.

Meciano, de acordo com os fragmentos excerptados no Digesto e segundo o *Index*, escreveu duas obras: as *quaestiones fideicommissorum* e os *iudicia publica*. A primeira pouco tem a ver com o problema tratado em D. 14.2.9, seja relativo à *direptio ex naufragio*, seja a matéria tributária. Apenas um passo poderia ser aduzido nesse sentido, D. 32.15 (Maec. 2 *fideicommiss.*): «Hae res testatoris legatae quae in profundo esse dicuntur, quandoque appaeruerint, praestantur», entendendo-se por *in profundo* como no fundo do mar¹¹⁰. A passagem relaciona-se com o legado de coisas futuras, de que Meciano também tratou no mesmo livro,

¹⁰⁷ Vd., por ex., Έκ τοῦ ἀστυνομικοῦ μονοβιβλίου τοῦ Παπινιανοῦ em D. 43.10 e Paul. *ex l. s. de iure codicill.* em D. 34.4.16.

¹⁰⁸ Se se admitir, como já vimos dever excluir-se, causar o uso de tais expressões estranheza, no que se refere ao período em questão (meados do séc. II d.C.).

¹⁰⁹ Cf. a observação de MOMMSEN 1857, p. 284, de que, a ser assim, tratar-se-ia da mais antiga obra escrita integralmente em grego por um jurista romano.

¹¹⁰ Ao contrário do grego que usa o substantivo βάθος, o latim preferiu o adjectivo correspondente, *profundus*, aparecendo o uso do substantivo *profunditas* mais tardiamente com Macróbio, no séc. IV d.C. O substantivo adjectivo usado por Meciano em D. 32.15 já aparecia também em Cic., *de fin.*, 4.24.

em D. 32.17 pr. (Maec. 2 *fideicom.*): «Etiam ea quae futura sunt legari possunt, ut insula uel in mare uel in fluminibus enata»¹¹¹. As coisas *in profundo* podem ser as alijadas para salvação comum ou perdidas num naufrágio. Todavia, apesar dos pontos de contacto com a matéria de D. 14.2.9, aqui não se trata da apropriação de coisas naufragadas por δημόσιοι, nem se invoca no discurso qualquer lei criminal. Diferentemente se passa com os *libri de iudiciis publicis*¹¹², provavelmente escritos antes de 161 d.C.¹¹³, de que temos conhecimento através de D. 48.6.8 (Maec. 5 *publ.*) [Pal. 54], D. 48.1.11 (Maec. 10 *de iudic. publ.*) [Pal. 55] e D. 29.5.14 (Maec. 11 *de publ. iudic.*) [Pal. 56]¹¹⁴, bem como através da citação de D. 48.9.6

¹¹¹ Vd. já GOTHOFREDUS 1654, p. 9. Sobre a regularidade do ablativo *mare*, a par de *mari*, vd., com exs. e por referência a Meciano, KALB 1890, 73.

¹¹² Citados de duas formas diferentes pelos compiladores: *de publ. iudic.* (D. 29.5.14 e D. 48.1.11) e *publ.* (D. 48.6.8). A exiguidade dos testemunhos não consente reconstruir, com segurança, a respectiva organização interna. Todavia, é possível supor que Meciano analisasse as *leges iudiciorum publicorum*, a respeito de cada um dos tipos de crime, em cada um dos nove primeiros livros, segundo a ordem expositiva que também se encontra em Venuleio (*ad legem Iuliam maiestatis*: D. 48.4.6 (Ven. 2 *de iudic. publ.*) [Pal. 38]; *ad legem Iuliam repetundarum*: D. 48.11.4 (Ven. 3 *publ. iudic.*) [Pal. 39], D. 48.11.6 [Pal. 40]; *ad legem Iuliam peculatos*: D. 48.13.10 (Ven. 3 *ex iudic. publ.*) [Pal. 41]) – em relação a cuja obra a *de iud. publ.* de Meciano é mais longa –, conforme pode inferir-se da presença no liv. 5 dum fragmento em que Meciano reproduz uma disposição da *lex Iulia de ui publica* (D. 48.6.8 [Pal. 54]), assim como pode supor-se que nos últimos livros (do 10 ao 14) tratasse de aspectos gerais sobre os *iudicia publica* e estritamente processuais, como se infere de D. 48.1.11 (Maec. 10 *de iudic. publ.*) [Pal. 55] e D. 29.5.14 (Maec. 11 *de publ. iudic.*) [Pal. 56] relativos aos temas da posição processual do servo no *iudicium publicum* e da *quaestio seruorum ex senatus consulto silianiano*, segundo a ordem expositiva que também se encontra em Venuleio que, depois da análise de disposições de carácter geral nos livs. 1 e 2 (D. 22.5.23 [Ven. 1 *de iudic. publ.*] [Pal. 30], D. 22.5.20 [Ven. 2 *de iud. publ.*] [Pal. 31], D. 29.5.13 [Pal. 32], D. 48.13.9 [Ven. 2 *iud. publ.*] [Pal. 33], D. 47.15.5 [Ven. 2 *publ. iud.*] [Pal. 34], D. 48.2.12 [Ven. 2 *de iud. publ.*] [Pal. 35], D. 48.3.5 [Pal. 36], D. 47.10.39 [Ven. 2 *publ. iud.*] [Pal. 37], passa, ainda no liv. 2 (*ad legem Iuliam maiestatis*: D. 48.4.6 [Ven. 2 *de iudic. publ.*] [Pal. 38]), continuado no liv. 3 (*ad legem Iuliam repetundarum*: D. 48.11.4 [Ven. 3 *publ. iudic.*] [Pal. 39], D. 48.11.6 [Pal. 40]; *ad legem Iuliam peculatos*: D. 48.13.10 [Ven. 3 *ex iudic. publ.*] [Pal. 41]), à análise de cada uma das *leges iudiciorum publicorum*, sendo presumível que na restante parte do livro terceiro, que desconhecemos, continuasse a análise doutras *leges iudiciorum publicorum* como sucede no elenco de Macro. Assim FANIZZA 1982, pp. 31 ss. e 81 ss.; cf. também KUNDEL 1963, pp. 771-772 = KUNDEL 1974, pp. 93-94, ou LINTOTT 1968, p. 107 ss.

¹¹³ A datação das obras dos juristas romanos, incluindo esta, é um exercício sempre difícil e amiúde conjectural. Neste caso, tão difícil que FITTING 1908², p. 44, considera indeterminável. Sabemos, todavia, que Meciano cita no liv. 11 *de publ. iudic.* D. 29.5.14 uma decisão do legado Trébio Germano, cônsul sufecto com C. Calpúrnio Flaco (*CIL* 4, 10241 = *ILS* 7912) por volta de 124 d.C., a qual, por conseguinte, pode, com razoável segurança, assumir-se como termo *post quem* da cronologia desta obra. Sabemos também que, entre 160-161 d.C., foi prefeito no Egipto e, mais tarde, durante a segunda metade de 166 d.C., nomeado cônsul *suffectus*. Para escrever uma obra como os *de iudiciis publicis*, com o grau de conhecimentos que aí demonstra, inclusive da prática da administração (por ex., o conhecimento da decisão de Trébio Germano) e da tramitação processual (D. 48.1.11 [Maec. 10 *de iudic. publ.*] [Pal. 55] e D. 29.5.14 [Maec. 11 *de publ. iudic.*] [Pal. 56]), é verosímil que Meciano fosse já um jurista experiente, houvesse já ingressado na administração e ao mesmo tempo tivesse disponibilidade de tempo e acesso a material bibliográfico, o que dificilmente teria acontecido antes de 138 d.C. quando nomeado a *libellis* por Antonino Pio nos últimos meses do principado adriano ou depois de 160 d.C. atentas as funções por si então assumidas. Mais provável é que a tenha escrito entre 150 d.C. e 160 d.C. quando, podendo estar em Roma, cumulo as funções de *a studiis* e *a bibliothecis* e após o que passou a membro do *consilium principis* em cujas reuniões participou, entre outros, com Juliano e Marcelo, ou, quando muito, mas menos provável, entre 161 d.C. e 165 d.C. quando dele ainda temos notícias no *consilium principis* dos *diui fratres*. Isto significa que a elaboração ou, ao menos, a conclusão dos *iudicia publica* e das *quaestiones de fideicommissis* coincidiram *grosso modo*. Consímile em parte, apontando para a conclusão dos *de iudiciis publicis* o período anterior à ida para o Egipto e posterior a 153 d.C., à imagem dos *de fideicommissis*, FANIZZA 1982, pp. 13-15.

¹¹⁴ FANIZZA 1982, *ibid.* Além dos citados fragmentos, é provável que também o parecer de Meciano recordado por Ulp. 8 *de off. proc.* D. 48.9.6 [Pal. Maec. 57; Pal. Ulp. 2204] pertencesse aos *de iudiciis publicis* daquele, possivelmente nos nove primeiros livros, a propósito de cada tipo de crime em particular: cf. LENEL 1889a, p. 588, que o insere nos *de iudiciis publicis libri XIV* de Meciano em *liber incertus*, e FANIZZA 1982, pp. 30 e 87, que, não se pronunciando expressamente sobre a sua exacta localização paligenética, trata do fragmento na sequência de D. 48.1.11 (Maec. 10 *de iudic. publ.*) [Pal. 55] e Maec. D. 29.5.14 [Pal. 56], insertos nos livros que curavam de cada um dos tipos de crimes. Neste fragmento, segundo Meciano,

(Ulp. 8 *de off. procons.*)¹¹⁵. Esta obra de Meciano foi marcada pela prática da administração e pelas *leges*¹¹⁶ em cujo torno é o discurso frequentemente gizado¹¹⁷. Assim, em D. 29.5.14 (Maec. 11 *de publ. iudic.*)¹¹⁸ o discurso gira em volta do senátus-consulta silaniano, em D. 48.6.8 (Maec. 5 *publ.*) cita o jurista a *lex Iulia de ui publica* para a seu respeito, presume-se¹¹⁹, discorrer¹²⁰, e em D. 48.1.11 (Maec. 10 *de iudic. publ.*), posto que não aluda directamente a uma lei em sentido lato, a matéria em questão, respeitante à representação do servo em juízo, está ligada à do senátus-consulta de 20 d.C. segundo o qual em relação ao servo acusado de crimes capitais se procedia com as mesmas modalidades previstas em relação ao liberto (cf. Coll. 8.7.2¹²¹)¹²², relacionando-se com a *lex Iulia iudiciaria augusta* que Papiniano recorda no livro primeiro *de adult.* D. 48.3.2 pr. [Pal. 7]¹²³. Nos *libri de iudiciis publicis*, pois, o discurso é

cuja opinião Ulpiano segue, aos *conscii* era de estender a *poena parricidii*: a opinião, de resultados particularmente gravosos, insere-se na linha da solução adoptada por Meciano acerca da aplicabilidade aos servos impúberes *ministri uel participes caedes* das disposições do senátus-consulta silaniano em D. 29.5.14 (Marc.11 *publ.*) [Pal. 56]. Assim também FANIZZA 1982, pp. 87-88.

¹¹⁵ A hipótese fora já aventada por GOTHOFREDUS 1654, p. 11; LENEL 1889a, p. 588, epigrafa-o «*Ad legem Pompeiam de parricidiis*» e coloca-o sob os *de iudiciis publicis libri*, posto que em *liber incertus*; vd. também FANIZZA 1982, pp. 30-31 nt. 66 e 87-89; MATAIX FERRÁNDIX 2014, *per totum*, não se ocupa desta hipótese; MAROTTA 2004, pp. 186-187³, faz a relação entre o passo e D. 29.5.14 (Maec. 11 *de publicis iudiciis*).

¹¹⁶ Antes dos *libri de iudiciis publicis* de Meciano e de Venuleio Saturnino, as *leges iudiciorum priuatorum* não eram ainda objecto autónomo de comentário, antes surgiam tratadas esparsamente a par doutros temas: assim Lab. 38 *post.* em D. 48.13.11.2-6 (Paul. l. s. *de iud. publ.*), D. 48.3.11 e 48.19.21 (Cels.37 *dig.*), D. 48.5.5 (Iul. 86 *dig.*), Marcell. 31 *dig.* em Paul. *adult.* Coll. 4.2.4, D. 29.5.26 (Scaev. 34 *dig.*). Neste sentido FANIZZA 1982, pp. 7 ss.

¹¹⁷ GUALANDI 1963, pp. 17, 79-80 e 130-131, ou FANIZZA 1982, pp. 10-15, 19, 22-23, 59-60, 81-88 (e *passim*); cf. também, no que à sua actividade como prefeito do Egipto concerne, ZINGALE 2012, p. 350.

¹¹⁸ Os servos impúberes eram excluídos da aplicação do senátus-consulta silaniano, mas Meciano, louvando a decisão do *legatus Augusti* Trébio Germano, crê que com razão foi o mesmo aplicado ao servo impúbere, mas perto da puberdade, que, ao tempo da morte do *dominus*, dormia aos seus pés, pois, embora não estivesse em condições de prestar-lhe socorro, podia chamar alguém em seu auxílio. Destarte, generaliza Meciano esta decisão administrativa – que considera *non sine ratione*: cf. também o uso da expressão em Plin., *ep.*, 4.9.17 com que este define a *sententia* de Cepião Hispo aprovada pelos senadores durante o debate sobre a acusação por *repetundae* a cargo de Júlio Basso; Meciano usa também *ratio* a par de *aequitas* no liv. 9 *fideicom.* D. 35.2.32.4 [Pal. 42] para conotar uma *sententia* de Víndio –, afirmando deverem os servos impúberes, intelectualmente capazes, responder como *ministri uel participes* pelo homicídio do *dominus*. O jurista move-se entre racionalidade e prática administrativa, relevando a tal respeito a sua experiência como funcionário público, conforme realça FANIZZA 1982, pp. 84 ss.; cf. também KASER 1953, pp. 171 ss.

¹¹⁹ São exíguos os testemunhos sobre o *de publ. iudic.* de Meciano (3 fragmentos no Digesto apenas), mas é lícito presumir que, depois de citada a lei em questão, conforme atesta D. 48.6.8, Meciano no livro 5 da referida obra discorresse sobre o tema, interpretando os dizeres legais.

¹²⁰ De acordo com o passo, estabelece a *lex Iulia de ui publica* que ninguém pode prender ou impedir um réu de estar em Roma dentro de certo tempo. Segundo denota o uso do termo *cauetur*, o passo de Meciano reporta-se à originária redacção da *lex Iulia*, que sancionava os comportamentos que dalgum modo obstassem à entrada do réu em Roma que geraria, em situações normais, uma *absentia* do réu de que este não podia aproveitar-se pois não integrada nas hipóteses de suspensão do processo. Cf. também FANIZZA 1982, pp. 81 ss.

¹²¹ A relacionar por sua vez com D. 48.9.6 (Ulp. 8 *de off. proc.*) [Pal. Maec. 57; Pal. Ulp. 2204]. Cf. FANIZZA 1982, p. 30; dubitativamente NOGRADY 2006, pp. 210-211.

¹²² O senátus-consulta Cota e Messala estabelecia que se alguém *coerit ad occisionem innocentium* era sujeito à pena prevista pela *lex Cornelia testamentaria*. Cf. FANIZZA 1982, pp. 30 e 58-59. Sobre os problemas textuais de Coll. 8.7, ARCHI 1941, pp. 8 nt. 10 ou 45 ss. = ARCHI 1981, pp. 1490 nt. 10 ou 1524 ss., PROVERA 1965, pp. 559-560, D'ORS 1971, pp. 536-538, ou TORRENT 1980, pp. 116-118.

¹²³ O fragmento relaciona-se também com D. 48.2.12 pr.-4 (Ven. 2 *de iudic. publ.*) [Pal. 35] na parte em que este tece considerações acerca da legitimação passiva do servo no *iudicium publicum*. Cf. FANIZZA 1982, pp. 58 ss., 81, 84.

frequentemente gizado em torno de leis (por ex. a *lex iulia de vi publica*, a *lex pompeia de parricidiis* ou a *lex iulia iudiciaria*) e senátus-consultos (o silariano). A transcrição do rescrito de Antonino Pio integra-se, por conseguinte, no estilo e tipo de obra em questão¹²⁴. Mais ainda: os *de iudiciis publicis* tratam de problemas criminais, a cujo respeito os juristas romanos – Meciano e Venuleio Saturnino, mas também outros, como Ulpiano – percorriam, interpretando, as leis e os tipos de crimes aí previstos¹²⁵. Dentre esses tipos, avultava o relativo à depredação de naufrágios, a que foi dedicado um título do livro quadragésimo sétimo do Digesto (*De incendio ruina naufragio rate naue expugnata*)¹²⁶ e o título sexto do livro décimo primeiro do *Codex Iustinianus* (*De naufragiis*)¹²⁷. Sucede, porém, que do *de iudiciis publicis* muito pouco sabemos¹²⁸ e do pouco que conhecemos não há aí alusão ao crime relativo à depredação de naufrágio, de modo que surge razoavelmente a dúvida sobre se tenha sido aí sequer tratado. Alguns indícios, porém, podemos colher de Ulp. *de off. procons.*, em particular dos livros sétimo e oitavo onde examinava os *iudicia publica*¹²⁹. No livro oitavo desta obra, tratava, entre outros, do tema *de naufragiis et incendiariis* (Coll. 12.5.1-2¹³⁰ e D. 47.9.12 pr.¹³¹), possivelmente em correlação com a *lex Cornelia de sicariis* tratada no livro sétimo¹³². Sobre a ordenação dos *libri de iudiciis publicis* de Meciano, como de Venuleio Saturnino, continuam a pairar muitas dúvidas¹³³, especialmente porque o Digesto só conserva transcrições directas de três fragmentos dos catorze *libri de iudiciis publicis* de Meciano¹³⁴ e doze fragmentos dos homónimos livros de Venuleio. A reconstrução tem sido ensaiada com base nos elencos de *leges iudiciorum publicorum* e na sequência do seu tratamento e composição por parte de jurisprudentes e de compiladores: assim, a sucessão de leis do livro primeiro *de iudiciis publicis* de Macro, a de Ulpiano nos livros sétimo e oitavo de *officio proconsulis*, a das *sententiae* de Paulo 5.23-30, do livro nono do *Codex Theodosianus*, do título décimo oitavo do livro quarto das *Institutiones Iustiniani*, dos títulos quarto a décimo quarto do quadragésimo oitavo do

¹²⁴ Sem menoscabo de a matéria de D. 14.2.9 estar igualmente disciplinada num edicto pretório (D. 47.9), o que, em tese, poderia afastá-la dos *libri de iudiciis publicis*.

¹²⁵ Vd. FANIZZA 1982, pp. 8 ss. e *passim*. De Meciano como precursor, a par de Marcelo e Venuleio, duma original e nova produção literária de direito público falam CANTARELLA *et al.* 2003, p. 59.

¹²⁶ Note-se, porém, que o livro 47 é dedicado aos delitos privados (*de priuatis delictis*), o 48 é que é aos *iudicia publica*, de acordo com os respectivos títulos. Contudo, como observa FANIZZA 1982, p. 25 nt. 53, o livro 47 trata dos *delicta* e também dos *crimina extraordinaria*.

¹²⁷ Cf. igualmente CTh 13.9 «*De naufragiis*». Nas fontes não estritamente jurídicas, vd. ainda Chrysost., *Oratio Euboica* 7.

¹²⁸ Três fragmentos directamente insertos no Digesto e uma citação em Ulpiano.

¹²⁹ Vd. FANIZZA 1982, p. 24 nt. 50 e *passim*.

¹³⁰ Com o s. título: «*Ulpianus libro octauo de officio proconsulis sub titulo de naufragiis et incendiariis*» (RUDORFF 1865, p. 251 nt. 1, prefere apenas «*De naufragis, por de incendiariis*» ser integração de Pithou, que falta nos mss.; diferentemente, NOGRADY 2006, p. 202 nt. 978).

¹³¹ Para a comparação entre D. 47.9.12pr. e Coll. 12.5.1, NOGRADY 2006, pp. 207-209.

¹³² Sobre o problema da autonomização deste tipo de crime em relação ao da *lex Cornelia de sicariis*, vd., no sentido negativo e, portanto, integrador do problema do naufrágio naquela lei, NOGRADY 2006, pp. 202-203 (com ulteriores indicações), ou mesmo KRAMPE 2000, p. 744; autonomizavam-nos LENEL 1889b, p. 981, RUDORFF 1865, pp. 251-252 e 303.

¹³³ De que dá nota FANIZZA 1982, pp. 21-32.

¹³⁴ Desconsiderando agora, para efeito da contagem, D. 14.2.9, a ser correcta a hipótese que avançamos, bem como a citação de D. 48.9.6 (Ulp. 8 *de off. procons.*).

Digesto e do livro nono do *Codex Iustiniani*¹³⁵. Do confronto feito tem-se concluído pela existência de um arquétipo comum para o esquema adoptado por Macro, Ulpiano e nas Instituições justinianeias, que fora delineado pela jurisprudência antoniniana, entre a qual Meciano¹³⁶. Não pode, por isso, causar espanto que Ulpiano, cerca de meio século depois, tenha tratado de problemas coincidentes aos dos *iudicia publica* de Meciano, inclusive da perseguição da depredação em caso de naufrágio¹³⁷. O mesmo se diga de Marciano, que, no livro décimo quarto das suas *institutiones*, cura do tema ao naufrágio contíguo, o do incêndio (D. 47.9.11)¹³⁸, além de integrar na *lex Iulia de vi priuata* a rapina de naufrágio (D. 48.7.1.1 e 2 e D. 48.8.3.4 [Marcian. 14 *inst.*]). O argumento vale também, com as inerentes limitações, é certo, que tal raciocínio comporta, para concluir pelo tratamento do tema por Meciano, como atesta D. 14.2.9. Em suma, cremos haver argumentos suficientes – ainda que não irrefragáveis – para considerar a hipótese, já avançada por Godofredo¹³⁹ mas paulatinamente caída no esquecimento, de que o fragmento reproduzido em D. 14.2.9 sob a *inscriptio ex lege Rhodia* possa ter sido extraído dos *libri de iudiciis publicis* de Meciano.

Esta hipótese permite resolver, entre outros, o problema da língua do suposto *ex lege Rhodia*. Ela foi o latim, como resulta do título da obra e dos passos que dos *libri de iudiciis publicis* conhecemos¹⁴⁰, como seria natural para um jurista romano como Meciano que também nesta língua escreveu as *quaestiones de fideicommissis*.

Outra perplexidade que ajuda a resolver é a omissão de uma tal obra do *Index Florentinus*. A tratar-se do *de iudiciis publicis*, não estava omissa do mencionado *Index*, que recorda, na entrada n.º 13, respeitante a Μακιανοῦ, os *publicon βιβλία δεκατέσσαρα*, a par dos *fideicommisson βιβλία δεκαεξ*¹⁴¹. Consente também explicar o uso de *ex* na *inscriptio* e a sua presumível ausência no título original da obra. A tese em apreço permite também resolver o problema da

¹³⁵ Vd., a respeito, FANIZZA 1982, pp. 21-32, *max.* 24 ss., com tabela sinóptica a pp. 26-27.

¹³⁶ Assim, expressivamente, FANIZZA 1982, pp. 31-32. Em relação aos *libri de officio proconsulis* vd., dando nota dum quadro, todavia, complexo e fornecendo elementos para uma sua palingenesia, MAROTTA 2004, pp. 185-227. Para Macro e Marciano, BOTTA 2008, pp. 292 ss., 302 ss. e 314 ss.

¹³⁷ Além de J. Godofredo, vd. LAMPORO 1881, p. 331. É curioso notar que no *de officio proconsulis* as citações jurisprudenciais são muito poucas, apenas 4 (vd. MAROTTA 2004, pp. 185-187 nt. 3), mas precisamente uma delas é de Meciano (D. 48.9.6). BAUMAN 1975, pp. 39-40, escreve, a propósito dos *libri iudiciorum publicorum* de Meciano, que, ao tempo em que foram redigidos, alguns dos *iudicia publica*, como a *quaestio maiestatis* e a *de repetundis*, suplantados pelas jurisdições senatorial e imperial, já quase não se aplicavam, e outros tinham passado em parte à esfera de competência jurisdicional do *praefectus urbi*, como nota; isto para si não significa que um tal tipo de liv. houvesse perdido interesse, dado que como nota *id.*, *ibid.*, 40, as regras de direito penal substantivo introduzidas pelas várias *leges* especiais permaneciam inalteradas. Esta afirmação foi contestada por BOTTA 2008, pp. 286-287, que lhe assinala uma contradição (tais *libri de iudiciis publicis*, não só os de Meciano e Venuleio, mantêm uma parte destinada ao comentário de normas de processo geral *ex lege Iulia iudiciorum publicorum*). Mas da observação de R.A. Bauman podemos, não obstante, retirar que o livro de Meciano teria pontos inovadores e aditamentos sobretudo de *crimina extraordinaria*, donde também a pertinência da transcrição de constituições imperiais como a de Antonino Pio em D. 14.2.9.

¹³⁸ O argumento é pertinente, porque Marciano comentava as *leges iudiciorum publicorum* não só nos *libri de iudiciis publicis* como também nas *institutiones*, nas quais parece ter reproduzido idêntica ordem. Assim também FANIZZA 1982, p. 25 nt. 55; em geral sobre a questão, SCHULZ 1953, p. 172 = SCHULZ 1961, p. 208.

¹³⁹ GOTHOFREDUS 1654, pp. 8-11.

¹⁴⁰ D. 29.5.14 (Maec. 11 *de publ. iudic.*) [Pal. 56], D. 48.1.11 (Maec. 10 *de iudic. publ.*) [Pal. 55] e D. 48.6.8 (Maec. 5 *publ.*) [Pal. 54], e D. 48.9.6 (Ulp. 8 *de off. procons.*).

¹⁴¹ Sobre a língua do *Index* e do indiceuta, COSSA 2018, pp. 285-312.

autoria, pois pressupõe e confirma ter sido de Meciano. Consente, de igual modo, perceber melhor por que de um suposto *ex lege Rhodia*, que aparentaria ser central ao título D. 14.2 e de que sempre foi muito suspeito que mais não se tivesse retirado para encorpar o não extenso D. 14.2, os compiladores apenas tivessem extraído um fragmento. A referida tese dá também uma resposta, ainda que não seja a costumeira, ao problema da datação da obra: ela foi escrita no período de 150 a 160 d.C., durante a última década do principado de Antonino Pio, antes da ida para o Egipto, o que coincide com a elaboração do *de iudiciis publicis*. Permite dar uma resposta à omissão da indicação do número de livros ou de *liber singularis*¹⁴². Por fim, permite dar uma resposta mais segura à colocação de D. 14.2.9 no esquema das massas bluhmianas: se a colocação do suposto *ex lege Rhodia* na massa sabiniana na posição nonagésima terceira era, à laia de melhor critério, feita por aproximação a Iul. 2 *ex Minic.* D. 14.2.9¹⁴³, passaria agora a ser possível conjugá-la com a colocação dos demais passos do *de iudiciis publicis*, que estão na massa sabiniana na quinquagésima sexta posição da ordem BK¹⁴⁴, logo a seguir a Marcian. 2 *de iudiciis publicis* na posição cinquenta e cinco.

A tese cria, é certo, outras perplexidades, que, todavia, não são novas. A primeira delas prende-se com as razões para uma tal alteração da *inscriptio*. Para o efeito, teçamos algumas considerações sobre o momento e o provável motivo da inserção de D. 14.2.9 e de D. 14.2.10 no correspondente título. Os fragmentos que vêm depois dos outros blocos de massas aparentam ter sido o resultado de leituras sucessivas¹⁴⁵, o que é provável que tenha acontecido, no título de que nos ocupamos, com D. 14.2.9 e 10, o primeiro da massa sabiniana, o segundo do alegado *appendix*. É até plausível, neste caso, que o acréscimo de D. 14.2.9 e 10 se tenha dado quando o corpo do título fora já composto¹⁴⁶. Isto é confirmado pelo facto de os dois discutidos fragmentos terem uma mais ténue ligação temática com os restantes oito do que estes entre si (D. 14.2.1 a 8): estes tratam essencialmente da contribuição por sacrifício no mar, no âmbito da *locatio conductio* e, para os comissários justinianeus e para as *Sententiae* de Paulo, no contexto das acções de adjectícia qualidade¹⁴⁷; já aqueles dois não dizem directamente respeito à contribuição por sacrifício no mar, nem à *locatio conductio*, nem às acções de adjectícia qualidade, nem directamente à *derelictio*¹⁴⁸. Aliás, assim é que podemos dizer, na senda de J. Godo-

¹⁴² μονόβιβλον ou βιβλίον ἔν. Esta indicação surge, todavia, noutro fragmento consímil: D. 43.10.

¹⁴³ MANTOVANI 1987, p. 93, apõe-lhe a abreviatura *ID*, correspondente a «impossível determinação», e faz notar o seguinte: «*unum fragmentum extat in titulo « de lege Rhodia de iactu » (D. 14, 2): fr. 9 inter p. Sab. (post 19) et Appendicem (ante 268) collocatur*». Mas já antes ROTONDI 1922, p. 315, em relação aos últimos números da massa sabiniana – entre os quais o *ex lege Rhodia* de Meciano – na tabela bluhmiana, considerando a sua colocação «assaz dúbia».

¹⁴⁴ A que MANTOVANI 1987, p. 92, apõe as abreviaturas *ME-NP*, ou seja, massa exacta e número de ordem provável.

¹⁴⁵ Vd. MANTOVANI 1987, p. 110, MANTOVANI 1992, pp. 100 ss., MANTOVANI 2007, pp. 3185-3186, ou HONORÉ 2010, pp. 110 ss.

¹⁴⁶ Vd. D. MANTOVANI 1992, p. 110, ou HONORÉ 2010, p. 128.

¹⁴⁷ Ainda que alguns concirnam ao problema conexo da *derelictio* (por ex. D. 14.2.8 [Iul. 2 *ex Minic.*]), mas sempre num caso e noutro por referência ao *iactus*.

¹⁴⁸ Ainda que D. 14.2.9 apresente conexões importantes com este tema, o problema desenvolve-se essencialmente em torno de uma apropriação de bens em seguida a um naufrágio, à *direptio ex naufragio* ou a matéria tributária, não sendo sequer pacífico que o navio tenha literalmente naufragado.

fredo, que se trata de fragmentos «fugitivos»¹⁴⁹, *i. e.*, fora do título a que pertenceriam segundo os critérios que presidiram à elaboração do Digesto. D. 14.2.9 relaciona-se, segundo as várias orientações expostas a seu respeito, ou com a matéria tratada em D. 47.9 ou com aquela sobre a qual versa D. 39.4, e D. 14.2.10 com a matéria exposta em D. 19.2. Uma confirmação de que estão fora do título a que, em abstracto, pertenceriam pode colher-se do título sétimo do livro segundo das *Sententiae* – fonte inspiradora de D. 14.2 –, pois não encontramos aí nenhum fragmento com o teor de D. 14.2.9 ou 10.

A circunstância de se ter tratado de leituras sucessivas após a composição do «núcleo duro» de D. 14.2 permite-nos adentrar noutro problema. É estranho que os compiladores apenas tenham extraído de um *ex lege Rhodia* apenas um fragmento e precisamente um que não diz respeito à matéria central de D. 14.2. Ora, em virtude da tese godofrediana, o problema é resolvido. A razão para a fabricação da *inscriptio* está, em nosso entender, no facto de os compiladores quererem justificar o título (*De lege Rhodia de iactu*), que muito provavelmente escolheram por influência das *Sententiae* de Paulo do Breviário de Alarico (2.7 *Ad legem Rhodiam*) e por, ao tentarem fazê-lo, não terem encontrado na jurisprudência romana precisas referências a uma *lex Rhodia*, muito menos *de iactu*. Isto significou a procura ou, pelo menos, o aproveitamento de referências noutras obras ainda que não directamente sobre o tema, referências essas que encontraram nos *iudicia publica* de Meciano, que já tinham excerptado¹⁵⁰. Daí extraíram forçadamente um fragmento, D. 14.2.9, que, embora pouco dissesse à matéria da contribuição por sacrifício no mar e fosse retirado de livros, os *iudicia publica*, que a esta pouco respeitavam, entenderam pertinentemente relacionado e legitimador do título de *lege Rhodia de iactu*, pois era aí citada uma decisão em que o imperador Antonino Pio equacionava e determinava a aplicação a um litígio de uma «lei» ródia sobre matéria marítima. Por isso¹⁵¹, apelidaram-lhe a *inscriptio* de

¹⁴⁹ GOTHOFREDUS 1654, p. 12.

¹⁵⁰ De resto, não é nova a ideia de que os livros contidos no *appendix* – admitindo, apenas para efeito de raciocínio, que D. 14.2.9 a esta «massa» pertencesse – sejam apartados com livros já lidos pelos compiladores: assim, HONORÉ 2010, pp. 110 ss. e 118 ss., ou MANTOVANI 2007, pp. 3186-3187.

¹⁵¹ Ou também talvez porque internamente este capítulo dos *iudicia publica* fora por Meciano apelidado de *lex Rhodia*. É uma hipótese, que não é, em abstracto, de postergar, mas que não existe forma de confirmar. Além do mais, contra ela depõe o facto de não conhecermos títulos de semelhante teor em *libri de iudiciis publicis* doutros juristas. Outra hipótese conjectural seria ter sido este fragmento fora genericamente extraído a partir de um certo conteúdo (*ex lege Rhodia*) a partir de uma qualquer obra não especificada de Meciano. Esta hipótese é mais plausível até do que a anterior, devido ao uso de *ex* na *inscriptio*, como em D. 34.4.16, no sentido de que foi o fragmento extraído de Meciano enfatizando-se o conteúdo a partir do qual foi extraído (*lex Rhodia*), mas neste caso estranhamente sem indicação do livro em questão. Para isto poderia ter concorrido ainda o facto de o excertor ter considerado inusitada a citação em D. 14.2, em matéria de contribuição por sacrifício no mar no contexto de acções de adjectícia qualidade, de uma obra relativa a *iudicia publica*. Outras conjecturas, que cremos, contudo, menos viáveis, são naturalmente possíveis. Por ex., a de que o excertor haja tomado nota deste passo dos *iudicia publica*, mas se tenha posteriormente esquecido da citação completa. Tendo em conta que de Meciano só havia 2 obras nas mãos dos compiladores, as *quaestiones de fideicommissis* e o *de iudiciis publicis*, não seria difícil confirmar a citação. Outra hipótese seria a de que a extração da passagem fora inicialmente feita por um compilador que trabalhara com matéria criminal, especificamente dos *iudicia publica*, e passada num momento tardio da redacção do Digesto a outro que trabalhava com a matéria de D. 14.2 e genericamente com a das acções de adjectícia qualidade e que este, perante a citação incompleta, não se deteve a confirmar a citação. Tal como a outra, parece-nos esta hipótese inverosímil. Cremos, na verdade, que D. 14.2 foi objecto de atenção quanto ao conteúdo por parte dos compiladores e que D. 14.2.9 demonstra precisamente isto.

ex lege Rhodia. Não lhe juntaram *de iactu*, porque era manifesto que o seu conteúdo não dizia respeito a *iactus* algum. Mas pensaram assim ter conseguido fundamentar a existência de um título autónomo sobre esta matéria, erigido, em termos formais, em torno de uma putativa *lex Rhodia* e, a nível de conteúdo, na contribuição por sacrifício no mar no contexto das acções de adjectícia qualidade. A tese godofrediana confirmaria também uma outra «impressão» que se tem de D. 14.2, *i. e.*, que os compiladores trabalharam o seu conteúdo. D. 14.2 comunga neste particular com as *Sententiae* (2.7) a disposição das matérias e o próprio título. Os compiladores inspirados nesta última obra autonomizaram o título D. 14.2. Ulteriores confirmações desta influência encontramos no fragmento que encima D. 14.2, justamente D. 14.2.1 (Paul. 2 *sent.*), bem como no papel central atribuído a D. 14.2.2 (Paul. 34 *ad ed.*), e ainda na predominância em D. 14.2 de escritos paulianos ou por si epitomados. Fizeram-no tendo por núcleo a matéria da contribuição por sacrifício no mar, tal como nas *Sententiae* (2.7). Contudo, o material especificamente dedicado ao tema era menor do que, à partida, julgaram. A matéria não era tratada no edicto do pretor urbano. Estava espalhada. Os juristas tinham-na versado a respeito da *locatio conductio* – e talvez, em momento posterior, a propósito das acções ditas de adjectícia qualidade –, e ainda, em matéria de *derelictio*, *direptio ex naufragio* e impostos. Isto obrigou a um esforço na recolha de material para a composição de D. 14.2 e na própria justificação do título¹⁵². Um processo similar, ainda que com nuances próprias, terá ocorrido em Bas. 53.1.1¹⁵³.

Bibliografia

- ADAMS 2003 = J.N. ADAMS, *Bilingualism and the Latin Language*, Cambridge 2003.
 AMARELLI 1983 = F. AMARELLI, *Consilia principum*, Napoli 1983.
 ALFÖLDY 1977 = G. ALFÖLDY, *Konsulat und Senatorenstand unter den Antoninen. Prosopographische Untersuchungen zur senatorischen Führungsschicht*, Bonn 1977.

¹⁵² Um fenómeno em parte similar aconteceu com D. 43.10 *De uia publica et si quid in ea factum esse dicatur*, como nota MANTOVANI 1992, p. 110. Trata-se de um título que só tem um fragmento com seis parágrafos, todos retirados de um só livro, o αστυνομικός μονόβιβλον (segundo a *inscriptio*) ou βιβλίον ἐν (segundo o *Index florentinus*) de Papiniano, que em mais lado nenhum foi usado. Dizemos em parte similar, porque prova a atenção «conteudística» dos compiladores na redacção do Digesto. Não cremos seja de seguir a opinião mais ou menos implícita de MANTOVANI 1992, p. 110 nt. 97, que, ao comparar D. 14.2.9 a D. 43.10, escreve que a omissão de D. 43.10 faz pensar que tenha sido inserto em acréscimo, sucessivamente ao trabalho de conjunto, precisamente para hospedar o fragmento constante do livro de Papiniano. Embora, em abstracto, fosse uma possível resposta ao problema da omissão do *ex lege Rhodia* do *Index Florentinus*, no caso de D. 14.2.9 existem diferenças que impõem uma solução diversa. Em primeiro lugar, desde logo, a não despreciada diferença resultante do facto de o αστυνομικός μονόβιβλον ou βιβλίον ἐν de Papiniano constar do *Index*, ao contrário do *ex lege Rhodia* de Meciano. Depois o facto de daquele ser lembrada a existência de um específico livro, ao contrário do *ex lege Rhodia*. Depois o facto de o *ex lege Rhodia* em D. 14.2.9 conviver com outros fragmentos em D. 14.2, ao contrário do que sucede em D. 43.10; exactamente por isso, é possível concluir que D. 14.2.9 teria, em abstracto, uma ligação maior ainda com o tema nuclear do título D. 14.2, embora os compiladores dele só tenham extraído um fragmento cujo conteúdo estranhamente pouco tem a ver com ela. Este tipo de elucubrações não pode fazer-se da mesma maneira em relação a D. 43.10. Em suma, a razão aventada por Mantovani explica o lugar que ocupa D. 14.2.9 em fim de título, mas não por que dele só tenha sido retirado um fragmento substancialmente pouco ligado ao tema central de D. 14.2.

¹⁵³ Vd. SCHMICK 1999, pp. 171-178.

- ANAGNOSTOU-CANAS 1991 = B. ANAGNOSTOU-CANAS, *Juge et sentence dans l'Égypte romaine*, Paris 1991.
- ARCHI 1941 = 1981 = G.G. ARCHI, *Problemi in tema di falso*, Pavia, 1941 = *Scritti di diritto romano*, vol. III, *Studi di diritto penale. Studi di diritto postclassico e giustiniano*, Milano 1981, pp. 1487-1587.
- ATKINSON 1974 = K.M.T. ATKINSON, *Rome and the Rhodian Sea-Law*, em *Iura* 25 (1974), pp. 46-98.
- BABUSIAUX 2015 = U. BABUSIAUX, *Zitate klassischer Juristen in den Reskripten der Soldatenkaiser*, em U. BABUSIAUX, A. KOLB (org.), *Das Recht der „Soldatenkaiser“. Rechtliche Stabilität in Zeiten politischen Umbruchs?*, Berlin-Munich-Boston 2015, pp. 238-269.
- BASTIANINI 1975 = G. BASTIANINI, *Lista dei prefetti d'Egitto dal 30^a al 299^o*, em *ZPE* 17 (1975), pp. 263-328.
- BAUMAN 1974-1975 = R.A. BAUMAN, *I libri «de iudiciis publicis»*, em *Index* 5 (1974-1975), pp. 39-48.
- BERGER 1914 = A. BERGER, s.v. *Iactus*, em *PWRE*¹, IX.I, Stuttgart 1914, pp. 545-555.
- BIRLEY 2001 = A.R. BIRLEY, *Marcus Aurelius. A Biography*, II ediz., New York 2001.
- BISAZZA 2002 = G.C. BISAZZA, *D. 36.1.67(65).3 di Maecianus: un testo ingiustamente sospettato*, em *SDHI* 53 (2002), pp. 199-215.
- BLOCH 1953 = H. BLOCH, *Ostia, iscrizioni rinvenute tra il 1930 e il 1939*, em *Notizie degli scavi di antichità* 7 (1953), pp. 239-306.
- BOTTA 2008 = F. BOTTA, *Opere giurisprudenziali «de publicis iudiciis» e cognitio extra ordinem criminale*, em *Studi in onore di Remo Martini*, vol. I, Milano 2008.
- BRAGA DA CRUZ 1979 = G. BRAGA DA CRUZ, O «*Jurisconsultus*» romano, in *Obras esparsas*, vol. I, *Estudos de História do Direito. Direito Antigo*, Coimbra 1979, pp. 135-258.
- BRUNT 1975 = P.A. BRUNT, *The Administrators of Roman Egypt*, em *JRS* 65 (1975), pp. 124-147.
- BRYANT 1895 = E.E. BRYANT, *The Reign of Antoninus Pius*, Cambridge 1895.
- BUDAEUS 1561 = G. BUDAEUS, *Annotationes priores et posteriores. Nunc postremum ad exemplar ipsius auctoris non paucis in locis emendatioris & locupletiores factae: atque etiam à doctissimis viris ab initio usque ad finem summa cura recognitae: necnon ex Pand. Florent. ubique castigatae*, Lyon 1561.
- BUND 1976 = E. BUND, *Savivus Iulianus, Leben und Werk*, em *ANRW* II/15 (1976), pp. 408-454.
- BYNKERSHOEK 1703 = C. BYNKERSHOEK, *Ad l. Ἀζίωσις IX. De lege Rhodia de jactu liber singularis et de dominio maris dissertatio*, Den Haag 1703.
- CANTARELLA-CAPPELLINI-MAROTTA-SANTALUCIA-SCHIAVONE-SPAGNUOLO-VIGORITA-VICENTINI 2003 = E. CANTARELLA, P. CAPPELLINI, V. MAROTTA, B. SANTALUCIA, A. SCHIAVONE, T. SPAGNUOLO-VIGORITA, U. VICENTINI, *Diritto privato romano. Un profilo storico*, Torino 2003.
- CANTARELLI 1906 = L. CANTARELLI, *La serie dei prefetti di Egitto*, vol. I, *Da Ottaviano Augusto a Diocleziano (A. 30 av. Cr.-A. D. 288)*, em *MRAL* 12 (1906), pp. 48-120.
- CASAVOLA 1980 = F. CASAVOLA, *Giuristi adrianei. Con note di prosopografia e bibliografia su giuristi del II secolo d.C.*, Napoli 1980.

- CASCIONE 2003 = C. CASCIONE, *Consensus. Problemi di origine, tutela processuale, prospettive sistematiche*, Napoli 2003.
- CICOGNA 1971 = G. CICOGNA, *Consilium principis. Consistorium. Ricerche di diritto romano pubblico e di diritto privato*, Roma 1971 (reimpr. anast. ed. Torino 1902).
- CORBIER 1974 = M. CORBIER, *L'aerarium Saturni et l'aerarium militare. Administratio et prosopographie sénatoriale*, Rome 1974.
- COSSA 2018 = G. COSSA, *Per uno studio dei libri singulares. Il caso di Paolo*, Milano 2018.
- CROOK 1955 = J.A. CROOK, *Consilium principis, Imperial Councils and Counsellors from Augustus to Diocletian*, Cambridge 1955.
- DE MARTINO 1937 = 1995 = 1982 = F. DE MARTINO, *Note di diritto romano marittimo. Lex Rhodia I*, RDN 3/15-16 (1937) 1, pp. 335-349 = *Lex Rhodia. Note di diritto romano marittimo I*, em *Diritto, economia e società nel mondo romano*, vol. I, *Diritto privato*, Napoli 1995, pp. 285-299 = «*Lex Rhodia*» I, *Scritti di diritto romano*, vol. II, *Diritto e società nell'antica Roma*, 1982, pp. 72-84.
- DE MARTINO 1938 = 1995 = 1982 = F. DE MARTINO, *Note di diritto romano marittimo. Lex Rhodia III*, RDN 4/16-17 (1938) 1, pp. 180-214 = [*Lex Rhodia. Note di diritto romano marittimo*] III, em *Diritto economia e società nel mondo romano*, vol. I, *Diritto privato*, Napoli 1995, pp. 336-370 = «*Lex Rhodia*» III, *Scritti di diritto romano*, vol. II, *Diritto e società nell'antica Roma*, 1982, pp. 118-147.
- DE ROBERTIS 1952 = 1987 = F.M. DE ROBERTIS, *Lex Rhodia. Critica e anticritica su D. 14.2.9*, em *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz*, vol. II, Napoli 1952, pp. 155-173 = *Scritti vari di diritto romano (articoli da riviste e miscellanee)*, vol. I, *Diritto privato*, Bari 1987, pp. 307-327.
- DELL'ORO 1968 = A. DELL'ORO, *Il titolo della suprema carica nella letteratura giuridica romana*, Milano 1968.
- DELL'ORO 1960 = A. DELL'ORO, *I libri de officio nella giurisprudenza romana*, Milano 1960.
- DELL'ORO 1972 = A. DELL'ORO, *Le costituzioni in greco nei frammenti dei «Digesta»*, em *Studi in onore di Gaetano Scherillo*, vol. II, Milano 1972, pp. 749-759.
- DI MARIA 2010 = S. DI MARIA, *La cancelleria imperiale e i giuristi classici: "reverentia antiquitatis" e nuove prospettive nella legislazione giustiniana del Codice*, Bologna 2010.
- DI LAMPORO 1881 = E.N. DI LAMPORO, *De lege Rhodia de jactu (Dig. 14. 2)*, em *AG 27* (1881), pp. 339-362.
- DI SALVO 1992 = L. DI SALVO, *Economia privata e pubblici servizi nell'impero romano. I corpora naviculariorum*, Messina 1992.
- D'ORS 1942-1943 = Á. D'ORS, *Divus-imperator. Problemas de cronología y transmisión de las obras de los jurisconsultos romanos*, em *AHDE 14* (1942-1943), pp. 33-80.
- D'ORS 1971 = Á. D'ORS, *Contribuciones a la historia del 'crimen falsi'*, em *Studi in onore di Edoardo Volterra*, vol. II, Milano 1971, pp. 527-558.
- FITTING 1965 = H. FITTING, *Alter und Folge der Schriften römischer Juristen von Hadrian bis Alexander*, II ediz., Osnabrück 1965 (reimpr. ed. Tübingen 1908).

- GALEOTTI 2020 = S. GALEOTTI, *Mare monstrum. Mare nostrum. Note in tema di pericula maris e trasporto marittimo nella riflessione della giurisprudenza romana (I secolo a.C.-III secolo d.C.)*, Napoli 2020.
- FANIZZA 1982 = L. FANIZZA, *Giuristi crimini leggi nell'età degli Antonini*, Napoli 1982.
- FAZIO 1939 = M.S. FAZIO, *La successione codicillare*, Milano 1939.
- FREZZA 1977 = 2000 = P. FREZZA, 'Responsa' e 'Quaestiones'. *Studio e politica del diritto dagli Antonini ai Severi*, em *SDHI* 43 (1977), pp. 203-264 = *Responsa e quaestiones. Studio e politica del diritto dagli Antonini ai Severi*, em *Scritti*, vol. III, Roma 2000, pp. 351-412.
- GIRARD 1910 = 1912 = P.F. GIRARD, rec. H. FITTING, *Alter und Folge der Schriften römischer Juristen von Hadrian bis Alexander*, in *GGA* 172.2 (1910), pp. 245-268 = *La chronologie des ouvrages des jurisconsultes romains*, em *Mélanges de droit romain*, vol. I, *Histoire des sources*, Paris 1912, pp. 311-340.
- GOFAS 1995 = D. C. GOFAS, *The Lex Rhodia de Iactu*, em *1994 Rhodes Papers. Entry into force of the Law of the Sea Convention*, Gravenhage-Boston-London 1995, pp. 29-46.
- GOTHOFREDUS 1654 = J. GOTHOFREDUS, *De imperio maris et de iure naufragii colligendi legeque Rodia*, em *Opuscula varia*, vol. II, Génèbre 1654.
- GRENFELL-HUNT 1903 = B.P. GRENFELL, ARTHUR S. HUNT, *The Oxyrhynchus Papyri*, vol. III, London 1903.
- GUALANDI 1963 = G. GUALANDI, *Legislazione imperiale e giurisprudenza*, vol. II, Milano 1963.
- GUARINO 1994 = A. GUARINO, «Pauli de iure codicillorum liber singularis», em *Pagine di diritto romano*, vol. V, Napoli 1994.
- HALOANDER 2005 = G. HALOANDER, *Digestorum seu Pandectarum libri quinquaginta (Littera Norica)*, Frankfurt am Main 2005 (reimpr. ediz. Nurnberg 1529).
- HAUBNER 2021 = D. HAUBNER, *Der Seewurf. Studien zur lex Rhodia de iactu*, München 2021.
- HIRSCHFELD 1905 = O. HIRSCHFELD, *Die kaiserlichen Verwaltungsbeamten bis auf Diocletian*, II ediz., Berlin 1905.
- HOHLWEIN 1934 = N. HOHLWEIN, *Papyrus inédits du Caire (avec 3 planches)*, em *Mélanges Maspero*, vol. II.1, *Orient grec, romain et byzantin*, Cairo 1934.
- HONORÉ 1962 = A.M. HONORÉ, *Gaius*, Oxford 1962.
- HONORÉ 1964 = A.M. HONORÉ, *Julian's Circle*, em *TvRG* 32 (1964), pp. 1-44.
- HONORÉ 1994 = A.M. HONORÉ, *Emperors and Lawyers*, II ediz., Oxford 1994.
- HONORÉ 2006 = A.M. HONORÉ, *Justinian's Digest: The Distribution of Authors and Works to the Three Committees*, em *RLT* 3 (2006), pp. 1-47.
- HONORÉ 2010 = A.M. HONORÉ, *Justinian's Digest: Character and Compilation*, Oxford 2010.
- HULTESCH 1866 = F. HULTSCH, *Metrologorum scriptorum reliquiae*, vol. II, *Quo scriptores romani et indices continentur*, Leipzig 1866.
- HUSCHKE 1988 = PH.E. HUSCHKE, *Iurisprudentiae anteiustinianae reliquias. In usum maxime academicum*, vol. I, VI ediz., Leipzig 1988 (reimpr. ediz. 1908).
- JÖRS 1903 = P. JÖRS, s.v. *Digesta*, em *PWRE*¹, V, Stuttgart 1903, pp. 484-543.

- KALB 1890 = W. KALB, *Roms Juristen, nach ihrer Sprache dargestellt*, Leipzig 1890.
- KAISER 2001 = W. KAISER, *Schreiber und Korrektoren des Codex Florentinus*, em ZSS 118 (2001), pp. 133-219.
- KASER 1953 = M. KASER, *Gaius und die Klassiker*, em ZSS 70 (1953), pp. 127-178.
- KOHLHAAS 1986 = CH. KOHLHAAS, *Die Überlieferung der libri posteriores des Antistius Labeo*, Freiburg 1986.
- KOVÁCS 1998 = A.P. KOVÁCS, *Les problèmes du 'iactus' et de la 'contributio' dans la pratique de la lex Rhodia*, in *A bonis bona discere – Festgabe für János Zlinszky*, Miskolc 1998, pp. 171-188.
- KRAMPE 2000 = CH. KRAMPE, *Naufragium*, em DNP 8, Stuttgart-Weimar 2000, p. 744.
- KRELLER 1921 = H. KRELLER, *Lex Rhodia. Untersuchungen zur Quellengeschichte des römischen Seerechts*, em ZHR 85 (1921), pp. 257-367.
- KRÜGER 1912 = P. KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts*, II ediz., München 1912.
- KRÜGER 1930 = H. KRÜGER, *Römische Juristen und ihre Werke*, em *Studi in onore di Pietro Bonfante nel XL anno d'insegnamento*, vol. II, Milano 1930, pp. 303-337.
- KÜBLER 1911 = B. KÜBLER, rec. H. FITTING, *Alter und Folge der Schriften römischer Juristen von Hadrian bis Alexander*, em *KritV* 49 (1911) 1/2, 1-19.
- KÜBLER 1979 = B. KÜBLER, *Geschichte des römischen Rechts. Ein Lehrbuch*, Aalen 1979 (reimpr. ediz. 1929).
- KUNKEL 1963 = 1974 = W. KUNKEL, s.v. *Quaestio*, em *PWRE*, XXVI, Stuttgart 1963, pp. 729-786 = *Kleine Schriften. Zum römischen Strafverfahren und zur römischen Verfassungsgeschichte*, Weimar 1974, pp. 33-110.
- KUNKEL 1979 = W. KUNKEL, *Die römischen Juristen. Herkunft und soziale Stellung*, Köln-Weimar-Wien 2001 (reimpr. II ed. 1967).
- LACOUR-GAYET 1888 = G. LACOUR-GAYET, *Antonin le Pieux et son temps. Essai sur l'histoire de l'empire romain au milieu du deuxième siècle (138-161)*, Paris 1888.
- LENEL 1889a = O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, vol. I, Leipzig 1889.
- LENEL 1889b = O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, vol. II, Leipzig 1889.
- LEVY 1932 = E. LEVY, *Zwei Inschriften auf den Juristen Maecianus*, em ZSS 52 (1932), pp. 352-355.
- LÉVY-BRUHL 1912 = H. LÉVY-BRUHL, *Examen d'un critérium grammatical de datation. Le temps des verbes employés dans les citations des Jurisconsultes romains*, in *Études d'histoire juridique offertes à Paul Frédéric Girard par ses élèves*, vol. I, Paris 1912, pp. 99-122.
- LIEBS 1972 = D. LIEBS, *Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht. Zur Geschichte der Scheidung von Schadensersatz und Privatstrafe*, Göttingen 1972.
- LIEBS 1997 = D. LIEBS, *Jurisprudenz*, in *Handbuch der lateinischen Literatur der Antike*, vol. IV, *Die Literatur des Umbruchs von der römischen zur christlichen Literatur 117-284 n. Chr.*, München 1997, pp. 83-217.
- LIEBS 2010 = D. LIEBS, *Hofjuristen der römischen Kaiser bis Justinian*, München 2010.

- LIEBS 2012 = D. LIEBS, *Römische Gerechtigkeit durch fairen Prozess, Juristen mit Autorität und allgemeingültige Maßstäbe*, em I. DE GENNARO (org.), *Value. Sources and Readings on a Key Concept of the Globalized World*, Leiden 2012.
- LINTOTT 1968 = A.W. LINTOTT, *Violence in Republican Rome*, Oxford 1968.
- MAGIONCALDA 2006 = A. MAGIONCALDA, *Osservazioni sulla carriera di L. Volusio Meciano*, em *MSCG* 36 (2006), pp. 467-476.
- MANFREDINI 1983 = A.D. MANFREDINI, *Il naufragio di Eudemone (D. 14, 2, 9)*, em *SDHI* 49 (1983), pp. 375-394.
- MANTHE 1982 = U. MANTHE, *Die libri ex Cassio des Iavolenus Priscus*, Berlin 1982.
- MANTOVANI 1987 = D. MANTOVANI, *Digesto e masse bluhmiane*, Milano 1987.
- MANTOVANI 1992 = D. MANTOVANI, *Le masse bluhmiane sono tre*, em *SCDR* 4 (1992), pp. 87-120.
- MANTOVANI 2007 = D. MANTOVANI, *Aggiornamenti sull'Appendix e i tempi di compilazione del Digesto*, in *Fides humanitas ius. Studii in onore di Luigi Labruna*, vol. V, Napoli 2007, pp. 3181-3203.
- MAROTTA 1988 = V. MAROTTA, *Multa de iure sanxit. Aspetti della politica del diritto di Antonino Pio*, Milano 1988.
- MAROTTA 2004 = V. MAROTTA, *Ulpiano e l'impero. Studi sui libri de officio proconsulis e la loro fortuna tardo-antica*, vol. II, Napoli 2004.
- MARTÍN MINGUIJÓN 2013 = A. MARTÍN MINGUIJÓN, *Una auténtica obra legislativa*, Madrid 2013.
- MATAIX FERRÁNDIZ 2014 = E. MATAIX FERRÁNDIZ, *El edicto de incendio ruina naufragio rate nave expugnata (D. 47, 9, 1). Responsabilidad penal por cuestión de naufragio*, Alicante 2014.
- MAYER MALY 1961 = TH. MAYER-MALY, s.v. *L. Volusius Maecianus*, em *RE*, IX A 1, Stuttgart 1961, p. 905.
- MENAGIUS 1738 = AE. MENAGIUS, *Iuris Civilis Amoenitates*, ediz. nova, Frankfurt-Leipzig 1738.
- MEYER 1897 = P. MEYER, *Zur Chronologie der Praefecti Aegypti im zweiten Jahrhundert*, em *Hermes* 32 (1897), pp. 210-234.
- MEYER 1898 = P. MEYER, *Nochmals Praefecti Aegypti*, em *Hermes* 33.2 (1898), pp. 262-274.
- MILLAR 1977 = F. MILLAR, *The Emperor in the Roman World (31 B-AD 337)*, London 1977.
- MILLAR 2004 = F. MILLAR, *Rome, the Greek World and the East*, vol. II, *Government, Society & Culture in the Roman Empire*, Chapell Hill 2004.
- MILLAR 2002 = F. MILLAR, *Government and Law: Ulpian, a Philosopher in Politics?*, em *Philosophy and Power in the Graeco-Roman World. Essays in Honour of Miriam Griffin*, Oxford 2002.
- MINALE 2020 = V.M. MINALE, *La materia fedecommissaria tra giurisprudenza e legislazione. Un percorso attraverso l'opera di Volusio Meciano*, Napoli 2020.
- MITTEIS-WILCKEN 1963 = L. MITTEIS, U. WILCKEN, *Grundzüge und Chrestomathie der Papyrusurkunde*, vol. II, *Juristischer Teil*, vol. II, *Chrestomathie*, Hildesheim 1963.
- MITTEIS 1897 = L. MITTEIS, *Zur Berliner Papyruspublication II*, em *Hermes* 32 (1897), pp. 629-659.

- MOMMSEN 1857 = 1909 = TH. MOMMSEN, *Volusii Maeciani Distributio partium*, em *Abhandlungen der königlich sächsischen Gesellschaft der Wissenschaften*, vol. III, *Abhandlungen der philologisch-historischen Classe der königlich sächsischen Gesellschaft der Wissenschaften*, vol. II, Leipzig 1857, pp. 281-285 = *Gesammelte Schriften*, vol. VII, *Philologische Schriften*, Berlin 1909, pp. 264-268.
- MOMMSEN 1870 = 1905 = TH. MOMMSEN, *Die Kaiserbezeichnung bei den römischen Juristen*, in *ZRG* 9 (1870), pp. 97-116 = *Gesammelte Schriften*, vol. II, *Juristische Schriften*, vol. II, Berlin 1905, pp. 155-171.
- MOMMSEN 1870 = TH. MOMMSEN, *Digesta Iustiniani Augusti*, vol. I, Berlin 1870.
- MOMMSEN 1906 = TH. MOMMSEN, *Die Chronologie der Briefe Frontos*, in *Hermes* 8 (1874), pp. 198-216 = *Gesammelte Schriften*, vol. IV, *Historische Schriften*, vol. I, Berlin 1906, pp. 469-486.
- MORABITO 1983-1984 = M. MORABITO, *Étude sur la composition du Conseil imperial d'Antonin le Pieux à Commode (138-193)*, em *Index* 12 (1983-1984), pp. 316-348.
- MORNACIUS 1721 = A. MORNACIUS, *Observationes in viginti quatuor priores libros Digestorum ad usum Fori Gallici*, vol. I, nova ediz., Paris 1721.
- NICOLE 1967 = J. NICOLE, *Les papyrus de Genève transcrits et publiés*, vol. I.2, *Papyrus grecs. Actes et lettres*, Amsterdam 1967 (reimpr. Anast. ed. Génèbre 1906).
- NOGRADY 2006 = A. NOGRADY, *Römisches Recht nach Ulpian. Buch 7 bis 9 De officio proconsulis*, Berlin 2006.
- ORESTANO 1964 = R. ORESTANO, s.v. *Meciano L. Volusio*, em *NDDI* 10 (1964), p. 474.
- OSUCHWSKI 1950 = W. OSUCHOWSKI, *Appunti sul problema del «iactus» in diritto romano*, em *Iura* 1 (1950), pp. 292-300.
- PFLAUM 1966 = H.G. PFLAUM, *La valeur de la source inspiratrice de la vita Pii à la lumière des personnalités nommément cités*, em *Bonner Historia-Augusta-Colloquium 1964-1965*, Bonn 1966, pp. 143-152.
- PROVERA 1965 = G. PROVERA, *Riflessi privatistici dei pacta de crimine*, em *Studi in onore di Biondo Biondi*, vol. II, Milano 1965, pp. 543-569.
- PURPURA 1976 = 1996 = G. PURPURA, *Relitti di navi e diritti del fisco, una congettura sulla lex Rhodia*, em *AUPA* 36 (1976), pp. 69-87 = *Studi romanistici in tema di diritto commerciale marittimo*, Messina 1996, pp. 7-27.
- PURPURA 1985 = 1996 = G. PURPURA, *Il regolamento doganale di Cauno e la lex Rhodia in D. 14, 2, 9*, em *AUPA* 38 (1985), pp. 273-331 = *Studi romanistici in tema di diritto commerciale marittimo*, Messina 1996, pp. 29-89.
- PURPURA 2002 = G. PURPURA, *Ius naufragii, sylai e Lex Rhodia. Genesi delle consuetudini marittime mediterranee*, em *AUPA* 47 (2002), pp. 273-292.
- QUERZOLI 2013 = S. QUERZOLI, *Scienza giuridica e cultura retorica in Ulpio Marcello*, Napoli 2013.
- REINMUTH 1935 = O.W. REINMUTH, *The Prefect of Egypt from Augustus to Diocletian*, Leipzig 1935.
- REINMUTH 1967 = O.W. REINMUTH, *A Working List of the Prefects of Egypt*, em *BASP* 4.4 (1967), pp. 75-128.

- ROBY 1884 = H. J. ROBY, *An Introduction to the Study of Justinian's Digest*, Cambridge 1884.
- ROTONDI 1922 = G. ROTONDI, *L'Indice Fiorentino delle Pandette e l'ipotesi del Blubme*, em *Scritti giuridici*, vol. I, *Studi sulla storia delle fonti e sul diritto pubblico romano*, Milano 1922, pp. 298-339.
- ROUGÉ 1966a = J. ROUGÉ, *Recherches sur l'organisation du commerce maritime en méditerranée sous l'empire romain*, Paris 1966.
- ROUGÉ 1966b = J. ROUGÉ, *Le droit de naufrage et ses limitations en Méditerranée avant l'établissement de la domination de Rome*, em *Mélanges d'archéologie et d'histoire offerts à André Piganiol*, vol. III, Paris 1966, pp. 1467-1479.
- RUDORFF 1857 = A.A.F. RUDORFF, *Römische Rechtsgeschichte*, Leipzig 1857.
- RUDORFF 1865 = A.A.F. RUDORFF, *Über den liber de officio proconsulis*, in *Abhandlungen der Königlich-Akademie der Wissenschaften zu Berlin* (1865), pp. 233-321.
- RUGGIERO 1983 = A. RUGGIERO, *L. Volusio Meciano. Tra giurisprudenza e burocrazia*, Napoli 1983.
- SCHERILLO 1950 = G. SCHERILLO, *Note critiche su opere della giurisprudenza*, em *Iura* 1 (1950), pp. 204-222.
- SCHMINCK 1999 = A. SCHMINCK, *Probleme des sog. "Νόμος Ροδίων ναυτικός"*, em *Griechenland und das Meer*, Mannheim-Möhnesee 1999, pp. 171-178.
- SCHOMBERG 1786 = A.C. SCHOMBERG, *A Treatise on the Maritime Laws of Rhodes*, Oxford-London 1786.
- SCHULZ 1961 = F. SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar 1961.
- SCHWENDEMANN 1923 = J. SCHWENDEMANN, *Der historische Wert der Vita Marci bei den Scriptores Historiae Augustae*, Heidelberg 1923.
- SELDENUS 1636 = J. SELDENUS, *Mare clausum seu de dominio maris libri duo*, Leiden 1636.
- SPANGENBERG 1817 = E. SPANGENBERG, *Einleitung in das römisch-justinianeische Rechtsbuch oder Corpus juris civilis Romani*, Hannover 1817.
- STEIN 1896 = A. STEIN, *Aegypten und der Aufstand des Avidius Cassius, Archäologisch-Epigraphische Mittheilungen aus Österreich-Ungarn* 19.1 (1896), pp. 151-153.
- STEIN 1899 = A. STEIN, *Prosopographisches*, em *JÖAI* 2 (1899), pp. 107-108.
- STEIN 1900 = A. STEIN, *Nachträge*, em *JÖAI* 3 (1900), pp. 221-222.
- STEPAN 2018 = S. STEPAN, *Scaevola noster. Schulgut in den libri disputationum des Claudius Trypho-ninus?*, Tübingen 2018.
- SYME 1984 = R. SYME, *Roman Papers III*, Oxford 1984.
- SZLECHTER 1954 = É. SZLECHTER, *La «collatio dotis»*, em *RHDFE* 31 (1954), pp. 309-326.
- TALAMANCA 1979 = G.F. TALAMANCA, *Ricerche sul processo nell'Egitto greco-romano*, vol. II.1, *L'introduzione del giudizio*, Milano 1979.
- TORRENT 1980 = A. TORRENT, *El senadoconsulto Messalano y el «crimen falsi»*, em *AHDE* 50 (1980), pp. 111-130.
- TUCCILLO 2013 = F. TUCCILLO, *Brevi note sull'Astynomicos monobiblos*, em *Modelli di un multiculturalismo giuridico. Il bilinguismo nel mondo antico. Diritto, prassi, insegnamento*, vol. I, Napoli 2013, pp. 323-338.

- VALLOCCHIA 2013 = F. VALLOCCHIA, *Fulloniche e uso delle strade urbane: sul concetto di inommodum publicum (a proposito di D. 43.10.1)*, em TSDP 6 (2013), pp. 1-50.
- VOLTERRA 1971 = E. VOLTERRA, *Il problema del testo delle costituzioni imperiali*, em *La critica del testo. Atti del secondo Congresso internazionale della Società italiana di Storia del Diritto*, vol. II, Firenze 1971, pp. 821-1097.
- VARVARO 2006 = M. VARVARO, *Note sugli archivi imperiali nell'età del principato*, em AUPA 51 (2006), pp. 381-431.
- WOLFF 1952 = H.J. WOLFF, *Zur frühnachklassischen Kommentierung der Klassikerschriften*, em *Iura* 3 (1952), pp. 132-141.
- WUNDERLICH 1749 = J. WUNDERLICH, *De L. Volusio Maeciano Jc^{do} itemque Sc^{do} commentatio*, Hamburg 1749.
- ZINGALE 2009 = L.M. ZINGALE *Ancora sugli astynomoi in D. 43.10.1*, em *Studi in onore di Remo Martini*, vol. II, Milano 2009.
- ZINGALE 2012 = L.M. ZINGALE, *Realtà provinciale egiziana e documenti della prassi*, em *Ius controversum e processo fra tarda repubblica ed età dei Severi. Atti del Convegno (Firenze, 21-23 ottobre 2010)*, Roma 2012, pp. 339-356.

Psello e il diritto

Considerazioni preliminari agli scritti giuridici di Michele Psello

Antonio Banfi

Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Bergamo, Italia

Abstract (Italiano)

L'opera giuridica di Michele Psello non è mai stata oggetto di sufficiente attenzione, essendo spesso liquidata con superficiali giudizi negativi. Essa merita, al contrario, attenta considerazione in quanto si collega ad un ambizioso progetto di riorganizzazione e restaurazione degli studi giuridici in senso neoclassico.

Keywords: Psello, Xifilino, diritto bizantino, diritto romano

Abstract (English)

Michael Psello's legal work has never been the subject of sufficient attention, being often liquidated with superficially negative judgments. On the contrary, it deserves careful consideration as it is linked to an ambitious project of reorganization and restoration of legal studies in a "neoclassical" perspective.

Keywords: Psellos, Xiphilinos, Byzantine Law, Roman Law

1. Premessa¹

Nel 1886 Francesco Brandileone, non ancora trentenne, lamentava – con toni alquanto energici – il disinteresse e la scarsa considerazione per la storia e per il diritto bizantino, a proposito dei quali «storici e giuristi, copiandosi l'un l'altro, non hanno saputo far di meglio, che metter fuori espressioni e frasi indeterminate e incerte, e spesso più o meno rettoriche!»². Brandileone aveva in mente, in quell'occasione, la questione particolare degli istituti giuridici bizantini nell'Italia meridionale, ma le sue considerazioni avevano una portata più generale, che in parte

¹ Nelle pagine che seguono, per evitare confusioni e problemi purtroppo usuali nello studio delle fonti bizantine, i testi indicati sono sempre quelli dell'edizione di riferimento del TLG Canon (ossia, salvo poche eccezioni, l'edizione Teubner), con, fra parentesi tonda, il nome dell'editore.

² BRANDILEONE 1987, p. 2.

conservano ancor oggi: «il che a me sembra tutto avvenuto per l'ignoranza dei fonti bizantini, derivata dal disprezzo compassionevole, col quale si è stato soliti di riguardare la storia di quello, che perciò fu detto il Basso-Impero»³. Un disprezzo, osservava opportunamente il nostro autore, che aveva anche origini politico-religiose; noi, oggi, ricordandone anche la stretta connessione con una *Weltanschauung* "romantica"⁴ le diremmo ideologiche.

Le cause dell'ostilità preconcetta alla quale Brandileone faceva cenno sono imputabili, oltre che a un certo qual classicismo, anche a spinte di carattere nazionalista: il diritto bizantino in Italia era percepito come il frutto di un «giogo straniero»⁵. Lo studioso, al di là di ciò, guardava al futuro con un certo ottimismo, e con buona ragione, poiché, in effetti, gli studi di diritto bizantino videro una notevole fioritura nella seconda metà del XIX secolo, in tutta Europa e così pure in Italia, a proposito della quale basterebbe qui, oltre a quello di Brandileone, fare i nomi di Contardo Ferrini e Luigi Siciliano Villanueva. Vale la pena di ricordare che anche Bonfante, nel 1902, insieme allo stesso Brandileone, si fece promotore degli studi giuridici bizantini con una relazione congiunta in occasione del congresso nazionale giuridico-forense di quell'anno⁶. Lo sviluppo degli studi di quegli anni, fondato anche sulla rivendicazione di autonomia rispetto all'approccio romanistico tradizionale («oltreché ricercarvi la continuazione e quasi la riprova delle ricerche intorno al diritto romano, il diritto bizantino va studiato come un monumento giuridico indipendente»⁷) incontrò, tuttavia, una battuta di arresto con l'ascesa al potere del fascismo.

Che io sappia, allo stato attuale non esiste uno studio organico sull'atteggiamento culturale del fascismo verso il mondo bizantino⁸, ma ho la netta impressione che esso abbia rinfocolato pregiudizi preesistenti verso la greicità, già circolanti dal XIX secolo, semmai all'occasione aggravandoli con tutta una stantia retorica sull'effeminatezza, la mollezza, l'inellettualismo indolente che avrebbero caratterizzato gli "orientali" a fronte della fattiva virilità che sarebbe stata propria dei romani⁹. L'ostilità del clima culturale per gli studi bizantinistici aveva dunque radici remote ed era stata rafforzata, per ragioni politico-ideologiche, dal regime; essendo profondamente radicata, essa sopravvisse, almeno in parte, agli anni del fascismo, lasciando il segno anche presso pensatori che – oggi – penseremmo del tutto estranei a un certo tipo di orientamenti ideologici. Accade così che essa lasci tracce sul successivo sviluppo di quelle discipline nel nostro Paese, ed anche sugli studi storico-giuridici¹⁰.

³ *Ibidem.*

⁴ AGAPITOS 1998.

⁵ BRANDILEONE 1987, p. 3.

⁶ SICILIANO VILLANUEVA 1906, p. 9.

⁷ *Ibidem.*, p. 5.

⁸ Costituisce una parziale eccezione lo studio di BERNABÒ 2001, che tuttavia si concentra esclusivamente sulla storia dell'arte bizantina nel periodo fascista e così pure il volume di COPPOLA 2013 (in particolare, p. 90 ss.).

⁹ Si veda in proposito l'eccellente analisi di COPPOLA 2013, *passim*.

¹⁰ Cfr. ad es. CALASSO 2021, p. 120: «per una sorprendente coincidenza l'Italia diveniva il centro di una rinascita idealmente vissuta nel nome di Roma, la civiltà latina riarde, e consuma come un orpello le forme estranee (scil. il diritto bizantino) di cui quelle regioni (scil. l'Italia meridionale) s'erano impatinate: e rapidamente esse vengono risucchiate nell'orbita della civiltà rinnovata nel nome di Roma».

Per quanto non manchino eccellenti studiosi del periodo bizantino, questo periodo è rimasto sostanzialmente marginale a fronte della notevole fioritura di ricerche sulla tarda antichità che ha caratterizzato gli ultimi decenni: questo vale, in particolare, per i periodi medio e tardo della storia bizantina, che quasi mai sono oggetto di attenzione¹¹. Ciò si deve, in parte, a una (del tutto comprensibile) impostazione per la quale il periodo bizantino è guardato in stretta connessione con quello romano e in qualche modo finisce per essere oggetto di interesse nella misura in cui lo studio delle epoche successive a Giustiniano possa rivelarsi utile per analizzare l'opera a lui indissolubilmente legata. È un approccio, per così dire "strumentale" e diffuso in tutta l'Europa continentale, per il quale l'esperienza giuridica bizantina si rivela utile per l'analisi del *Corpus Iuris Civilis* e della sua genesi: la prima, così, finisce per essere considerata in funzione del secondo. Il punto è stato ben espresso da Stolte: «questions asked of the Byzantine sources are often inspired by textual problems in the Justinianic text. They are the questions of the romanist, not of the byzantinist»¹². Se questo è un fenomeno interno, proprio delle discipline storico-giuridiche, vi sono poi dei fattori esogeni che contribuiscono alla marginalizzazione degli studi bizantini nella loro totalità, dando vita ad una sorta di paradosso. Da un canto, infatti, la storia bizantina, in tutte le sue articolazioni, incluso l'aspetto strettamente giuridico, è ancora in larga parte da scrivere, lasciando ampi spazi a chi vi si avventuri; dall'altro, la difficile reperibilità delle fonti e la loro complessità linguistica costituiscono un ostacolo temibile per chi affronti il cimento. Tali difficoltà richiedono, per essere superate, strutture di ricerca robuste, ramificate e soprattutto adeguatamente finanziate, oltre a meccanismi di valutazione della ricerca non troppo sbilanciati sull'aspetto quantitativo della produzione scientifica: ciò spiega perché, negli ultimi anni, vi sia stata una vera e propria esplosione di studi bizantinistici (anche di natura storico-giuridica) nei paesi anglosassoni e in particolare negli Stati Uniti e nel Regno Unito, con una fiammata di interesse che in un articolo di qualche anno fa sulla *New York Review of Books* Glen Bowersock ha definito «as astonishing as welcome»¹³.

Mi sono permesso questa breve premessa perché le pagine che seguono sono dedicate a un poligrafo del periodo bizantino medio che, anche per le ragioni appena accennate, credo non abbia finora ricevuto l'attenzione che merita.

Preciso fin d'ora che, come si vedrà fra breve, non è possibile esaurire in poche pagine l'esame di una parte, pur assai piccola se comparata al *corpus* di cui egli è autore, dell'opera di Psello, ossia quella che ha attinenza con il diritto. Le considerazioni che seguono devono, pertanto, essere intese come preliminari ad altre, che mi auguro di sottoporre successivamente al lettore.

¹¹ STOLTE 2018.

¹² STOLTE 2011, p. 668. Cfr. anche BRANDSMA 2011.

¹³ L'articolo, dal titolo *Storms over Byzantium*, è uscito nel numero del 21 novembre 2013.

2. Il ruolo di Psello a Costantinopoli

Vedremo in seguito come Psello abbia avuto un rapporto tormentato con il diritto, e in particolare con la pratica di esso. Penso, però, che il giudizio che è stato dato di Psello nella sua qualità di “giurista”, non sia dovuto a questo, quanto alla sua personalità straripante, che difficilmente lascia indifferenti, suscitando, ancor oggi, qualche volta simpatia¹⁴, più spesso sentimenti meno benevoli.

Psello è assai generoso di dettagli sulla sua vita e le sue origini; dovendo operare – per evidenti ragioni di spazio – una sintesi del vasto materiale a disposizione¹⁵, basti qui dire che egli nacque probabilmente nel 1018 presso Costantinopoli durante il regno di Basilio II, e gli fu dato il nome di Costantino, poi mutato in Michele dopo la tonsura che dovette imporsi in una fase per lui politicamente difficile e potenzialmente pericolosa¹⁶. Dopo studi precoci, intensi e coronati da notevole successo presso il monastero di *ta Narsou*, fu sotto la guida di Giovanni Mauropo (uno dei più famosi letterati e maestri del tempo) e Niceta di Bisanzio, al quale dedicherà in seguito un encomio funebre¹⁷: entrambi fecero parte, successivamente, della sua cerchia, una volta asceso a posizioni di rilievo nell’apparato imperiale.

Proveniendo da una famiglia non specialmente abbiente, dovette iniziare la sua carriera nell’amministrazione imperiale all’età di sedici anni, quando lasciò la capitale per accompagnare ed assistere, come dice lui stesso, un eccellente retore che aveva avuto in sorte la carica di giudice di «una parte non piccola delle terre che si stendevano ad Occidente di Costantinopoli»¹⁸. Da allora la sua carriera si sviluppò in modo fulmineo, indubbiamente anche grazie alla sua abilità e alla sua spregiudicatezza; dopo aver lavorato – non senza sofferenza, come si vedrà – nell’ufficio di un ἀσκηρῆτις¹⁹, a soli venticinque anni aveva completato la sua ascesa, iniziata sotto Michele V Calafate, e si trovava ai vertici della corte di Costantino IX Monomaco in qualità di segretario e consigliere del sovrano²⁰. A partire da questo momento e fino a pochi anni prima della sua morte, avvenuta in data incerta poco prima del 1080²¹, egli fu un protagonista delle vicende della corte costantinopolitana: una corte che, come ha giustamente osservato Del Corno, trova il suo unico esempio storico paragonabile in Versailles²². Rifiutò

¹⁴ A parte il sottoscritto, *si parva licet*, è Dario Del Corno uno dei pochi interpreti contemporanei a tradire autentica simpatia per l’oggetto della sua indagine (DEL CORNO 1984).

¹⁵ Per una più completa ricostruzione si veda KALDELLIS (2006).

¹⁶ KALDELLIS 2006, p. 5 ss.

¹⁷ M. Psell., *Orat. funebr. in Nicetam magistrum* (ed. Polemis). Cfr. LEMERLE 1977, p. 212 ss.

¹⁸ M. Psell., *Encom. in matrem*, 15: Ἐγὼ μὲν οὖν τηλικαῦτα συμβὰν οὕτω ἐν τοῖς πρὸ τῆς πόλεως διητώμην ἀγροῖς, ἀνδρὶ τινι τῶν πάντων γενναίων περὶ τοὺς λόγους βραχὺ τι συναποδημήσας, πεπιστευμένῳ δικάζειν οὐ μικρὸν μέρος τοῦ ἐσπερίου τμήματος. ἐγὼ μὲν οὖν τότε πρῶτον ἐξῆλθον τῆς πόλεως καὶ τὸ περιφράττον τεθέσθαι τείχος, εἶπειν δὲ καὶ ξύμπαν τὸ ὑπαίθρον, ἐκκαιδεκέτης ὢν καὶ μείζονα ἔχων τοῦ χρόνου τὴν ἡλικίαν.

¹⁹ Vd. *infra*. Sulla funzione cfr. KAZHDAN 1991, vol. I, p. 204.

²⁰ M. Psell., *Chron.*, VI, p. 14 ss. Cfr. KALDELLIS-POLEMIS 2015, p. 4 ss.

²¹ KALDELLIS-POLEMIS 2015, p. 10 e nt. 23.

²² DEL CORNO 1984, p. XXXIX.

l'offerta di ricoprire l'importantissima carica di πρωτασηκρήτις²³ (o forse la ricoprì per qualche tempo, per poi dimettersi)²⁴, ma rimase sempre al centro delle vicende politiche – anche tumultuose – che seguirono la morte di Costantino IX. Dagli intrighi della vedova Eudocia Macroembolitissa, che elevò al trono (sposandolo) Romano Diogene, alla caduta di quest'ultimo e alla deposizione di Eudocia, fino all'ascesa al trono del figlio Michele VII Dukas, della cui educazione egli stesso si prese cura, Psello ebbe sempre un ruolo importante, muovendosi con una spregiudicatezza talora sorprendente, come quando, dopo aver contribuito insieme al Cesare Giovanni Dukas alla caduta di Romano – che fu quindi accecato e relegato in convento – gli dedicò una lettera consolatoria dai toni commossi e ricca di afflato religioso²⁵.

Figura di spicco della corte, il vasto epistolario testimonia l'ampiezza della sua rete di relazioni, all'interno della quale figurano tre patriarchi: Cerulario, Licude e Xifilino. Con tutti e tre ebbe relazioni alterne, che sconfinarono talvolta nello scontro aperto²⁶, per ragioni sia dottrinali che politiche. In questa sede ci interessa soprattutto il ruolo che ebbe, insieme a Xifilino, nella rinascita dell'insegnamento e degli studi avanzati nella capitale imperiale.

Psello e Xifilino ebbero una relazione tormentata, della quale si dovrà dire anche più oltre. Certamente si erano conosciuti prima che l'ascesa politica di Psello si compisse e, nonostante la differenza di età (Xifilino era più anziano), Psello si fa vanto di essere stato lui l'artefice della elevazione di Xifilino al trono patriarcale, durante il regno di Costantino X Dukas, con il nome di Giovanni VIII²⁷. La loro fu un'amicizia costellata di fasi conflittuali, come mostrano sia l'epistolario di Psello²⁸ che l'encomio funebre²⁹ che questi dedica all'amico; alle radici di tale conflittualità c'è, forse, anche la funzione alla quale li destinò Costantino IX.

Sappiamo, infatti, che nel corso del suo regno Costantino, profondamente influenzato dalla cerchia di pensatori che lo circondavano e in particolare, fra questi, Psello, Mauropode, Licude e Xifilino, decise di dare nuovo impulso alla formazione avanzata nella capitale imperiale. Va detto che, nel mare ancora largamente inesplorato delle fonti bizantine, poco si sa di certo per quanto riguarda l'istruzione nell'impero bizantino a tanta distanza dalla *Constitutio Omnem* di Giustiniano³⁰.

Di certo, Psello è assai esplicito nel descrivere la decadenza degli studi – in tutti gli ambiti disciplinari – prima dell'intervento imperiale. Può certo essere che egli abbia voluto esagerare la gravità della situazione per accrescere l'importanza del suo personale contributo alla rinascita degli studi; ciò non deve, però, fare sottovalutare la sua testimonianza. Egli ricorda, infatti,

²³ Il capo della cancelleria imperiale; cfr. KAZHDAN 1991, vol. III, p. 1742.

²⁴ Cfr. LAUXTERMANN 2017, p. 120.

²⁵ M. Psell., *Epist.*, 39 (sez. 14) (ed. Papaioannou); cfr. KALDELLIS-POLEMIS 2015, p. 8 ss.

²⁶ Questi rapporti sono ampiamente delineati in KALDELLIS-POLEMIS 2015.

²⁷ KALDELLIS-POLEMIS 2015, p. 177 ss.

²⁸ M. Psell., *Epist.*, 201 e 202 (sez. 50) (ed. Papaioannou).

²⁹ M. Psell., *Orat. funebr. in patriarcham Iohannem Xiphilinum*, in Michael Psellus, *Orationes funebres*, ed. J. Polemis, vol. I, Berlin-Boston 2014, pp. 115-169.

³⁰ MANGO 1991, p. 164 ss.; LEMERLE 1977, p. 195 ss.; GORIA 2005.

che in passato nella capitale vi erano scuole di arti e scienze, e posti di professore per tutte le arti, dalla poesia alla letteratura, alla retorica, benché – scrive – già fosse trascurato lo studio del diritto. Con il passare del tempo le cose erano peggiorate, e la luce degli studi si era pressoché del tutto spenta: Ἦν μὲν πάλαι ἀνὰ τὴν ἡμετέραν πόλιν τεχνῶν καὶ ἐπιστημῶν διδασκαλεῖα καὶ παιδευτήρια καὶ σεμνοὶ θρόνοι καθίστασαν οὐ τῆς πανδήμου μόνης ποιητικῆς, ἀλλὰ καὶ τῆς τῶν λόγων τέχνης καὶ τῆς θαυμασιωτάτης φιλοσοφίας, νομικῆς δὲ τοῖς πολλοῖς ἐλάττων φροντίς, οἱ δὲ καιροὶ τὰ πράγματα περιτρέψαντες καὶ ἐξαμαυρώσαντες, μικροῦ δεῖν καὶ τοὺς τῶν λόγων πυρσοὺς ἀπεσβήκασιν³¹.

Una fiamma che egli stesso si vanta di aver riacceso, inducendo – con gli altri suoi sodali – l'imperatore a istituire, in una data probabilmente collocabile fra il 1045 e il 1047³², quelle che alcuni hanno suggestivamente voluto definire come le “facoltà” di diritto e di lettere e filosofia dell’“università” di Costantinopoli³³. Vi è, naturalmente, un implicito e competitivo riferimento, nell’adozione di questa terminologia, all’esperienza “occidentale”; al di là di ciò, l’impiego di questa terminologia è stato con buone ragioni criticato³⁴ e per questo motivo in questa sede utilizzerò il più neutro termine “scuola”.

Vi è discussione circa la durata e l’influenza di questa – notevolissima – operazione di rinascimento culturale, che molti autorevoli studiosi ritengono si sia conclusa se non con la scomparsa di Costantino IX, con la morte di Psello o poco dopo³⁵: una delle cause dell’ipotizzato fallimento dell’impresa, che avrebbe potuto dar origine – in anticipo – a qualcosa di simile alle università d’Occidente, starebbe in un eccesso di ambizioso classicismo, mirante a restaurare un’antica purezza non più adeguata – e soprattutto non più comprensibile dai contemporanei³⁶. Un difetto di impostazione che si sarebbe rivelato fatale, secondo i sostenitori di questa tesi, in particolare per la scuola giuridica, ed al quale avrebbe contribuito in qualche modo una sorta di velleitarismo, proprio dello stesso Psello³⁷. Di certo, fra le fonti per la ricostruzione di questi eventi, un ruolo di primo piano spetta all’encomio di Xifilino composto da Psello. Ad esso si deve aggiungere la lunga costituzione di Costantino IX, presumibilmente scritta per lui da Giovanni Mauropode³⁸ – un altro degli appartenenti alla cerchia di Psello – con la quale si regolava il funzionamento della nuova scuola costantinopolitana di diritto³⁹.

³¹ M. Psell., *Orat. funebr. in patriarcham Iobannem Xiphilinum*, 10.

³² KALDELLIS-POLEMIS 2015, p. 177.

³³ Sul sistema di istruzione costantinopolitano, cfr. SPECK 1974; CAMERON 2006, p. 142 ss.; SARADI 1995, p. 194 ss.

³⁴ WEISS 1973, p. 65 ss.

³⁵ MANGO 1991, p. 165 ss.

³⁶ In realtà, secondo FOLLIERI 1971, p. 649 la scuola di diritto sarebbe sopravvissuta fino alla fine dell’Impero avendo, in questo lungo lasso di tempo, al suo vertice un buon numero di giuristi insigni, fra i quali Teodoro Balsamone. Della stessa opinione VAN DER WAL-LOKIN 1985, p. 98 ss.

³⁷ WOLSKA-CONUS 1976, p. 237 ss.

³⁸ Vi è anche chi attribuisce la stesura della disposizione a Xifilino. In proposito, cfr. FOLLIERI 1971.

³⁹ La novella è stata edita da FERRINI 1929, p. 313 ss. Per la storia delle edizioni del testo si veda FOLLIERI 1971. Quella divenuta di riferimento è in SALAC 1954. Sull’insegnamento del diritto vedi CHITWOOD 2017, p. 150 ss.; HUSSEY 1937, p. 51 ss.

Senza ora addentrarci in queste vicende, che certamente meriterebbero uno studio a parte, sappiamo che grazie all'intervento imperiale sia Psello che Xifilino si trovarono ai vertici del "sistema educativo" (se così lo si può chiamare) imperiale; il primo fu investito della carica – appositamente istituita con la novella di Costantino IX con la quale era regolata la scuola giuridica costantinopolitana⁴⁰ – di νομοφύλαξ. Si tratta di una scelta volutamente arcaicηγιάνte, sotto il profilo linguistico, non solo perché il termine è inusuale in quell'epoca, ma soprattutto perché rimanda (intenzionalmente) agli scritti politici della scuola Peripatetica⁴¹. Nel IV secolo a.C. la "custodia delle leggi" era espressione di un orientamento politico tendenzialmente oligarchico o, se si vuole, democratico moderato, poiché a questi magistrati era attribuito il compito di limitare o comunque vegliare sulla produzione legislativa assembleare, e di scongiurare il rischio che si verificassero trasformazioni della costituzione. Nel nostro caso la funzione del νομοφύλαξ è ripensata nel quadro dell'ordinamento monarchico imperiale: egli esercita la custodia delle leggi da un canto, nella sua qualità di maestro, attraverso la trasmissione di una esatta conoscenza del diritto, dall'altro in quanto espressamente autorizzato a farsi interprete della legge, ed in virtù di ciò incaricato di risolvere gli eventuali contrasti fra giudici⁴². In tal senso, la nuova scuola di diritto non esplicava unicamente una funzione culturale, ma mirava ad assicurare ordine e uniformità nell'operato dell'apparato imperiale, tanto più che essa rilasciava – probabilmente per la prima volta nella storia europea – dei diplomi con valore legale⁴³. Mentre, dunque, Xifilino assumeva questo ruolo, Psello ne otteneva uno analogo sul versante filosofico-letterario⁴⁴, con l'attribuzione del titolo di "console dei filosofi" (ὑπατος τῶν φιλοσόφων), altre volte detto "capo dei filosofi" (πρόεδρος τῶν φιλοσόφων)⁴⁵.

I due salivano dunque ai vertici non solo del nuovo sistema educativo imperiale, ma della corte stessa, traendone anche gli svantaggi che comunemente derivano da queste posizioni: così a Psello toccò scrivere un'orazione forense in difesa di Xifilino dalle accuse avanzategli da un certo Ofrida, che sicuramente esprimeva in realtà il malcontento dell'apparato giudiziario e amministrativo imperiale verso il "custode delle leggi"⁴⁶. In ogni caso, Xifilino e Psello erano già legati da numerosi anni, e – anzi – è stata avanzata l'ipotesi, non unanimemente condivisa, ma che a mio avviso rimane tutt'altro che priva di fondamento, secondo la quale i due, probabilmente insieme a Mauropode, avessero già dato vita, privatamente, ad una scuola di diritto,

⁴⁰ *Nov. Const. Monom. de de creatione atque electione legum magistris* (ed. Ferrini), par. 12 ss.

⁴¹ Sul punto mi permetto di rinviare a BANFI 2015.

⁴² *Nov. Const. Monom. de de creatione atque electione legum magistris* (ed. Ferrini), par. 8 ss. Cfr. KAZHDAN 1991, vol. III, pp. 1491-1492.

⁴³ Cfr. ΟΙΚΟΝΟΜΙΔΕΣ 1986, p. 189 ss.

⁴⁴ Sull'insegnamento di Psello, cfr. BERNARD 2017.

⁴⁵ Sull'istituzione delle due cariche scrive Michele Attali; M. Attal., *Hist.*, II.20-22 lin. 18 ss.: Οὗτο καὶ ταύτην τὴν μάχην κατορθώσας ὁ βασιλεὺς ἠσυχίαν ἤγε καὶ τῶν πολιτικῶν πραγμάτων ἠδέως ἀντείχετο, μουσεῖον τῆς νομοθετικῆς ἀναγείρας καὶ νομοφύλακα προσθησάμενος, ἀλλὰ καὶ τοῦ τῆς φιλοσοφίας οὐρανοβάμονος ἐπεμελήθη μαθήματος, πρόεδρον τῶν φιλοσόφων προχειρισάμενος ἄνδρα τῶν καθ' ἡμᾶς διαφέροντα γνώσει, καὶ τοὺς νέους πρὸς ἄσκησιν τῶν σοφῶν λόγων καὶ μαθημάτων προὔτρέψατο σὺν τῷ εὐμαρεῖ τῶν διδασκάλων καὶ γερῶν τούτους ἐν τῷ δημηγορεῖν βασιλικῶν ἀξιώων. Si veda in proposito JEFFREYS-LAUXTERMANN 2017, p. 113 ss.; LEMERLE 1977, p. 215 ss.

⁴⁶ M. Psell., *Orat. for. 3*, Ὑπὲρ τοῦ νομοφύλακος κατὰ τοῦ Ὀφρυδᾶ (ed. Dennis). Cfr. LEMERLE 1977, p. 211 ss.

filosofia e retorica, ponendo così le premesse per l'intervento imperiale: «les deux écoles tirent leur origine d'une école privée, formée et développée sous la pression de la jeunesse désireuse d'accéder aux postes d'état, devenus accessibles, grâce à l'ouverture, aux classes moyennes, du sénat et de l'administration»⁴⁷. Indubbiamente vi sono fonti che potrebbero confermare questa ipotesi, dall'*Encomio di Xifilino* di Psello, ad alcune lettere di Mauropode⁴⁸. Comunque sia, non è questa la sede dove approfondire questo straordinario episodio, né le alterne vicende che coinvolsero i due scolarchi all'interno della corte bizantina: basti dire che intorno al 1050, a seguito di un rovescio politico, entrambi finirono per trovare riparo, come monaci, all'interno di un convento sul monte Olimpo di Bitinia⁴⁹.

È infatti il momento di venire all'opera di Michele Psello.

3. L'opera di Psello, gli scritti giuridici ed i relativi giudizi

Nonostante l'intensa attività politica e didattica, Psello fu di una produttività straordinaria; il catalogo delle sue opere è vastissimo, superando abbondantemente il migliaio di scritti⁵⁰. Psello amava considerarsi in primo luogo un filosofo, e poiché la filosofia è scienza dei principi, la sua produzione tocca pressoché ogni disciplina: grammatica, poesia, retorica, medicina, scienze naturali, teologia, storia e – naturalmente – anche il diritto. Per quanto riguarda quest'ultimo, esso costituisce sicuramente una parte minoritaria nel *mare magnum* delle opere di Psello. Ciò non significa che ad essa si debba attribuire un valore secondario: Psello, come si vedrà anche fra breve, conosceva e praticava il diritto, tanto quello secolare che quello canonico che – com'è ben noto – in Oriente vivevano in una relazione affatto particolare. Inoltre, i principali esponenti della sua “cerchia” – se così si può dire, visti gli alterni rapporti che la caratterizzarono – ossia Licude, Mauropode e Xifilino furono tutti, a diverso titolo, dei giuristi, anche se, naturalmente, questo appellativo spetta in primo luogo al νομοφύλαξ⁵¹.

Le opere di interesse giuridico di Psello possono essere distinte in due categorie; da un canto vi sono scritti nei quali la materia giuridica è menzionata in modo occasionale, e che possono rivelarsi utili per la ricostruzione del diritto bizantino del tempo, come il monumentale epistolario⁵², la *Cronografia*, gli encomi e gli elogi funebri. Vi sono poi scritti nei quali Psello *fa uso* del diritto. Mi riferisco in particolare a quanto è stato raccolto sotto la rubrica *Orationes forenses et acta*⁵³: essa contiene otto opere, ma vi andrebbe aggiunta anche la orazione *De miraculo in Blachernais patrato*, della quale dirò più oltre, attualmente catalogata,

⁴⁷ WOLSKA-CONUS 1976, p. 227 ss.

⁴⁸ Jo. Maurop., *Epist.*, 23; *Epist.*, 30 (ed. Karpozilos). Su queste lettere, cfr. WOLSKA-CONUS 1976, p. 228 ss., e così pure LEMERLE 1977, p. 221 ss.

⁴⁹ KALDELLIS-POLEMIS 2015, p. 6.

⁵⁰ Un catalogo ragionato si trova in MOORE 2005. Cfr. anche DUFFY 2006.

⁵¹ Sul punto, cfr. LEMERLE 1977, p. 197 ss.

⁵² CHITWOOD 2017, p. 6.7; SARADI 1995, p. 186 ss.

⁵³ Edite recentemente in DENNIS 1994a.

nell'edizione Teubner, fra le *orationes hagiographicae*. Infine vi sono le opere più specificamente giuridiche⁵⁴, delle quali la più nota è certamente la *Synopsis legum* in versi, dedicata a Michele VII Ducas e certamente pensata per l'educazione di quest'ultimo: l'uso della forma in versi ha lo scopo di rendere più facilmente memorizzabili i contenuti⁵⁵. Ad essa si aggiunge un *De actionum nominibus*, curioso trattatello lessicografico indirizzato ai suoi studenti per aiutarli nella comprensione degli istituti giuridici dell'antica Grecia⁵⁶. Si trattava, evidentemente, di un ausilio per coloro che si trovavano a dover affrontare, nel corso dei loro studi, il canone degli oratori classici. Vi è poi una sorta di breve sinossi di nomocanoni, ancora una volta in versi (περὶ νομοκανόνου καὶ τῶν τοπικῶν συνόδων)⁵⁷, ragionevolmente pensata anch'essa come strumento didattico⁵⁸. Infine, vi sono alcune opere di incerta attribuzione: discussa, in particolare⁵⁹, l'attribuzione a Psello di una *Brevis divisio novellarum Iustiniani*⁶⁰, mentre più certa è l'attribuzione al Nostro di alcuni brevi trattati di argomento giuridico, che taluni ritengono essere connessi ai lavori preparatori per la stesura della *Synopsis legum*⁶¹. Si tratta di cinque trattati dedicati alle azioni, almeno uno dei quali segue la classificazione di Teofilo⁶², di uno scritto dedicato alla organizzazione del *Digesto*, di un lessico di termini latini di interesse giuridico e infine di un trattato sui rapporti fra filosofia e diritto, purtroppo pervenuto incompleto (Ἄτι φιλοσοφίας μέτοχος ἢ νομικῆ ἐπιστήμη)⁶³. Tutti questi scritti, incluso il *De actionum nominibus* e la *Brevis divisio novellarum Iustiniani*⁶⁴ sono collocati in sequenza all'interno del medesimo codice (*Parisinus Gr.* 1182), il che spiega l'attribuzione – a mio avviso condivisibile – dell'intero insieme alla mano di Psello⁶⁵.

Come si vede, il materiale pselliano a disposizione dello storico del diritto non è poco, anzi. Va ribadito, però, che esso – ad oggi – ha ricevuto davvero poca attenzione, a differenza del resto dell'opera dell'erudito bizantino, che in questi anni ha visto un notevolissimo sviluppo degli studi⁶⁶. Il che è davvero un peccato, poiché Psello può offrire straordinari spunti per chi voglia ricostruire la cultura – anche giuridica – dell'XI secolo. Questo disinteresse, a mio

⁵⁴ Fra i pochi scritti specificamente destinati ad esse, si veda ANASTASI 1975.

⁵⁵ Su questo testo cfr. WOLSKA-CONUS 1979, p. 79 ss.; TROIANOS 2015, p. 188 ss.; VAN DER WAL-LOKIN 1985, p. 103 ss.

⁵⁶ Non mi riesce di localizzare quest'opera nell'edizione Teubner. Essa è presente comunque in Migne, *PG* 122, pp. 1007-1022. L'opera è del tutto trascurata, fra i pochi che vi hanno dedicato qualche pagina merita di essere ricordata WOLSKA-CONUS 1979, p. 60 ss.

⁵⁷ Si trova in M. Psell., *Poemata*, n. 5 (ed. Westerink).

⁵⁸ Su di essa, TROIANOS 2012, p. 190 ss.

⁵⁹ Sulla discussa attribuzione a Psello, si vedano i *prolegomena* di HEIMBACH 1840, p. 63 ss., MORTREUIL 1847, p. 326 ss. nonché WEISS 1973, p. 256 ss. e WOLSKA-CONUS 1979, p. 86 ss. A favore dell'attribuzione a Psello sono, oltre a Weiss, VAN DER WAL-LOKIN 1985, p. 136.

⁶⁰ Edita dapprima da BERGER 1836, quindi in HEIMBACH, 1840, pp. 234-237.

⁶¹ TROIANOS 2015, p. 189.

⁶² WOLSKA-CONUS 1979, p. 66 ss.

⁶³ Seguo qui la suddivisione del *Parisinus* operata da WOLSKA-CONUS 1979. TROIANOS 2015, al contrario, sulla scia di WEISS 1973, p. 259 ss., conta invece sei trattatelli.

⁶⁴ Per qualche considerazione su questi negletti testi rimando a WEISS 1973, *passim*; WOLSKA-CONUS 1979, p. 66 ss.; VAN DER WAL-LOKIN 1985, pp. 135-136; TROIANOS 2015, p. 188 ss.

⁶⁵ Sul codice e sull'attribuzione dei contenuti a Psello si vedano anche SPADARO 1980 e GAUTIER 1986.

⁶⁶ Cfr. in proposito PAPAIOANNOU 2013, p. 1 ss.

avviso immeritato, si spiega anche con l'estrema difficoltà della sua scrittura, spesso allusiva, intessuta di riferimenti e citazioni per noi ormai non facilmente intelleggibili⁶⁷, e talvolta condizionata da una impostazione filosofica profondamente neoplatonica che contribuisce non poco ad accrescerne l'oscurità⁶⁸, sicché alla fine Psello più che essere letto richiede di essere *decifrato*: impresa spesso non alla portata di un singolo studioso.

Comunque, va ribadito che la personalità del nostro ha suscitato in passato giudizi assai severi, con accuse che andavano dalla vanagloria a una propensione poco meno che criminale all'intrigo politico (è questo il severo giudizio di Ostrogorsky: «con la sua funesta attività politica e con la sua estrema depravazione morale, Psello è la figura più caratteristica di questa età»)⁶⁹; giudizi naturalmente estesi alla sua opera, quasi che Psello impersonasse il "bizantinismo" nella sua accezione deteriore⁷⁰.

Come si accennava poc'anzi, le cose sono di recente cambiate, per quanto concerne sia la sua personalità che la sua opera, ma ciò non si può dire per gli scritti di argomento giuridico. Riguardo a questo ambito il giudizio rimane negativo; le sue opere sono definite «de qualité douteuse», e si osserva che se Xifilino apprese molto da Psello per quanto attiene alla filosofia, al contrario il primo non riuscì a fare del secondo un giurista di livello⁷¹. In altri casi egli è tacciato di pseudo-erudizione⁷², obsoleto spirito antiquario⁷³, disonestà intellettuale e disconnessione dalla realtà⁷⁴, per citare solo qualche esempio. Sono giudizi assai severi, che sembrano diffusi soprattutto fra gli studiosi della seconda metà del Novecento, e che non paiono condivisi da autori più antichi, come ad esempio Mortreuil⁷⁵ e Siciliano Villanueva⁷⁶. A dire il vero, credo che essi dipendano soprattutto dalla difficoltà di calare Psello nella realtà storica cui egli appartiene, e di interpretare correttamente alcuni indirizzi di pensiero che dovevano essere diffusi nella élite bizantina del tempo. Su ciò tornerò anche oltre, ma mi preme qui sottolineare che l'intima natura di *cortigiano* di Psello non può essere sottovalutata o tralasciata nell'interpretazione di tutta l'opera sua, quella giuridica inclusa: Psello ha certamente una sua propria (forte) individualità, ma egli esprime al contempo tendenze e orientamenti che sono diffusi all'interno della corte imperiale entro la quale proporre una visione del diritto come disciplina strettamente interconnessa con la filosofia e la retorica non doveva sembrare un'impresa per eccentrici eruditi, tanto più che dietro questo progetto

⁶⁷ Cfr. LAUXTERMANN 2017b.

⁶⁸ È il caso, ad esempio dell'encomio di Xifilino, che contiene alcuni passi davvero disperanti. In proposito, cfr. LEMERLE 1977, p. 203 ss.

⁶⁹ OSTROGORSKY 1968, p. 300.

⁷⁰ PAPAIOANNOU 2013, p. 1 ss.

⁷¹ VAN DER WAL-LOKIN 1985, p. 103.

⁷² La definizione (Pseudogelehrsamkeit), data originariamente da SCHMINCK 1979, sembra condivisa da TROIANOS 2015, p. 189.

⁷³ MACRIDES 1991, p. 589.

⁷⁴ WOLSKA-CONUS 1979, p. 101.

⁷⁵ MORTREUIL 1847, p. 209 ss.

⁷⁶ SICILIANO VILLANUEVA 1906, p. 114 ss.

culturale si nascondeva un intento accentratore con ogni probabilità voluto e condiviso dal vertice dell'Impero.

Da questo punto di vista, credo che Wanda Wolska-Conus – che pure non lesina critiche al nostro autore – sia nel giusto quando, dietro all'azione di Xifilino e Psello, vede all'opera, appunto, un tentativo verticistico di uniformazione del diritto mirante a sopprimere le differenze fra metodi giuridici e filoni di pensiero; si trattò quindi di un'operazione avente anche un carattere politico-ideologico, destinata a scontrarsi con le resistenze di quella parte della burocrazia, dell'amministrazione imperiale e della società più incline a favorire uno studio del diritto maggiormente vicino alle «exigences changeantes de la vie»⁷⁷.

In questo quadro credo che vadano rivisti anche i giudizi di chi ridimensiona il ruolo di Psello giurista tacciandolo di essere in realtà un retore travestito da giurista: questa tesi, che è stata sostenuta anche dall'editore delle opere forensi del nostro per la Teubner⁷⁸, mi pare che non colga appieno il segno. Premesso che la conoscenza e la pratica della retorica avevano già caratterizzato lo studio del diritto in età tardo-antica, sicché la retorica da tempo immemorabile si accompagnava agli studi giuridici⁷⁹, quello che caratterizza Psello non è certamente il ricorso alla retorica: l'apprezzamento per l'eleganza formale del discorso unito ad un forte richiamo alla tradizione letteraria classica – richiamo che all'interprete moderno può apparire come frutto di una sterile inclinazione classicistica ed antiquaria appartiene bensì alla mentalità bizantina, ma rivela una vivacità di pensiero meritevole di essere sottolineata⁸⁰. Come si vedrà anche oltre, ciò che caratterizza l'atteggiamento di Psello verso il diritto non è la propensione per una vana retorica che tradisce disinteresse per il fatto tecnico, ma l'aspirazione verso una unità trascendentale di stampo platonico⁸¹: il che, in alcuni casi, contribuisce all'oscurità dei suoi scritti assai più del ricorso alla retorica.

4. Miserie del diritto

Vorrei tentare, ora, di abbozzare una descrizione dell'approccio di Psello al diritto. Prendo inizio da due testimonianze, che egli stesso ci fornisce, relative a sue esperienze personali con la pratica giuridica. La prima proviene dal lungo *Encomio della madre*. Nel comporre l'elogio funebre, Psello si dilunga anche su vicende della sua vita e dei suoi studi; egli riferisce che a un certo punto della vita fu costretto, quasi obbligato, a darsi a quella che egli chiama la scienza italica, precisando subito che non si intende con ciò la filosofia pitagorica, ma un'altra disciplina, di natura non spirituale, bensì materiale, ancorché mirante al bene comune (πολλοί

⁷⁷ WOLSKA-CONUS 1979, p. 102. Mi trova per certi versi più scettico l'interpretazione di AGAPITOS 1998, p. 177 ss. del "circolo di Psello" come di un gruppo di "liberi pensatori" e difensori della "libertà accademica".

⁷⁸ DENNIS 1994b, p. 187 ss.

⁷⁹ Limitatamente alla tarda antichità, cfr. GIOMARO 2019, p. 47 ss.; cfr. anche VOSS 1982, p. 52 ss.

⁸⁰ In proposito si veda AGAPITOS 1998.

⁸¹ Cfr. in proposito ANASTASI 1975.

δέ με οὐ λόγοις μόνον, ἀλλὰ καὶ χερσὶν αὐταῖς πρὸς τὴν Ἰταλικὴν σοφίαν κατήγαγον, οὐ τὴν Πυθαγόρειον ἐκείνην φημί τὴν φιλόσοφον, ἀλλὰ τὴν φιλόκοινον ταύτην καὶ φιλόυλον ἀτεχνῶς)⁸². Già questo primo cenno è caratterizzato da una qualche ironia, poiché il verbo adoperato da Psello indica essere trascinati verso il basso (κατήγαγον), verso – appunto – temi lontani dall'empireo (φιλόυλον).

L'autore procede, quindi elencando le materie delle quali dovette occuparsi: azioni pubbliche e private, libertà e schiavitù⁸³, matrimonio, parentela, contratti e garanzie⁸⁴. In realtà l'elencazione non si ferma qui, ed è chiaro l'intento ironico dell'autore, non solo per il lungo elenco di materie, ma anche perché egli, a significare il carattere materiale talvolta proprio delle questioni, fa riferimento alla responsabilità del padrone di un cavallo imbizarrito, un toro infuriato, un cane mordace⁸⁵. D'altro canto, come spesso accade, l'ironia di Psello opera su diversi piani, poiché il passo sembra contenere un riferimento a un passo del *Gorgia* nel quale Platone fa cenno alla responsabilità del padrone di animali⁸⁶. L'elenco si chiude con le successioni, la legittimità o meno della discendenza, l'*iniuria*⁸⁷. A conclusione della lunga lista, pensata per trasmettere al lettore un senso di estenuazione, Psello inserisce tuttavia un cenno abbastanza esplicito al *suo metodo*, anche se egli lo rappresenta come un compito impostogli da altri: εἶτά με τούτοις προστρίβοντες ὥσπερ ἐν φιλοσοφίᾳ τοὺς λόγους τῶν νενομοθετημένων εἰσπράττουσιν⁸⁸, «avendomi inflitto il compito di occuparmi di queste faccende, esigono da me che chiarisca le ragioni della legislazione». Non è semplice tradurre in italiano la prosa allusiva di Psello, ma l'espressione τοὺς λόγους τῶν νενομοθετημένων sembra indicare il risalire ai *principi*, secondo una impostazione che presto vedremo da lui ricordata anche in altre occasioni.

Il secondo passo che vorrei qui affrontare è contenuto in un trattatello attualmente edito fra gli *Oratoria Minora*⁸⁹, e a suo tempo invece classificato fra le lettere⁹⁰. Qui Psello descrive con toni particolarmente cupi l'occupazione presso l'ufficio dell'ἀσηκρήτις, dove il lavoro è tanto abbondante da impedire perfino le più semplici attività come mangiare o bere, e dove manca perfino lo spazio fisico per muoversi. Stupisce, in questo testo, la descrizione delle condizioni in cui operava l'amministrazione imperiale, che assai opportunamente è stata sintetizzata come

⁸² M. Psell., *Enc. in matrem*, 30 c. Seguo l'edizione di CRISCUOLO 1989.

⁸³ Non mi pare accettabile l'ipotesi di KALDELLIS 2006 secondo la quale al posto di libertà e schiavitù si potrebbe leggere «duties and rights». Per i significati di δουλεία cfr. SIGNES CODOÑER, RODRÍGUEZ MARTÍN, ANDRÉS SANTOS 2019, pp. 171-172 e SOPHOCLES 2003, p. 394.

⁸⁴ M. Psell., *Enc. in matrem*, 30 c: περὶ ἀγωγῶν τι λέγειν ἰδιωτικῶν τε καὶ δημοσίων περὶ τε πραγματωδῶν ἀποδείξεων, δουλείας τε καὶ ἐλευθερίας καὶ γάμων νομίμων καὶ οὐ νομίμων καὶ τῶν ἐν τούτοις δωρεῶν καὶ κερδῶν καὶ συγγενείας βαθμῶν καὶ διαθηκῶν, ὅποσα στρατιωτικαὶ καὶ ὅποσα πολιτικά, τί τε ἡ ἐγγύη καὶ τί παρὰ τοῖς πράγμασιν ἡ ἔγγυος δύναται.

⁸⁵ *Ibidem*: καὶ τί μὲν ἵππος λακτίζων ἢ βοῦς κερατίζων ἢ δάκνων κύων τῷ δεσπότη τῆς ἑαυτῶν κακίας προσασπομόργνυνται.

⁸⁶ Plat., *Gorg.*, 516 a.

⁸⁷ M. Psell., *Enc. in matrem*, 30 c: τίς τε ὁ νόμιμος κανὼν καὶ διὰ τί ψεύδεται τοῦνομα, ἢ τε κληροδοσία καὶ ὁ ἀνίων καὶ ὁ κατιών, ὃ τε φυσικὸς παῖς καὶ ὁ νόθος, καὶ τί ἕκαστον τῶν ῥημάτων δεδύνηται, καὶ τίς ἡ ὕβρις καὶ εἰς πόσα διήρηται, πόσος τε ἑκάστη τῶν ἀγωγῶν χρόνος ἀφόρισται.

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ Or. 12 (ed. Littlewood), *De invidia et aemulatione a secretis*.

⁹⁰ SATHAS 1876, *epist.*, 13.

segue: «sovraccarico di lavoro, condizioni di esercizio degradate, scarsa considerazione, ripicche e soprusi sono causa del malessere di una burocrazia spaventata talvolta perfino di dover assumere una qualsiasi forma di responsabilità»⁹¹. Ma, al di là degli aspetti relativi al funzionamento degli uffici, mi pare interessante la descrizione che Psello fornisce dei colleghi, sempre in preda all'ira e intenti a litigi incomprensibili⁹². Costoro si trovano in costante competizione fra loro, e sono significative le qualità intorno alle quali si svolge la gara: *καὶ ὁ μὲν τὴν περὶ τὸ γράφειν ὀξύτητα προβαλλόμενος ἐντεῦθεν τὸ ἰσχυρὸν ἔχειν ᾤετο, ὁ δὲ τὸ περὶ τὴν γνῶσιν ὑπερέχον προτεινόμενος τῷ κατ' ἄλλο τι κρείττονι τῶν πρωτείων ἀμφισβητεῖν ἔσπευδε, καὶ ὁ μὲν ῥώμην σώματος καὶ τὸ περὶ πάλιν προῖσχετο ἐπιδέξιον, ὁ δὲ τὴν εὐστροφίαν τῆς γλώττης, ὁ δὲ τὸ βωμολοχικόν τε καὶ ἀγοραῖον, οἷος ὁ Σαμοσατεὺς Παῦλος, ὁ δὲ τὸ κατὰ χρόνον πρεσβύτερον πολλοὶ δὲ καὶ προτερημάτων ἀποροῦντες ἀπὸ τῆς ἐναντίας ἕξεως τὸ νίκος ὑπενεσφίζοντο οἷον πολυπραγμοσύνης πραγμάτων καὶ τῆς περὶ τὴν γλῶτταν λέσχης*⁹³. Vi è – dunque – chi compete per le proprie capacità di scrittura, chi vanta le sue conoscenze e nel far questo sminuisce quelle dei superiori, chi si fa bello addirittura per la sua forza fisica e la sua abilità in palestra, chi si fa forte della propria parlantina e nel caso anche della propria trivialità, chi della propria maggiore anzianità, mentre altri cercano di prevalere attraverso ciarle e intrighi di ogni genere. Si vede, dunque, come nella descrizione impietosa di Psello di uno dei più importanti uffici dell'amministrazione imperiale, la competizione fra i burocrati componenti l'ufficio sembra assumere qualunque oggetto all'infuori della specifica conoscenza del diritto.

Questi due scritti mostrano, credo, una parte dell'atteggiamento di Psello rispetto al diritto, ed è un atteggiamento che è difficile negare come caratterizzato da un certo disprezzo: la disciplina è alquanto terrena, e chi la pratica appare privo di una vera sapienza, essendo per lo più intento a realizzare i propri interessi attraverso espedienti di ogni tipo, spesso estranei alla stessa disciplina.

Se ci dovessimo fermare qui, dovremmo concluderne che, in effetti, Psello disprezzava il diritto e lo considerava indegno di essere accostato alla filosofia: del resto la contrapposizione fra diritto e filosofia è da lui esplicitamente evocata quando fa riferimento all'ambiguità dell'espressione "sapienza italica". Nell'opera di Psello vi è, tuttavia, un'altra concezione del diritto, e su questa dirò ora qualche parola.

5. La sapienza giuridica

Come si è avuto modo di dire in precedenza, Psello ebbe un rapporto particolarmente stretto con Xifilino, ancorché non privo di conflitti, in particolare quando questi ebbe a rimproverargli una eccessiva inclinazione per Platone⁹⁴, inclinazione che in verità si coloriva di accen-

⁹¹ PULIATTI 2011, p. 68.

⁹² M. Psell., *Or.*, 12.20: *Κάντεῦθεν πῦρ ἔριδος ἀνήφθη πολὺ καὶ μάχη τις ἀδιάκριτος.*

⁹³ *Ibidem*, p. 8 ss.

⁹⁴ *Supra*, nt. 27.

ti neoplatonici ampiamente debitori alla tarda antichità, e che per questa via dava ingresso all'interesse per l'occultismo e la magia⁹⁵. Ciò, ovviamente, avrebbe potuto far sorgere dubbi sull'ortodossia di Psello, e del resto accuse in questo senso gli erano già state rivolte dal patriarca Cerulario, determinando il suo frettoloso allontanarsi dalla corte e l'assunzione della veste monacale⁹⁶.

Al di là di ciò, va detto che Xifilino fu indubbiamente uno dei giuristi più importanti dell'epoca⁹⁷: oltre ai ruoli che egli ricoprì e che sono già stati ricordati, gli è attribuito un consistente numero di scoli ai *Basilici*, e si è anche ipotizzato che sia lui l'autore di alcuni significativi trattati che ci sono pervenuti anonimi: si tratta, in particolare, del *tractatus de peculius*, del *tractatus de creditis* e della *meditatio de nudis pactis*⁹⁸. Per quanto riguarda il suo intervento sui *Basilici*, da tempo si è ritenuto che esso sia andato ben oltre il – pur notevole – lavoro come scoliaste: egli, infatti, sarebbe all'origine di una raccolta dell'intero apparato di scoli, con particolare attenzione per quelli antichi, e della loro complessiva sistemazione. Xifilino avrebbe dato così vita a un'impresa per certi versi analoga a quella intrapresa successivamente, in Occidente, da Accursio⁹⁹; a questo proposito, ci si è giustamente posti la domanda se «l'essor de la science du droit en Italie était peut-être dû à des influences byzantines, qui auraient pu atteindre Bologne par la voie de la Sicile et de l'Italie du Sud»¹⁰⁰. Questa domanda, posta più di quarant'anni fa, rimane ad oggi senza risposte.

Wanda Wolska-Conus, che condivide l'ipotesi di un'opera di riordino complessivo degli scoli ai *Basilici* per mano di Xifilino, ritiene – come si è già accennato in precedenza – che tale opera facesse parte di un disegno più ampio di ripensamento della materia giuridica; un ripensamento che la studiosa valuta negativamente per i suoi connotati allo stesso tempo autoritari, classicheggianti e per certi versi antiquari, per la patina «passéiste»¹⁰¹ ed eccessivamente teoretica che sarebbe risultata incomprensibile e inadatta a chi frequentava il diritto nella prassi. Nel formulare questo giudizio, che condivido solo parzialmente, Wolska-Conus indica come corresponsabile Michele Psello¹⁰², e su quest'ultimo punto sono senz'altro d'accordo, come ora si vedrà.

Xifilino morì nel 1075, e la data costituisce il *terminus ante quem* per la composizione dell'*Encomio* dedicatogli da Psello, che – data la lunghezza – si sospetta non sia stato pronun-

⁹⁵ Sul neoplatonismo di Psello, cfr. MILES 2017; HUSSEY 1937, p. 73 ss.

⁹⁶ Per queste vicende, vedi KALDELLIS-POLEMIS 2015, p. 24 ss.

⁹⁷ Per questa ragione, mi ha colpito imbartermi in un recente, peraltro benintenzionato e volenteroso studio nel quale sono censiti gli scoli ai *Basilici* a lui attribuiti, che tuttavia pare ignorare del tutto o quasi chi fosse Xifilino (definito più volte «tale Giovanni Xifilino», nonostante la quantità notevole di fonti (pselliane *in primis*, ma non solo queste) che lo riguardano e così pure le riflessioni che su di lui sono state svolte negli ultimi decenni, delle quali si tenta di dare – pur cursoriamente – conto in queste pagine. Mi riferisco a BICCARI 2017.

⁹⁸ Una ampia e documentata discussione su queste attribuzioni è contenuta nel notevolissimo studio di WOLSKA-CONUS 1979, p. 31 ss.

⁹⁹ In proposito cfr. SCHMINCK 1986, p. 42 ss. Vedi anche TROIANOS 2015, p. 187 ss.

¹⁰⁰ VAN DER WAL-LOKIN 1985, pp. 100-101.

¹⁰¹ WOLSKA-CONUS 1979, p. 53.

¹⁰² WOLSKA-CONUS 1979, p. 101 ss.

ciato in occasione della cerimonia funebre. Il testo è molto ampio e costituisce una fonte importante per la ricostruzione sia dei rapporti fra i due sia della vita del patriarca. In questa sede mi soffermo in modo particolare su due passi, alquanto complessi, nei quali Psello si diffonde sull'opera di Xifilino in qualità di giurista: essi dicono molto sia rispetto al modo in cui Psello intendeva il diritto, sia rispetto al modo di operare del defunto patriarca.

Psello riferisce che, nonostante la loro unione spirituale, i due si divisero in gioventù, poiché egli si diede agli studi di retorica, filosofia e matematica (ἐγὼ μὲν πρὸς τὴν τέχνην τῶν λόγων καὶ φιλοσοφίαν ἀπένευσα) mentre Xifilino si dedicò per primo allo studio del diritto, anticipando in questo l'amico (ὁ δὲ τὴν περὶ νόμους προὔλαβεν ἐμοῦ παιδείεσιν)¹⁰³. Fatta questa premessa, egli espone le qualità del defunto come studioso del diritto, un campo nel quale Xifilino eccelse, a differenza – nota Psello non senza polemica – di molti che non seppero eguagliare la capacità di Xifilino di rivolgersi alla materia «in modo filosofico», cosa che gli riusciva in modo naturale, ancor prima di essersi dedicato allo studio della filosofia, tanto da giungere alla conoscenza della dialettica *attraverso* il diritto¹⁰⁴.

In questo passo, apparentemente un poco criptico, Psello sta criticando chi studia il diritto senza partire dai principi¹⁰⁵, e la cosa diviene più chiara nelle righe successive. Tutte le scienze, egli precisa, debbono essere studiate applicando il metodo *della diairesi e dell'analisi, della definizione e della dimostrazione* (Ὡς γοῦν ὁ ἐμὸς λόγος, δεῖ πάσαις τέχναις τε καὶ μαθήμασι λογικοῖς τῆς φιλοσόφου διαίρεσέως τε καὶ ἀναλύσεως καὶ τῆς ὀριστικῆς μεθόδου καὶ αὐτῆς ἀποδείξεως)¹⁰⁶. Xifilino, dice Psello, una volta che ebbe scelto di dedicarsi allo studio del diritto, seppe intendere la disciplina nella sua piena estensione (τὸ πλῆθος ἐγνώκει τῆς νομικῆς ἐπιστήμης)¹⁰⁷.

Le righe che seguono meritano di essere considerate con attenzione. Psello afferma che il suo antico compagno seppe separare l'antico dal nuovo, essendo il primo, che quasi travalica le capacità di comprensione razionale, caratterizzato da una dimensione sconfinata e il secondo, in quanto conchiuso entro confini ben definiti, bisognoso di essere razionalmente compreso e ordinato. Queste due parti della disciplina, egli scrive, sono l'una più elevata e l'altra inferiore, l'una piena e indefinita, l'altra semipiena e limitata. Xifilino, dice Psello, seppe metterle in ordine *l'una con l'aiuto dell'altra*¹⁰⁸. Egli, prosegue Psello, seppe riunire una materia plurale in

¹⁰³ M. Psell., *Encom. Xiphil.*, 5, p. 30 ss.

¹⁰⁴ M. Psell., *Encom. Xiphil.*, 6, p. 1 ss.: Ἄλλ' ἐπειδὴ νόμων ἐμνήσθην, τὸ ἐκείνου μελέτημά τε καὶ σεμνολόγημα, καὶ τῆς περὶ ταῦτα παιδείεως, βούλομαι τι ἐνταῦθα προσδιατρίβειν τῷ λόγῳ δυοῖν ἔνεκα, τοῦ τε ἐκείνου γνωρίσαι, ὁποῖος περὶ τὸ μάθημα ἐγεγόνει, καὶ ξυμβαλέσθαι τούτοις, δείξας, ὁποῖος δὴ τισιν οὖσιν οὐχ οὕτως ἐντυγχάνουσιν οἱ μανθάνοντες, θαυμάσαι δὲ καὶ τὸ ἐκείνου ἄξιον, ὅτι, πρὶν φιλοσοφεῖν τελώτερον, τοῖς νόμοις φιλοσοφώτερον προσεχώρησε, τὴν κρείττονα διαλεκτικὴν μὴ πῶ μεμαθηκώς, ἐν τοῖς νόμοις ἐφευρηκώς, οὐ χεῖρον δὲ εἰπεῖν καὶ τὴν πρώτην φιλοσοφίαν.

¹⁰⁵ KALDELLIS-POLEMIS 2015, p. 186 nt. 26.

¹⁰⁶ M. Psell., *Encom. Xiphil.*, 6,9 ss.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 14.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 15 ss.: καὶ ὡς τὸ μὲν ἀρχαῖον, τὸ δὲ νεώτερον, καὶ τὸ μὲν πεπλήθηνται καὶ ἀορισταίνει, τὸ δὲ ὄριστα καὶ μεμέτρηται, καὶ τοῦτο μὲν ὑπερβαίνει τὴν λογικὴν ἐπιβολήν, ἐκεῖνο δὲ ἐνδεῶς ἔχει ταύτης, καὶ δύο ἐκάστω μέρει ἔπεται, κρείττον τε καὶ χεῖρον, τῷ μὲν τὸ πλῆρες καὶ τὸ ἀόριστον, τῷ δὲ τὸ ἡμιδεῆς καὶ τὸ ὀρισμένον, βοηθεῖ ἐκατέρω παρ' ἐκατέρου [...].

un nodo, che poi ha sciolto, riportando gli elementi alla pluralità; seppe unire la molteplicità in modo prudente, e compiere l'operazione inversa quando ciò fosse necessario¹⁰⁹. Come si vede, si tratta di un passo non privo di oscurità¹¹⁰, ma non è difficile leggerci riferimenti alla dialettica platonica e allo schema *genus-species*; sono anche convinto che il riferimento alla parte antica della disciplina, che si caratterizza per la vastità e per il livello superiore rispetto alla parte più recente, e all'opera di integrazione fra le due parti per mano di Xifilino (βοηθεῖ ἑκατέρω παρ' ἑκατέρου), alluda a quella vasta opera di risistemazione degli scoli dei *Basilici* della quale si diceva poc' anzi, grazie alla quale la materia “nuova” bisognosa di delimitazione e definizione (ossia gli stessi *Basilici*) avrebbero ottenuto ordine per mezzo dell'antica dottrina¹¹¹.

Infatti, poco oltre il Nostro scrive che Xifilino seppe farsi egli stesso *legge per le leggi* (καὶ οὕτως ἐγεγόνει τοῖς νόμοις νόμος), il che mi pare possa essere inteso come il riferimento ad un'opera di sistemazione simile a quella che taluni attribuiscono a Giovanni. Un'attribuzione che – a mio avviso – è confortata da quanto scrive Psello nell'*Encomio*.

Psello loda dunque Xifilino per aver basato la sua opera di giurista su un sistema incardinato sui principi, qualcosa che a Psello appariva in sintonia con la propria concezione neoplatonica del cosmo. Xifilino, insomma, (ri)diede vita a una considerazione del diritto non fondata sull'apprendimento meccanico, ma su di una architettura logica, distanziandosi in ciò da quegli studiosi di diritto che non sanno procedere per sintesi e diairesi nello studio delle leggi, e per tale ragione, anziché analizzarle «le fanno in pezzi»¹¹². In ciò, dice Psello, egli agì in modo molto diverso da quei molti giuristi suoi contemporanei che si comportano come se – per assurdo – la conoscenza della filosofia non si fondasse sulla conoscenza delle combinazioni e delle proprietà dei sillogismi, delle loro origini e della loro categorizzazione, ma su di una mera accumulazione di vuoti concetti senza struttura (ὡς οἱ πολλοὶ γε νῦν (οὐ γὰρ ἂν καταθαίμην τῶν τελεωτέρων), οὐ διαιροῦσι τοὺς νόμους, ἀλλὰ σπαράττουσιν, οὐδὲ τέμνουσιν, ὡς δεῖ τέμνειν, ἀλλὰ διαζαίνουσι, καὶ δοκεῖ κρείττων ἄτερος θατέρου τῶ πολλὰ εἰδέναι νόμου κεφάλαια, ὥσπερ εἴ τινες ἐν φιλοσοφίᾳ οὐ τῶ ἐπίστασθαι τὰ τῶν συλλογισμῶν σχήματα καὶ ἑκάστους εἰς τὸ οἰκεῖον ἀνάγειν, ἀλλὰ τῶ πολλοὺς συμφορεῖν συλλογισμούς, οὐθ' ὅθεν προέλθοιεν ἐπιστάμενοι, οὐθ' ὅπη συνέλθοιεν)¹¹³.

Come si vede, Psello procede nel parallelismo fra filosofia e diritto come scienze fondate sui principi, e vi ritornerà ancora, nello svolgimento dell'*Encomio*. Infatti, Psello ribadisce più oltre che Xifilino, nel darsi allo studio del diritto si mise in cerca della fonte del diritto e, più

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 23 ss.: ὄρω μὲν τὸ πλῆθος περιβαλόν, τῶ πλήθει δὲ τὸ ὄρισμένον, εἶτα δὴ τὰ πλείω μὲν ἐλάττω δὲ τῶν πλείονων ἕκαστα τούτων εἰς μίαν συνήγαγε κορυφήν, εἴτ' αὐθις ἐκείθεν ὥσπερ ἐκ σημείου ἢ κέντρου πολλὰς ἐποιεῖτο γραμμίας, καὶ οὕτως τὰ μὲν πολλὰ ἐνὶ συνέδει δεσμῶ, τούτων δὲ αὐθις εἰς πλῆθος διέλυε, καὶ ὅποτε μὲν ἔδει συναγαγεῖν τὰ πολλὰ, ἐχρήτο σοφῶς τῶ δεσμῶ, ὅποτε δὲ ἔδει τὸ ἐν ποιῆσαι πολλὰ, ἀπ' ἐκείνου προήγε τὰ πληθυνόμενα.

¹¹⁰ LEMERLE 1977, p. 203 ss.

¹¹¹ Così WOLSKA-CONUS 1979, p. 58. *Contra*, a mio avviso senza buone ragioni, CHITWOOD 2017, p. 174 ss.

¹¹² Il gioco di parole (οὐ διαιροῦσι τοὺς νόμους, ἀλλὰ σπαράττουσιν, οὐδὲ τέμνουσιν, ὡς δεῖ τέμνειν, ἀλλὰ διαζαίνουσι) non può essere reso in italiano.

¹¹³ M. Psell., *Encom. Xiphil.*, 6.33 ss.

oltre, della fonte della fonte, secondo un movimento di ascensione verso i principi – principi dai quali le leggi fluiscono come fiumi – applicando il metodo che è proprio dei cultori della filosofia prima: quello di spiegare ogni cosa sulla base di un principio precedente, fino al raggiungimento della vetta più elevata (Ἐπεὶ γὰρ τὰ πρῶτα νόμοις ὁμιλήσειε, τὰς πρεσβυτέρας ἐζήτει πηγὰς καὶ τὰς ἔτι ταύτας ἐπαναβεβηκυίας, ἀφ' ὧν οὗτοι ποταμηδὸν ἐξεχύθησαν, καὶ ὥσπερ οἱ τὴν πρώτην φιλοσοφίαν ἐξακριβώσαντες, ἄλλο ἀπ' ἄλλου παράγοντες εἰς τὴν πρώτην ἀναβαίνουνσι κορυφὴν)¹¹⁴. È la stessa via percorsa da Xifilino, per spiegare *leggi a mezzo di leggi*, interrogandosi sulla loro origine (concettuale) e individuandola precisamente (οὕτω δὴ κάκεινος νόμους ἐκ νόμων παράγων, ἀφ' οὗ ἡ παραγωγή πρῶτον, ἐζήτησέ τε καὶ εὔρετο)¹¹⁵. Vi è stato forse mai qualcuno più capace di lui, si chiede retoricamente Psello, nello scoprire cose o nel ridurre filosoficamente il molteplice all'uno, o nel dividere dialetticamente l'uno nel molteplice? (Ἀλλὰ τίς ἐκείνου ἢ πρὸς τομὴν ἀκριβέστερος ἢ πρὸς εὔρεσιν ἐτοιμότερος ἢ ἀναγαγεῖν τὰ πολλὰ πρὸς μονάδα φιλοσοφώτερος ἢ τὸ ἐν εἰς πολλὰ διαιρεῖν διαλεκτικώτερος;)¹¹⁶. Psello prosegue con un esempio, e il discorso si fa più tecnico, poiché egli si chiede retoricamente chi – se non Xifilino – sia stato capace di derivare le *actiones* – che sono plurime – dalle *obligationes*, il cui numero è più limitato, allo stesso modo in cui egli ha individuato le fonti delle *obligationes* medesime (Τίς δ' οὕτως τῶν ἐνοχῶν τὰς ἀγωγὰς ἀπεγέννησε, τὰ πλείω τῶν ἐλαττόνων, ὥσπερ δὴ κάκεινας ἀπὸ τοῦ ὁμώνυμου ὀνόματος) subordinando di nuovo queste ultime alle azioni, «loro madri», e risolvendone così l'omonimia (καὶ πάλιν τὰς ἐνοχὰς ὑπὸ μητράσι ταῖς ἀγωγαῖς ἐποιήσατο, διαστείλας τὴν ὁμωνυμίαν)?¹¹⁷

È questa una frase carica di significati; da un canto essa fa riferimento ai due movimenti, ascendente e discendente, tipici della dialettica, dai principi a ciò che ne deriva e viceversa, dall'uno al molteplice e dal molteplice all'uno. D'altro canto vi è anche una trasparente citazione di Teofilo, nell'opera del quale – però – si legge che μητέρες γὰρ τῶν ἀγωγῶν αἱ ἐνοχαί¹¹⁸. Naturalmente la concezione espressa da Teofilo è opposta a quella del diritto romano cosiddetto classico, per il quale, com'è noto, il profilo processuale costituisce un *prius* rispetto a quello sostanziale¹¹⁹.

Ora, mi preme osservare che mentre nella *Synopsis Legum* Psello sembra seguire l'impostazione di Teofilo (πολλῶν δ' οὐσῶν τῶν ἀγωγῶν τέσσαρες αἱ μητέρες, ἅς ἐνοχὰς ὀνόμασαν)¹²⁰ qui – con riferimento a Xifilino – la inverte, poiché il testo è inequivocabile nell'attribuire all'azione un ruolo genetico del vincolo obbligatorio. Non è certo facile arrischiare una spiegazione di ciò: in questa sede posso solo ipotizzare che Psello – che certamente, al pari di Xifili-

¹¹⁴ *Ibidem*, 22.18 ss.

¹¹⁵ *Ibidem*, 22.27-28.

¹¹⁶ *Ibidem*, 22.36-38.

¹¹⁷ *Ibidem*, 22.42 ss. Non concordo con la traduzione di KALDELLIS-POLEMIS 2015, p. 212.

¹¹⁸ Teoph., *Paraph.*, 3.13 pr.

¹¹⁹ Cfr. in proposito Pontoriero 2018, p. 165.

¹²⁰ M. Psell., *Poemata*, 8.93 ss. (ed. Westerink).

no, conosceva il latino ed era in grado pertanto di attingere al *Digesto*¹²¹ – abbia qui voluto fare riferimento all’orientamento “neoclassico” e tradizionalista del nomofilace (peraltro condiviso da Psello)¹²² il quale, probabilmente sulla base di una frequentazione delle fonti classiche, si sarebbe spinto fino al punto di invertire quel rapporto fra diritto sostanziale e processuale che era già divenuto un punto fermo in età giustiniana.

Tornando all’*Encomio*, vorrei da ultimo segnalare come Psello attribuisca a Xifilino il merito di avere elevato la scienza giuridica più di ogni altro contemporaneo, unendola – dice – con la retorica e subordinandola alla filosofia e, quindi, adornandola per mezzo di queste due discipline, o alternativamente adornando filosofia e retorica per mezzo della scienza del diritto (Τίς δὲ τὴν νομικὴν ἐπιστήμην οὕτως ὡς ἐκεῖνος ἐσέμνυεν, ὡς ῥητορικῇ μὲν εἰσποιοῦσαι, ὑποθέσθαι δὲ τῇ φιλοσοφίᾳ καὶ ἀπ’ ἀμφοῖν κοσμήσαι ἢ μᾶλλον ἀμφοτέρων ἐκείνην κόσμον αὐτάρκη ποιήσασθαι);¹²³.

Non sappiamo, in realtà, quanto Psello abbia fatto violenza all’illustre defunto nel dipingerlo – lui così sospettoso di Platone – come un platonico nei fatti¹²⁴, quasi che una forza ineluttabile l’avesse condotto, anche contro la sua volontà, verso quella che egli chiama la filosofia prima, sicché mentre Psello, a suo dire, cominciò dalla vetta (la filosofia) discendendo da questa verso la terra (il diritto), al contrario Xifilino muovendo dalla terra avrebbe saputo elevarsi verso la vetta¹²⁵: al di là della patina platonica che Psello studiatamente applica a Xifilino, ciò che si può certamente escludere è che Psello non riferisca il vero circa il modo di procedere del suo antico compagno nello studio del diritto, tanto più che proprio il *metodo* sembra costituire un elemento centrale della solidarietà fra i due. Come dice lo stesso Psello, i due si vedevano e si misuravano l’uno attraverso l’altro¹²⁶.

6. Ordine cosmico e ordine delle cose umane

A leggere l’*Encomio di Xifilino*, emerge dunque un atteggiamento di Psello verso il diritto che si potrà senz’altro definire concettoso e in certo modo arcaicizzante fin quasi all’esoterismo, ma che difficilmente consente di rappresentarlo come un frivolo cortigiano imbevuto di retorica e intento unicamente ad ornare ragionamenti capziosi con belle parole. Tuttavia, poiché di lui è stata data anche questa lettura, che non condivido, mi pare opportuno spendere – in conclusione – qualche parola su di una sua operetta non priva di riflessi giuridici, proprio perché essa è stata ritenuta una manifestazione della sua natura di «retore irredimibile»¹²⁷.

¹²¹ MAZZUCCHI 2011, p. 76 ss.

¹²² ANASTASI 1975, p. 175 ss.

¹²³ M. Psell., *Encom. Xiphil.*, 22.55 ss.

¹²⁴ *Ibidem*, 6.44 ss.: καὶ Πλάτωνος μὲν καταπεφρονῆκει καὶ τῶν ἐκείνου δογμάτων, ὅτι δὲ τὴν διαιρετικὴν ἐξέμνησε μέθοδον, ἐπήγει τε καὶ ἐθαύμαζε.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 6 *passim*.

¹²⁶ *Ibidem*, 5.20 ss.

¹²⁷ DENNIS 1994b, p. 198.

Lo scritto del quale vorrei discutere è edito fra le orazioni agiografiche di Psello; esso ha tuttavia una natura dichiaratamente ambigua. Il discorso sul miracolo di Blachernae (Λόγος ἐπὶ τῷ ἐν Βλαχέρναις γεγονότι θαύματι)¹²⁸ è, infatti, un curioso ibrido di generi letterari, poiché esso ha contemporaneamente la natura di scritto agiografico per la Vergine e di documento legale¹²⁹. La chiusa del discorso precisa che esso è stato scritto sulla base di considerazioni spirituali e civili, che esso è stato sigillato e consegnato al vincitore nella controversia che ne ha determinato la stesura, e che il discorso stesso è stato composto su indicazione dell'imperatore Michele Dukas, fondendo la forma panegirica e quella legale (τοῦ βασιλεύοντος τηνικαῦτα κῦρ Μιχαῖλ τοῦ Δούκα ἐμοὶ τῷ μοναχῷ Μιχαῖλ τῷ ὑπερτίμῳ τὴν γραφὴν ἐπιτρέψαντος, ὑπομνήματος ὁμοῦ νομικοῦ καὶ πανηγυρικοῦ εἵδους λόγον ἔχουσαν)¹³⁰.

Provo ora a sintetizzare la vicenda che ha dato occasione all'operetta: dopo aver ricordato che, per evidenti ragioni, le dispute circa le acque ed i mulini ad acqua sono estremamente comuni e riempiono le corti¹³¹, Psello riferisce di una annosa lite che opponeva lo spatario e generale (στρατηγός) Leone, detto Mandalo, e il monastero Του Καλλιου, intorno a un mulino collocato in Tracia. La lite si trascinava da tempo con alterne vicende, che avevano visto prevalere ora l'una ora l'altra parte; alla fine essa era giunta all'attenzione del *Dishypatos* Gabriele Tziriton, nella sua qualità di κριτής del *thema* di Tracia¹³². La sentenza di Tziriton, che ripartiva egualmente i diritti sul mulino fra le parti, non fu però accettata dal generale che contestò la validità degli atti (τὸ ὑπόμνημα τοῦ δικάσαντος) sulla base dei quali era stata resa la sentenza. Ciò determinò il riaccendersi della lite, con scambio di atti e documenti fra i litiganti, senza tuttavia che si riuscisse a identificare chi dovesse finalmente risolvere la controversia; finché, da ultimo, le parti si accordarono su di una corte arbitrale; la scelta, dice Psello, fu in conformità alle previsioni delle leggi civili, non così la sua composizione (αἰρετὸν δικαστήριον, ἐκ νόμων μὲν πολιτικῶν δεξάμενον τὴν ἀρχήν, οὐ πολιτικῶς δὲ τούτοις συμπεραινόμενον)¹³³. Le parti, infatti, scelsero di affidarsi al giudizio della Madre di Dio.

Nella chiesa di Blachernae, a Costantinopoli, era custodita un'antica icona miracolosa della vergine, velata da un drappo che talora si sollevava rivelandone il volto, pur in assenza di vento o altre forze esterne¹³⁴. L'accordo, pertanto, fu concluso e formalmente sottoscritto¹³⁵ come segue: le parti si sarebbero recate presso la chiesa, ciascuno portando con sé i documenti che riteneva fossero prova delle sue buone ragioni e avrebbero invocato la Vergine. Se il drappo

¹²⁸ M. Psell., *Orat. hagiogr.*, 4 (ed. Fisher).

¹²⁹ CHITWOOD 2017, p. 99 ss.

¹³⁰ M. Psell., *Orat. hagiogr.*, 4.29.

¹³¹ *Ibidem*, p. 6.

¹³² *Ibidem*, p. 7.

¹³³ *Ibidem*, p. 8.

¹³⁴ Sul miracolo e la chiesa di Blachernae vedi FISHER 2012, p. 187 ss.; CAMERON 2006, p. 161 ss.

¹³⁵ M. Psell., *Orat. hagiogr.*, 4.8: ὠμολογήθη τὰ δόξαντα, καὶ ἔγγραφα ἰσότυπα ἐπὶ τοῖς ἀρέσασσι γέγονεν ἄπερ εἴωθεν ἐπὶ τοῖς αἰρετοῖς γίνεσθαι δικασταῖς.

fosse rimasto immoto, ciò avrebbe assegnato la vittoria ai monaci; se il miracolo – invece – si fosse verificato, la vittoria sarebbe andata a Leone.

Quando giunse il momento della “sentenza” il drappo parve dapprima rimanere immobile, con gran gioia dei monaci che ritenevano di aver finalmente sconfitto l’antico rivale¹³⁶. Il generale, ormai certo della sconfitta, aveva già consegnato agli avversari i documenti da lui custoditi e contenenti le prove delle sue ragioni, quando il drappo si sollevò in modo evidente¹³⁷, determinando un improvviso ribaltamento della situazione. I monaci, afflitti, dopo aver tentato di sostenere che il miracolo si era verificato tardivamente, alla fine si arresero e riconobbero la sconfitta¹³⁸.

La vicenda, tuttavia, lasciò degli strascichi; infatti emersero nuovi argomenti che mettevano in dubbio il verdetto: in particolare i monaci sostennero che il sollevamento del drappo avrebbe dovuto essere interpretato come un segno di conferma della sconfitta del generale, poiché esso si era verificato dopo che il generale aveva riconosciuto la sconfitta, consegnando i suoi documenti agli avversari.

Questo argomento è prontamente contestato da Psello sulla base dei contenuti dell’accordo che aveva dato vita alla “corte”, nel quale era assente qualsiasi previsione circa il momento esatto in cui il miracolo avrebbe dovuto verificarsi, sicché il sollevamento del drappo doveva essere inteso come *il* verdetto e non come una conferma del verdetto, ossia del precedente mancato sollevamento¹³⁹.

A questo punto, il discorso di Psello prende caratteri teologico-agiografici, sui quali non mi soffermo, e solo più oltre ritorna sul piano legale, quando affronta la questione della legittimità della corte scelta dai contendenti.

In effetti, la “memoria” (ὑπόμνημα) composta da Psello ha la funzione di scongiurare il rischio che i monaci insoddisfatti mettessero in discussione il pronunciamento della Vergine rivolgendosi al tribunale imperiale. Per questa ragione, egli ricorda che il ricorso a una corte inusuale come quella coinvolta in questa vicenda è conforme alla legge, anche se per certi versi va oltre di essa¹⁴⁰. I giudici, infatti, possono essere πρόσφοροι ο κύριοι, ossia i cosiddetti “grandi giudici” dotati di giurisdizione, distinti dai giudici minori (χαμαιδικασταί) che possono anche avere la funzione di coadiutori dei grandi giudici (σύμπονοι, πάρεδροι); infine, vi sono i giudici αἵρετοί i quali possono essere designati da un giudice dotato di giurisdizione per la cognizione di casi speciali o determinati¹⁴¹. A proposito di quest’ultima categoria, nella quale rientrerebbe il nostro caso, Psello cita *Bas. VII.2.1* (Τὸ αἵρετὸν δικαστήριον ἔοικε κυρίῳ δικαστηρίῳ καὶ ἀνήκει πρὸς τὸ περατοῦσθαι τὰς δίκας) e quindi

¹³⁶ *Ibidem*, 10.

¹³⁷ *Ibidem*, 11.

¹³⁸ *Ibidem*: ἀλλ’ ἐγνώκεισαν ὕστερον τὴν ἑαυτῶν ἦταν καὶ τῷ στρατηγῷ τῆς νίκης ἐξέστησαν.

¹³⁹ *Ibidem*, pp. 12-13.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 20.

¹⁴¹ Cfr. in proposito MACRIDES 1994; FISHER 2012, p. 197 ss.

Bas. VII.2.13.2¹⁴², VII.2.27.2¹⁴³ e VII.2.20¹⁴⁴ con l'intento di dimostrare che la pronuncia dell'αἵρετός non può essere messa in discussione¹⁴⁵.

A questo punto Psello precisa che le parti non hanno seguito la procedura ordinaria, chiedendo a un giudice dotato di piena giurisdizione di designare un αἵρετός, ma hanno deciso essi stessi di designare la Madre di Dio determinando così il sorgere di una “corte mista”, parte civile e parte sovranaturale (καὶ ἔστιν ἀναμιξ οἶον τὸ δικαστήριον, τὸ μὲν ἐκ πολιτικοῦ μέρους, τὸ δὲ ἀπὸ κρείττονος). Il cenno ad una “corte mista” sembra in realtà contenere un'analogia con quei tribunali – i cui giudizi non si fondavano esclusivamente sulle leggi, né esclusivamente sui canoni, ma sulla base di entrambi – che troviamo menzionati nell'*Epanagoge*¹⁴⁶.

Comunque sia, dopo queste osservazioni Psello annuncia la sua definitiva decisione sulla questione, motivata con lunghe argomentazioni sia teologiche che giuridiche¹⁴⁷. In sintesi egli afferma che – al di là delle già citate previsioni dei *Basilici* – non solo le parti hanno liberamente scelto di sottoporsi al suo giudizio, ma la Vergine non ha istanza superiore che possa pronunciarsi dopo di lei, né tantomeno contraddirla. La tesi che la pronuncia della corte non sia conforme a diritto non è prospettabile: per respingerla non è neppure il caso, dice Psello, di scomodare l'ipotesi che si tratti di una *condictio ex lege*¹⁴⁸ poiché la procedura, egli afferma, si è svolta secondo la legge, pur giungendo ad esiti che vanno oltre la legge, in quanto ad essa superiori (αὐτὸ δὲ τὸ πεπραγμένον καὶ νόμῳ, εἴ τις βούλοιτο, τελειοῦται καὶ ὑπὲρ νόμον)¹⁴⁹, e l'accordo raggiunto fra le parti che ha dato origine al giudizio è vincolante ὡσπερ νόμος¹⁵⁰.

Nel motivare la sua decisione, con la quale la controversia è dichiarata definitivamente conclusa, Psello coniuga discipline diverse: la teologia per quanto concerne l'infallibilità della Vergine, la filosofia e le scienze naturali per quanto riguarda la natura dell'evento miracoloso, il diritto per quanto riguarda la legittimità della corte e la vincolatività dell'accordo fra le parti.

La conclusione, dice il nostro, è che il generale ha prevalso per ragioni sia legali che sovranaturali, e ha pertanto giustamente ricevuto dal protoproedro Giovanni Xeros la documentazione legale di tutta la vicenda, essendogli stata resa sentenza favorevole per grazia – al contempo – dell'autorità della Vergine e dell'imperatore¹⁵¹.

¹⁴² Αἵρετός δικαστής ἐστὶν ὁ δικαστοῦ τάξιν ἀναδεξάμενος.

¹⁴³ Εἴτε δικαία εἴτε ἄδικός ἐστὶν ἡ τοῦ αἵρετοῦ ψήφος, ἐμμένειν αὐτῇ δεῖ.

¹⁴⁴ Κἂν πλανηθῆ ἐν τῷ ψηφίζεσθαι, οὐ διορθοῦται· ψηφισάμενος γὰρ πέπαιται εἶναι δικαστής.

¹⁴⁵ M. Psell., *Orat. hagiogr.*, 4.20.

¹⁴⁶ *Epanag.*, IX.3.

¹⁴⁷ M. Psell., *Orat. hagiogr.*, 4.21.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 22: Εἰ δὲ μή, εἰς νόμον τις ἀναγαγεῖν ἔχει πάντα ἐναυθα τὸ πεπραγμένον, καινὸν οὐδέν, ἐπεὶ καὶ τὸν ἐξ λέγε κοινδικτικίον οὐκ ἂν τις εἰς ὀρισμένην ἐκβιβάσειεν ἀγωγήν. Qui Psello cita verosimilmente sé stesso e precisamente uno dei trattatelli a lui attribuiti e dei quali si è detto *supra*, ossia il Περί τῆς τῶν ἀγωγῶν διαίρεσεως (WEISS 1973, p. 288). Cfr. FISHER 2014, nt. 91; FISHER 2012, p. 200 ss.

¹⁴⁹ M. Psell., *Orat. hagiogr.*, 4.22.

¹⁵⁰ *Ibidem*.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 24: ἐκράτησε μὲν τοῦ ἀγῶνος ὁ στρατηγὸς καὶ νόμῳ καὶ θαύματι, καὶ ὁ πρωτοπρόεδρος Ἰωάννης, ὁ κατὰ τοὺς Ξηροῦς, τὰ πρῶτα τῆς ἐν τῇ πρεσβείᾳ διακονίας παρὰ τοῦ βασιλέως λαβῶν, ἀποδεδώκει τούτῳ τὰ ἔγγραφα δίκαια, οὕτω προσεταγμένον αὐτῷ παρὰ τε τῆς παρθενικῆς δυνάμεως καὶ τῆς τοῦ κρατοῦντος ἰσχύος.

Faccio venia al lettore dei dettagli circa le lunghe e un po' ampollose disquisizioni che Psello usa per arrivare alla sua conclusione; vorrei però osservare come lo scritto abbia una duplice funzione: da un canto si tratta di una vera e propria pronuncia autoritativa, che ha lo scopo di arrestare sul nascere iniziative da parte dei monaci soccombenti, che avrebbero potuto mettere seriamente in imbarazzo lo stesso imperatore¹⁵².

D'altro canto, e forse questo è il significato essenziale, esso ha una funzione politico-ideologica; intendo dire che la vicenda fornisce a Psello l'occasione per difendere e promuovere una concezione dell'ordine umano (e dunque dell'ordine giuridico) come specchio di un ordine sovrannaturale o celeste, qui impersonato dalla Vergine e dalla sua miracolosa manifestazione.

In riferimento a quest'ultima, Psello fa ampio uso di uno strumentario logico-filosofico di derivazione neoplatonica, che finisce per collocarsi sullo stesso piano delle argomentazioni più strettamente legali, al fine del raggiungimento di una definitiva soluzione alla controversia: «According to the system revealed by Neoplatonism, the full presence of the Virgin in her icon at Blachernai once it became 'ensouled' required that the material substance of the icon acknowledge her divinity; the occurrence of the miracle, whatever it might have been, was the manifestation of her presence to the extent that limited human understanding could grasp it»¹⁵³.

In conclusione, credo si possa convenire con il giudizio di Fisher¹⁵⁴, secondo il quale lo scritto sul miracolo di Blachernae rappresenta molto di più di quanto indica il suo titolo: direi che esso non solo rivela il modo in cui Psello concepiva il cosmo, ma dice molto sul ruolo e sulla collocazione che egli – all'interno di quel cosmo – attribuiva al diritto, in quanto emanazione dell'autorità imperiale e al contempo riflesso di un ordine ideale e divino.

7. In conclusione

Nelle pagine precedenti ho tentato di richiamare l'attenzione del lettore su Psello e sulla sua opera giuridica, nella convinzione che essa sia – ancor oggi – troppo spesso sottovalutata o sbrigativamente etichettata come retorica, antiquaria o cervellotica.

Ritengo che la sua figura, al pari di quella degli altri componenti della sua cerchia, e fra questi in primo luogo Giovanni Xifilino, sia meritevole di essere ulteriormente studiata e approfondita. In particolare, credo che resti ancora molto da scoprire e da dire sul vasto progetto culturale "neoclassico" che costoro cercarono di sviluppare e così pure sui riflessi che questo ebbe sulla pratica del diritto e sull'attività delle corti.

Wanda Wolska-Conus, nei suoi notevoli scritti degli anni Settanta dello scorso secolo, ne dava un giudizio negativo, poiché il neoplatonismo di Psello sarebbe stato il *pendant* di una concezione assolutistica, autoritaria e non plurale del diritto che avrebbe caratterizzato non solo lui,

¹⁵² FISHER 2012, p. 193 ss.

¹⁵³ FISHER 2012, p. 202. Cfr. anche CHITWOOD 2017, p. 101 ss.

¹⁵⁴ *Ibidem*.

ma tutta la sua cerchia: così questa ultima ripresa degli studi scientifici di diritto romano, avrebbe finito per non rispondere alle speranze suscitate «sur le plan pratique et social»¹⁵⁵, in quanto «ni Xiphilin ni Psellos n'ont su trouver de juste équilibre entre la théorie et la pratique»¹⁵⁶.

Non sono del tutto certo della bontà del giudizio della studiosa, che del resto prediligeva Attaliates, in quanto promotore di un indirizzo diverso, più plurale e comunque disinteressato rispetto all'«ancien droit (qui) ne présente qu'un intérêt historique»¹⁵⁷, giudizio che sospetto risenta anche della temperie culturale e politica degli anni in cui fu elaborato.

Di certo, credo che l'XI secolo bizantino attenda ancora di essere studiato ed adeguatamente compreso.

Bibliografia

- AGAPITOS 1998 = P.A. AGAPITOS, *Teachers, Pupils and Imperial Power in Eleventh-Century Byzantium*, in Y.L. TOO, N. LIVINGSTONE (a c. di), *Pedagogy and Power. Rhetorics of Classical Learning*, Cambridge 1998, pp. 170-191.
- ANASTASI 1975 = R. ANASTASI, *Sugli scritti giuridici di Psello*, in *Siculorum Gymnasium* 28.1 (1975), pp. 169-191.
- BANFI 2015 = A. BANFI, *Metabolai. I rivolgimenti costituzionali fra antico e moderno*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica* 45.1 (2015), pp. 209-231.
- BERGER 1836 = A. BERGER, *Pselli de Iustiniani Novellis Libellum*, Leipzig 1836.
- BERNABÒ 2001 = M. BERNABÒ, *Un episodio della demonizzazione dell'arte bizantina in Italia: la campagna contro Strykowski, Toesca e Lionello Venturi sulla stampa fascista nel 1930*, in *BZ* 94.1 (2001), pp. 1-10.
- BERNARD 2017 = F. BERNARD, *Educational Networks in the Letters of Michael Psellos*, in M. JEFFREYS, M.D. LAUXTERMANN (a c. di), *The Letters of Psellos. Cultural Networks and Historical Realities*, Oxford 2017, pp. 13-41.
- BICCARI 2017 = M.L. BICCARI, *Prima traccia per una ricerca su "Dopo il Tardoantico: la voce dei giuristi nella costruzione dei codici e nella formazione dei giovani". Giovanni Nomofilace*, in *Studi Urbinati (Scienze giuridiche, politiche ed economiche)* 68.3-4 (2017), pp. 249-310.
- BRANDILEONE 1987 = F. BRANDILEONE, *Il diritto bizantino nell'Italia Meridionale dall'VIII al XII secolo*, Napoli 1987 [rist. dell'edizione del 1886, con una nota di lettura di D. Simon].
- BRANDSMA 2011 = F. BRANDSMA, *The Usefulness of the Byzantine Tradition to the Interpretation of the Corpus Iuris Civilis*, in J.H.A. LOKIN, B.H. STOLTE (a c. di), *Introduzione al diritto bizantino. Da Giustiniano ai Basilici*, Pavia 2011, pp. 681-692.
- CALASSO 2021 = F. CALASSO, *Medio evo del diritto*, Milano 2021 (ried. del testo del 1954).

¹⁵⁵ WOLSKA-CONUS 1979, p. 53.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 102.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 98.

- CAMERON 2006 = A. CAMERON, *The Byzantines*, Singapore 2006.
- CHITWOOD 2017 = Z. CHITWOOD, *Byzantine Legal Culture and the Roman Legal Tradition, 867-1056*, Cambridge 2017.
- COPPOLA 2013 = A. COPPOLA, *Una faccia una razza? Grecia antica e moderna nell'immaginario italiano di età fascista*, Roma 2013.
- COPPOLA 2020 = A. COPPOLA, *La storia greca, antica e moderna, in età fascista*, in P.S. SALVATORI (a c. di), *Il fascismo e la storia*, Pisa 2020, pp. 15-30.
- CRISCUOLO 1989 = U. CRISCUOLO, *Michele Psello. Autobiografia: encomio per la madre*, Napoli 1989.
- DEL CORNO 1984 = D. DEL CORNO, *Introduzione*, in M. PSELLO, *Imperatori di Bisanzio (Cronografia)*, vol. I, Milano 1984, pp. XIII-XLIII.
- DENNIS 1994a = G.T. DENNIS, *Michaelis Pselli orationes forenses et acta*, Leipzig 1994.
- DENNIS 1994b = G.T. DENNIS, *A Rhetorician Practices Law: Michael Psellos*, in A.E. LAIOU, D. SIMON (a c. di), *Law and Society in Byzantium: Ninth-Twelfth Centuries*, Washington 1994, pp. 187-198.
- DUFFY 2006 = J. DUFFY, *Dealing with the Psellos Corpus: from Allatius to Westerink and the Bibliotheca Teubneriana*, in C. BARBER, D. JENKINS (a c. di), *Reading Michael Psellos*, Leiden-Boston 2006, pp. 1-12.
- FERRINI 1929 = C. FERRINI, *Novella di Costantino Monomaco per la prima volta tradotta e illustrata*, in ID., *Opere*, vol. I, *Studi di diritto bizantino*, Milano 1929, pp. 313-388.
- FISHER 2012 = E.A. FISHER, *Michael Psellos on the 'Usual' Miracle at Blachernae, the Law and Neoplatonism*, in D. SULLIVAN, E. FISHER, S. PAPAIOANNOU (a c. di), *Byzantine Religious Culture. Studies in Honor of Alice-Mary Talbot*, Leiden-Boston 2012, pp. 187-204.
- FISHER 2014 = E.A. FISHER, *Michael Psellos. On Symeon the Metaphrast and On the Miracle at Blachernae: Annotated Translations with Introductions*, Harvard 2014.
- FOLLIERI 1971 = E. FOLLIERI, *Sulla novella promulgata da Costantino IX Monomaco per la restaurazione della facoltà giuridica a Costantinopoli*, in AA.VV., *Studi in onore di Edoardo Volterra*, vol. II, Milano 1971, pp. 647-664.
- GAUTIER 1986 = P. GAUTIER, *Deux manuscrits pselliens: le Parisinus graecus 1182 et le Laurentianus graecus 57-40*, in *Revue des études byzantines* 44 (1986), pp. 45-110.
- GIOMARO 2019 = A.M. GIOMARO, *Quattro passi fra le scuole (e le scuole di diritto) nella Tarda Antichità*, Urbino 2019.
- GORIA 2005 = F. GORIA, *Il giurista nell'impero romano d'Oriente (da Giustiniano agli inizi del secolo XI)*, in L. BURGMANN (a c. di), *Fontes minores XI*, Frankfurt am Main 2005.
- HEIMBACH 1840 = G.E.H. HEIMBACH, *ANEKDOTA*, tomus II, Leipzig 1840.
- HUSSEY 1937 = J.M. HUSSEY, *Church and Learning in the Byzantine Empire, 867-1185*, London 1937.
- KALDELLIS 2006 = A. KALDELLIS, *Mothers and Sons, Fathers and Daughters. The Byzantine Family of Michael Psellos*, Notre Dame (IN) 2006.
- KALDELLIS-POLEMIS 2015 = A. KALDELLIS, J. POLEMIS, *Psellos and the Patriarchs. Letters and Funeral Orations for Keroullarios, Leichoudes and Xiphilinos*, Notre Dame (IN) 2015.

- KAZHDAN 1991 = A.P. KAZHDAN (a c. di), *The Oxford Dictionary of Byzantium*, New York-Oxford 1991.
- LAUTERXMANN 2017a = M.D. LAUXTERMANN, *The Interwined Lives of Michael Psellos and John Mauroπους*, in M. JEFFREYS, M.D. LAUXTERMANN (a c. di), *The Letters of Psellos. Cultural Networks and Historical Realities*, Oxford 2017, pp. 89-127.
- LAUXTERMANN 2017b = M.D. LAUXTERMANN, *Introduction*, in M. JEFFREYS, M.D. LAUXTERMANN (a c. di), *The Letters of Psellos. Cultural Networks and Historical Realities*, Oxford 2017, pp. 3-12.
- LEMERLE 1977 = P. LEMERLE, "Le gouvernement des philosophes": notes et remarques sur l'enseignement, les écoles, la culture, in P. LEMERLE, *Cinq études sur le XI^e siècle byzantin*, Paris 1977, pp. 193-248.
- MACRIDES 1991 = R.J. MACRIDES, *Perception of the Past in the Twelfth-Century Canonists*, in N. OIKONOMIDES (a c. di), *Byzantium in the 12th Century: Canon Law, State and Society*, Athine 1991.
- MACRIDES 1994 = R.J. MACRIDES, *The Competent Court*, in A.E. LAIOU, D. SIMON, *Law and Society in Byzantium: Ninth-Twelfth Centuries*, Washington 1994, pp. 117-130.
- MANGO 1991 = C. MANGO, *La civiltà bizantina*, Roma-Bari 1991.
- MAZZUCCHI 2011 = C.M. MAZZUCCHI, *Il contesto culturale e linguistico. Introduzione al lessico giuridico greco*, in J.H.A. LOKIN, B.H. STOLTE (a c. di), *Introduzione al diritto bizantino. Da Giustiniano ai Basilici*, Pavia 2011, pp. 71-78.
- MILES 2017 = G. MILES, *Psellos and His Traditions*, in S. MARIEV (a c. di), *Byzantine Perspectives on Neoplatonism*, Berlin 2017, pp. 79-102.
- MOORE 2005 = P. MOORE, *Iter Psellianum: A Detailed Listing of Manuscript Sources for All Works Attributed to Michael Psellos, Including a Comprehensive Bibliography*, Toronto 2005.
- MORTREUIL 1847 = J.A.B. MORTREUIL, *Histoire du droit byzantin*, tome III, Paris 1847.
- OIKONOMIDES 1986 = N. OIKONOMIDES, *The "Peira" of Eustathios Romaïos. An Abortive Attempt to Innovate in Byzantine Law*, in D. SIMON (a c. di), *Fontes Minores VII*, Frankfurt am Main 1986, pp. 169-192.
- OSTROGORSKY 1968 = G. OSTROGORSKY, *Storia dell'Impero bizantino*, Torino 1968.
- PAPAIOANNOU 2013 = S. PAPAIOANNOU, *Michael Psellos. Rhetoric and Authorship in Byzantium*, Cambridge 2013.
- PONTORIERO 2018 = I. PONTORIERO, *Libro III*, in G. LUCHETTI, A.L. DE PETRIS, F. MATTIOLI, I. PONTORIERO, *Iulius Paulus. Ad edictum libri I-III*, Roma 2018, pp. 146-194.
- PULIATTI 2011 = S. PULIATTI, *Le riforme costituzionali dal tardo impero all'età bizantina*, in J.H.A. LOKIN, B.H. STOLTE (a c. di), *Introduzione al diritto bizantino. Da Giustiniano ai Basilici*, Pavia 2011, pp. 3-69.
- SALAC 1954 = A. SALAC, *Novella Constitutio Saec. XI Medii quae est de schola iuris Constantinopoli constituenda et legum custode creando a Ioanne Mauropode conscripta, a Constantino IX Monomacho promulgata*, Praha 1954.

- SARADI 1995 = H. SARADI, *The Byzantine Tribunals: Problems in the Application of Justice and State Policy (9th-12th c.)*, in *Revue des études byzantines* 53 (1995), pp. 165-204.
- SATHAS 1876 = K.N. SATHAS, *Bibliotheca Graeca Medii Aevi*, vol. V, Venezia 1876.
- SCHMINCK 1979 = A. SCHMINCK, *Vier eberechtliche Entscheidungen aus dem 11. Jahrhundert*, in D. SIMON (a. c. di), *Fontes minores III*, Frankfurt am Main 1979, pp. 221-279.
- SCHMINCK 1986 = A. SCHMINCK, *Studien zu mittelbyzantinischen Rechtsbüchern*, Frankfurt am Main 1986.
- SICILIANO VILLANUEVA 1906 = L. SICILIANO VILLANUEVA, *Diritto bizantino*, Milano 1906.
- SIGNES CODOÑER-RODRÍGUEZ MARTÍN-ANDRÉS SANTOS 2019 = J. SIGNES CODOÑER, J.D. RODRÍGUEZ MARTÍN, F.J. ANDRÉS SANTOS, *Diccionario Jurídico Bizantino Griego-Español*, Granada 2019.
- SOPHOCLES 2003 = E.A. SOPHOCLES, *Greek Lexicon of the Roman and Byzantine Periods*, Hildesheim-Zürich-New York 2003 (rist.).
- SPADARO 1980 = D. SPADARO, *Alcune osservazioni sul Paris. Gr. 1182*, in *Scriptorium* 34.2 (1980), pp. 253-261.
- SPECK 1974 = P. SPECK, *Die Kaiserliche Universität von Konstantinopel. Präzisierungen zur Frage des höheren Schulwesens in Byzanz im 9. und 10. Jahrhundert*, München 1974.
- STOLTE 2011 = B.H. STOLTE, *The Value of the Byzantine Tradition for Textual Criticism of the Corpus Iuris Civilis. 'Graeca leguntur'*, in J.H.A. LOKIN, B.H. STOLTE (a. c. di), *Introduzione al diritto bizantino. Da Giustiniano ai Basilici*, Pavia 2011, pp. 667-680.
- STOLTE 2018 = B.H. STOLTE, *Byzantine Law: the Law of the New Rome*, in H. PHILAJAMÄKI, M.D. DUBBER, M. GODFREY (a. c. di), *The Oxford Handbook of European Legal History*, Oxford 2018, pp. 229-248.
- TROIANOS 2012 = S. TROIANOS, *Byzantine Canon Law from the Twelfth to the Fifteenth Centuries*, in W. HARTMANN, K. PENNINGTON (a. c. di), *The History of Byzantine and Eastern Canon Law to 1500*, Washington 2012, pp. 170-214.
- TROIANOS 2015 = S. TROIANOS, *Le fonti del diritto bizantino*, Torino 2015.
- VAN DER WAL-LOKIN 1985 = N. VAN DER WAL, J.H.A. LOKIN, *Historiae iuris graeco-romani delineatio. Les sources du droit byzantin de 300 à 1543*, Groningen 1985.
- VOSS 1982 = W.E. VOSS, *Recht und Rhetorik in der Kaisergesetzen der Spätantike*, Frankfurt am Main 1982.
- WEISS 1973 = G. WEISS, *Oströmische Beamte im Spiegel der Schriften des Michael Psellos*, München 1973.
- WOLSKA-CONUS 1976 = W. WOLSKA-CONUS, *Les écoles de Psellos et de Xiphilin sous Constantin IX Monomaque*, in AA.VV., *Travaux et mémoires. Recherches sur le XI^e siècle*, vol. VI, Paris 1976, pp. 223-243.
- WOLSKA-CONUS 1979 = W. WOLSKA-CONUS, *L'école de droit et l'enseignement du droit à Byzance au XI^e siècle: Xiphilin et Psellos*, in AA.VV., *Travaux et mémoires. Recherches sur le XI^e siècle*, vol. VII, Paris 1979, pp. 1-103.

L'ordine sistematico nella tradizione civilistica europea

Osservazioni minime

Andrea Lovato

Ordinario presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bari "Aldo Moro".
Membro del Senato Accademico dell'Ateneo di Bari e Presidente dell'Associazione Storico-Giuridica Costantiniana

Abstract (italiano)

L'oggetto dell'indagine è rappresentato dallo studio degli orientamenti presenti nel pensiero europeo, sia antico sia moderno, tesi a concepire e rappresentare il diritto civile come forma di sapere sistematico, nella convinzione che unicamente per mezzo di schemi articolati secondo un ordine razionale fosse possibile realizzare una vera scienza giuridica. La ricerca si svolge perciò lungo un unico filo conduttore, consistente nel ripercorrere le linee di pensiero che, attraverso i secoli, hanno obbedito all'esigenza di comporre il diritto civile in base a strutture ordinanti elaborate mediante procedimenti di tipo logico-definitorio e classificatorio. In tale direzione si è svolto dal Medioevo fino al secolo scorso una mole impressionante di lavoro, che ha accompagnato la creazione di grandiose architetture concettuali. Inoltre si esamina il problema delle differenti prospettive con cui è stata concepita l'idea stessa di "sistema" (o meglio "sistemi" al plurale), e si approfondisce il significato dell'espressione "tradizione civilistica europea", da intendersi con riferimento alla grandiosa elaborazione compiuta in Europa sul fondamento del diritto privato, nella forma e nei contenuti tramandati dalla compilazione giustiniana.

Keywords: sistema, tradizione civilistica, pensiero giuridico europeo

Abstract (English)

The goal of this paper is the reconstruction of european doctrinal tendencies, both ancient and modern. Civil law used to be approached in a systematic way in the conviction that only through complex schemes based on rational order was possible to create a true science of law. Over the centuries civil law was studied on the basis of ordering structures elaborated by means of logical defining and classifying procedures. Since the Middle Ages until the last century an impressive amount of work of this kind has been done, creating wide theoretical architectures. I will consider the different perspectives on the basis of which the "legal system" – or, better, the "legal systems" – have been conceived. I will also examine in depth the meaning of the expression "European civil tradition" with reference to the scheme elaborated in Europe mainly on the basis of private law, in accordance with the structures and contents originated by Justinian's compilation.

Keywords: legal system, European civil tradition, European legal science

1. Premessa

L'oggetto di questa indagine riguarda un aspetto peculiare della scienza giuridica europea, costituito dalla tendenza – forse riconoscibile in taluni spunti della riflessione giurisprudenziale romana, ma senza dubbio fortemente radicata nella millenaria tradizione cresciuta all'ombra dei *prudentes* – a concepire e rappresentare il diritto civile come forma di sapere sistematico, nella convinzione che unicamente per il tramite di schemi articolati secondo un ordine razionale (o “naturale” per alcuni maestri dell'Umanesimo giuridico) fosse possibile realizzare una vera *ars iuris civilis*¹. È evidente come l'arco temporale da prendere in considerazione sia vastissimo. Appare però possibile individuare nella ricerca un filo conduttore unico, consistente nel ripercorrere le linee di pensiero che, lungo i secoli, hanno obbedito all'esigenza (avvertita come primaria) di comporre il diritto civile in base a strutture ordinanti elaborate mediante procedimenti di tipo logico-definitorio e classificatorio. In tale direzione si è svolto dal Medioevo fino al secolo scorso una mole impressionante di lavoro, che ha accompagnato la creazione di grandiose architetture concettuali. È appena il caso di precisare che il vocabolo “sistema” non compare nell'antica letteratura giuridica; tuttavia, come osserva Mario Losano², ciò non significa che in essa manchi necessariamente anche il concetto. Sul punto si pone inoltre il problema, di recente riesaminato a fondo³, delle differenti prospettive con cui è stata concepita l'idea stessa di “sistema”: appare senz'altro preferibile parlare di “sistemi” al plurale, data la polivalenza del termine e dunque delle rappresentazioni concettuali ad esso sottese⁴.

Va chiarita anche l'espressione “tradizione civilistica europea”. Con essa intendiamo riferirci alla formidabile elaborazione compiuta nei secoli in alcune nazioni di Europa sul fondamento del diritto privato, nella forma e nei contenuti tramandati dalla compilazione giustiniana. Si generarono possenti movimenti di pensiero, prima il *ius commune*, successivamente l'*usus modernus Pandectarum*, poi altri fino alla Pandettistica e oltre⁵. Un gigantesco patrimonio di idee e dottrine, in cui rientravano a vario titolo figure giuridiche e precetti autoritativi, schemi negoziali e processuali, e soprattutto (per quel che qui interessa) opinioni e metodiche di esperti, elaborate per mezzo di «tecniche razionalmente definibili»⁶. Com'è noto, tale patrimonio ha costituito l'asse portante dei sistemi giuridici di molti paesi, formando e consolidando la loro

¹ Opportunamente BRUTTI 2021, p. 160 nt. 6, seguendo ORESTANO 1987³, p. 133 ss., ravvisa nella scienza giuridica europea due filoni sistematici: l'uno esterno alla materia e tendente alla chiarezza espositiva, all'efficacia didattica e alla persuasione retorica, l'altro interno, che si proponeva un obiettivo teorico più complesso e probabilmente più impegnativo, consistente nella scoperta della coerenza dell'insieme attraverso il lavoro di organizzazione dei materiali giuridici. Concordo con lo studioso (BRUTTI 2021, p. 160 ntt. 6-7) nel ritenere che da Donello in poi, e specie nella pandettistica, prevalesse questo secondo *modus procedendi*.

² LOSANO 2002, p. 18.

³ Cfr. GARBARINO 2020, p. 151 ss.; spunti significativi anche in BRUTTI 2021, p. 160 nt. 6.

⁴ Oltre agli autori menzionati nella nota precedente, il punto è ben evidenziato da VACCA 2003a, p. 341 ss., distinguendo, in particolare, tra sistema “estrinseco” e “intrinseco”.

⁵ Con commistioni ideologiche e metodologiche assai complesse fra le correnti dottrinali, che hanno dato luogo a contrastanti valutazioni storiografiche; per quelle ottocentesche relative all'*usus modernus* vd. per tutti CAPPELLINI 1984, p. 98 ss.

⁶ L'espressione è di BRETONE 1998, p. 75.

tradizione interna. Spesso però la permanenza di questa preziosa eredità era giustificata, come rilevava criticamente Silvio Perozzi già un secolo fa⁷, mediante il richiamo alla “vigenza” del sistema *tráditó*, assunta come punto fermo e imprescindibile. Si proseguiva così a dar credito alla risalente convinzione che la dignità scientifica di un diritto – compresa la “meritevolezza” di ogni studio e ricerca che lo riguardassero – non potesse che dipendere dalle concrete possibilità di applicazione pratica. Una differente visione si sarebbe affermata in seguito; e ci piace renderne il senso attraverso una riflessione di Orestano secondo la quale, al fine della formazione di un vero giurista, la tradizione non deve costituire un vincolo inevitabile cui essere astretti passivamente, bensì rappresentare l'oggetto di un continuo vaglio critico⁸.

In qual modo sia oggi legittimo parlare di “tradizione civilistica”, con lo sguardo puntato sulla congerie di materiali giuridici pervenutici dal passato, è uno degli interrogativi a nostro avviso cruciali, cui tenteremo di dare una risposta al termine di questo contributo.

2. Visioni ciceroniane dell'*ars iuris civilis*

È noto come Cicerone si sia avvalso spesso nei suoi scritti, dal giovanile *De inventione* ai *Topica*, di schemi diairetici, in particolare di quello di *genus* e *species*⁹. Un testo celebre, particolarmente rilevante ai nostri fini, è quello riportato in Cic., *De orat.*, 2.33.142:

Sed haec Crassus aliquando nobis expedit et exponet descripta generatim. Est enim, ne forte nescias, heri nobis ille hoc, Catule, pollicitus se ius civile, quod nunc diffusum et dissipatum esset, in certa genera coacturum et ad artem facilem redacturum.

In forma letteraria dialogica¹⁰, e nella finzione di una conversazione intercorsa durante i *Ludi Romani* del 91 a.C. tra Quinto Mucio Scevola l'Augure e l'oratore Lucio Licinio Crasso¹¹, Ci-

⁷ PEROZZI 1928³, p. 2. Merita di essere riportata per esteso la riflessione formulata dallo studioso: «un diritto si può esporre o presentandolo nel suo essere in un dato momento storico, o descrivendone il divenire attraverso il tempo. Nel primo caso l'esposizione è meramente dogmatica. Nel secondo è meramente storica. Carattere quasi esclusivamente dogmatico ebbero sino ad epoca non lontana così i lavori monografici, come i trattati di diritto romano, dedicati com'erano in grande prevalenza alla trattazione del diritto giustiniano in forza di circostanze diverse secondo i tempi ed i luoghi: o perché questo diritto era, o perché lo si riteneva ancora vigente, o per effetto soltanto di una tradizione scientifica, giustificata per lunga età da codesto vero o supposto vigore e che non si sapeva spezzare pur quando la giustificazione era cessata».

⁸ ORESTANO 1987³, p. 14.

⁹ Della tematica si è occupato, fra gli autori più recenti, SILLA 2014, p. 1 ss., con ampia informazione bibliografica. Con riguardo in particolare al *De oratore*, vd. TALAMANCA 1977a, p. 16 ss. e 159 ss.; inoltre TALAMANCA 2004, p. 3 ss. e TALAMANCA 2009, p. 29 ss. Pagine classiche sono quelle di NÖRR 1972, *passim*.

¹⁰ Di probabile derivazione greca, ispirata a modelli platonici e aristotelici: cfr. per tutti RIPSATI 1982, p. 254 ss.

¹¹ Il primo, console nel 117 a.C. e suocero di L. Licinio Crasso, avviò Cicerone agli studi del diritto, come si desume da Cic., *Lael.*, 1.1 e da Cic., *Brut.*, 89.306. Il secondo, nato nel 140 a.C., fu console nel 95 a.C. insieme a Quinto Mucio Scevola il Pontefice. Sul processo di “idealizzazione” al quale Cicerone sottopone, nel *De oratore*, la figura storica di Crasso, interessanti osservazioni in BONA 1980, pp. 296-297 nt. 61, il quale pone giustamente in rilievo come l'Arpinate facesse di Crasso un *alter ego*. Vd. anche BONA 1985, p. 205 ss. Più in generale, sulla finzione letteraria del dialogo ciceroniano e la realtà storica dell'ambiente rievocato, vd. MEYER 1970, *passim*.

cerone fa dire a quest'ultimo che il *ius civile*, essendo ancora *diffusum et dissipatum*, necessitava di essere coartato *in certa genera*, in modo da essere composto *ad artem facilem*. In sostanza era questa la convinzione di Cicerone¹², ribadita anche poco più avanti mediante la voce di Antonio, il quale adombrava la possibilità di un *vitium* nelle operazioni logico-definitorie, qualora fosse stata tralasciata la considerazione di un *genus* o di una *species*, ovvero si fosse ecceduto nel novero di queste ultime¹³. Dalla qualifica dell'*ars* come *facilis*, si è supposto che egli mirasse alla stesura di un manuale di carattere isagogico, avente lo scopo di consentire un facile apprendimento del diritto civile, specie per i giovani che si preparavano all'esercizio dell'arte forense¹⁴.

Può essere, com'è stato autorevolmente sostenuto¹⁵, che nel 55 a.C. l'oratore non avesse ancora un'idea precisa né sulla struttura da compiere sotto il profilo della tecnica diairetica, né su come organizzare nello schema anzidetto la complessa materia del *ius civile*. In ogni caso, il punto saliente del brano sembra consistere nella tensione a "costringere" il *ius civile* in date categorie concettuali allo scopo di ridurlo ad *ars*. Occorre dare unità e ordine logico ad una materia fino ad allora dispersa e confusa, ordinandola per mezzo di specifiche ramificazioni concettuali: un compito in cui, come scriveva La Pira, «la maestria del costruttore [...] sta nel sapere determinare con esattezza questa concatenazione di generi e di specie, nel cogliere ordinatamente tutti gli elementi differenziatori in modo che l'albero di queste conoscenze si offra alla visione di tutti come qualcosa di veramente compatto e unitario»¹⁶.

Il medesimo sforzo è avvertibile con chiarezza nel titolo di uno scritto ciceroniano andato perduto e di cui si hanno poche notizie, il *De iure civili in artem redigendo*¹⁷. Da notare la forma verbale *redigendo* e non *redacto*: l'uso del gerundio esprime l'idea di un processo di elaborazione del *ius civile* in corso, ossia ancora lontano dall'essere terminato, indicando non il risultato finale della sua riduzione in *ars*, bensì ma la metodologia impiegata per giungervi¹⁸.

¹² Cfr. per tutti SCHIAVONE 2005, p. 183 e TALAMANCA 2009, p. 69.

¹³ Cic., *De orat.*, 2.83. Cfr. per tutti SILLA 2014, p. 5.

¹⁴ Cfr. BONA 1980, pp. 304, 330-331, 343, 366-367 e 370, sulle orme di VILLEY 1945, p. 25 e di STROUX 1934, p. 127. Nello stesso senso TALAMANCA 2009, p. 45.

¹⁵ TALAMANCA 2009, p. 79.

¹⁶ LA PIRA 1936-1937, p. 134.

¹⁷ Gell., *N. A.*, 1.22.7 e Char., *Ars gram.*, 175.18b-19 [Barwick]. Ad avviso di BONA 1980, p. 372, all'operetta ciceroniana – probabilmente posteriore al *De oratore* – alluderebbe anche Quintiliano in *Inst.*, 12.3.10, parlando di *aliqua de eo* (con riferimento al *ius*) che Cicerone avrebbe avuto intenzione di comporre. Non dovevano mancare in essa informazioni "storiche" sui giuristi, come ha sostenuto BRETONE 1982², pp. 277-279, 283, e forse era presente a Pomponio nella stesura della "storia" della giurisprudenza romana leggibile nell'*Enchiridion*. Tale ultimo assunto però, come osserva TALAMANCA 1977b, p. 263, sulle orme di NÖRR 1976, p. 529, resta praticamente indimostrato. Ci si è pure posti l'interrogativo se il *De iure civili in artem redigendo* costituisse, piuttosto che uno scritto a se stante, uno dei libri incompiuti e andati perduti del *De legibus*, ma hanno resistito finora a critica le ricerche di DIRKSEN 1871, p. 5 ss., orientate in favore dell'autonomia dell'opera. Nello stesso senso BONA 1980, p. 373 nt. 314. Per molti studiosi l'operetta avrebbe avuto la finalità di dare esecuzione al programma enunciato nel *De oratore*: cfr. per tutti NÖRR 1976, p. 527 ss. e FUHRMANN 1960, p. 187 ss. Altre indicazioni in SCARANO USSANI 1993, p. 215 nt. 16. Anche per METTE 1954, pp. 52-53, si sarebbe trattato di uno scritto programmatico che riprendeva, ampliandole, le linee del progetto enunciato nel *De oratore*; di analogo avviso ALBANESE 2002, p. 42, il quale propende per uno scritto incompiuto, abbozzato da Cicerone poco prima della morte.

¹⁸ Così TALAMANCA 1977b, p. 265 nt. 137.

Il trattatello ha dato luogo in dottrina ad una serie di interrogativi circa i possibili contenuti, in particolare se con esso Cicerone volesse portare a compimento il disegno sistematico vagheggiato nel *De oratore* per mezzo di Crasso¹⁹. Importa qui sottolineare come l'impiego del verbo *redigere* riveli un intento di rigenerazione, di trasformazione²⁰, in sintonia con la tendenza a ordinare il diritto secondo schemi divisorî generali. In tale esigenza «sistematrice» – per usare un aggettivo caro a La Pira²¹ – Cicerone avrebbe individuato, nel *De oratore*, uno dei compiti della sua epoca. In un altro luogo di quest'opera ritroviamo due espressioni identiche ad alcune appena viste: *generatim* e *ad artem redigi*. È diverso però il contesto.

Cic., *De orat.*, 1.41.186: ... *deinde, posteaquam est editum expositis a Cn. Flavio primum actionibus, nulli fuerunt, qui illa artificiose digesta generatim componerent. Nihil est enim, quod ad artem redigi possit, nisi ille prius qui illa tenet quorum artem instituire volt, habet illam scientiam, ut ex iis rebus, quarum ars nondum sit, artem efficere possit.*

Qui Crasso ha appena terminato di notare come, dopo la pubblicazione dei formulari delle azioni ad opera di Gneo Flavio, non vi siano stati giuristi in grado di «comporre in arte le cose raccolte per categorie». Più precisamente, egli scrive *artificiose generatim*: il metodo da lui propugnato consisteva nell'articolare il diritto per *genera* e *artificiose*, ossia “a regola d'arte”, intendendo con l'avverbo un'attività di elaborazione compiuta mediante la sistemazione adeguata e coerente con l'insieme del diritto vigente²². Nella seconda parte del brano si indica la strada per giungere a tale risultato: la piena padronanza della scienza, unico mezzo possibile “affinché possa nascere l'arte da quelle cose da cui l'arte non sia stata ancora generata” (*ut ex iis rebus, quarum ars nondum sit, artem efficere possit*).

È opportuno puntare l'attenzione su due aspetti: in primo luogo, sulla correlazione tra *ars* e *scientia*, nel senso che dalle parole di Cicerone si desume agevolmente come quest'ultima gli apparisse strumentale al raggiungimento della prima²³; in secondo luogo, sull'annotazione

¹⁹ Accurate indicazioni bibliografiche in BONA 1980, p. 374 nt. 315, il quale ipotizza (p. 377) che Cicerone con questo scritto intendesse dare forma autonoma e di più ampio respiro al programma, già enunciato nel *De oratore*, del *ius civile in artem redigere*, svincolandolo dalla connessione strumentale con la *cognitio* del diritto civile, asservita a sua volta all'ideale retorico del *perfectus orator*, e riscattando in tal modo l'*ars iuris civilis* dalla posizione ancillare che aveva avuto nella precedente opera. Ad avviso di TALAMANCA 2009, p. 82, si può affermare con certezza che il *De iure civili in artem redigendo* non era l'*ars* che Crasso (impersonando i desideri di Cicerone) aveva in mente di comporre.

²⁰ Tale accezione venne opportunamente posta in rilievo da ORESTANO 1987³, p. 163, secondo il quale il verbo *redigere* non significava semplicemente “compilare”, bensì aveva il senso dialettico di “trasformare”, “mutare”, “ridurre”.

²¹ Presente nel titolo e nelle pagine di un noto saggio: cfr. LA PIRA 1934, p. 336 ss. Nella visione dell'A. il sistema è concepito – usando le sue stesse parole – come «fermento trasformatore» (p. 353); analogamente alcune pagine prima (p. 342) si parla della dialettica come «arte sistematrice che ha agito come lievito trasformatore».

²² ALBANESE 2002, p. 28, attribuisce ad *ars* il valore di «elaborazione tecnica analitica di un dato campo», che doveva svolgersi conformandosi a regole e criteri propri della specifica disciplina oggetto di elaborazione sistematica.

²³ Intendendo per *scientia* la conoscenza del *ius* e per *ars*, come meglio si vedrà fra breve, la riduzione dell'intera materia in *genera*: cfr. MANTOVANI 2009, p. 357 nt. 164. È però discusso il preciso significato dei due termini: secondo SCHIAVONE 2005, p. 184, essi indicherebbero, rispettivamente, «il possesso di una specifica tecnica» (*scientia*) e la «fondazione del sistema» (*ars*). Di contrario avviso ALBANESE 2002, p. 26, per il quale nel *De oratore* essi sarebbero sinonimi, indicando entrambi un

circa lo stato del diritto in quell'epoca. Al tempo della stesura del *De oratore*, nel 55 a.C.²⁴, Cicerone doveva considerare come non ancora avvenuto il passaggio a uno Stato in cui potesse dirsi sorta l'*ars iuris*. In altre parole, stando al giudizio formulato, egli non riteneva riuscito lo sforzo di sistemazione del *ius civile generatim* compiuto da Quinto Mucio²⁵. Va aggiunto che l'*ars* di cui fa menzione non doveva essere vista come appannaggio della giurisprudenza. Egli lo afferma con chiarezza in un altro punto, sempre per bocca di Crasso.

Cic., *De orat.*, 1.42.188: *Adhibita est igitur ars quaedam extrinsecus ex alio genere quodam, quod sibi totum philosophi adsumunt, quae rem dissolutam divolsamque conglutinet et ratione quadam constringeret. Sit ergo in iure civili finis hic: legitimae atque usitatae in rebus causisque civium aequabilitatis conservatio.*

La discussione verteva sulla necessità, sostenuta da Crasso e per suo tramite da Cicerone, di articolare il diritto distinguendo i generi e riducendoli a un numero limitato²⁶. Soffermiamoci sulle parole *ars quaedam extrinsecus ex alio genere quodam*: l'arte da cui attingere modelli e schemi adeguati a porre ordine proveniva dall'esterno (*extrinsecus*). Il terreno era quello praticato dai filosofi per dare unità (*conglutinare*) a una *res* scoordinata e contraddittoria (*rem dissolutam divolsamque*), fortificandola attraverso un metodo razionale (*ratione quadam constringeret*) tendente alla *conservatio aequabilitatis*: una locuzione, scrive Falcone²⁷, che allude alla salvaguardia e al rispetto dell'eguaglianza, da attuarsi attraverso lo specifico complesso delle cognizioni

uso specifico, «nel senso di attività intellettuale analitica di approfondimento teorico e sistematico, e di attività di ordinata categorizzazione del *ius* (o d'altra materia)». Testimonianze rilevanti sul valore di *ars* come attività di elaborazione sistematica sono, p. es., Cic., *De orat.*, 1.21.96, 28.128-130 e 32.145-148. LA PIRA 1936-1937, pp. 153-154, faceva coincidere l'*ars* con la τέχνη d'ispirazione epicurea, con cui si sarebbe inteso un metodo che insegnava ad organizzare e unificare, realizzando un sistema, cioè «un tutto organico di proposizioni che reciprocamente si sostengono». Tuttavia la valenza polisemica di *ars* – da “sistema” a “metodo”, da “padronanza scientifica” a “disciplina razionalmente organizzata” – sembra fuori discussione: cfr. per tutti SCHIAVONE 2005, p. 425 ss. Rilievi critici sull'attribuzione *tout court* ad *ars* del significato di “sistema” anche in SCARANO USSANI 1993, p. 213 ss. Ulteriori indicazioni in SILLA 2014, pp. 14-15 nt. 56.

²⁴ Sui problemi di datazione dell'opera, vd. per tutti ACHARD 1987, p. 319 ss.; fondamentale in merito la testimonianza resa da Cic., *Att.*, 4.13.2.

²⁵ D. 1.2.2.41 (Pomp. *l. sing. ench.*): *Post hos Quintus Mucius Publii filius pontifex maximus ius civile primus constituit generatim in libros decem et octo redigendo*. Com'è noto, è discussa in dottrina la portata del metodo diairetico di Quinto Mucio. Contro la posizione di chi tende ad accentuare il ruolo svolto dal giurista nei processi di astrazione finalizzati alla elaborazione delle categorie giuridiche fondamentali (cfr. per tutti SCHIAVONE 1977², p. 86 ss., 91 ss.), vi è l'opinione di coloro i quali sostengono che la diairesi muciana riguardasse piuttosto specifiche figure, operando all'interno di queste – cfr. p. es. GAI 1.188 in tema di *genera tutelarum*, o D. 41.2.3.23 (Paul. 54 *ad ed.*) per i *genera possessionum* – senza elevarsi sul piano della teoria generale. Vd. per tutti TALAMANCA 1977a, p. 211 ss. e 273 ss., nonché TALAMANCA 1981, p. 30 ss., il quale pone in rilievo come l'attività classificatoria di Mucio, oltre che di altri giuristi repubblicani, fosse circoscritta ai singoli istituti giuridici, lungi dalla «costruzione di coerenti sistemi espositivi della materia giuridica, razionalizzati sul piano dell'impiego di poche categorie generali» (p. 31). Dal canto suo BRETONE 1982, p. 108, avverte, sulle orme di WIEACKER 1976, pp. 7-8, come i moderni siano stati talvolta indotti a sopravvalutare l'impegno logico-definitorio dei giuristi romani; cfr. anche CANNATA 1997, p. 255 ss., per il quale risulterebbe assente in Mucio la costruzione sistematica dell'insieme del diritto civile secondo un apparato di *divisiones* fra loro coordinate. Tra gli autori più recenti VACCA 2018, p. 347 ss.

²⁶ Come si precisa nell'*incipit* del paragrafo successivo, in Cic., *De orat.*, 1.42.189: *Tum sunt notanda genera et ad certum numerum paucitatemque revocanda*. Sul punto, vd. per tutti FALCONE 2009, p. 503 ss.

²⁷ FALCONE 2009, p. 508.

organizzate in *ars*²⁸. In tal modo si sarebbe attuata una metamorfosi per mezzo della dialettica²⁹, con il risultato di realizzare un impianto sistematico classificatorio, costituente un tutto organico anche in campo giuridico³⁰.

Nei paragrafi successivi Cicerone si diffonde sulle operazioni necessarie per costruire una sistematica del *ius civile*.

Cic., *De orat.*, 1.42.190: ... *ut primum omne ius civile in genera digerat, quae perpauca sunt, deinde eorum generum quasi quaedam membra dispertiat, tum propriam cuiusque vim definitione declaret, perfectam artem iuris civilis habebitis, magis magnam atque uberem quam difficilem et obscuram.*

La sequenza delle operazioni ritenute fondamentali per ottenere un ordine adeguato alla *perfecta ars iuris civilis* si articola in tre scansioni: a) *digerere in genera*, ossia individuare le grandi categorie in cui procedere alla sistemazione del *ius*; b) *membra dispertire*, cioè ripartire i *genera* in *membra*; c) *propriam cuiusque vim declarare*, ovvero chiarire, con l'ausilio della *definitio*, l'essenza propria di ciascun concetto³¹. Solo procedendo in tal modo, l'*ars quaedam extrinsecus adhibita* avrebbe potuto assolvere alla funzione di *conglutinare* e *constringere* una *res* fino ad allora *dissoluta divolsaque*³². Occorreva però "smembrare" i *genera* con operazioni volte a "dividere" e a "definire": Cicerone, osserva Talamanca³³, non doveva avvertire alcuna difficoltà ad accostare «plasticamente» la *divisio generis* in *species* alla *divisio* del *corpus* nei suoi *membra* per il tramite di un procedimento diairetico, inteso come unica via possibile per giungere all'*ars perfecta* da lui propugnata. In tal modo si faceva interprete dell'esigenza di superare lo stato empirico della prassi forense in cui versava la giurisprudenza del suo tempo³⁴. Di qui la genesi di un programma basato sul metodo sistematico, in grado – su influsso della filosofia greca, come sottolineava Stroux³⁵, oltre che della grammatica e della retorica – di cogliere l'unità organica del diritto civile, realizzando così quella *perfecta ars iuris civilis* di cui si parla in Cic., *De orat.*, 1.42.190. A ciò servivano quelle operazioni rese con la triade verbale *digerere – dispertire – declarare*, dirette alla costruzione di un sistema e fatte presentare da Crasso nell'ordine voluto³⁶. Si noti come l'importanza del progetto si desuma anche da altri luoghi, come quello

²⁸ Si usa qui un'espressione analoga agli attributi *dispersa et dissipata*, usati poco prima (in Cic., *De orat.*, 1.42.187) con riferimento agli elementi che compongono determinate arti.

²⁹ Il punto è discusso analiticamente da TAMBURI 2013, p. 113 ss. e 247 ss.

³⁰ Cfr. BONA 1980, p. 323.

³¹ Sulla messa a fuoco di tali procedure, vd. per tutti ALBANESE 2002, pp. 34-35 e BONA 1980, pp. 304-305 e nt. 94.

³² Attraverso un metodo in grado, osserva acutamente BONA 1980, p. 305, di «costituire un tessuto organico di operazioni logiche chiaramente e compiutamente 'definibili' in sé e descrivibili nelle reciproche connessioni e tali da essere applicabili ad un 'tutto' unitariamente assunto». Vd. anche FALCONE 2009, p. 505 ss.

³³ TALAMANCA 1977a, p. 161 e nt. 467.

³⁴ Così BONA 1980, p. 284. Da notare che tale esigenza traspare anche dal *De legibus* (Cic., *Leg.*, 2.47), nel punto in cui Cicerone sembra rivolgere una velata accusa ai giureconsulti per la loro incapacità di enucleare principi generali: cfr. sul punto MANTOVANI 2009, pp. 330 e nt. 99, 356 e SILLA 2014, p. 14 e nt. 53.

³⁵ STROUX 1934, p. 124 ss.

³⁶ Cfr. anche BONA 1980, p. 375.

in cui, per bocca di Antonio, Cicerone criticava l'uso di conservare nelle scritture dei giuristi i nomi degli interroganti, perché in tal modo chi avesse avuto desiderio di apprendere il diritto sarebbe caduto nell'equivoco di ritenere che la ragione del parere o del dubbio risiedesse nelle persone e non nei fatti oggetto di analisi³⁷.

All'incirca un decennio dopo l'oratore torna ad occuparsi di *ars iuris civilis* nel *Brutus*, in un serrato quanto celebre confronto tra le fisionomie intellettuali di due grandi giuristi: da un lato Servio Sulpicio Rufo, suo intimo amico, dall'altro Quinto Mucio Scevola il Pontefice, antagonista di Crasso nella *causa Curiana*. Alla domanda del suo interlocutore, Giunio Bruto, Cicerone rispondeva antepoendo a Mucio la grandezza di Servio. Un giudizio assolutamente audace, se pensiamo che la fama e l'eccellenza di Mucio erano indiscusse e riconosciute da tutti. E allora è ancor più significativo che Cicerone sostenesse, al contrario, la superiorità di Servio, esaltato come colui che per primo era stato in grado di elevare la giurisprudenza ad *ars*.

Cic., *Brut.*, 41.152-153: *Hic Brutus: Ain tu? inquit. Etiamne Q. Scaevolae Servium nostrum anteponis? Sic enim, inquam, Brute, existimo, iuris civilis magnum usum et apud Scaevolam et apud multos fuisse, artem in hoc uno; quod numquam effecisset ipsius iuris scientia, nisi eam praeterea didicisset artem quae doceret rem universam tribuere in partibus, latentem explicare definiendo, obscuram explanare interpretando, ambigua primum videre, deinde distinguere, postremo habere regulam qua vera et falsa iudicaretur et quae quibus propositis essent quaeque non esset consequentia. Hic enim adtulit hanc artem omnium artium maximam quasi lucem ad ea quae confuse ab aliis aut respondebantur aut agebantur. Dialecticam mihi videris dicere, inquit. Recte, inquam, intellegis...*

Era indubbio, scrive Cicerone, che il diritto fosse stato praticato da Scevola come da tanti altri; ma uno soltanto, per l'appunto Servio, era stato capace di renderlo "arte". Per giungere a tale risultato non bastava la *scientia iuris*; occorreva piuttosto aver appreso quell'arte consistente nel distribuire in parti l'intera materia inerente alla fattispecie analizzata, esplicitare ciò che era ancora nascosto tramite il *definire*, chiarire le cose oscure mediante l'interpretazione, individuare e distinguere le ambiguità, stabilire il vero e il falso, infine valutare quali conseguenze trarre (e quali no) da quanto proposto. Lo strumento necessario per eliminare lo stato di confusione era la dialettica. Infatti alla precisazione di Bruto: "Parli della dialettica, mi sembra" (*Dialecticam mihi videris dicere, inquit*), Cicerone annuisce confermando la sua valutazione: "hai capito perfettamente" (*recte, inquam, intellegis*)³⁸.

A lungo gli studiosi si sono interrogati sull'ottica dell'Arpinate circa l'*ars iuris civilis* confrontando i brani appena visti. Fra le problematiche discusse quelle principali riguardano, da

³⁷ Cic., *De orat.*, 2.33.142. «Si tratta di una valutazione scientemente forzata, volta a far risaltare l'utilità e l'opportunità del progetto di *redigere ad artem il ius civile*»: è il commento di FALCONE 2020, p. 188 nt. 30. Sul passo, vd. anche BRETONE 2018¹⁹, p. 201. Esso costituisce l'*incipit* del testo ciceroniano di cui si è parlato *supra*, in apertura del presente contributo.

³⁸ Sul punto, vd. per tutti TAMBURI 2013, p. 242 ss. e 247.

un lato, l'esatta portata del progetto formulato nel *De oratore*, dall'altro la prospettiva dell'*ars iuris* presente nella enfatica esaltazione della fisionomia scientifica di Servio nel *Brutus*. Il nesso di congiunzione fra le questioni sta nel riferimento in entrambe all'*ars*: nella prima come obiettivo della *scientia iuris civilis*, nella seconda quale criterio fondamentale di distinzione all'interno del ceto dei giureconsulti. Ci si è posti l'interrogativo se sia possibile individuare fra le due opere una linea di continuità ideologica, per ipotesi rivelatrice di una posizione uniforme in Cicerone, tendente alla critica dei procedimenti casistici fino ad allora in uso tra i giuristi e propensa, invece, all'impiego di una metodologia fondata sulla elaborazione del "sistema". In tal caso, il passo di Cic., *Brut.*, 41.152 andrebbe interpretato nello stesso senso di quelli tratti dal *De oratore*.

Sul punto la dottrina è divisa. La Pira sostenne che al tempo di Cicerone sarebbe stato fortemente avvertito il bisogno di procedere ad una sistemazione della scienza giuridica, superando così il tentativo compiuto alcuni decenni prima da Quinto Mucio Scevola, il cui lavoro appare valutato negativamente nel testo appena visto³⁹. Per tale motivo, in contrapposizione alla figura di Mucio, si darebbe risalto nel *Brutus* a quella di Servio Sulpicio Rufo, giudicato come «il costruttore della prima opera giuridica sistematica»⁴⁰. Tuttavia, in tal modo il senso del brano viene forzato nel tentativo di uniformarlo a quanto si dice nel *De oratore*; e a una lettura siffatta è stato agevole obiettare che non vi è traccia, nelle fonti a nostra disposizione, di scritti sistematici composti da Servio⁴¹. Altri autori hanno suggerito un'ipotesi opposta: la lode ciceroniana riguarderebbe proprio la metodologia serviana, incentrata sull'uso della dialettica e della topica, perciò contraria a forme di pensiero sistematico⁴². È evidente come tale interpretazione finisca per svalutare i passi tratti dal *De oratore*, relegati a significare esclusivamente l'atteggiamento critico di Cicerone nei riguardi dello stile giuridico nel contesto dell'opera⁴³.

A nostro avviso, il difetto comune a entrambe le posizioni (per quanto tra loro opposte) è nel considerare i passi sullo stesso piano, espressione di un medesimo concetto di *ars iuris* presente nei due scritti⁴⁴. Ragionando in tal modo è facile cadere in quel vizio metodologico descritto efficacemente da Ferdinando Bona con riguardo alla seconda delle tesi sommariamente esposte:

³⁹ LA PIRA 1934, p. 338 ss. e 352 ss. Secondo l'A., la critica rivolta da Cicerone in *Leg.*, 2.47 ai giuristi avrebbe riguardato innanzitutto Scevola. Sul concetto di *scientia* nella visione dell'ultimo secolo della Repubblica e sulle operazioni necessarie al raggiungimento di una "sistemazione" generale del diritto, vd. anche LA PIRA 1936-1937, p. 131 ss.; nella medesima direzione STROUX 1934, p. 83 ss., contro gli opposti orientamenti di LENEL 1892, p. 19 ss.

⁴⁰ LA PIRA 1934, p. 353. Una posizione sostenuta anche da altri studiosi, ma decisamente criticata da TALAMANCA 2009, p. 93.

⁴¹ Cfr. SCHULZ 1953², p. 174. L'A. poneva in rilievo l'amicizia con Servio (che con Mucio era entrato in polemica), quale vero fattore del giudizio ciceroniano, teso a enfatizzare la figura dell'amico pur di screditare l'operato di Mucio. L'assenza di tracce di scritti sistematici composti da Servio è rilevata, fra altri studiosi, da STEIN 1966, p. 42 e da WIEACKER 1969, p. 468; cfr. anche TALAMANCA 2009, p. 93.

⁴² È la nota posizione di VIEHWEG 1953, p. 54 ss. Secondo TALAMANCA 2009, pp. 95-96, l'esaltazione di Servio e della sua metodologia "dialettica" dimostrerebbe il venir meno in Cicerone dell'interesse per il progetto vagheggiato dieci anni prima.

⁴³ Così BONA 1980, p. 290.

⁴⁴ Sul punto, vd. le illuminanti osservazioni di BONA 1980, pp. 295-296 e ntt. 54-56, con indicazioni bibliografiche.

«[...] così, se ben interpreto il pensiero dell'Autore, non i passi del *Brutus* ricevono luce dal passo del *De oratore*, bensì sono i passi del *Brutus* che illuminerebbero sul corretto significato del passo del *De oratore*»⁴⁵.

Il rischio è nella deformazione del contenuto degli uni o degli altri. È consigliabile una diversa interpretazione che, tenendo conto delle posizioni non sempre coerenti di Cicerone nonché della sua poliedrica personalità, ponga massima attenzione al contesto in cui, volta per volta, il suo pensiero viene formulato.

Sofferamoci sullo scenario offerto dal brano del *De oratore*. A Cicerone non interessava trattare del metodo di lavoro dei giuristi, fondato sull'analisi del caso e lontano da categorie concettuali e definizioni⁴⁶. Si spingeva piuttosto, allo stesso modo che nel *De iure civili in artem redigendo*, a proporre un disegno sistematico contenente i primi rudimenti del sapere giuridico per finalità di apprendimento, in particolare dei giovani che si avviavano sulla strada dell'esercizio dell'arte oratoria e forense⁴⁷ (senza escludere altri possibili impieghi)⁴⁸. Anche in opere giovanili – si pensi al *De inventione*⁴⁹ – Cicerone aveva affrontato questioni relative a procedimenti di tipo classificatorio e definitorio, e ora, nella maturità, non faceva che tornare ad occuparsi di una metodologia già sperimentata. Il punto fondamentale è nella decisa affermazione della necessità della conoscenza del diritto per coloro che si dedicavano alla carriera oratoria. Come osserva Bona⁵⁰, la pretesa fatta valere non era il raggiungimento della *peritia iuris civilis*, bensì della *cognitio o scientia*, cosa diversa e più semplice. L'oratore non confondeva affatto ruoli e finalità delle due *artes*⁵¹: le professioni restavano distinte. L'ottica non era quella dell'approfondimento specialistico o casistico-problematico, pur se da un'esposizione sintetica sarebbe stato possibile, per chiunque dotato di un medio ingegno, trovare per deduzione la soluzione dei casi concreti⁵². Se è vero, come ha sostenuto Villey⁵³, che la finalità di Cicerone era didattica, per cui egli potrebbe aver anticipato l'intento scolastico realizzato due secoli dopo da Gaio⁵⁴, non va dimenticato che diversi – non solo in senso cronologico, ma anche e

⁴⁵ BONA 1980, p. 291.

⁴⁶ Tale profilo venne posto in rilievo, fra altri studiosi, da VON LÜBTOW 1944, p. 224 ss., 232, per il quale Cicerone avrebbe vagheggiato la possibilità di una costruzione sistematica del *ius civile* proprio perché poco avvezzo alle metodiche giurisprudenziali del suo tempo; anche per questo il suo disegno non avrebbe avuto seguito fra i giuristi. Cfr. anche BONA 1980, pp. 289-290.

⁴⁷ Vd. sul punto BONA 1980, p. 282 ss., 330 ss. e 382 e BONA 1985, p. 205 ss.

⁴⁸ Secondo TALAMANCA 2009, p. 72, sarebbe riduttivo identificare tale scopo con il mettere a disposizione degli oratori un manuale per imparare la *scientia iuris*; in ogni caso però la sua stesura non avrebbe potuto sostituire la tradizionale metodologia dei *prudentes*, fondata sulla elaborazione e aggiornamento del diritto vigente. Cfr. anche TALAMANCA 2004, p. 14.

⁴⁹ Cfr. in particolare Cic., *Inv.*, 1.22.32-23, su cui BONA 1980, p. 325 e nt. 170, con altre indicazioni bibliografiche.

⁵⁰ BONA 1980, p. 301.

⁵¹ BONA 1980, p. 302.

⁵² Così MANTOVANI 2009, p. 358.

⁵³ VILLEY 1945, p. 25. Nello stesso senso si era già pronunciato STROUX 1934, p. 100.

⁵⁴ Come ritiene, fra altri studiosi, CASAVOLA 1966, p. 8 ss. Sugli spunti "sistematici" che avrebbero preceduto l'impianto gaiano vd. anche VILLEY 1945, p. 3 ss., 28 ss., e FUHRMANN 1960, p. 186 ss.

soprattutto per la professione cui aspiravano – erano i destinatari dei programmi rispettivi e i loro possibili fruitori.

Nel *Brutus* l'ottica appare mutata e l'identità lessicale del termine non deve trarre in inganno⁵⁵. Il punto di vista dell'oratore si focalizza qui sull'*ars iuris* intesa non nel senso di "sistema" con finalità isagogiche, ma come scienza da praticare per mezzo della dialettica, in una dimensione intellettuale del tutto differente⁵⁶. Le prospettive a fondamento delle due opere non vanno confuse, pur se in entrambe si parla di *ars iuris civilis*: un'idea che poteva assumere contenuti diversi in base ai contesti specifici in cui era impiegata, adeguandosi a differenti scenari. Si spiega così sia la mancata menzione della *dialectica* nel *De oratore* – ad impedirlo era, appunto, la cornice "sistematica" del contesto – sia l'esaltazione della figura di Servio nel *Brutus* dovuta, in buona sostanza, al sapiente uso della dialettica nell'esercizio dell'attività rispondente, da altri giuristi svolta in modo confuso e ora da costui finalmente illuminata, *quasi lucem*⁵⁷.

È possibile che nella stessa epoca emergessero altre iniziative tendenti alla "sistemazione" delle fonti del diritto. Secondo una parte degli studiosi, al progetto cesariano cui si fa cenno in alcune testimonianze⁵⁸ – probabilmente diretto a unificare le fonti del diritto – avrebbe collaborato attivamente Aulo Ofilio con la stesura dei *libri iuris partiti*⁵⁹. Fallito, com'è noto, il tentativo codificatorio di Cesare con la sua morte, Ofilio avrebbe riversato in quest'opera esigenze già avvertite tra i giuristi del tempo – forse ispirandosi alla struttura logico-sistematica dei *Tripertita* di Sesto Elio⁶⁰ – distribuendo al suo interno i diversi *iura* secondo un ordine coerente⁶¹. Se l'ipotesi è discussa, si può tuttavia dare per certo che non è possibile desumere una tendenza giurisprudenziale in tale direzione sulla base del programma delineato nel *De oratore*, finalizzato piuttosto, per quanto detto, alla formazione dei giovani oratori: indifferenti di fronte a istanze "sistemizzanti", i giureconsulti coevi proseguirono nelle loro consuete attività di indagine casistica, rispetto alle quali l'*ars iuris civilis*, se intesa come "arte sistema-

⁵⁵ Nel senso che essa cela un netto cambiamento di concetti: cfr. SCHIAVONE 2005, p. 186.

⁵⁶ Cfr. per tutti VILLEY 1945, p. 25 ss. e SCHULZ 1953², p. 131 ss. Sul passo, di forte rilievo nello studio del metodo dialettico nella giurisprudenza romana, la bibliografia è imponente. Fra le ricerche del secolo scorso si segnalano in particolare STROUX 1934, p. 90 ss.; METTE 1954, p. 52 ss.; BONA 1980, p. 306 ss., 316 ss.; una puntale rassegna in SCARANO USSANI 1993, pp. 219-220 nt. 37; importanti considerazioni in SCHIAVONE 2005, p. 186 ss., 304 s. e 477 ss. Aggiornamenti in TAMBURI 2013, p. 242 ss., 247 ss.

⁵⁷ In effetti, nota BONA 1980, p. 354, l'interpretazione del passo del *Brutus* nel senso di attribuire a Servio il merito di aver realizzato il programma del *ius civile in artem redigere* è resa possibile solo alla luce del *De oratore*, in virtù – come si è già notato – di una lettura deformante. Occorre invece collocare il testo del *Brutus* nell'ambito dell'attività rispondente, con esplicito riferimento agli strumenti offerti dall'arte della dialettica. Vd. anche BONA 1980, pp. 358 e 360-362.

⁵⁸ Suet., *Iul.*, 44.2; Isid., *Etym.*, 5.1.5 (qui si fa pure menzione dell'intento pompeiano di *leges redigere in libris*). Vd. per tutti D'IPPOLITO 1994², p. 93 ss. e SCHIAVONE 2005, p. 304 (con ulteriori indicazioni bibliografiche a p. 516 nt. 11). Tuttavia, TALAMANCA 2009, pp. 98-99, nutre forti dubbi sulla possibilità di individuare un collegamento fra tali notizie e il progetto ciceroniano.

⁵⁹ Cfr. CASAVOLA 1980, p. 130 ss.; D'IPPOLITO 1994², p. 91 ss.; CERAMI 1998, p. 83 ss. L'ipotesi però ha incontrato i rilievi critici di ALBANESE 2000, pp. 362-368, nonché di GUARINO 2002, p. 255 ss. Una sintesi della questione in BIAVASCHI 2011, p. 5 e nt. 9, p. 19 ss.; di recente STARACE 2018, p. 187 ss.

⁶⁰ Cfr. D'IPPOLITO 1994², p. 112.

⁶¹ Così CERAMI 1998, p. 85; vd. anche BIAVASCHI 2011, p. 26 ss.

trice”, dovette apparire sostanzialmente estranea⁶². Alla realizzazione di questa *ars* contribuì certamente l’impiego di schemi diairetici, classificatori, definitorii⁶³, come pure l’enucleazione di affinità, differenze e distinzioni proprie della dialettica, ma (perlomeno di regola) all’interno di un’attività di *interpretatio* che puntava alla soluzione di casi o alla formulazione di regole⁶⁴. È significativo al riguardo il «completo silenzio»⁶⁵ che circondò il *De iure civili in artem redigendo* fra i *prudentes* contemporanei. Il cenno che ne fa Pomponio in D. 1.2.2.44 (Pomp. *l. sing. ench.*), allude a un lavoro di sistemazione del *ius civile* che ci resta in larga parte sconosciuto e che con ogni probabilità fu ignorato, se non osteggiato, dai giuristi posteriori. È noto il loro *modus operandi*. Lungi dal confezionare tasselli di un “sistema” ordinato e coerente, preferivano concentrarsi sull’analisi dei problemi specifici sottoposti alla loro attenzione. Solo molti secoli dopo le istanze sistematiche, espressione di un’ideologia giusrazionalistica, si affacciarono con prepotenza fino a prevalere, privilegiando gli scritti istituzionali rispetto a quelli problematici, perché – come osserva Bretonne – «nei primi potevano vedersi linee costruttive che nei secondi erano assenti»⁶⁶.

3. Metafore e architetture concettuali

Il brano ciceroniano su cui ci siamo già soffermati, Cic., *De orat.*, 1.42.190, offre al lettore ulteriori spunti di riflessione. Sembra possibile scorgere in esso la flebile traccia di un sillogismo, di cui si potrebbe individuare la premessa maggiore nella frase *omne ius civile in genera digerat*, che il diritto si divide in *genera*; la premessa minore nelle parole che seguono, *quasi quaedam membra dispertiat*, che i *genera* si articolano come le membra di un corpo; la conclusione implicita è nella metafora del diritto come “corpo”.

Questa immagine attraversa la letteratura antica con riguardo a situazioni e vicende ben diverse fra loro, estendendosi all’organizzazione politica della comunità romana in un dato momento storico del suo sviluppo. È celebre, per esempio, l’immagine offerta dalla narrazione liviana del discorso che, nel 494 a.C., Menenio Agrippa avrebbe rivolto alla plebe⁶⁷. Secondo la tradizione, al fine di protestare contro la chiusura patrizia dinanzi alle istanze dei plebei dopo la caduta della monarchia, costoro si erano ritirati sul Monte Sacro (o sull’Aventino). Agrippa avrebbe cercato di convincerli a recedere da un atteggiamento di resistenza passiva, facendo ricorso, nel suo celebre apologo, a una metafora “organicistica”: allo stesso modo di un corpo umano, in cui i singoli organi, dalle mani alla bocca e allo stomaco, hanno ciascuno la propria

⁶² Cfr. BONA 1980, p. 381: un punto, questo, su cui l’A. ritorna spesso nel suo saggio (cfr. p. es. pp. 332-333, 344 e 350).

⁶³ Due studi classici sul punto sono quelli di MARTINI 1966, *passim* e di TALAMANCA 1977a, p. 3 ss.; ma vd. anche BONA 1988, pp. 1148-1149.

⁶⁴ Su quest’ultimo profilo, vd. in particolare WIEACKER 1969, p. 448 ss.

⁶⁵ Così SCHIAVONE 2005, p. 185.

⁶⁶ BRETONNE 1982², p. 108.

⁶⁷ Il monologo di Agrippa è riportato in Liv., 2.32.8-12; altra fonte d’importanza primaria per la ricostruzione del discorso è Dionis. Hal., 6.86.1-5. Sulla vicenda, vd. ora la dettagliata analisi di SCEVOLA 2017, p. 491 ss.

funzione – e sono perciò tra loro connessi e coordinati per far vivere l'entità intera – così patrizi e plebei costituiscono parti inscindibili di una medesima entità “vitale”. Una loro scissione era impossibile: un “corpo”, appunto, pur nella necessaria distinzione di ruoli e funzioni.

Quanto all'ambito retorico, in un breve testo tratto dai *Topica* ciceroniani affiora un'altra nota metafora, formulata a proposito della differenza tra *partitio* e *divisio*: nella *partitio* si distinguono i *membra*, scrive Cicerone, allo stesso modo in cui nel corpo è possibile distinguere la testa, le spalle, le mani, i fianchi, i piedi e altro.

Cic., *Top.*, 6.30: ... *In partitione quasi membra sunt, ut corporis caput, umeri, manus, latera, crura, pedes et cetera.*

L'idea di un complesso coerente e organico, in grado di garantire la vitalità del “tutto” attraverso il funzionamento delle singole parti, è alla base di una rappresentazione concettuale che non trovò ampio spazio nelle indagini e nelle logiche dei giuristi romani. Una tendenza “ordinatrice” con intenti sistematici generali non prese mai il sopravvento e non costituì un tratto caratteristico del loro *modus operandi*; tuttavia, ciò non ha impedito agli studiosi di cogliere talune affinità tra il disegno ciceroniano e le metodiche seguite da qualche giureconsulto.

A un'indagine in tale direzione si sono dedicati alcuni autori del Novecento. Si è già fatto cenno alle ricerche di La Pira, che vedeva nell'ultimo secolo della Repubblica un momento cruciale di metamorfosi della giurisprudenza: dalla fase cautelare e pratica a quella della costruzione sistematica⁶⁸. Per lo studioso fiorentino non era difficile constatare la conformità del sistema gaiano alle linee strutturali del programma ciceroniano. In una prospettiva non molto diversa si sono mossi altri autori: ad avviso di Albanese l'opera gaiana, articolata secondo *genera, species e definitiones*, mostrerebbe quanto plausibile fosse il proposito delineato nel *De oratore*⁶⁹. Albanese concludeva il suo saggio sull'*ars iuris civilis* nel pensiero di Cicerone accennando alla «non trascurabile probabilità» che qualche giurista ne potesse aver raccolto il programma dopo la morte, «redigendo un'opera che potrebbe aver costituito un precedente delle Istituzioni gaiane»⁷⁰. Anche per Villey il programma ciceroniano sarebbe stato portato a compimento da giuristi più o meno contemporanei di Cicerone, dalle cui opere avrebbe poi attinto Gaio nella composizione del suo manuale⁷¹.

Non è nostro intento riprendere in esame la complessa questione. Se ne sono occupati a lungo alcuni studiosi, con l'obiettivo di individuare eventuali tracce di concezioni sistematiche nel pensiero giuridico romano⁷²; e sono convincenti, a nostro parere, i risultati scientifici rag-

⁶⁸ Vd. *supra*, ntt. 21, 39 e 40.

⁶⁹ ALBANESE 2002, p. 45.

⁷⁰ ALBANESE 2002, p. 45.

⁷¹ VILLEY 1945, p. 25 ss., 35 ss. e 41 ss.

⁷² Vd., in particolare, oltre ai contributi già menzionati, i lavori di CUENA BOY 1998, *passim* e di LANTELLA 1975, *passim*. Più di recente VACCA 2003b, p. 325 ss.

giunti con riguardo all'arco temporale che va da Cicerone a Gaio, in relazione ai quali è assai dubbio che sia possibile accostare, sotto questo profilo, le prospettive dei romani a quelle dei moderni o dei contemporanei⁷³. A supporto delle ricerche compiute, osserviamo che non di rado la ricerca storico-giuridica ha corso (e corre) il rischio di generalizzare taluni spunti rilevabili dalle testimonianze antiche, attribuendo ad essi il valore di categorie logico-concettuali universali, riscontrabili in ogni tempo e ordinamento. Per dirla con Orestano:

«solo una visione ingenuamente semplicistica può far ritenere che il 'nostro' schema debba essere quello e soltanto quello [...] in cui veniamo elaborando e ordinando l'esperienza del presente, con il rischio di deformazioni ancor più gravi di quelle denunciate per i concetti singoli»⁷⁴.

A nostro parere ciò è accaduto anche con riguardo alla problematica di cui ci stiamo occupando, rispetto alla quale gli studiosi hanno talvolta trascurato un dato dal quale, al contrario, non può assolutamente prescindere: che il *redigere* come lo intendeva Cicerone, ossia l'ordinata "categorizzazione" e distribuzione del *ius* in *genera* e *partes*, rappresentava un'istanza metodologica, non ontologica, da riportare al contesto dell'opera in cui essa venne formulata.

Anche in altri settori, il mancato inquadramento dell'esigenza sistematica nella cornice storica sua propria ha prodotto l'effetto di "assolutizzare" una data organizzazione della materia giuridica. A tal proposito (e pur se riguarda uno scenario affatto diverso) è illuminante un'osservazione di Lenel. Nel suo celebre tentativo di ricostruzione dell'editto pretorio, cui si dedicò tra gli ultimi decenni dell'Ottocento e i primi decenni del secolo scorso, lo studioso avvertiva il lettore che i romani non attribuirono affatto ad un sistema organizzato il valore che vi assegnano i moderni⁷⁵. L'intento dei redattori dell'editto, precisava, non era quello di dividerlo in grandi unità sistematiche rigidamente strutturate. Per tale ragione Lenel criticava l'ordine e l'impianto edittali delineati da Rudorff, scrivendo testualmente:

«così si dà al sistema dell'editto un'immagine di simmetria, che ha solo l'effetto di isolarlo, ma è una simmetria che complessivamente esso non vuole avere e non può avere. Sviluppatosi storicamente fino allo stato attuale, gradualmente nei secoli, all'editto era necessariamente estranea una sistematica così compiuta e il redattore dello stesso non gliela poteva dare, a meno di rivoltare sotto sopra in modo radicale tutta la materia, di strappare una pluralità di editti dai contesti in cui si trovavano prima e dove erano stati introdotti: e non c'era nessuna ragione che imponeva di fare ciò»⁷⁶.

⁷³ Cfr. per tutti CUENA BOY 1998, p. 145 ss.

⁷⁴ ORESTANO 1987³, p. 421.

⁷⁵ LENEL 1927³, p. 17. Una traduzione della pagina in FARGNOLI 2010, p. 47.

⁷⁶ LENEL 1927³, p. 18 = FARGNOLI 2010, p. 47, da cui è tratta la traduzione del punto sopra riportato.

Sulle seguenti parole occorre riflettere a lungo: «strappare una pluralità di editti dai contesti in cui si trovavano prima». Le architetture giuridiche non sono aliene dal terreno che storicamente le produce, in base a istanze, problemi e interessi che variano nel tempo, pure sensibilmente. Il discorso leneliano vale per gli editti degli antichi magistrati, com'è ovvio, ma potrebbe estendersi ad altre elaborazioni e in particolare, per quanto c'interessa, alle analisi compiute dai giuristi: per le quali è valida, a nostro avviso, una riflessione di Talamanca secondo cui, lungi dalla formulazione di un "sistema" universale, l'attività classificatoria svolta dalla giurisprudenza restava confinata all'interno dei singoli istituti, senza tentare di fondere queste classificazioni in stemmi diairetici più complessi, anche quando ciò fosse stato possibile⁷⁷.

È da aggiungere che pure all'interno dei singoli istituti i problemi di qualificazione e collocazione di singole figure in categorie giuridiche dovettero dar luogo a visioni non sempre omogenee. Un esempio è in un testo gaiano in materia di classificazione delle "specie" di tutela.

Gai 1.188: ex his apparet, quot sint species tutelarum. Si vero quaeramus, in quot genera hae species diducantur, longa erit disputatio; nam de ea re valde veteres dubitaverunt. Nos, qui diligentius hunc tractatum exsecuti sumus et in edicti interpretatione et in his libris, quos ex Q. Mucio fecimus, hoc totum tantisper sufficit admonuisse, quod quidam quinque genera esse dixerunt, ut Q. Mucius; alii tria, ut Ser. Sulpicius; alii duo, ut Labeo; alii tot genera esse crediderunt, quot etiam species essent.

Dopo aver trattato nei precedenti paragrafi della tutela dativa, Gaio c'informa di essersi occupato altrove "più diligentemente" (*diligentius*) della questione relativa alla classificazione delle *species tutelarum*. Egli ricordava che in merito avevano discusso molto i *veteres*, e che sul numero dei *genera* si erano formate posizioni differenti, di cui menzionava quelle di alcuni suoi illustri predecessori: Quinto Mucio, Servio, Labeone, più un'altra in cui coincidevano *genera* e *species*. È fuor di dubbio, è stato osservato⁷⁸, che l'impronta del discorso fosse quello di una rievocazione storica. E a parte l'ovvia constatazione che operazioni classificatorie di questo tipo furono tracciate dai *prudentes* anche con riguardo ad altre figure giuridiche, a noi interessa porre in rilievo, per il tramite di questo esempio, come le sistematiche potessero mutare in funzione di esigenze e prospettive variabili, non solo da epoca a epoca ma anche da giurista a giurista. È innegabile la tendenza gaiana alla ramificazione degli istituti, a cominciare dalla *summa divisio de iure personarum in liberi e servi*, che seguiva alla celebre tricotomia *omne autem ius quo utimur vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones*. A lungo gli studiosi si sono posti l'interrogativo circa la paternità della *divisio*; ed è possibile, come ritiene Orestano⁷⁹, che fosse anteriore al giurista, da costui fatta propria e ripresa nei secoli a venire. Ogni

⁷⁷ TALAMANCA 1977a, p. 213.

⁷⁸ MASCHI 1966², p. 183.

⁷⁹ ORESTANO 1987³, p. 425. Secondo SCHERILLO 1992b, p. 45, il contributo di Gaio sarebbe consistito nel perfezionare il sistema individuandone il fondamento razionale, e superando così la prospettiva muciana.

giudizio però non può prescindere dal tener presente la vocazione didattica dell'opera: forse si trattava di una semplice operazione diretta a imprimere un ordine preliminare alla materia da sviluppare, pur se in tal modo si veniva a incidere in profondità sulle classificazioni risalenti alle sistematiche muciana e sabiniana⁸⁰. Tra queste ultime e quella gaiana le differenze sono più d'una, ma qui interessa sottolineare soltanto la principale: che mentre quelle più risalenti si fondavano su figure giuridiche basilari come il testamento, la *mancipatio*, la *stipulatio*, per poi collegare ad esse altri istituti mediante rilevazione di affinità e associazione d'idee⁸¹, Gaio, al contrario, volgeva lo sforzo classificatorio a incardinare situazioni e rapporti sui tre elementi – persone, cose e azioni – da lui valutati come i pilastri dell'intera fenomenologia giuridica.

4. Sistematiche moderne

Nell'ottica della costruzione di sistemi giuridici, in età giustiniana si assiste ad un cambio di registro totale e irreversibile. Per le ragioni che vedremo, da un punto di vista specifico l'Imperatore traccia una linea di demarcazione netta e definitiva rispetto al passato. A nostro avviso, è nella compilazione di Giustiniano che va individuata la prima articolazione sistematica moderna, preludio di quelle elaborate, seppure a distanza di parecchi secoli, dai grandi Umanisti del Seicento.

Prendiamo le mosse dal *principium* della *constitutio Haec quae necessario* del 13 febbraio 528, in cui si dichiarava che il fine della attività di composizione del *novus Codex* era quello di *prolixitatem litium amputare*. Giustiniano mirava a risolvere il problema della «prolissità» delle controversie giudiziarie, intervenendo sulla *recitatio* menzionata al § 3, ossia la prassi secondo cui dinanzi ai tribunali le parti e i loro difensori potevano citare, a supporto delle tesi sostenute, i testi normativi ritenuti pertinenti e applicabili alle liti in corso. Egli si riferiva qui alla *recitatio constitutionum*⁸². Tuttavia, com'è noto, la *recitatio* poteva consistere anche nel richiamo ai pareri degli antichi *prudentes*, con riguardo ai quali era ancora in vigore la disciplina stabilita dalla legge delle citazioni del 426, sia per quanto concerne i nomi dei giuristi cui era consentito far ricorso, sia con riguardo al parametro da osservare nell'ipotesi di conflitto di opinioni⁸³.

⁸⁰ Vale a dire un sistema civilistico, che secondo SCHERILLO 1992a, p. 15 ss., ebbe senza dubbio carattere unitario; ad esso si sarebbe sovrapposto in età adrianea quello editale. Una sintesi efficace dell'ordine di trattazione delle materie nelle due differenti prospettive in ORESTANO 1987³, p. 136 nt. 7. Di più è difficile dire con certezza: a molti autori sono sembrati vani gli sforzi compiuti negli ultimi decenni dell'Ottocento da studiosi autorevoli come Karlowa e Affolter, tesi a ritrovare le radici delle *divisiones* gaiane nella giurisprudenza pontificale; così come è apparso superfluo il tentativo di collocare la genesi del sistema istituzionale gaiano in un momento vicino a Cicerone. «Questo tentativo» – così BONA 1976, p. 454, in conclusione di un convegno svoltosi a Pavia nel 1974 – «sembra partire da una non esatta valutazione della portata di una simile esigenza per l'ideale ciceroniano del *perfectus orator*».

⁸¹ Lucide osservazioni al riguardo in TALAMANCA 1977a, p. 211 ss. e 258 ss.; le varie opinioni formulate in merito dagli studiosi sono state indicate e discusse da BONA 1980, pp. 294-295 e nt. 51; rilevante in particolare KASER 1976, spec. p. 30 ss.

⁸² Di cui si parla anche in altri luoghi delle costituzioni introduttive alle varie parti della compilazione: cfr. p. es. *Summa* 3; *Tanta* 14, 19, 22 (= C. 1.17.2.14, 19, 22); *Cordi* 5. Sul punto, vd. per tutti DE GIOVANNI 2007, p. 432 ss.

⁸³ Occorre tener presente però che dal *novus Codex* il rinvio ai pareri degli antichi *prudentes* era ammesso ma solo in posizione sussidiaria e integrativa rispetto al *ius principale*: cfr. LOVATO 2012, pp. 65 nt. 8 e 80-81, con indicazioni bibliografiche.

Allo stesso modo del Teodosiano, il codice giustiniano pubblicato nell'aprile del 529 accoglieva il meccanismo del 'rinvio' alla fonte giurisprudenziale, pur se cristallizzata nel tempo⁸⁴.

Neppure due anni dopo, con la *constitutio Deo Auctore* che al mondo bizantino annunciava la nascita del nuovo progetto dei *Digesta*, l'ottica appare radicalmente mutata. L'impresa legislativa è ora dominata da un'idea opposta: non più il rinvio alle opinioni rinvenibili nelle opere dei giuristi, da cui trarre un ventaglio di soluzioni possibili per ogni questione, bensì esclusivamente quanto recepito e travasato in quel 'contenitore' ufficiale rappresentato dall'antologia dei giuristi. L'obiettivo dichiarato nella *Deo Auctore* era di trasformare il pensiero giurisprudenziale in legge, attribuendo valore giuridico alle tesi dei *prudentissimi viri*, "quasi che le elaborazioni di costoro fossero sorte dalle costituzioni imperiali e profuse dalla nostra bocca divina", si dice al § 6; il quale prosegue affermando l'esclusività dell'*auctoritas* imperiale, in quanto "chi emenda ciò che è stato fatto non sottilmente, è degno di lode più di colui che per primo operò"⁸⁵. In tal modo si giustificava, com'è evidente, l'attività della commissione preposta alla selezione e correzione dei testi giurisprudenziali, i quali dovevano passare dal "filtro" (ed eventualmente dalle forbici) dei commissari⁸⁶. Ad impresa compiuta, tre anni dopo, Giustiniano ritornava sulla questione affermando che soltanto all'«Augusta» autorità era concesso *leges et condere et interpretari*⁸⁷.

Ci siamo soffermati sul punto per sottolineare una svolta epocale. Non ci fu più spazio per un diritto giurisprudenziale al di fuori del Digesto: il rinvio ad opere differenti avrebbe reso praticamente impossibile il controllo pubblico sugli indirizzi normativi tracciati mediante la riflessione degli antichi giuristi. Senza il filtro ufficiale della commissione, qualsiasi soluzione formulata da costoro avrebbe potuto ancora essere invocata come diritto applicabile. Perciò l'intero contenuto della grande antologia fu considerato *ius principale*, in quanto il controllo e la selezione dei materiali erano stati voluti e ordinati da Giustiniano, la cui voce era destinata a sostituirsi per sempre a quella "controversiale" dei *prudentes*⁸⁸. È significativo un passaggio programmatico della *Deo Auctore*, in cui l'Imperatore affermava che, condensato nei cinquanta libri del Digesto, tutto l'antico diritto aggrovigliatosi nel corso di circa millequattrocento anni e "da noi purificato", non avrebbe avuto nulla al di fuori di sé, "quasi protetto da un muro"⁸⁹.

⁸⁴ Cfr. per tutti LOVATO 2012, pp. 66-67 nt. 9.

⁸⁵ *Deo Auctore* 6: ... *ut omnes qui relati fuerint in hunc codicem prudentissimi viri habeant auctoritatem tam, quasi et eorum studia ex principalibus constitutionibus profecta et a nostro divino fuerant ore profusa. Omnia enim merito nostra facimus, quia ex nobis omnis impertietur auctoritas. Nam qui non subtiliter factum emendat, laudabilior est eo qui primus invenit.*

⁸⁶ *Deo Auctore* 7: ... *si quid in veteribus non bene positum libris inveniatis vel aliquod superfluum vel minus perfectum, super vacua longitudine semota et quod imperfectum est repleatis et omne opus moderatum et quam pulcherrimum ostendatis. Hoc etiam nibilo minus observando, ut, si aliquid in veteribus legibus vel constitutionibus, quas antiqui in suis libris posuerunt, non recte scriptum inveniatis, et hoc reformatis et ordini moderato tradatis.* Vd. anche *Tanta* 10 (= C. 1.17.2.10).

⁸⁷ *Tanta* 21. Vd. per tutti CAMPOLUNGI 2007, p. 271 ss.; da ultimo GARBARINO 2020, pp. 159-160, con altre indicazioni.

⁸⁸ Con il Digesto, osserva a tal proposito TALAMANCA 1999, p. 204, venne meno formalmente il *ius controversum*, marginalmente sopravvissuto alla legge delle citazioni e sfuggito alla sorte che gli era stata fissata nel progetto fallito di Teodosio II.

⁸⁹ *Deo Auctore* 5: ... *totum ius antiquum, per millesimum et quadringentesimum paene annum confusum et a nobis purgatum, quasi quodam muro vallatum nihil extra se habeat.* Sul punto vd. LOVATO 2012, pp. 72-73, con indicazioni bibliografiche.

Ora, se è indiscutibile che l'architettura della compilazione abbia poco in comune con le sistematiche elaborate dai moderni⁹⁰, è pur vero che, nell'ottica bizantina, l'imponente opera legislativa indicata secoli dopo con l'unitaria denominazione di *Corpus iuris civilis* doveva essere vista quale insieme omogeneo. In alcuni punti (che stiamo per vedere) si avverte con chiarezza la tensione a trasformare il *ius antiquum*, in origine oscuro e confuso, in un corpo organico, dando così forza all'idea di una raccolta coerente e priva di contraddizioni all'interno, perlomeno nell'ottimistica visione imperiale.

L'unità del *corpus* giustiniano pone, com'è evidente, il problema di comprendere il funzionamento in concreto della "prescrittività" di quegli enunciati – presenti in misura assolutamente preponderante nel Digesto – che si limitano a proporre casi (e i problemi giuridici che ne derivano) e a formulare soluzioni, senza stabilire prescrizioni dirette ed esplicite. Il che pare stridere con la struttura precettiva propria della norma moderna, impostata sugli elementi fondamentali costituiti dal comando impositivo di una data condotta e dalla sanzione per la sua inosservanza⁹¹. Per altro verso, ciò conferma l'impossibilità di far coincidere con i (o di travasare nei) nostri schemi mentali i procedimenti, le tecniche, la "mentalità" legislativa propria di epoche assai risalenti. Quel che interessa la nostra indagine, è che la fisionomia di un *corpus* omogeneo, tracciata attraverso l'immagine dell'*unus codex* contrario a superfluità, ripetizioni e antinomie, emerge dalle concordi testimonianze offerte dalle costituzioni che accompagnano l'attività compilatoria, con cui si annunciano il progetto e poi la pubblicazione dei *Digesta* e delle *Institutiones*⁹². E un indizio ulteriore della rilevanza del concetto di "ordine" nella visione giustiniana è anche in un luogo delle Istituzioni (I. 1.2.12), in cui si ricalca la tricotomia gaiana di Gai. 1.8:

I. 1.2.12: *Omne autem ius quo utimur vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones. Ac prius de personis videamus.*

Salvo la congiunzione – *ac*, copulativa, nell'opera giustiniana, *sed*, avversativa, in quella gaiana – la frase è identica nei rispettivi contesti dei due manuali. In quello giustiniano però compare un'aggiunta significativa:

⁹⁰ Com'è noto, nel Codice e nel Digesto lo sviluppo della trattazione doveva osservare, stando a quanto dichiara Giustiniano nella *Deo Auctore* 5, l'ordine dell'editto perpetuo, formatosi in un arco temporale plurisecolare e in modo alluvionale, con le integrazioni via via ritenute necessarie in base agli argomenti trattati, mentre nella stesura delle Istituzioni si seguì il modello gaiano. Tuttavia, come osserva GARBARINO 2020, p. 153, la compilazione va presa in esame nell'ottica specificamente giustiniana: tale prospettiva è la sola che consente di far luce sul carattere peculiare dell'operazione compiuta da Giustiniano, a fronte di una considerazione del *Corpus iuris civilis* come semplice *aggregatum*, che non aiuta a mettere a fuoco i termini della questione. Vi è poi il rischio (sempre latente) che un'analisi di carattere storico-giuridico su categorie concettuali come "casistica" o "sistema" possa essere condizionata dal significato che noi stessi attribuiamo a tali categorie: lo sottolinea VACCA 2003a, p. 341, pur se con riferimento a un differente periodo storico. Cfr. anche VIOLA 1988, p. 119, di cui condividiamo l'osservazione secondo cui l'ordine sistematico, comunque venga inteso, reca indelebilmente impressi i caratteri propri della nostra mente, del modo umano di pensare, e conseguentemente anche dell'intervento dell'osservatore sull'oggetto della propria conoscenza.

⁹¹ Della questione si è occupato di recente GARBARINO 2020, p. 168 ss.

⁹² Di recente i vari luoghi sono stati esaminati da GARBARINO 2020, pp. 173-177: *Deo Auctore* 1, 2, 5, 8; *Imperatoriam* 6; *Tanta pr.*, 1, 10, 18.

I. 1.2.12: ... *Nam parum est ius nosse si personae, quarum causa statutum est, ignorentur.*

A giustificazione della tripartizione ereditata da Gaio, i bizantini avvertono il bisogno di precisare che ogni conoscenza giuridica è insufficiente qualora si trascurino le persone, in ragione delle quali il *ius* è stato determinato. Ci sembra di scorgere in tale affermazione, posta nel contesto della classificazione appena enunciata e della *summa divisio de iure personarum* che immediatamente segue, l'esigenza di un "ordine" quale chiave adeguata per la comprensione della complessa materia di cui stava per iniziare la trattazione. I compilatori spezzano l'intreccio, non di rado presente nella legislazione tarda da Costantino in poi, fra il problema contingente da risolvere e la soluzione da fornire attraverso una norma – fenomeno su cui la dottrina ha talvolta posto l'accento⁹³ – e tendono a ricomporre in un quadro selezionato ma unitario la miriade di proposizioni descrittive e precettive presenti nella compilazione: un *corpus ex cohaerentibus*, in cui «fisionomie, individualità e divergenze scolorano, si appiattiscono e tendono a fondersi»⁹⁴. Pur se con profonde differenze rispetto alle concettualizzazioni moderne, a nostro avviso è possibile scorgere qui le linee di un sistema eretto nel segno dell'*auctoritas* imperiale e del consequenziale valore normativo attribuito all'insieme, sul presupposto della sua organicità, completezza e coerenza⁹⁵.

Come si è accennato, la tripartizione era destinata a conoscere una fortuna grandiosa nella fucina delle dottrine giuridiche fiorite in Europa a partire dal XVI secolo. Finalità "sistemizzanti" segnano in profondità l'Umanesimo giuridico, premendo verso un'opera grandiosa di deformazione storica. Per varie ragioni – dalla semplicità (peraltro solo apparente⁹⁶) al rispetto (di facciata) della tradizione – questa classificazione diviene lo schema astratto e ordinante di un processo retto da istanze attualizzanti, tese a piegare il diritto romano ad esigenze profondamente diverse da quelle originarie. La continuità con il passato è garantita dall'impiego del medesimo schema adottato da Giustiniano nelle sue Istituzioni, di cui si ritiene opportuno seguire l'ordine espositivo⁹⁷. In tale visione, i giuristi dell'Europa moderna lavorano intorno ai pilastri concettuali rappresentati dalla tendenza all'astrazione e dall'isolamento del problema giuridico⁹⁸, contribuendo, attraverso il veicolo del formalismo, alla recezione del diritto romano in epoche ben lontane da quella originaria.

Nel forte movimento scientifico di questi secoli, ad essere recepiti non sono solo i contenuti bensì, in particolare, la forma razionale dell'impianto. Si lavora sulla struttura formale

⁹³ Cfr. per tutti ARCHI 1946, p. 727, e BIANCHINI 1979, *passim*; vd. inoltre BIANCHINI 1980, p. 19 ss.

⁹⁴ Così ORESTANO 1987³, p. 548.

⁹⁵ Condivisibile GARBARINO 2020, pp. 186-187, che individua nel lavoro compilatorio due fasi distinte: la prima tendente alla costruzione di un "sistema esterno", con cui si poneva ordine in una realtà complessa, fino ad allora asistemica; la seconda diretta a generare un "sistema interno", caratterizzato dalla sistematicità, necessità e coerenza, con cui si attuava un cambio di paradigma epocale rispetto al passato, segnando la fine definitiva del diritto antico.

⁹⁶ A tal proposito ORESTANO 1987³, p. 166, parla di «illusoria semplicità».

⁹⁷ Sul modo in cui si manifesta tale orientamento, in particolare in Francia a partire dal XVI secolo, vd. ORESTANO 1987³, pp. 166-169 e 584-590.

⁹⁸ Cfr. per tutti BRETONE 2004⁶, p. 269.

dell'insieme. L'immagine del “diritto-corpo” concorre a giustificare le operazioni di metamorfosi miranti alla costruzione di sistemi strutturati per via deduttiva. Da premesse generali si fanno discendere una serie via via sempre più ramificata di concetti e proposizioni, fino ad ottenere una intelaiatura destinata a coprire tutte le branche dell'ordinamento. Coticché l'arte “sistematrice” si svolge in un'ottica in cui il sistema viene concepito quale «complesso di concetti organizzato in maniera piramidale»⁹⁹. Tra i fautori del nuovo corso possiamo annoverare Guillaume Budé, che nelle *Adnotationes ad Pandectas* (1533) dichiarò di voler imitare l'approccio ciceroniano del *De iure civili in artem redigendo*, e Loys Le Caron (*Charondas*), che nel 1553, in età giovanile, compose un'operetta dal titolo *De restituenda et in artem redigenda Jurisprudencia*¹⁰⁰. Nella medesima ottica è istruttivo l'uso che della tripartizione gaiana *personae – res – actiones* farà François Connan (*Connanus*): per il tramite di una «importantissima, fondamentale forzatura»¹⁰¹, egli riversa nella categoria delle *actiones*, discostandosi nettamente dal significato originario di *actio*, ogni atto umano giuridicamente rilevante, dal testamento al matrimonio e alle obbligazioni; mentre il termine *persona* si allontana dall'accezione gaiana-giustiniana che lo concepiva come equivalente di *homo* e tende ad assumere, attraverso una sfumatura giusnaturalistica, il significato (pur se ancora allo stato embrionale) di “soggetto di diritto”¹⁰².

Con la Scuola Culta si rinnova e rafforza dunque – ovviamente in forme differenti – l'antico progetto di *redigere in artem* il *ius civile*. Tale proposito (un dato essenziale secondo Orestano¹⁰³) rappresenta un interesse assolutamente attuale, in quanto il pensiero umanistico, collegandosi alle istanze razionalistiche che in precedenza avevano ispirato i Commentatori, si dipana su un doppio binario, storia e razionalità¹⁰⁴. Non a caso nella stessa epoca Jean de Coras (*Corasius*) scrive un'opera recante lo stesso titolo dello scritto andato perduto di Cicerone, *De iure civili in artem redigendo*, con l'intento dichiarato di trasformare il diritto in *ars* attraverso l'applicazione della dialettica¹⁰⁵. Ancora una volta, il *ius civile in artem redigere* appare l'obiettivo irrinunciabile cui mira un'ordinata distribuzione in generi e specie: lo sforzo comune di studiosi e giureconsulti di varie nazionalità è quello di individuare i requisiti di un ordine sistematico al fine di agevolare l'insegnamento e l'apprendimento del diritto¹⁰⁶. Il reimpiego di schemi e metodi classificatori consacrati dalla tradizione, e persino dei titoli di opere dell'antichità classica, riflette i procedimenti di una scienza giuridica che si nutre del diritto romano, così come interpretato ed elaborato dai maestri di diritto di tutta Europa. Un metodo che, in estrema sintesi, procede a comporre, scomporre e ricomporre il diritto civile in

⁹⁹ RAGGI 1975, p. 169 (= p. 34 della ristampa 2007).

¹⁰⁰ La quale però non recava alcun contributo al problema, secondo il giudizio di ORESTANO 1987³, p. 163 nt. 68.

¹⁰¹ Così ORESTANO 1987³, p. 168.

¹⁰² Sulla “torsione” così realizzata pagine classiche sono quelle di PIANO MORTARI 1979, p. 311 ss.

¹⁰³ ORESTANO 1987³, p. 582.

¹⁰⁴ ORESTANO 1987³, p. 583.

¹⁰⁵ Cfr. ORESTANO 1987³, pp. 164-165 e 582-583.

¹⁰⁶ Cfr. ORESTANO 1987³, p. 583; ma vd. anche BONA 1980, pp. 303-304 e 330-331.

strutture organiche, il cui fine è sempre quello di giungere ad un sistema in grado di realizzare l'ideale dell'*ars iuris*.

Uno degli esponenti insigni di questo processo di rigenerazione fu Hugues Doneau (*Donellus*), allievo di *Corasius*. Celebre la dichiarazione con cui egli espresse la decisa volontà di non sottostare né all'autorità di Giuliano né a quella di Giustiniano, affermando l'intento di trarre dalla congerie dei testi antichi un edificio nuovo e omogeneo:

*Nec me hic auctoritas aut Iuliani, aut adeo Iustiniani Imperatoris quidquam moverit. 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. A principibus est auctoritas iuris: a peritis, et intelligentibus via, et recta ratio docendi*¹⁰⁷.

La chiusa del brano è significativa: dai principi, e unicamente da loro, promana "l'autorità del diritto", ma è soltanto dai giurisperiti che possono discendere sia la strada per l'intelligenza giuridica sia la giusta ragione dell'insegnamento. La potestà del legislatore incontrava due limiti insuperabili, è stato osservato¹⁰⁸: non poteva mutare il valore delle espressioni linguistiche, che sono formazioni spontanee e consuetudinarie del popolo, né cambiare l'ordine stabilito dalla natura delle cose e dalla loro organica connessione. Fatti salvi questi confini, era però possibile operare in nome dell'istanza razionalista, unita al fondamento naturalistico dell'ordine giuridico da indagare e scoprire nella sua interezza: una dimensione logica e metodologica finalizzata a realizzare un "corpo" il più possibile coerente e unitario. Lo sforzo di adattamento richiesto alle fonti giuridiche fu immane. Il punto di vista dell'insigne giureconsulto veniva a sovrapporsi consapevolmente a quello delle fonti antiche, travasando in categorie logico-giuridiche la multiforme varietà di problemi affrontati dai giuristi romani. Con Donello l'edificio sistematico crebbe sulla base della radicata convinzione che, se era vero che il legislatore imponeva la norma, altrettanto era legittimo affermare che la costruzione dell'"intero" spettava alla scienza giuridica.

La *cohaerentia* intrinseca alla "natura delle cose" alimentava la visione di un equilibrio naturale (e come tale razionale) cui si era costretti a sottostare, e che agiva anche sul piano giuridico. Con l'ordine metafisico dettato dalla natura il diritto positivo doveva misurarsi¹⁰⁹. A distanza di circa un secolo, nel penultimo decennio del XVII, Jean Domat compose un'opera dal titolo *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, in cui distingueva le «loix immuables» dalle

¹⁰⁷ DONEAU 1762-1763, I, 1.12. Sullo splendido testo vd. ORESTANO 1987³, pp. 206-207, 589 e 640-641, il cui pensiero viene ripreso da BRETONE 2001⁴, p. 227 ss. (= BRETONE 2004⁶, p. 235 ss.). Significativa l'espressione *quam natura ipsa rerum et cohaerentia praescribit*, usata con riguardo al metodo con cui ordinare i concetti e gli istituti giuridici, che per Donello doveva essere quello dettato dalla «natura stessa e coerenza delle cose».

¹⁰⁸ Da ORESTANO 1987³, p. 640, sulle cui orme BRETONE 2001⁴, p. 228 (= BRETONE 2004⁶, p. 236).

¹⁰⁹ BRETONE 2004⁶, p. 170.

«loix arbitraires»: le prime espressione di leggi di natura, come tali immutabili, le seconde emanazione del potere sovrano e soggette a correzioni e riforme¹¹⁰, ma in ogni caso coerenti con l'intero quadro normativo. L'orizzonte del diritto non poteva essere pensato se non nella forma di un ordine concluso¹¹¹. E alcuni decenni dopo, il wolffiano Daniel Nettelbladt diede alla luce il suo *Systema Elementare Universae Jurisprudentiae Naturalis*, facendo del concetto di *iurisprudentia naturalis* il fondamento razionalistico del suo sistema, cui subordinare teoria e pratica del diritto¹¹².

Non è difficile scorgere il filo che attraverso i secoli lega giureconsulti di varie epoche alla Scuola storica: il diritto come riflesso di un ordine naturale "interno" alla realtà fenomenica, espressione della natura delle cose e della loro organica connessione¹¹³. «L'ordine esteriore di un'opera sistematica», scriverà Savigny nelle pagine iniziali del *System*, «è naturalmente determinato da quell'intima connessione, che in esso si deve riflettere»¹¹⁴. La scienza del diritto viene concepita come organizzazione di materiali storico-giuridici elaborati secondo criteri razionali, rispondenti alle necessità intrinseche del sistema¹¹⁵. E la riproduzione più compiuta di un organismo non può che attuarsi attraverso il metodo sistematico, l'unico in grado di infrangere l'ordine esterno del codice e di sostituire l'arida successione degli articoli di legge con un sistema coerente e omogeneo¹¹⁶, in base a una struttura fatta di istituti e di

¹¹⁰ Proprio perché la compilazione giustiniana non rifletteva l'ordine naturale, era necessario per Domat elaborare un nuovo impianto che ne riflettesse l'*esprit* unitario: cfr. FERRANTE 2018², pp. 214-215. Le «loix immuables», d'ispirazione romanistica, avrebbero assicurato la continuità con la tradizione giuridica e la rispondenza ai dettami dell'ordine "naturale" che lo studioso si prefiggeva di realizzare.

¹¹¹ BRUTTI 2021, p. 195.

¹¹² Cfr. ORESTANO 1987³, p. 235.

¹¹³ Cfr. ORESTANO 1987³, p. 260, che pone l'accento sulla convinzione donelliana di una *cobaerentia* racchiusa nella 'natura' stessa delle cose. Le affinità riscontrabili sotto tale profilo non impediscono di riscontrare, tra gli stessi maestri, differenze significative sotto altri punti di vista, in particolare sul terreno ideologico più ampio: mentre il pensiero di Domat sembra ispirarsi ad una visione teologica, provvidenziale e solidaristica della società, quello di Savigny pone l'accento sull'individuo e sulle sue potenzialità, privilegiando il potere della volontà quale espressione somma di libertà personale. Cfr. da ultimo BRUTTI 2021, p. 197 ss.

¹¹⁴ SAVIGNY 1840, p. XXXVII (= trad. it. 1886, p. 21).

¹¹⁵ In tale visione, l'esposizione del diritto in forma sistematica era necessaria per consentire alla coscienza giuridica popolare di assumere il carattere di un organismo logico. Cfr. SOLARI 1940, pp. 212-3, 240-1. Tuttavia, com'è ovvio, si poneva in tal modo il delicato problema del rapporto fra impostazione dogmatica e inquadramento storico del diritto, in quanto anche per i più convinti pandettisti difficilmente la prima avrebbe potuto fare a meno del secondo, ai fini di una lucida e completa comprensione della fenomenologia giuridica. Su tali aspetti vd. per tutti CAPPELLINI 1984, p. 288 ss.

¹¹⁶ A tal riguardo non ci sembra condivisibile l'opinione di BRETONE 2004⁶, p. 130, quando osserva che se è vero che sul Digesto si costruiscono le sistematiche moderne, da Donello a Savigny, è altrettanto vero che in Savigny si scorge la preoccupazione di avvertire «...che al Digesto bisogna sempre ritornare, per leggerlo e rileggerlo da cima a fondo e in presa diretta, come facevano i maestri del Medioevo: il sistema, da un certo punto di vista, è solo un mezzo che ne aiuta la comprensione». Tale interpretazione è riduttiva, nella misura in cui la visione savignyana non sembra limitarsi affatto a individuare nella forma sistematica la chiave per una più agevole intelligenza della casistica offerta dagli antichi testi giurisprudenziali. È sufficiente leggere alcune splendide pagine della prefazione al *System*, in cui si pone in rilievo l'essenza del metodo sistematico, individuato nel riconoscimento ed esposizione dell'intimo legame e affinità tra i singoli concetti giuridici: per cui sulla molteplicità di relazioni e connessioni esistenti occorre lavorare scomponendo le parti dei rapporti, al fine di comprenderli nella loro struttura interna fino a scoprirne l'unità nascosta. Nell'ottica savignyana era l'indagine casistica a costituire lo strumento indispensabile per giungere al fine rappresentato dalla costruzione del sistema, non il contrario. Cfr. SAVIGNY 1840, pp. XXXVI-XXXVIII (= trad. it., pp. 20-22).

rapporti tra istituti, composti in modo organico e non in base a relazioni astratte, spesso frutto di logiche arbitrarie. Si è esattamente notato che la stessa idea di istituto giuridico si poneva piuttosto quale principio d'ordine che non come un concetto giuridico¹¹⁷, sulla base del convincimento che la trama e la successione delle norme non obbedissero al caso, all'arbitrio o a criteri di ordine esterno; piuttosto, erano le stesse norme a contenere i principi sistematici da armonizzare¹¹⁸. Fra le osservazioni introduttive della *Juristische Methodenlehre* di Savigny leggiamo una frase molto significativa: «ciascuno ha un metodo, ma raramente esso giunge a forma cosciente e sistema. Esso però viene ridotto in un sistema, quando noi ci rappresentiamo compiutamente una scienza secondo le leggi proprie della sua natura, ovvero un ideale di essa»¹¹⁹. Il “molteplice” doveva essere ridotto ad unità, perché era la stessa realtà giuridica a costituire un tutto organico: una unità che scaturiva dall'interno, ossia dall'“organismo” del diritto radicato nella vita del popolo. Su tale punto si poneva però una sottile differenza tra le precedenti visioni teoriche e quella savignyana: in quest'ultima svolgeva un ruolo decisivo l'elemento nazionale del diritto, giudicato in grado di permeare di sé l'intero sistema giuridico di uno Stato, nelle prime rilevava il carattere – “naturale” o “razionale”, secondo le posizioni teoriche sostenute – dell'edificio realizzato¹²⁰.

All'insegna di movimenti scientifici che già nel nome rivelano gli indirizzi metodologici di cui erano portatori – *Usus hodiernus* (o *modernus*) *pandectarum*, *Aktualisierung*, *gemeines römisches Recht* – si sperimentarono dunque nuove possibilità applicative. Nonostante la diversità dei contesti storici e culturali in cui si erano formati e sviluppati, tali movimenti apparivano animati da una comune persuasione di fondo: che il diritto romano, pure svincolato dal terreno sociale, politico ed economico che lo aveva generato, fosse in grado di fornire, per il tramite di molte generazioni di interpreti, un modello insuperato e insuperabile di costruzione teorica. L'orientamento era sovrastato dal dogma di fede secondo cui il diritto romano costituiva «il sistema di diritto privato armonicamente in sé completo e per così dire assoluto», come affermò Ludwig Mitteis nei primi decenni del secolo scorso¹²¹. Il valore paradigmatico attribuito alla storia giuridica ne legittimava l'impiego per erigere un'intelaiatura piramidale destinata a coprire tutti i rami del diritto, rafforzando l'equazione tra *ius* come organismo vivente e scienza come sistema.

¹¹⁷ MAZZACANE 1976², p. 33.

¹¹⁸ MAZZACANE 1993, p. 34.

¹¹⁹ Il brano è facilmente accessibile nella classica edizione della *Juristische Methodenlehre* curata da G. WESENBERG (WESENBERG 1951, p. 11). Viene riportato anche da MAZZACANE 1976², p. 70. Sulle lezioni di metodologia giuridica tenute a Marburg dal giovane Savigny nell'anno accademico 1802-1803, spunti importanti di riflessione in MAZZACANE 1980, p. 224 ss.

¹²⁰ Cfr. ORESTANO 1987³, p. 248. In tale scenario non va neppure trascurato il posteriore contributo di Robert Joseph Pothier, che fu tra i padri spirituali del *Code civil* napoleonico. Il titolo di una delle sue opere principali, *Pandectae justinianae in novum ordinem digestae*, rivela chiaramente il fine da cui il maestro era mosso. Ne fa menzione Orestano (p. 172), ricordando le sue doti di «originale ordinatore» di qualsiasi argomento giuridico.

¹²¹ MITTEIS 1929, p. 490.

Tale convincimento si ripete, quasi un luogo comune, nelle enunciazioni programmatiche dei grandi esponenti della Scuola storica. Puchta ne fu uno dei più ferventi sostenitori. Con lui si assiste ad una torsione dei nuovi indirizzi in senso dogmatico¹²². Un'affermazione esemplare è in una celebre pagina introduttiva del *Cursus der Institutionen* del 1842, in cui s'individua l'essenza della vera scienza del diritto nella sistematicità e organicità: caratteri generati dell'unità intrinseca e inscindibile tra le membra di ogni organismo vivente. Si consolida la metafora del diritto come "corpo", dotato di meccanismi simili a quelli che regolano i cicli vitali dettati dalla natura. Puchta distingue tra varietà "simultanea", nel senso che le varie parti organiche del diritto si completano reciprocamente, e varietà "successiva", in quanto il "corpo" giuridico è soggetto – come quello di un essere vivente appunto – a mutamenti nel corso del tempo¹²³. In tale prospettiva organicistica appare legittimo parlare di "doppia vita" del diritto romano, data l'intima connessione con la vita dei popoli civili: è ancora Puchta a definirlo «un elemento di vita insinuato nel nostro organismo ed assimilato con le nostre esistenze»¹²⁴.

Se fossimo in sede psicoanalitica, osserva Orestano, potremmo parlare di un «complesso di sistematicità», con ciò esprimendo la tendenza della Pandettistica «a ordinare e costringere entro schemi rigorosi una materia che, frutto e manifestazione di una elaborazione plurima e multisecolare, male si adattava ad essere rigorosamente squadrata e incasellata»¹²⁵. Si rinnovano categorie concettuali e schemi ordinanti¹²⁶, perpetuando formalmente la vitalità di un diritto "morto". Nelle visioni giuridico-sistematiche che nell'Ottocento si affacciano in vari paesi europei, il metodo deve sempre tendere alla costruzione dogmatica al fine della classificazione scientifica di regole e rapporti esistenti. Pochi decenni dopo, anche Jhering farà ricorso alla metafora dei "corpi giuridici": una nozione «dai connotati alquanto oscillanti e dal contenuto piuttosto incerto»¹²⁷, ma giudicata idonea a rappresentare una struttura che si voleva monolitica e coerente.

Questo pensiero si diffuse rapidamente anche in Italia negli ultimi decenni dell'Ottocento. Si punta sul valore dell'unità sistematica, «che non è somma di dati raccolti nell'analisi, ma sintesi generatrice di concetti»¹²⁸. Ne era convinto Francesco Filomusi Guelfi, il quale scrisse,

¹²² Cfr. SOLIMANO 2018², p. 339.

¹²³ Sulla significativa pagina puchtiana si sofferma ORESTANO 1987³, p. 261 ss.

¹²⁴ La frase è tratta dalla traduzione di DE CONCILIIS 1856, p. 111 ss., di PUCHTA 1847. Istruttiva per la comprensione della concezione puchtiana di 'sistema' una lettera da lui inviata a Savigny, in cui esprimeva la propria opinione circa le proposte di intitolazione del *System* formulate dal maestro. La lettera è stata pubblicata da BOHNERT 1979, p. 51 ss.; in traduzione italiana (in parte) è riportata da CAPPELLINI 1984, p. 91 ss. Vd. anche, tra gli autori più recenti, SOLIMANO 2018², p. 339 ss.

¹²⁵ ORESTANO 1987³, p. 548.

¹²⁶ Con tale espressione ci riferiamo a una delle categorie logiche di cui parla ORESTANO 1987³, p. 421, ossia a quelle costruzioni concettuali, «le quali servono a stabilire le connessioni e le relazioni fra concetti, reputate più confacenti a rappresentare determinate situazioni».

¹²⁷ È il giudizio di ORESTANO 1987³, p. 283. Sull'uso costante della metafora in Jhering, vd. in particolare ROTTLEUTHNER 1988, p. 103 ss.

¹²⁸ Così IRTI 1990, p. 13.

criticando il metodo esegetico, che il diritto costituiva un organismo vivente: era compito della scienza riprodurlo «riflessivamente»¹²⁹. Nel fermento del nuovo indirizzo, alcuni studiosi fecero ricorso a immagini tratte dal mondo delle scienze fisiche, come nel caso di Filippo Serafini¹³⁰. Restava sullo sfondo l'intento di penetrare un'esperienza esaurita nella sua storicità. Al contrario, l'idea di una "vigenza" ripetibile all'infinito legittimava la rivisitazione del pensiero antico per adeguarlo alle nuove istanze scientifiche.

Tra i protagonisti del movimento – di cui ricordiamo, fra gli altri, i nomi di Francesco De Filippis, Emanuele Gianturco, Giampietro Chironi, Nicola Coviello – si staglia la figura di Vittorio Scialoja¹³¹. Egli rielabora su nuove basi la vecchia idea del diritto come riflesso di un ordine naturale, mirando a rifondare le dottrine civilistiche attraverso il metodo propugnato dalla Scuola storica tedesca. Lo studio del diritto in vigore deve necessariamente coniugarsi e confrontarsi con l'autorità del passato¹³². Ancora una volta si assiste all'impiego di immagini metaforiche. È nota la lettera che nel 1881 il venticinquenne Scialoja scriverà a Filippo Serafini; pervasa, in un punto nevralgico, dalla metafora del diritto romano come "cadavere"¹³³. Allo stesso modo in cui la possibilità di studiare un cadavere è condizione essenziale di progresso delle scienze naturali, osservava Scialoja, parimenti lo è – con riguardo alle scienze storico-giuridiche – lo studiare un diritto "morto". Se ne possono analizzare gli sviluppi «nei diversi tempi nei quali ha vissuto»; lo si può studiare «secondo un dato momento, conoscendo già quale esso fu per lo innanzi, e quale sarà per essere in futuro»¹³⁴. A chiare lettere lo studioso parlava di «organismo giuridico», mirando a costruire una trattazione organica degli istituti, funzionale (fra l'altro) all'isolamento dei fatti giuridici come oggetto di scienza¹³⁵. In tale processo la storia giuridica svolgeva un ruolo essenziale, ma circoscritta entro archetipi e schemi logici rispondenti ad un ordine razionale complessivo, frutto di un'intensa attività di astrazione.

Non si trattò semplicemente di rinnovare le tecniche espositive, bensì di stabilire un nuovo rapporto fra scienza giuridica e norma, fra diritto civile e codice, allo scopo di cogliere ri-

¹²⁹ FILOMUSI GUELFY 1875², p. 35. Sulla pagina si sofferma IRTI 1990, pp. 12-13.

¹³⁰ SERAFINI 1901, p. 206 ss., su cui vd. ora FURFARO 2016, p. 112 ss. L'accostamento del diritto a talune immagini del regno della "natura", dalla botanica alla meccanica, mediante l'uso sapiente di espressioni tese a paragonare il diritto a organismi dotati di funzionalità autonoma, affiora a volte nel pensiero giuridico-filosofico dell'Ottocento. È celebre, per esempio, l'immagine dell'orologio di Bentham, con cui si marcavano le analogie di funzionamento con il diritto: cfr. BENTHAM 1789, p. 299. In tal caso il ricorso alla metafora serviva a porre in rilievo la possibilità del mutamento normativo: se il diritto ordinato in un corpo legislativo puro è un "meccanismo", o un orologio, nota BRETONE 2004⁶, p. 44, cambiarne o ripararne una parte o un elemento sarà un'operazione normale; si potrà perfino «smontarlo e rimontarlo». Altra nota metafora è quella della "macchina" di Weber, da cui prese forma l'idea, dallo studioso posta a fondamento della civiltà giuridica occidentale, della 'calcolabilità' dei concetti giuridici. Cfr. WEBER 1904-1905 (= 1972⁵, p. 469; trad. it., p. 133). Sul punto, vd. BRETONE 2004⁶, p. 161.

¹³¹ Sul contributo dato dall'insigne giurista alla costruzione della scienza civilistica dell'Italia post-unitaria, nella prospettiva sistematica sopra delineata, pagine importanti sono quelle di BRUTTI 2013, pp. 1-83; vd. anche BRUTTI 2011, p. 16 ss.

¹³² Cfr. BRUTTI 2011, p. 16.

¹³³ SCIALOJA 1881, p. 490. Una lucida analisi del documento in BRUTTI 2011, p. 54 ss.

¹³⁴ SCIALOJA 1881, p. 490.

¹³⁵ Cfr. BRUTTI 2013, p. 4; vd. anche BRUTTI 2011, p. 61 ss.

spondenze e affinità, collegare istituti giuridici anche remoti, comporre teorie generali abbandonando l'ordine interno delle raccolte codicistiche¹³⁶. Cosicché al genere del commentario proprio dell'esegesi si sostituirono la monografia, il trattato, il manuale in quanto, finalmente liberi da preoccupazioni esegetiche, per mezzo della logica giuridica si potevano cancellare le fredde articolazioni del codice elaborando nuovi parametri di organizzazione del pensiero civilistico¹³⁷.

Torniamo a Savigny. Non molti decenni separano il *System* dalla Critica della Ragion Pura di Kant, pubblicata nel 1781, alle prese con problemi speculativi e teoretici di natura profondamente diversa. Eppure, le distanze tra i due giganti del pensiero giuridico-filosofico moderno si accorciano proprio sul terreno del modo in cui concepire l'architettura di una scienza: Kant aveva parlato dell'unità sistematica come l'unica in grado di trasformare una conoscenza comune in una scienza, in altre parole un aggregato in un sistema¹³⁸. Qualche anno dopo, nei *Principi metafisici della scienza naturale* che videro la luce nel 1786, egli avrebbe sviluppato quell'idea, definendo come 'scienza' ogni dottrina in grado di formare un sistema, ossia un insieme di conoscenze ordinate secondo determinati principi. In tale nucleo di pensiero, trasportato sul piano giuridico, Savigny avrebbe infuso il concetto della storicità intrinseca del diritto: un organismo "naturale" che si generava, si sviluppava e moriva in armonia con la vita del popolo che lo aveva generato. Così si sgombrava il terreno dalle utopie illuministiche e dalla fede nella potenza universale della ragione, per far posto alla realtà della storia giuridica, concepita però in modo sistematico: un sistema interno ai vari diritti nazionali¹³⁹, in grado di coniugare passato e presente di ogni nazione in una visione unitaria, nel quale trovavano collocazione adeguata i poteri, le facoltà, i doveri dei singoli; non solo, ma anche i rapporti, intesi come relazioni in grado di assicurare a ciascun individuo spazi definiti di libertà. Sotto tale aspetto era possibile avvertire un'esile eco dell'insegnamento kantiano, depurato però da ogni apriorismo e pronto ad essere ripensato in chiave sistematica.

Ampliare lo sguardo alla realtà odierna del diritto europeo ci condurrebbe lontano, ben oltre i confini della prospettiva d'indagine che ci siamo proposti. Probabilmente ha ragione chi sostiene che l'intento attuale della scienza giuridica non è più quello di costruire sistemi, ma di individuare processi razionali che aiutino ad orientarsi nel mondo del disordi-

¹³⁶ Cfr. IRTI 1990, p. 14.

¹³⁷ A tal proposito IRTI 1990, p. 15, indica il fondamento del nuovo indirizzo metodologico nell'autonomia della logica giuridica, nel senso della dichiarata libertà di "rompere" l'ordine del codice sovrapponendosi all'estrinseca successione degli articoli, per obbedire a canoni di coerenza e razionalità ignoti al legislatore. Un quadro d'insieme chiaro ed esaustivo della produzione didattica romanistica dell'Ottocento in Italia è fornito ora da PEPPE 2019, pp. 1-43.

¹³⁸ Cfr. KANT 1922, p. 685: l'insigne filosofo poneva in rilievo come sotto il governo della ragione le conoscenze in generale non potessero formare una rapsodia, ma dovessero necessariamente costituire un sistema, intendendo per esso l'unità di molteplici conoscenze raccolte sotto un'idea. Il punto, a nostro avviso della massima importanza, è riportato da ORESTANO 1987³, p. 260 nt. 107.

¹³⁹ Al riguardo ORESTANO 1987³, p. 260, osserva che in tale visione ogni diritto portava già in sé il proprio sistema e la propria sistematica; sul proposito savigniano di storicizzare la sistematica, vd. anche p. 279.

ne¹⁴⁰. Non si può tuttavia non accennare ai contenuti di una *lectio magistralis* di Casavola, tenuta a Napoli alcuni anni fa. A proposito del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, firmato a Roma il 29 ottobre 2004 e contenente la Carta dei diritti fondamentali proclamata a Nizza nel 2000, l'Autore osserva che le partizioni sistematiche ereditate dal diritto romano e dai codici nazionali appaiono oggi "tagliate" «trasversalmente» dai settori dell'ordinamento europeo articolati in base ai titoli della Carta: dignità, libertà, uguaglianza, solidarietà, cittadinanza, giustizia. La conseguenza è quella di una crisi delle articolazioni interne del diritto privato, forgiate sulla base della plurisecolare elaborazione risalente almeno fino a Gaio e incentrata sulla nota tricotomia *personae, res, actiones*¹⁴¹. Si può senz'altro essere d'accordo su questo punto. Non altrettanto facile, a nostro parere, è condividere l'assunto successivo, che sembra ridurre il diritto europeo a quello prodotto dagli organi dell'Unione e destinato a riversarsi negli ordinamenti nazionali: «una *lex mercatoria* che oggi sale dal mondo dell'economia a quello dei diritti fondamentali»¹⁴².

Non riteniamo che la profonda trasformazione in atto degli orizzonti giuridici possa tradursi nel venir meno delle categorie giuridiche fondanti quella logica formale e comune, che costituisce la matrice identitaria di un'ampia parte del diritto di Occidente. Su di esse è necessario proseguire a formarsi, a riflettere, a lavorare, se davvero si vuol essere "giuristi di Europa" nel significato più pieno dell'espressione¹⁴³. Tale nostra ferma posizione si radica nel convincimento che la tradizione sia ancora un valore da difendere e sostenere, nel rispetto e nella consapevolezza del passato e della sua storia, anche giuridica. Solo e soltanto in tal senso sarà ancora possibile parlare, in futuro, di "tradizione civilistica"¹⁴⁴.

Bibliografia

- ACHARD 1987 = G. ACHARD, *Pourquoi Cicéron a-t-il écrit le De oratore?*, in *Latomus* 46 (1987), pp. 318-329.
- ALBANESE 2000 = B. ALBANESE, *Quattro brevi studi*, 3, I «libri de iure civili» di Ofilio, in *Labeo* 46 (2000), pp. 362-368 [= B. ALBANESE, *Scritti giuridici*, in G. FALCONE (a c. di), IV, Torino 2006, pp. 816-822].

¹⁴⁰ VIOLA 1988, pp. 128-129.

¹⁴¹ CASAVOLA 2006, p. 137.

¹⁴² CASAVOLA 2006, p. 137.

¹⁴³ Un profilo, questo, in cui non ci sembra aver perso del tutto valore l'ottica savignyana, che nel sistema scorgeva una forza espansiva in grado di esprimere al meglio l'organizzazione scientifica di un sapere tecnico-specialistico.

¹⁴⁴ È questo l'interrogativo che avevamo posto all'inizio: a proposito del quale BRETONE 1998, p. 75, osserva giustamente che quando si parla di tradizione civilistica, occorre porre l'accento non solo sul diritto come insieme di norme e dottrine, ma sulla "mentalità" tradizionalistica che lo sorregge. Unicamente se si constati la presenza di questa mentalità all'interno di un ordinamento è possibile parlare di tradizione civilistica nel significato pregnante del termine, in quanto assume rilievo la consapevole 'continuità' del sistema come valore da custodire: «una continuità che non esclude l'innovazione, ma che non vede l'innovazione come un affare di routine».

- ALBANESE 2002 = B. ALBANESE, *Brevi studi di diritto romano*, III, *L'ars iuris civilis nel pensiero di Cicerone*, in *AUPA* 47 (2002), pp. 23-45 [= B. ALBANESE, *Scritti giuridici*, in G. FALCONE (a c. di), IV, Torino 2006, pp. 891-913].
- ARCHI 1946 = G.G. ARCHI, *Indirizzi e problemi del sistema contrattuale nella legislazione da Costantino a Giustiniano*, in G.G. ARCHI (a c. di), *Scritti di diritto romano in onore di Contardo Ferrini*, Milano 1946, pp. 659-727 [= G.G. ARCHI, *Scritti di diritto romano*, III, Milano 1981, pp. 1779-1853].
- BENTHAM 1789 = J. BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, London 1789, rist. 1996.
- BIANCHINI 1979 = M.G. BIANCHINI, *Caso concreto e lex generalis. Per lo studio della tecnica e della politica normativa da Costantino a Teodosio II*, Milano 1979.
- BIANCHINI 1980 = M.G. BIANCHINI, *Caso concreto e norma generale fra IV e V secolo: verifica di un'ipotesi*, in *Atti del II Seminario romanistico gardesano*, Milano 1980, pp. 507-523 [= M.G. BIANCHINI, *Temi e tecniche della legislazione tardoimperiale*, Torino 2008, pp. 19-33].
- BIAVASCHI 2011 = P. BIAVASCHI, *Caesari familiarissimus. Ricerche su Aulo Ofilio e il diritto successorio tra Repubblica e Principato*, Milano 2011.
- BOHNERT 1979 = J. BOHNERT, *Vierzehn Briefe Puchtas an Savigny*, Göttingen 1979.
- BONA 1976 = F. BONA, *Il coordinamento delle distinzioni «res corporales – res incorporales» e «res mancipi – res nec mancipi» nella sistematica gaiana*, in *Prospettive sistematiche nel diritto romano (Atti dell'Incontro di Pavia del 10 Maggio 1974)*, in F. BONA, F. GALLO, F. GORIA *et al.* (a c. di) Torino 1976, pp. 407-454 [= F. BONA, *Lectio sua. Studi editi e inediti di diritto romano*, in E. BIANCHI, P. LEPORE, G. MAININO, D. MANTOVANI (a c. di), II, Padova 2003, pp. 1091-1129].
- BONA 1980 = F. BONA, *L'ideale retorico ciceroniano ed il 'ius civile in artem redigere'*, in *SDHI XLVI*, 1980, pp. 282-382 [= F. BONA, *Lectio sua. Studi editi e inediti di diritto romano*, in E. BIANCHI, P. LEPORE, G. MAININO, D. MANTOVANI (a c. di), II, Padova 2003, pp. 717-831].
- BONA 1985 = F. BONA, *Cicerone e i 'libri iuris civilis' di Quinto Mucio Scevola*, in G.G. ARCHI (a c. di), *Questioni di giurisprudenza tardo-repubblicana. Atti di un seminario (Firenze 27-28 maggio 1983)*, Milano 1985, pp. 205-279 [= F. BONA, *Lectio sua. Studi editi e inediti di diritto romano*, in E. BIANCHI, P. LEPORE, G. MAININO, D. MANTOVANI (a c. di), II, Padova 2003, pp. 833-909].
- BONA 1988 = F. BONA, *Il 'docere respondendo' e 'discere audiendo' nella tarda Repubblica* (testo dattiloscritto di una lezione tenuta all'Università di Sassari nel 1988), in F. BONA, *Lectio sua. Studi editi e inediti di diritto romano*, in E. BIANCHI, P. LEPORE, G. MAININO, D. MANTOVANI (a c. di), II, Padova 2003, pp. 1131-1160.
- BRETONE 1982² = M. BRETONE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, II ediz., Napoli 1982.
- BRETONE 1998 = M. BRETONE, *La tradizione civilistica*, in E. DOVERE (a c. di), *La codificazione del diritto dall'antico al moderno. Incontri di studio (Napoli, gennaio-novembre 1996)*, Napoli 1998, pp. 73-81.
- BRETONE 2001⁴ = M. BRETONE, *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, IV ediz., Roma-Bari 2001.

- BRETONE 2004⁶ = M. BRETONE, *Diritto e tempo nella tradizione europea*, VI ediz., Roma-Bari 2004.
- BRETONE 2018¹⁹ = M. BRETONE, *Storia del diritto romano*, XIX ediz., Roma-Bari 2018.
- BRUTTI 2011 = M. BRUTTI, *Vittorio Scialoja. Diritto romano e sistema nel tardo Ottocento*, in *BIDR* 105 (2011), pp. 13-87.
- BRUTTI 2013 = M. BRUTTI, *Vittorio Scialoja, Emilio Betti. Due visioni del diritto civile*, Torino 2013.
- BRUTTI 2021 = M. BRUTTI, *La teologia giuridica di Jean Domat*, in *Specula Iuris* 1.1 (2021), pp. 157-202.
- CAMPOLUNGI 2007 = M. CAMPOLUNGI, *Potere imperiale e giurisprudenza in Pomponio e in Giustiniano*, II.2, Perugia 2007.
- CANNATA 1997 = C.A. CANNATA, *Per una storia della scienza giuridica europea. I. Dalle origini all'opera di Labeone*, Torino 1997.
- CAPPELLINI 1984 = P. CAPPELLINI, *Systema iuris 1. Genesi del sistema e nascita della «scienza» delle Pandette*, Milano 1984.
- CASAVOLA 1966 = F.P. CASAVOLA, *Gaio nel suo tempo*, in A. GUARINO, L. BOVE (a c. di), *Gaio nel suo tempo. Atti del simposio romanistico*, Napoli 1966, p. 10 ss.
- CASAVOLA 1980 = F.P. CASAVOLA, *Auditores Servii tra Pomponio ed Ulpiano*, in F. CASAVOLA, *Giuristi adrianei*, Napoli 1980, pp. 127-143.
- CASAVOLA 2006 = F.P. CASAVOLA, *Dal diritto romano al diritto europeo*, in *Diritto@storia* 5, 2006 [= F.P. CASAVOLA, *Hominum causa. Scritti antichistici (2000-2016)*, in F. LUCREZI, L. MINIERI (a c. di), Madrid 2016, pp. 127-140].
- CERAMI 1998 = P. CERAMI, *Il sistema ofiliano*, in E. DOVERE (a c. di), *La codificazione del diritto dall'antico al moderno*, Napoli 1998, pp. 83-119.
- CUENA BOY 1998 = F. CUENA BOY, *Sistema jurídico y derecho romano. La idea de sistema jurídico y su proyección en la experiencia jurídica romana*, Santander 1998.
- D'IPPOLITO 1994² = F. D'IPPOLITO, *Il tempo di Ofilio*, in *I giuristi e la città. Ricerche sulla giurisprudenza romana della Repubblica*, II ediz., Napoli 1994.
- DE CONCILIIIS 1856 = P. DE CONCILIIIS, *Introduzione alle lezioni sul Diritto Romano attuale di G. F. Puchta, Vorlesungen über das heutige römische Recht, Leipzig 1847*, in *Annali di diritto teorico pratico* 2 (1856), pp. 110-128.
- DE GIOVANNI 2007 = L. DE GIOVANNI, *Istituzioni, scienza giuridica, codici nel mondo tardoantico. Alle radici di una nuova storia*, Roma 2007.
- DIRKSEN 1871 = H.E. DIRKSEN, *Über Cicero's untergangene Schrift 'De iure civili in artem redigendo'*, in H.E. DIRKSEN, *Hinterlassene Schriften zur Kritik und Auslegung der Quellen röm. Rechtsgeschichte und Alterthumskunde*, Leipzig 1871.
- DONEAU 1762-1763 = H. DONEAU, *Commentarium de Jure Civili*, in *Opera Omnia*, I, 3, Lucae 1762-1763 [ediz. orig. 1589].
- FALCONE 2009 = G. FALCONE, *Sul 'finis in iure civili' di Cic. De orat. 1.188*, in *SDHI* 75 (2009), pp. 503-513.

- FALCONE 2020 = G. FALCONE, 'Instituere' e 'instruere' in D. 1.2.2.43 e il modello del 'docere respondendo', in *Seminarios Complutenses de Derecho Romano* 33 (2020), pp. 179-190.
- FARGNOLI 2010 = I. FARGNOLI, Traduzione di O. LENEL, *Il sistema dell'editto. Prima parte di 'L'edictum perpetuum. Un tentativo di ricostruzione'*, Milano [s.d. ma 2010].
- FERRANTE 2018² = R. FERRANTE, *Giusnaturalismo, illuminismi, codificazioni*, in *Tempi del diritto. Età medievale, moderna, contemporanea*, II ediz., Torino 2018, pp. 201-270.
- FILOMUSI GUELFI 1875² = F. FILOMUSI GUELFI, *Enciclopedia giuridica ad uso di lezioni*, II ediz., Napoli 1875.
- FUHRMANN 1960 = M. FUHRMANN, *Das systematische Lehrbuch. Ein Betrag zur Geschichte der Wissenschaften in der Antike*, Göttingen 1960.
- FURFARO 2016 = F. FURFARO, *Recezione e traduzione della Pandettistica in Italia tra Otto e Novecento. Le note italiane al Lehrbuch des Pandektenrechts di B. Windscheid*, Torino 2016.
- GARBARINO 2020 = P. GARBARINO, 'Sistema' e compilazione giustiniana, in *AUPA* 53 (2020), pp. 149-187.
- GUARINO 2002 = A. GUARINO, *I libri iuris partiti di Ofilio*, in J. SCHERMAIER, J.M. RAINER, L.C. WINKEL (hrsg.), *Iurisprudentia universalis. Festschrift Mayer-Maly*, Köln 2002, pp. 255-258.
- KANT 1922 = I. KANT, *Kritik der reinen Vernunft. Transzendente Methodenlehre*, II, Leipzig 1922 [ediz. Valentiner, ediz. orig. Riga 1781].
- IRTI 1990 = N. IRTI, *La cultura del diritto civile*, Torino 1990.
- KASER 1976 = M. KASER, *Zur Methode der römischen Rechtsfindung*, in M. KASER, *Ausgewählte Schriften*, I, Napoli 1976 (rist.), pp. 3-41 [ediz. orig. 1962].
- LA PIRA 1934 = G. LA PIRA, *La genesi del sistema nella giurisprudenza romana. L'arte sistematrice*, in *BIDR* 42 (1934), pp. 336-355 [= G. LA PIRA, *La genesi del sistema nella giurisprudenza romana*, Firenze 1972, pp. 29-49 = LA PIRA, *La fondazione romanistica. Scritti di storia e di diritto romano*, a c. di P. GIUNTI, II.1, Firenze 2019, pp. 337-350].
- LA PIRA 1936-1937 = G. LA PIRA, *La genesi del sistema nella giurisprudenza. Il concetto di scienza e gli strumenti della costruzione scientifica*, in *BIDR* 44 (1936-1937), pp. 131-159.
- LANTELLA 1975 = L. LANTELLA, *Il lavoro sistematico nel discorso giuridico romano. Repertorio di strumenti per una lettura ideologica*, Torino 1975.
- LENEL 1892 = O. LENEL, *Das Sabinussystem*, Strassburg 1892.
- LENEL 1927³ = O. LENEL, *Das edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, Leipzig 1927 [rist. Aalen 1985].
- LOSANO 2002 = M.G. LOSANO, *Sistema e struttura nel diritto*, I, Milano 2002.
- LOVATO 2012 = A. LOVATO, *Del buon uso del diritto romano*, Napoli 2012.
- VON LÜBTOW 1944 = U. VON LÜBTOW, *Cicero und die Methode der röm. Jurisprudenz*, in *Festschrift für Leopold Wenger zu seinem 70. Geburtstag dargebracht von Freunden, Fachgenossen und Schülern*, I, München 1944, pp. 224-235.
- MANTOVANI 2009 = D. MANTOVANI, *Cicerone storico del diritto*, in *Ciceroniana* 13 (2009) [= *Atti del XIII Colloquium Tullianum (Milano 27-29 marzo 2008)*], p. 354 ss.

- MARTINI 1966 = R. MARTINI, *Le definizioni dei giuristi romani*, Milano 1966.
- MASCHI 1966² = C.A. MASCHI, *Il diritto romano I. La prospettiva storica della giurisprudenza classica (Diritto privato e processuale)*, II ediz., Milano 1966.
- MAZZACANE 1976² = A. MAZZACANE, *Savigny e la storiografia giuridica tra storia e sistema*, II ediz., Napoli 1976.
- MAZZACANE 1980 = A. MAZZACANE, *Prospettive savignyane vecchie e nuove: i corsi inediti di metodologia*, in *Quaderni Fiorentini*, 9 (1980), pp. 217-244.
- MAZZACANE 1993 = A. MAZZACANE, *Jurisprudenz als Wissenschaft*, introduzione a F.C. SAVIGNY, *Vorlesungen über juristische Methodologie 1802-1842*, in A. MAZZACANE (hrsg.), *Ius commune. Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für Europäischen Rechtsgeschichte* 63. *Savignyana. Texte und Studien*, Frankfurt am Main 1993, pp. 1-55.
- METTE 1954 = H.J. METTE, *Ius civile in artem redactum*, Göttingen 1954.
- MEYER 1970 = R.D. MEYER, *Literarische Fiktion und historischer Gehalt in Ciceros De oratore. Crassus, Antonius und ihre Gesprächspartner*, Stuttgart 1970.
- MITTEIS 1929 = L. MITTEIS, *Storia del diritto antico e studio del diritto romano* in *AUPA* 12 (1929), pp. 477-499 [= L. MITTEIS, *Antike Rechtsgeschichte und romanistisches Rechtsstudium*, 1917].
- NÖRR 1972 = D. NÖRR, *Divisio und Partitio. Bemerkungen zur römischen Rechtsquellenlehre und zur antiken Wissenschaftstheorie*, Berlin 1972.
- NÖRR 1976 = D. NÖRR, *Pomponius oder «Zum Geschichtsverständnis der römischen Juristen»*, in *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt*, II, *Prinzipat*, 15, *Recht (Methoden, Schulen, Einzelne Juristen)*, Berlin-New York 1976, pp. 497-604.
- ORESTANO 1987³ = R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, III ediz., Bologna 1987.
- PEPPE 2019 = L. PEPPE, *Diritto romano – La produzione didattica nell'Ottocento: dalla Restaurazione al 1885*, in A. LOVATO (a c. di), *I generi letterari della storiografia giuridica. La produzione didattica negli ultimi due secoli (manuali, trattati, corsi e prolusioni)*, Torino 2019, pp. 1-43.
- PEROZZI 1928² = S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, I, II ediz., Roma 1928.
- PIANO MORTARI 1978 = V. PIANO MORTARI, *La sistematica come ideale umanistico nell'opera di Francesco Connano*, in V. PIANO MORTARI, *Diritto logico metodo nel secolo XVI*, Napoli 1978, pp. 521-531.
- PUCHTA 1847 = G.F. PUCHTA, *Vorlesungen über das heutige römische Recht*, Leipzig 1847 [pubbl. postuma]
- RAGGI 1975 = L. RAGGI, *Il metodo della giurisprudenza romana*, in L. RAGGI, *Scritti*, Milano 1975 [rist. Torino 2007], pp. 165-254.
- RIPOSATI 1982 = B. RIPOSATI, *La tecnica dialogica nel De oratore di Cicerone*, in *Vichiana* 11 (1982), pp. 254-263.
- ROTTLEUTHNER 1988 = H. ROTTLEUTHNER, *Biological Metaphors in Legal Thought*, in G. TEUBNER (ed.), *Autopoietic Law: A new Approach to Law and Society*, Berlin-New York 1988, pp. 97-127.
- VON SAVIGNY 1840 = F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, 1, Berlin 1840 [rist. Darmstadt 1956, Aalen 1973; trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema del diritto romano attuale*, I, Torino 1886].

- VON SAVIGNY 1951 = F.C. VON SAVIGNY, *Juristische Methodenlehre (nach der Ausarbeitung des Jakob Grimm)*, hrsg. von G. WESENBERG, Stuttgart 1951.
- SCARANO USSANI 1993 = V. SCARANO USSANI, *Tra scientia e ars. Il sapere giuridico romano dalla sapienza alla scienza, nei giudizi di Cicerone e di Pomponio*, in *Οςτρακα. Rivista di antichità* 2.2 (1993), pp. 211-230.
- SCEVOLA 2017 = R. SCEVOLA, 'Omnia in unum consentiant'. *Alle radici dell'organicismo nella Roma repubblicana*, in L. GAROFALO (a c. di), *Il corpo in Roma antica. Ricerche giuridiche*, II, Pisa 2017, pp. 491-584.
- SCHERILLO 1992a = G. SCHERILLO, *Il sistema civilistico*, in G. SCHERILLO, *Scritti giuridici I. Studi sulle fonti*, Milano 1992, pp. 15-35 [= *Il sistema civilistico*, in *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz*, IV, Napoli 1953, p. 445 ss.].
- SCHERILLO 1992b = G. SCHERILLO, *Gaio e il sistema civilistico*, in G. SCHERILLO, *Scritti giuridici I. Studi sulle fonti*, Milano 1992, pp. 37-46 [= *Gaio e il sistema civilistico*, in *Gaio nel suo tempo. Atti del Simposio romanistico*, Napoli 1966, p. 145 ss.].
- SCHIAVONE 1977² = A. SCHIAVONE, *Nascita della giurisprudenza. Cultura aristocratica e pensiero giuridico nella Roma tardo-repubblicana*, II ediz., Roma-Bari 1977.
- SCHIAVONE 2005 = A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino 2005 (rist. 2017).
- SCHULZ 1953² = F. SCHULZ, *History of Roman Legal Science*, II ed., Oxford 1953 [trad. it. G. NOCERA, *Storia della giurisprudenza romana*, Firenze 1968].
- SCIALOJA 1881 = V. SCIALOJA, *Sul metodo d'insegnamento del diritto romano nelle Università italiane. Lettera al Prof. F. Serafini*, in *AG* 26 (1881), pp. 486-494.
- SERAFINI 1901 = F. SERAFINI, *Del metodo degli studi giuridici in generale e del diritto romano in particolare*, in F. SERAFINI, *Opere minori I. Scritti vari*, Modena 1901, pp. 201-219.
- SILLA 2014 = F.M. SILLA, «*Haec mea διαίρεσις*». Il «breve edictum» di Cicerone in *Att. 6.1.15*, in *Riv. dir. rom.* 14 (2014), pp. 1-18 (num. estr).
- SOLARI 1940 = G. SOLARI, *Filosofia del diritto privato*, 2, *Storicismo e diritto privato*, Torino 1940.
- SOLIMANO 2018² = S. SOLIMANO, *Un secolo giuridico (1814-1916). Legislazione, cultura e scienza del diritto in Italia e in Europa*, in P. ALVAZZI DEL FRATE, M. CAVINA, R. FERRANTE et al., *Tempi del diritto. Età medievale, moderna, contemporanea*, Torino 2018, pp. 319-387.
- STARACE 2018 = P. STARACE, *Certezza e ordine del «ius civile» nell'«Enchiridion»*, in *Index* 46 (2018), pp. 173-200.
- STEIN 1966 = P. STEIN, *Regulae iuris. From juristic rules to legal maxims*, Edinburgh 1966.
- STROUX 1934 = J. STROUX, *Die griechischen Einflüsse auf die Entwicklung der röm. Rechtswissenschaft*, in *Atti del Congresso internazionale di diritto romano*, I, Pavia 1934, pp. 111-133.
- TALAMANCA 1977a = M. TALAMANCA, *Lo schema 'genus-species' nelle sistematiche dei giuristi romani*, in *La filosofia greca e il diritto romano. Colloquio italo-francese (Roma, 14-17 aprile 1973)*, II, Roma 1977, p. 3 ss.
- TALAMANCA 1977b = M. TALAMANCA, *Per la storia della giurisprudenza romana*, in *BIDR* 80 (1977), pp. 195-344.

- TALAMANCA 1981 = M. TALAMANCA, *Costruzione giuridica e strutture sociali fino a Quinto Mucio*, in A. GIARDINA, A. SCHIAVONE (a c. di), *Società romana e produzione schiavistica*, III, *Modelli etici, diritto e trasformazioni sociali*, Roma-Bari 1981, pp. 15-39.
- TALAMANCA 1999 = M. TALAMANCA, *Diritto e prassi nel mondo antico*, in I. PIRO (a c. di), *Règle et pratique du droit dans les réalités juridiques dell'Antiquité*, *Atti della 51ª Sessione della SIHDA (Crotone-Messina 16-20 settembre 1997)*, Soveria Mannelli 1999, pp. 105-211.
- TALAMANCA 2004 = M. TALAMANCA, *Problemi del 'de oratore'*, in *Roma e America. Diritto romano comune* 17 (2004), pp. 3-15.
- TALAMANCA 2009 = M. TALAMANCA, *L'oratore, il giurista, il diritto nel 'de oratore' di Cicerone*, in *Ciceroniana* 13 (2009) [= *Atti del XIII Colloquium Tullianum (Milano 27-29 marzo 2008)*], pp. 29-100.
- TAMBURI 2013 = F. TAMBURI, *Il ruolo del giurista nelle testimonianze della letteratura romana*, I, *Cicerone*, Napoli 2013.
- VACCA 2003a = L. VACCA, *Casistica e sistema da Labeone a Giuliano*, in F. MILAZZO (a c. di), *Ius controversum e auctoritas principis. Giuristi principe e diritto nel primo impero. Atti del Convegno internazionale di diritto romano e del IV Premio romanistico «G. Boulvert» (Copanello 11-13 giugno 1998)*, Napoli 2003, pp. 341-381.
- VACCA 2003b = L. VACCA, *Casistica e sistema nel diritto giurisprudenziale. Alcune riflessioni con riferimento al "metodo" dei giuristi romani*, in *Europa e diritto privato*, 2 (2003), pp. 325-368.
- VACCA 2018 = L. VACCA, *Riflessioni su 'Astrazione' e 'sistema' in Quinto Mucio Scevola*, in *SDHI* 84 (2018), pp. 347-354.
- VIOLA 1988 = F. VIOLA, *La teoria giuridica post-moderna fra tradizione e innovazione*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica* XVIII.1 (1988), pp. 117-131.
- VIEHWEG 1953, *Topik und Jurisprudenz*, München 1953 [trad. it. G. CRIFÒ, Milano 1962].
- VILLEY 1945 = M. VILLEY, *Recherches sur la littérature didactique du droit romain (A propos d'un texte de Ciceron 'De oratore' 1-188 à 190)*, Paris 1945.
- WEBER 1972^s = M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie*, 2 voll., Tübingen 1972 [*Economia e società*, 2 voll., trad. it. M. Palma, Milano 1974³].
- WIEACKER 1969 = F. WIEACKER, *Über das Verhältnis der römischen Fachjurisprudenz zur griechisch-hellenistischen Theorie*, in *Iura* 20 (1969), p. 448 ss.
- WIEACKER 1976 = F. WIEACKER, *Zur Rolle des Arguments in der römischen Jurisprudenz*, in *Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag*, München 1976, pp. 3-27.

Premesse per una discussione sul rapporto tra continuità e discontinuità nel diritto civile

A partire dalla lezione di Tullio Ascarelli

Mauro Grondona

Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Genova, Genova, Italia

Abstract (Italiano)

Lo scritto si prefigge di riflettere, a partire da un contributo di carattere teorico e metodologico di Tullio Ascarelli del 1953, su alcuni aspetti del rapporto tra continuità e discontinuità nel diritto civile italiano. Sullo sfondo, vi è l'avvertita, diffusa e generalizzata esigenza di un rinnovamento metodologico, di fronte al massiccio ricorso, da parte della giurisprudenza italiana, a un'argomentazione fondata in larga misura sui principi generali e sulle clausole generali. Tuttavia, proprio la lezione metodologica di Ascarelli mostra come l'apertura ermeneutica dell'interprete non rappresenti un attentato contro la certezza del diritto e la prevedibilità delle decisioni (e quindi delle trasformazioni dell'ordinamento giuridico in via interpretativa), perché questa apertura ermeneutica non è mai lasciata a sé stessa, ma è oggetto di controlli, tanto di carattere ordinamentale, quanto di carattere sociale. Ciò, naturalmente (nella prospettiva di Ascarelli e in quella della più attenta giusermeneutica contemporanea), a condizione che il rapporto tra continuità e discontinuità giuridica venga collocato in una dimensione autenticamente storica, che guarda al giurista-interprete quale soggetto chiamato a valutare normativamente la realtà, così dando vita a nuove regole giuridiche, in un continuo processo di costante adattamento dell'ordinamento giuridico all'ordine sociale.

Keywords: Tullio Ascarelli, continuità, discontinuità, ermeneutica giuridica, diritto privato

Abstract (English)

Starting from a Tullio Ascarelli theoretical and methodological essay published in 1953, this paper proposes a thoughtful discussion on some aspects of the relationship between continuity and discontinuity in Italian civil law. In the background, there is the perceived need for a methodological renewal in the face of Italian case law massive recourse to an argumentation largely based on general principles and general clauses. However, Ascarelli's methodological lesson shows how the interpreter hermeneutic openness does not represent an attack against the certainty of law and the predictability of decisions (therefore of the transformations of the legal system by way of interpretation), because this hermeneutic openness is never left to itself, but is subject to controls of legal and social nature. Hence, of course – in Ascarelli's perspective and in that of the most attentive contemporary legal

hermeneutics –, provided that the relationship between legal continuity and discontinuity is placed in an authentically historical dimension, which looks to the jurist–interpreter as the subject called upon to assess reality normatively, thus giving rise to new legal rules, in a continuous process of constant adaptation of the legal system to the social order.

Keywords: Tullio Ascarelli, continuity, discontinuity, legal hermeneutics, Italian private law

1. Il problema del mutamento giuridico e l'intrinseca forza politica della dimensione della giuridicità¹

Il problema del mutamento giuridico, e quindi il problema del rapporto tra continuità e discontinuità, e così, potremmo anche dire (ma in senso più ampio e trasversale) tra tradizione e tradizionalismo, da un lato, e tra riforma e rivoluzione, dall'altro lato, non solo è un classico problema che il diritto, e quindi il giurista, in (e di) ogni tempo ha dovuto affrontare², ma è un problema sul quale Tullio Ascarelli ha fatto sentire con forza la propria voce. Direi, anzi, che la questione del rapporto tra continuità e discontinuità giuridica è stata una sua vera ossessione intellettuale, poi risolta in chiave etica (e dunque storica), come emerge chiaramente da una pagina dell'ultimo scritto ascarelliano (la bellissima 'Introduzione' a una raccolta di testi di Hobbes e Leibniz: un contributo fondamentale, soprattutto oggi, in un momento in cui la scienza giuridica è alla ricerca di una nuova teoria del diritto, e dunque di sé stessa³):

«La vecchia domanda dell'Eutifrone platonico e che pur concerne il rapporto tra conoscenza e azione, riceve così pur sempre nuove risposte in un mondo sempre rinnovato da queste stesse diverse risposte, che segnano insieme un cammino nello sviluppo del diritto e della società. Il problema eterno è solo apparentemente immobile, ma muta e si arricchisce rispecchiando nuove fedi e nuove concezioni. Si pone teologicamente nei confronti di Dio; si ripropone laicamente in quelli dello Stato; i problemi dell'interpretazione della legge umana ci rimandano a quelli dell'interpretazione del comandamento divino e il problema di una legge divina ci riporta a meditare sul significato di una legge umana. Unità e insieme diversità nella quale si rispecchia la storia del nostro mondo: la formazione degli stati e la secolarizzazione della cultura.

Non è possibile agire senza porre insieme la propria azione come valore, senza perciò insieme affermare un'origine generale. Ma non v'è mai ordine posto che possa sostituire la responsabilità dell'azione e della scelta, facendo della nostra azione mera applicazione di univoche nozioni date; il momento volontaristico della libertà tornerà sempre a contrapporsi a quello

¹ Il testo minimamente sviluppa, con qualche ordine argomentativo (ma conservando, almeno in parte, il tono della esposizione orale), la relazione da me svolta al Congresso annuale della *Società Italiana di Storia del Diritto*, dal titolo "Fine della Tradizione? Coscienza storica e identità del giurista", tenutosi a Verona dal 24 al 26 ottobre 2019.

² Cfr. ora Poddighe 2019. Da vedere i classici Calasso 1966, *passim* e Orestano 1987, pp. 175-219; considerazioni significative in Maschi 1982.

³ Viola 2021b.

intellettualistico di un ordine morale già posto. E la dicotomia si riproduce nella esperienza giuridica, pel legislatore e per l'interprete. Ed è appunto di fronte a questa dicotomia che anche il legislatore è interprete; la contrapposizione tra i due momenti si risolve nel processo stesso della continua posizione e applicazione della norma, di un rapporto sempre presente tra un dato e una volontà, tra un passato e una volontà di futuro. E tra i due momenti ricorrentemente si inserisce, come mediatrice, la probabilità alla quale si affida l'azione per la sua conciliazione con un ordine generale»⁴.

Credo allora che per il diritto civile, ma non solo per esso, a ben vedere⁵, il ruolo intellettuale, di avanguardia, di Ascarelli⁶, possa essere oggi di grande aiuto, nella prospettiva di un, per dir così, 'cultural case study'⁷. Ciò, per due ragioni. Da un lato, perché numerosi assunti teorici di quest'ultimo, nella materia dell'interpretazione e circa il ruolo creativo del giurista-interprete, sono stati progressivamente acquisiti dalla cultura giuridica⁸. Dall'altro lato, perché questi stessi assunti, oggi, appunto, largamente diffusi e applicati in chiave metodologica anche dalla giurisprudenza, appaiono destinati (e, a mio avviso, in un arco temporale piuttosto breve, in assenza di una netta reazione di carattere culturale) a essere fatti oggetto di un'ulteriore revisione critica⁹, ma, questa volta, nel segno di una restrizione della discrezionalità del giurista, e in particolare del giudice (tema, ovviamente, prima ancora che tecnico, culturale e politico – cioè, s'intende, di politica del diritto), anche al limite aiutati, in ciò (e in determinati ambiti), dalle risorse dell'intelligenza artificiale¹⁰, cui sarebbe comunque sbrigato guardare con diffidenza.

Questa esigenza di revisione critica, però, non può essere intesa, in ragione della sua consistenza anche quantitativa, né come un mero ritorno al passato, nel senso di un rifiuto della contemporaneità giuridica (ché, allora, si tratterebbe di un'inutile battaglia di retroguardia), né come una contraddizione (cioè una opposizione a quei paradigmi metodologici largamente diffusi, nella 'scienza normale', per riproporre invece quei paradigmi che il progresso giuridico ha già superato: saremmo, anche qui, all'interno di una prospettiva reazionaria, come tale, in sé, sempre perdente). Al contrario, si tratta di un rinnovamento metodologico¹¹ che deriva dall'attuale contesto storico-politico, e certamente non soltanto italiano¹². La trasversalità del fenomeno impone che sia preso sul serio.

⁴ ASCARELLI 1960, p. 69.

⁵ BLANDO 2018.

⁶ STELLA RICHTER *jr* 2021. V. ora, da un punto d'osservazione assai interessante, MIGLIORINO 2021.

⁷ Più in generale, molto utili le riflessioni critiche di ASCHERI 2011.

⁸ CAMARDI 2020. Più in generale, MAZZAMUTO 2020a. Dalla visuale brasiliana, v. ora SEDANO ONOFRI 2021 e OCTAVIANI 2020.

⁹ In questo senso si segnala (anche nella prospettiva della formazione del giurista) ORLANDI 2021.

¹⁰ RULLI 2018.

¹¹ Ne fa oggetto di approfondita riflessione, prevalentemente nell'ambito del diritto commerciale (ma diverse considerazioni sono senza dubbio riferibili anche all'attuale diritto civile) LIBERTINI 2020b, spec. p. 763 ss. (ove un significativo riferimento anche a Ascarelli: *ivi*, pp. 764-765). Cfr. allora ZENO-ZENCOVICH 2018.

¹² Ad es., SUMPTION 2020.

Come sempre, al centro della riflessione (e dell'insoddisfazione metodologica) sta la classica connessione tra diritto e società, cioè tra tecnica e politica¹³: questo scontro tra paradigmi esprime del resto quella fisiologica dinamica che impone, in questo caso alla scienza giuridica, di adeguarsi alle esigenze primariamente culturali che il diritto, in quanto meccanismo di ordinamento sociale¹⁴, progressivamente esprime, nella sua funzione di mediatore tra le esigenze storico-sociali¹⁵ e gli strumenti tecnici attraverso cui filtrare queste ultime¹⁶. È dunque errato, di fronte a un problema del presente, recuperare dal passato modelli o schemi interpretativi della realtà, posto che il contesto è oggettivamente diverso e l'interprete è soggettivamente immerso in una dimensione culturale differente rispetto al passato. Il che, naturalmente, non significa che dal passato non possano essere invece tratti elementi di riflessione da mettere a frutto rispetto alle esigenze del presente¹⁷, ma nella consapevolezza di una costante discontinuità culturale, non già di una costante continuità¹⁸. Occorre peraltro subito precisare che tra discontinuità culturale e discontinuità giuridica non vi è una necessaria corrispondenza biunivoca, perché la discontinuità culturale può essere temperata proprio da quella continuità giuridica che, in questo senso, svolge una funzione conservativa dell'assetto sociale, onde evitare improvvisi e non sufficientemente consolidati mutamenti di carattere culturale¹⁹.

Orbene, pensando al diritto civile (ma non solo)²⁰, si sta assistendo a un rafforzamento di cautela e di prudenza, da parte della dottrina²¹, di fronte all'idea di un ragionamento giuridico ormai assai lontano dalla fattispecie²² e invece aperto all'applicazione diretta dei principi generali²³ e al massiccio ricorso alle clausole generali²⁴: quest'ultime, però, non già quali contenitori di valori consolidati in termini economico-sociali, sì da poter essere poi facilmente tradotti in regole di giudizio²⁵, ma quali strumenti attraverso cui offrire una lettura giuridicamente vinco-

¹³ Sono tuttora fondamentali le pagine di JEMOLO 1947.

¹⁴ BRUTTI 2013b.

¹⁵ Cfr. infatti LIPARI 1968; ma allora va altresì visto PERLINGIERI 1969.

¹⁶ Cfr. ARNAUD 1993 (sono grato a Francesca Caroccia per la segnalazione del volume).

¹⁷ Ad es., può essere oggi utile la rilettura di MORIN 1945.

¹⁸ In tema, va visto il famoso scritto di CALASSO 1955. Nella civilistica, ben note le pagine, di largo respiro culturale, di PUGLIATTI 2011, p. 1181 ss.

¹⁹ CALABRESI 2013.

²⁰ BIN 2014; LUCIANI 2016; BIN 2018; FERRAJOLI 2018; BIN 2021.

²¹ Ad es., CASTRONOVO 2015; BARCELONA 2017; IUDICA 2019; ZACCARIA A. 2020; in chiave meno metodologica e più tecnica, cfr., ad es., LENER 2018, e ora BENATTI F.O. 2021 (ma allora cfr. altresì PALAZZO 2021). Significativa, anche in chiave culturale, la netta presa di posizione di PARDOLESI 2019. Ma allora cfr. BRECCIA 2020. Da una prospettiva latino-americana (ma particolarmente attenta e sensibile alla cultura giuridica europea, e italiana in particolare), va ora visto il robusto (e sanguigno) contributo di LEÓN HILARIO 2021.

²² Vanno visti i saggi pubblicati in *Ars Interpretandi*, 1/2019, p. 15 ss., preceduti dall'Introduzione di ZACCARIA 2019, p. 7 ss.

²³ Per impostazione e visione pressoché opposte, v. PIRAINO 2017 e FEMIA 2021b.

²⁴ Per un'impostazione pluridisciplinare v. ora SACCHI 2021. Ma nel volume manca, purtroppo, una trattazione espressamente dedicata alle clausole generali nel diritto civile (ma, *ivi*, v. però PATTI 2021, che si sofferma sulle clausole generali nel diritto processuale civile). Precedentemente, v. i saggi pubblicati in *Diritto & Questioni pubbliche* 2/2018, accessibili *on line* all'indirizzo http://www.dirittoquestionipubbliche.org/page/2018_n18-2/index.htm. Prima ancora si v. VELLUZZI 2010 (su cui LIBERTINI 2010).

²⁵ Lungo questa linea si muove ora BENATTI F.A. 2021.

lante, se non altro per le parti in causa (ma ciò, è ovvio, nell'ottica, e con la consapevolezza, di una giurisprudenza fonte del diritto)²⁶, della cosiddetta coscienza sociale²⁷ e della giustizia sociale²⁸.

Tutto ciò, evidentemente, in funzione costruttiva dell'ordinamento giuridico²⁹.

Di fronte a questa tendenza³⁰, è, appunto, perfettamente fisiologico che insorgano, non già delle resistenze, ma delle prospettazioni alternative, che, da un lato, non rifiutino la discrezionalità del giurista-interprete e la funzione tanto creativa quanto trasformativa dell'interpretazione, ma che poi, dall'altro lato, offrano una configurazione istituzionale contraria all'idea di un legislatore come tale subordinato al potere del giudice, non tanto rispetto all'esigenza della certezza del diritto (che non può che assumere una fisionomia storicamente determinata³¹; e non c'è dubbio che la certezza del diritto nella prospettiva di uno Stato di diritto costituzionale sia categoria concettuale e operativa diversa rispetto ad altre esperienze ordinamentali del passato)³², ma soprattutto rispetto all'esigenza di una stabilità ordinamentale³³, che è, in prima battuta, il prodotto di una determinata concezione politico-culturale dei rapporti tra poteri istituzionalizzati³⁴ (e non c'è dubbio che, nella prospettiva dell'interpretazione, il giudiziario è un potere a tutto tondo, che, come tale, oltre a frenare eventuali eccessi sociali, può anche esprimere in sé un eccesso punitivo-sanzionatorio³⁵).

La difficoltà, all'evidenza, deriva dalla circostanza che ogni lettura degli assetti ordinamentali muove da determinate premesse tanto culturali quanto ideologiche fortemente influenzate dal contesto. Da questo punto di vista, allora, non c'è dubbio che il protagonismo giudiziario (ma meglio dovrebbe dirsi: magistratuale) assume, in chiave empirica, il ruolo di primario fattore di trasformazione culturale. E noi ci troviamo esattamente nel momento del possibile (e, a mio avviso, assai probabile) passaggio da un paradigma all'altro. Non, lo ripeto, per recuperare *tout court* una sudditanza del giudice alla legge (che, a ben vedere, era piuttosto una adesione a determinati principi, anche di carattere ordinamentale), ma per evitare che la discrezionalità dell'interprete sia troppo facilmente utilizzata quale strumento di frammentazione ordinamentale, che indebolisce l'intero corpo sociale, al contempo indebolendo la stessa libertà individuale, connotata così prevalentemente in chiave oppositiva (tra singoli o tra gruppi).

²⁶ In prospettiva storica, sono particolarmente interessanti alcune pagine di CALAMANDREI 1922.

²⁷ Una critica, ora, in FEMIA 2021b, spec. pp. 67-72.

²⁸ LIPARI 2021a.

²⁹ Peraltro, ciò che sta oggi accadendo – lo scontro tra un'argomentazione giuridica fondata sulle fattispecie legislative e un'argomentazione giuridica fondata sui principi generali – consentirebbe di ripercorrere con profitto un confronto dialettico assai interessante, ma che non ha ricevuto tutta l'attenzione che avrebbe invece meritato. Alludo alle puntuali critiche rivolte da Betti a Ascarelli in tema di interpretazione. Cfr. in particolare BETTI 1959, p. 531 ss. Sulla questione va visto PINELLI 2010. Più in generale, da vedere, ora, il volume collettaneo a cura di BANFI, BRUTTI, STOLFI 2020.

³⁰ Un ottimo quadro ricostruttivo è ora in VETTORI 2021.

³¹ Serbano particolare utilità gli scritti apparsi negli Atti del convegno (dedicato al tema: "La certezza del diritto e l'autonomia dei privati nel diritto dell'economia") organizzato nel 1956 dagli "Amici de *Il diritto dell'economia*". Ivi, in particolare, cfr. ASCARELLI 1956 e l'intervento critico (rispetto a quanto affermato da Ascarelli nella sua relazione) di LEONI 1956.

³² Una sintetica e efficace panoramica in FIORAVANTI 2018. Da vedere SETTIS 2017.

³³ Cfr. BALESTRA 2021.

³⁴ In prospettiva più ampia, sono molto interessanti le considerazioni che si leggono ora in RAMPÀ 2021.

³⁵ FIANDACA 2013 e MAZZAMUTO 2019. Cfr. altresì RICCIARDI 2021.

Di fronte alla centralità dell'essere umano, non solo in quanto, *naturaliter*, soggetto di diritto, ma in quanto propulsore di giuridicità, è evidente che occorre andare alla ricerca di uno strumentario giuridico-politico che, da un lato, consenta una costante espansione degli spazi di libertà individuale (e questo è il terreno, anche di scontro, politico-giuridico), ma che, dall'altro lato, indirizzi e ordini la massa di pretese individuali, che proprio nel valore costituzionale della libertà devono trovare una *ratio* interna, potremmo dire socialmente orientata, nella scia di Axel Honneth³⁶, che impedisca, in sostanza, quegli eccessi di libertà che poi sono, a ben vedere, all'origine del diffuso malcontento, in ambito civilistico, circa il governo della discrezionalità giudiziale.

Le molteplici espressioni del pluralismo giuridico, detto in sintesi, richiedono bensì una giuridicità flessibile, ma al contempo razionale, cioè razionalmente controllabile, nel presupposto (anche, o primariamente, metodologico) che ogni ragionamento debba essere assoggettato al filtro di una razionalità storicamente adeguata, la quale consenta agli apparati giuridici ordinatori di svolgere la propria funzione di irrobustire le interconnessioni sociali³⁷.

In questo senso, pluralismo giuridico e pluralismo sociale si rafforzano reciprocamente³⁸.

Queste brevissime considerazioni, che, del resto, non altro fanno se non riassumere una sensazione piuttosto diffusa, e trasversale, tra i giuristi, vogliono fare da sfondo all'esigenza di una compiuta riflessione metodologica (anche nella prospettiva della formazione del giurista)³⁹.

L'aspetto più interessante, come di consueto accade, è che l'evidente scontro sul metodo giuridico muove da uno scontro tanto sull'idea di libertà individuale, nonché sull'idea di liberal-democrazia, quanto sull'idea di diritto, che, per poter svolgere effettivamente il proprio ruolo di ordinatore sociale in chiave progressiva e emancipatoria, deve essere assistito da una legittimazione culturale⁴⁰. Tanto il diritto quanto il giurista, oggi, sono due entità alla ricerca di una nuova legittimazione culturale, che vi può essere solo a condizione che il diritto e il giurista vengano socialmente avvertiti quali elementi benefici per la protezione e la promozione delle esigenze individuali. Ma per essere protette e per essere promosse, le stesse esigenze individuali devono essere pensate in una dimensione sociale, alla ricerca di un ordine che, prima di essere imposto *ab externo*, è conseguito, per forza propria, grazie alla percezione che ciascun individuo ha di sé, di fronte alla collettività.

Per richiamare la nota immagine (impiegata da Erwin Panofsky in chiave euristica) del *paesage moralisé*, potremmo dire che il variegato paesaggio metodologico, in rapporto al contesto, consente sempre di tracciare la distinzione tra un progresso, che, nella prospettiva della società liberal-democratica, è emancipazione nella, e attraverso la, libertà, e un regresso, che,

³⁶ Ho sott'occhio la recentissima intervista rilasciata a un quotidiano italiano: HONNETH 2021.

³⁷ Vien facile un richiamo alla linguistica, e in particolare a TERRACINI 1963, *passim*.

³⁸ Cfr. FEMIA 2020, spec. pp. 103-105, in riferimento ai rapporti tra efficienza ermeneutica ed efficacia normativa (§ 8), nonché al ruolo dell'ermeneutica giuridica oppositiva democratica (§ 9).

³⁹ Vanno ora visti i saggi apparsi in *Diritto & Questioni pubbliche*, 1/2021 ('Sull'educazione giuridica'), consultabili *on line* all'indirizzo http://www.dirittoequestionipubbliche.org/page/2021_n21-1/index.htm, che muovono da VOGLIOTTI 2020.

⁴⁰ Su diversi aspetti che si intrecciano con quanto detto nel testo, v. NELSON 2019, *passim*.

invece, è assoggettamento a pulsioni socialmente distruttive (anche discendenti dall'esercizio della libertà individuale). Da questo punto di vista, il rapporto tra dimensione etico-politica e dimensione giuridico-politica ritorna in primo piano⁴¹, e anche su ciò la pagina sopra richiamata dell'ultimo Ascarelli è oggi significativa.

Ciò porta il discorso sul versante che guarda al diritto come a un fenomeno eminentemente culturale. È la stessa base culturale che impone al giurista di impadronirsi di quelle tecniche che consentano di elaborare argomentazioni destinate a resistere alla critica e a incidere sulla struttura ordinamentale in chiave funzionale. La competizione tra metodi giuridici si muove lungo la stessa strada della competizione culturale, nella consapevolezza che, senza conoscenza, non ci può essere salvezza, né individuale, né sociale, perché la conoscenza è come tale possibilità di progresso.

2. Cinque citazioni ascarelliane

A questo punto del discorso, propongo cinque citazioni di Tullio Ascarelli, tratte da uno scritto non tra i suoi più citati (anche perché non venne mai raccolto in volume), ma che, a mio avviso, non solo rappresenta al meglio l'idea di diritto e di giurista fatta da lui propria, ma esprime anche quella tensione intellettuale che, nel momento stesso in cui egli elaborava e comunicava una idea, ne faceva al contempo rilevare, magari solo implicitamente, i punti di debolezza, nella convinzione che non vi sono prospettive metodologiche da rigettare come tali. La serietà di un metodo, infatti, dipende dal contesto in cui quel metodo è applicato, dal problema che si vuole risolvere, dagli obiettivi che con esso si intendono raggiungere, nonché dalla disponibilità del ricercatore di fronte all'inaspettato. La scelta del metodo, in questo senso, ha dunque molto a che fare con l'ideologia, e dunque con l'etica, di chi quel metodo professa.

Ecco, allora, qui di seguito, cinque citazioni, tratte da un corposo scritto elaborato in occasione del 'Primo convegno nazionale di diritto comparato', che si tenne nel 1953⁴²:

(i) «La libertà dell'interprete si manifesta vuoi nella ricostruzione tipologica della realtà vuoi nel riordinamento degli ordinamenti normativi del *corpus juris* precostituito, riordinamento e ricostruzione nel quale si faranno valere le valutazioni dell'interprete.

Qualunque ordinamento giuridico è pur sempre nella storia e frutto della storia, presentando perciò valutazioni diverse storicamente dovute alle diverse forze che concorrono a determinarlo e ai loro contrasti. La coerenza logica del sistema e la compatibilità delle sue diverse premesse non attiene alla sua formazione storica, ma costituisce il frutto, e il frutto sempre transitorio, dell'opera dell'interprete attraverso la valutazione, e pe[r]ciò l'ordinamento, dei suoi vari orientamenti e cioè la delimitazione della portata delle varie premesse ai fini dell'interpretazione»⁴³,

⁴¹ V. ora VIOLA 2021a.

⁴² ASCARELLI 1953. In parallelo, va letto ASCARELLI 1954.

⁴³ ASCARELLI 1953, p. 29.

(ii) «Nel contrasto tra la ricchezza della realtà concreta e l'esigenza di una sua completa valutazione normativa, secondo un sistema che deve porsi come unitario, è appunto il continuo rinnovamento del sistema attraverso l'interpretazione, che permette di dare una risposta ad ogni possibile quesito, attraverso un continuo e mai finito completamento, sì che ogni *corpus juris* preconstituito ci appare come continuamente completato attraverso l'opera dell'interpretazione, anziché come aprioristicamente completo»⁴⁴;

(iii) «Il limite posto alla libertà dell'interprete è segnato dal criterio di continuità alla cui osservanza è tenuto, dovendo le sue conclusioni essere riconducibili a quelle del sistema preconstituito. [...]

La categorie giuridiche [...] servono a stabilire la continuità delle varie soluzioni e il loro sviluppo si coordina con lo sviluppo di queste.

Fuori da esse, invero, il diritto si ridurrebbe a una serie di soluzioni casistiche la cui mancanza di coordinazione farebbe venir meno ogni certezza e l'interpretazione riuscirebbe a rigore impossibile; l'applicazione e lo sviluppo del diritto sarebbero affidate all'arbitrio dell'interprete o ai "responsi" del legislatore chiamato a pronunciare per ogni caso la sua decisione. Am[m]ettere la rilevanza delle valutazioni dell'interprete nell'elaborazione di queste categorie e porre così l'interprete al centro dello sviluppo del diritto non significa negare, ma anzi accentuare, il rilievo del "sistema" ai fini di uno sviluppo interpretativo e cioè di uno sviluppo che, rispettando una esigenza di continuità che si traduce in certezza giuridica e rispetto della libertà individuale, tuttavia attende a quel continuo completamento e a quella permanente adeguazione, indipendentemente dalla quale nessun *corpus juris* preconstituito può riuscire applicabile.

È questa permanente adeguazione che da un lato richiede la presenza di una struttura concettuale, dall'altro, e per la stessa ragione, rivendica la libertà dell'interprete, perché [,] vuoi la mancanza della prima vuoi la negazione della seconda, metterebbe capo a un continuo appello al "legislatore", allora confuso col giudice, attraverso continue pronunce [*sic*] legali, che ridurrebbero il diritto a una serie di comandi individuali, che, nella mancanza di qualunque coordinazione, si rivelerebbero arbitrari»⁴⁵;

(iv) «Le categorie giuridiche costituiscono così una inquadratura che trova la sua piena giustificazione nelle esigenze dello sviluppo interpretativo, indipendentemente dalla quale ogni singola norma non può intendersi né applicarsi e che [,] da un lato [,] ne condiziona la portata orientandone lo sviluppo interpretativo, dall'altro, perciò stesso, sfugge all'eventuale monopolio dell'organo che formula la norma. Si riflettono, nella loro elaborazione, necessariamente libera, esperienza e tradizioni del passato, speranza e volontà di futuro ché, per riprendere la frase di Leibniz,

⁴⁴ ASCARELLI 1953, p. 30.

⁴⁵ ASCARELLI 1953, pp. 34-35.

il diritto [,] in ogni momento posto attraverso l'interpretazione, è carico di passato e gravido di futuro; a[pp]aiono necessariamente condizionate dalla realtà sociale alla quale si riferiscono.

Sono forse [...] le tradizioni del passato [...] che più sono presenti nella struttura; le immagini del desiderato futuro, quelle che più influiscono sulla portata, che ciascun concetto finisce per assumere in sede di applicazione.

Formalismo e sociologismo nell'interpretazione in realtà non si contrappongono, seppure possono distinguersi [,] dato il maggior o minor rilievo di considerazioni strutturali o considerazioni funzionali [,] e secondo un maggior o minor rilievo delle esigenze della certezza o di quell'equità della soluzione, particolarmente vive queste ultime in periodi di rapida trasformazione economica; le categorie giuridiche invero non possono essere intese astratte dalla storia e indipendentemente dal riferimento ad una realtà sociale, ma questa non può a sua volta essere giuridicamente valutata fuori da una inquadratura concettuale.

La storia del diritto finisce così per coincidere con la storia delle teorie giuridiche, in un'esperienza giuridica nella quale norme e teorie confluiscono»⁴⁶;

(v) «L'interpretazione della norma presuppone la sua ricostruzione; la sua applicazione concreta importa simultaneamente, attraverso la sua interpretazione, pur sempre la posizione di un precedente e attraverso il quotidiano processo di interpretazione e applicazione il diritto si svolge – anche quando rimangono verbalmente identiche le norme i[n]terpretate – secondo un processo che non può seriamente contenersi negli schemi della “esattezza” di un'interpretazione nei confronti dell'“errore” di un'altra, sì che le tesi interpretative “oggi” accolte finirebbero per essere quelle “esatte” nei confronti di quelle “errate” di “ieri”, ma che è processo storico di sviluppo nel quale, attraverso la necessaria elaborazione delle categorie del pensiero giuridico, quasi vettori normativi, si fanno valere orientamenti che sfuggono all'impero di qualunque legislatore e in forza dei quali le norme vengono interpretate, ricostruite in un ordinamento unitario, nonostante l'eventuale contrasto delle loro origini, svolte e rinnovate e cioè sostanzialmente poste nuove norme. Ciascun interprete e ciascun operatore collabora in quest'opera facendo valere le proprie convinzioni e i propri orientamenti, contribuendo a proporre e a elaborare generali premesse e a utilizzare nella ricostruzione giuridica di norme e nella indicazione o attuazione di pratiche e soluzioni che, appunto attraverso la generale accettazione e convinzione, potranno entrare a far parte del diritto vigente, così in continuo sviluppo, in una continua tensione eppure in una continua armonizzazione, tra un *corpus juris* dato e le diverse esigenze.

Perciò, seppur nei limiti permessi da quella continuità di sviluppo cui è tenuto l'interprete, “la legge che scritta in cor si porta”, per dirla con Cino da Pistoia, pur sempre concorre nella determinazione del diritto e l'interprete del diritto vigente (ne sia o no cosciente) si fa interprete di esigenze morali e concezioni del mondo in base a un suo diritto ideale e rinnova nell'opera diurna di interpretazione e applicazione il diritto costituito.

⁴⁶ ASCARELLI 1953, pp. 35-36.

La giustizia non si pone come criterio di distinzione del “diritto” dal “non diritto”, ma come una permanente esigenza nei riguardi del diritto che in ogni momento venga posto»⁴⁷.

Come emerge in più di un passaggio qui sopra riferito (e come del resto è ben noto), un aspetto decisivo nella teoria generale del diritto ascarelliana (la chiamerei così, al di là del fatto che egli non ci abbia dato un compiuto quadro teorico, ma il perimetro concettuale tratteggiato è ben chiaro) riguarda le premesse di valore dell’interprete: direi che non c’è nessuno scritto dell’Ascarelli della maturità che non insista su questo punto, fondamentale.

Premesse di valore dell’interprete e non del legislatore, in questo senso chiarendosi la distinzione ascarelliana tra volontà della legge e volontà del legislatore, nel senso che, al di là della possibilità storiografica di ricostruire la *voluntas legislatoris*, ciò che conta, in chiave funzionale, è la *voluntas legis*, la quale deve essere adeguata, in via interpretativa, ai successivi contesti storico-politici sui quali andrà a incidere; è quindi indispensabile che la *voluntas legis* sia costantemente adeguata, in via interpretativo-applicativa, alle ragioni del contesto⁴⁸ (le quali, naturalmente, retroagiscono tanto sulle premesse di valore dell’interprete, quanto su quelle del legislatore: il che rende però il conflitto politico, e quindi interpretativo, insuperabile, quando vi sia diversità di premesse, e si tratterà, allora, di pervenire a una composizione fondata su di un bilanciamento che occupa l’intero ambito della giuridicità, da quello etico-politico a quello tecnico-applicativo).

In breve, per Ascarelli, l’interprete ha un ineliminabile (e necessario) potere creativo⁴⁹. Una creatività, potremmo anche dire, storicamente necessitata, che non significa, però, accettare la realtà delle cose quale prodotto della storia⁵⁰, ma intervenire su di esse in funzione politica,

⁴⁷ ASCARELLI 1953, pp. 33-34.

⁴⁸ ASCARELLI 1953, pp. 44-45: «L’interpretazione giuridica non mira solamente a risalire, come qualunque interpretazione, dal segno alla cosa significata, all’atto attraverso la parola, ma mira a cogliere una portata eventualmente estranea all’atto nel momento nel quale è stato storicamente posto (e cioè in un sistema fondato su leggi [a]scritte alla volontà del legislatore) e che, tuttavia, viene intesa come propria di questo, indipendentemente da accadimenti posteriori. La “volontà della legge” in contrapposto alla “volontà del legislatore” indica appunto il superamento, in sede interpretativa, della portata propria della norma intesa come fatto temporale determinato, per far capo a una sua “pienezza di significato” che non riposa più sul dato storico inteso, ma su una ricostruzione, a sua volta però compiuta indipendentemente dall’esame storico di avvenimenti [sic, ma dovrà leggersi ‘accadimenti’] posteriori, ma anzi al fine di determinarli. È perciò che l’affermazione di un esclusivo contenuto conoscitivo o teorico dell’attività interpretativa, vuoi attraverso la sua riduzione ad un’attività storiografica, vuoi attraverso quella del carattere naturalistico delle costruzioni o quella della riduzione delle soluzioni a uno sviluppo coerentemente logico delle premesse legali, torna a rilevarsi inadeguata dimenticando appunto che l’attività interpretativa mette capo alla posizione di nuove norme che, appunto perché tali, non sono “logicamente implicite” in quelle anteriori, se non attraverso una constatazione “a posteriori” che assume già quale portata della norma interpretata quella assunta dall’interprete nella sua interpretazione, interpretazione che a sua volta però si compie ricorrendo alle valutazioni proprie dell’interprete dalle quali risulta appunto la possibilità di nuove valutazioni normative».

⁴⁹ A ben vedere, la questione è in effetti meno lineare di come l’ho presentata nel testo, poiché è lo stesso Ascarelli che, sul punto, sembra a volte oscillare (e comunque il suo pensiero non è privo di qualche contraddizione). Qui basti il rinvio a GROSSI 2021, pp. 43-45 (ma naturalmente andrà allora visto GROSSI 1997) e, soprattutto, a LIBERTINI 2013.

⁵⁰ Cfr. infatti BRUTTI 1978, pp. 44-45: «Bisogna ricordare che nella cultura giuridica europea dell’Ottocento lo storicismo si coniuga con la postulazione di uno “spirito del diritto” o di entità analoghe poste a suo fondamento, che ne determinano in modo abbastanza misterioso l’individualità. In questa logica, il giurista “si pone al di sopra delle regole per indurne lo spirito generale connesso ai tempi e ai bisogni” [cit. di Bobbio]. Tale procedimento agisce in varie direzion[i]: ora per celebrare nel

dunque trasformativa, appunto analizzando la realtà per poi operare su di essa, a partire da una determinata concezione del mondo, che nell'ordinamento giuridico può trovare un ostacolo. Di qui, infatti, l'inscindibile nesso tra diritto e politica, che, attraverso l'approccio ermeneutico⁵¹, ha ricevuto una significativa fondazione teorica⁵².

La centralità circa la consapevolezza dei giudizi di valore dell'interprete (può ricordarsi che Ascarelli era amico di Esser)⁵³ non porta naturalmente a un soggettivismo valoriale incontrollabile, e quindi arbitrario. Lo storicismo al quale guarda Ascarelli è tale, da un lato, da favorire quelle interpretazioni funzionali a un costante progresso sociale, ma senza, dall'altro lato, produrre insanabili fratture sistematiche (con inevitabili ricadute sociali). La posizione politica di Ascarelli, che assume un peso in chiave metodologica, è, infatti, nel segno del riformismo⁵⁴, se non altro perché 'il diritto è di tutti', come ha scritto di recente Vincenzo Di Cataldo⁵⁵, così riprendendo la prospettiva di Ascarelli, il quale sottolineava come il miglior antidoto contro il rischio di arbitrio stia nel fatto che le nuove interpretazioni entrino a far parte del diritto vigente solo attraverso la generale accettazione e convinzione, non solo del ceto dei giuristi, ma dei consociati⁵⁶.

3. Continuità e discontinuità nel diritto civile

Sotto un certo profilo, si tratta di un tema sempre aperto alla discussione, posto che è proprio la diversa lettura del rapporto tra continuità e discontinuità a rendere problematica, ad esempio, l'idea di una riforma organica del codice civile.

Ma, come ovvio, in ogni ambito del diritto si avvertono tensioni tra prospettive continuiste e prospettive discontinuiste. Del resto, è in primo luogo Ascarelli, nei passaggi riferiti, a far emergere come entrambi i versanti siano necessari alla vita del diritto.

diritto moderno il compiersi di un sistema già implicito nell'antico, ora per comparare e distanziare l'uno dall'altro. La verità è che la tradizione storicistica consegna alla cultura giuridica contemporanea strumenti del tutto inadeguati a storicizzare, nella loro composizione molecolare, oltre la coerenza formale e l'unità ideologica del sistema, tecniche e valori del passato e del presente. Anzi, lo storicismo rappresenta il punto di vista più radicalmente interno al sistema, in quanto fonda la sua individualità sull'origine e sulla diacronia. Ma l'esigenza di storicizzazione rimane, anche in rapporto ad una visione dinamica del fenomeno giuridico, che auspica il mutamento, e i concetti di finalità e funzione ne rappresentano un primo veicolo».

⁵¹ Per un'approfondita analisi dell'Ascarelli 'ermeneutico', v. ora CARIELLO 2020, pp. 75-173.

⁵² ZACCARIA 2012; VIOLA 2015; VIOLA 2018; ZACCARIA 2020.

⁵³ ASCARELLI 2017, p. 135.

⁵⁴ STELLA RICHTER *jr* 2021, p. 43: «In generale, Ascarelli, seppur lontano da incarichi politici, fu sempre impegnato a porre il suo intelletto al servizio del miglioramento della società, in nome degli ideali di libertà e democrazia, e si occupò con passione della cosa pubblica, anche aderendo a diversi movimenti e circoli politici di tipo schiettamente progressista».

⁵⁵ DI CATALDO 2017, sul quale v. LIBERTINI 2020a, spec. pp. 298-304.

⁵⁶ ASCARELLI 1953, p. 45: «Ed a compiere quest'opera [*scil.* l'interpretazione] saranno bensì professionalmente, e perciò con quella esperienza degli strumenti e con quel raffinamento e quella precisione di formulazioni che caratterizzano una attività professionale, i giuristi, ma pur anco tutti i consociati in quanto tutti interpreti e applicatori del diritto; lo saranno i dottrinari nell'elaborare generali sistemi e lo saranno, e forse innanzi tutto, i giudici nell'individuare e ricostruire, sia pure in relazione alle esigenze del singolo caso, la norma applicabile; lo saranno tutti i consociati che, pur come il borghese della commedia di Moli[è]re faceva della prosa, faranno del diritto anche senza saperlo, in un'opera che è di cooperazione e collaborazione collettiva e che nell'opinione generale trova in via definitiva il suo giudice».

Può anche accadere che si sia portati a essere discontinuisti sotto il profilo metodologico e invece continuisti sotto il profilo sostanziale⁵⁷.

Se osserviamo il campo del diritto civile, le classiche aree del diritto contrattuale, del diritto della responsabilità civile e del diritto di famiglia, è facile notare come ci si trovi di fronte a quel fenomeno, cui si riferisce Ascarelli, e che potremmo qualificare della discontinuità nella continuità: la discontinuità giuridica che si è progressivamente realizzata non va a discapito della continuità ordinamentale, nel senso che le soluzioni che si sono affermate, o che si stanno affermando, in questi ambiti, sono certamente discontinue, in relazione a determinati temi, quali, ad esempio, l'ingiustizia del danno o la giustizia contrattuale.

Una discontinuità, peraltro, che non si avverte ancora sufficientemente, in chiave metodologica, nella manualistica. Il che, però, potrebbe anche essere un fenomeno apprezzabile.

In questo senso.

C'è un livello di discontinuità, che attiene al cosiddetto diritto vivente, il quale si distanzia dal diritto codificato, che, infatti, in assenza di specifici interventi legislativi, non potrà che procedere lungo la linea della continuità. Un tale aspetto richiama però l'attenzione proprio sul versante istituzionale della materia giusprivatistica, posto che l'argomento in forza del quale il manuale di diritto privato, rappresentando esso uno strumento di alfabetizzazione giuridica, può (o forse deve: ma, se è così, si dovrebbero ripensare i rapporti tra i corsi istituzionali – tornare ai corsi di introduzione alle scienze giuridiche? – e i corsi monografici) limitarsi a fornire nozioni fondate su concetti, esprime una difesa della continuità categoriale, che può anche sovrapporsi alla continuità del diritto vigente.

C'è poi un livello di continuità, rispetto alle categorie fondamentali del diritto civile, che va anche oltre la continuità rispetto al diritto vigente, perché è una continuità tecnico-culturale, e che però va incontro a quelle esigenze storiche (sulle quali molto insiste Ascarelli) in forza delle quali la tecnica rimane, per dir così, fedele a sé stessa, ma gli scopi di essa cambiano. In questo modo, il diritto si trasforma costantemente, anche quando vi è perfetta continuità rispetto alle categorie concettuali e rispetto al diritto vigente.

Di qui, infatti, deriva quella discontinuità nella continuità, in difesa della quale Ascarelli, nelle vesti del teorico del diritto, si schiera.

⁵⁷ Cfr. infatti LIBERTINI 2013, p. 23, a proposito di Ascarelli: «Le divergenze [tra Ascarelli e Bigiavi] si incentravano sulla teoria dell'interpretazione, che rimaneva un processo cognitivo per Bigiavi, mentre era inevitabilmente creativa per Ascarelli. Sotto questo profilo, la superiorità teorica di Ascarelli appare oggi indiscutibile. Non si deve però pensare che la contrapposizione fosse tra un atteggiamento "conservatore" ed uno "progressista": sul piano delle soluzioni interpretative affermate, Bigiavi, nella polemica sull'imprenditore occulto, sosteneva tesi più moderne e "giuste"; ed Ascarelli fu, anche in altri campi (se pur non in tutti), un giurista "conservatore", poco incline a rompere soluzioni interpretative "consolidate" e prudente anche nelle proposte *de iure condendo*. Ma allora v. FERRI 1963, p. 71: «[L]a preoccupazione di Ascarelli non è quella di voler apparire nuovo, la sua finalità non è quella di sconvolgere l'ordine faticosamente dato alla materia dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Egli intende far opera costruttiva, non critica: egli si preoccupa di consolidare l'ordine già costituito, con l'approfondimento e la puntualizzazione dei problemi, con la ricchezza delle argomentazioni, con la confutazione delle posizioni eterodosse e tutto questo fa da Maestro con quella padronanza della dottrina e della giurisprudenza, con quella ricchezza di ingegno e di esperienza che gli sono proprie. Talora il suo attaccamento alla tradizione è così vivo, che chi lo abbia conosciuto come uomo costantemente proteso alle conquiste sociali e al progresso della civiltà, ne può persino rimanere meravigliato» (maiusc. orig.).

Ma la formula della ‘continuità nella discontinuità’ allude anche alla circostanza che il cambiamento (e quindi la discontinuità) è la fotografia di ciò che è già avvenuto e ancora sta avvenendo, sul piano sociale. Quando la trasformazione sociale (ad esempio del costume) si attua progressivamente, e senza fratture, si ha una trasformazione nella continuità, cioè all’interno di un contesto sociale, da un lato, in larga misura pronto ad accogliere il cambiamento, e, dall’altro, tale da fornire alle categorie giuridiche il sostrato legittimante in chiave trasformativa (ad esempio, danno ingiusto non è più soltanto la lesione di un diritto soggettivo assoluto, ma è la lesione di ogni interesse giuridicamente rilevante).

Il rapporto costante tra continuità e discontinuità è il centro dell’evoluzione del diritto, e, in effetti, a questa impresa a evidente fondamento antropologico, ciascun individuo partecipa, perché si tratta di un cambiamento indispensabile onde adeguare l’ordinamento giuridico all’ordinamento sociale. In questi momenti di trasformazione, ma non di rottura, dunque, ritorna in primo piano uno storicismo che, appunto, non coincide con il mero accadere, ma che è tale – nella linea di Ascarelli – da contribuire al verificarsi stesso di quell’accadimento, cioè agendo sulle ragioni del cambiamento, e dunque sulla necessità di quest’ultimo.

Siamo quindi di fronte a un cambiamento che indossa la veste del riformismo e non della rivoluzione. Un cambiamento, e pertanto una necessità di cambiamento, che interpella la dimensione politica del giurista in quanto tale, cioè tecnico del diritto⁵⁸.

Ecco perché molti, per non dire tutti, dei più significativi cambiamenti che si sono avuti *grosso modo* dalla metà degli anni Sessanta a oggi sono stati sempre anticipati dalla dottrina e dalla giurisprudenza; spesso il legislatore ha seguito queste trasformazioni. Spesso, ma non sempre, come ad esempio accade per la questione dell’adozione da parte della coppia omosessuale, che la giurisprudenza ha pressoché risolto, superando i limiti contenuti nella legge sulle unioni civili, non appellandosi, genericamente, ai valori, perché allora si possono certamente anche richiamare valori diversi, e anzi opposti, rispetto a quelli a fondamento dell’adozione, ma rileggendo il sistema dell’adozione in una chiave ordinamentale più ampia, eurounitaria e transnazionale, nella prospettiva di una tendenziale universalizzazione delle tutele⁵⁹.

Ma, in ambito di diritto di famiglia, la giurisprudenza civile, e in particolare quella della Corte di cassazione, ha dato ottima prova di come riuscire a rileggere il sistema italiano alla luce, appunto, dell’ordinamento dell’Unione europea e anche della dimensione transnazionale. Si può qui brevemente richiamare un’ordinanza del 2018⁶⁰, che si è occupata, a prima vista, di una questione piuttosto marginale, come il diritto dei nonni a mantenere rapporti affettivi con i nipoti. La particolarità del caso era che qui ci si trovava di fronte a un nonno biologico e una nonna sociale.

⁵⁸ Significativo il seguente rilievo di CASSESE 2000, p. 960, in riferimento a «un errore di prospettiva proprio della sua [scil. di Giannini] generazione: quello di ritenere l’azione politica lo spazio necessario dell’impegno riformatore, per cui l’assenza da quell’area avrebbe reso impossibile l’impegno».

⁵⁹ BAREL 2020.

⁶⁰ Cass. Civ., 25 luglio 2018, n. 19780.

Orbene, la Corte, facendo dialogare il formante legislativo con il formante giurisprudenziale, e in particolare attingendo alla giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte europea dei diritti umani, ha affermato che la nozione giuridicamente rilevante di famiglia supera la nozione legislativa, in tutti i casi in cui quest'ultima rappresenta un *vulnus* all'esercizio dell'affettività. L'affettività, dunque, è quella fattispecie concreta, quel fatto che, non come tale, ma qualificato in termini ordinamentali e non strettamente legislativi, prevale (o può prevalere) su di una regola legislativa, così trasformando il diritto nel senso di un'adeguazione dell'ordinamento giuridico all'ordine sociale (ma è certamente l'ordinamento giuridico, letto, ermeneuticamente, in chiave promozionale della soggettività e dell'affettività, a rendere possibile la trasformazione giuridica di sé stesso).

Anche le aree del contratto e della responsabilità civile hanno conosciuto e continuano a conoscere una evoluzione che non ha nulla di rivoluzionario: basti qui richiamare la vicenda del danno non patrimoniale, oggi forse rilevante anche nella chiave di possibili risarcimenti punitivi, finalizzati a far convogliare nel *quantum damni* il tasso di gravità, e quindi di antisocialità, della condotta del danneggiante⁶¹. Del resto, l'aspetto della sanzione di fronte a una condotta antisociale era già presente all'interno di quella fattispecie, da alcuni avversata ma che tuttora resiste, anche se sotto altro nome: mi riferisco al danno esistenziale.

Si può affermare, allora, che la responsabilità civile stia conoscendo un ritorno della colpa.

Qual è, o quale può essere, la ragione di questo ritorno della colpa, che in questo senso non ha nulla di moralistico, ma va appunto compreso nella linea politica di un rimedio (quello della responsabilità civile) che necessita di un adeguamento a fronte di ciò che potremmo anche chiamare il successo della libertà individuale? La risposta è abbastanza semplice: proprio l'espansione della libertà individuale ha reso più evidente l'esigenza di estendere, in parallelo, la responsabilità individuale, così recuperando anche quegli spazi di operatività della colpa, volta a sanzionare la condotta antisociale (e ciò, ben s'intende, a fronte di aree che, invece, non potranno che rimanere assai lontane dalla colpa, così ricadendo nell'ambito della responsabilità oggettiva: pensiamo ad esempio alla cosiddetta intelligenza artificiale). E in questa direzione si può allora aggiungere che proprio l'espansione della libertà individuale ha fatto sì che quest'ultima potesse divenire primario fattore di trasformazione sociale (e dunque giuridica), se non altro attraverso la pretesa fatta valere vittoriosamente in giudizio.

In ambito contrattuale, poi, non c'è dubbio che concetti quali l'equilibrio contrattuale⁶², la buona fede nella fase dell'esecuzione del contratto⁶³, l'obbligo di rinegoziazione⁶⁴ di fronte a una sopravvenienza cosiddetta atipica (e non prevista dalle parti), la tutela dei diritti fondamentali⁶⁵ hanno reso l'ordinamento italiano più sensibile non tanto alla giustizia contrattuale

⁶¹ DE MENECH 2019.

⁶² D'AMICO 2021.

⁶³ PIRAINO 2015.

⁶⁴ MACARIO 2021; TUCCARI 2018.

⁶⁵ RESTA 2021; VALLE 2020.

in sé, che è un concetto troppo astratto, per poter avere davvero una propria forza prescrittiva, ma a una giustizia intesa come ragionevolezza economica di fronte ad un determinato assetto contrattuale⁶⁶, che esiste all'interno di un determinato contesto economico-sociale⁶⁷. Non è infatti un caso che, da qualche anno, la giurisprudenza abbia riscoperto il giudizio di meritevolezza, soprattutto nella prospettiva della causa in concreto, e dunque, entrambi, quali strumenti di concretizzazione del giudizio, tanto rispetto al testo contrattuale, quanto rispetto al contesto (negoziale, tra le parti, ma anche sociale)⁶⁸.

In che senso la causa in concreto è connessa al tema della meritevolezza e a quello di una giustizia contrattuale letta alla luce del criterio di ragionevolezza economica (un criterio che, in questo quadro, muove da determinate esigenze sociali che si diffondono all'interno della collettività, si serve della tecnica giuridica e sfocia poi nella costruzione di una regola di giudizio che recepisca il bisogno sociale, ormai giuridicizzato e così divenuto giuridicamente rilevante, e come tale vettore di giuridicità)? Direi nel senso che la causa in concreto è il criterio di giudizio (che si appoggia su determinati valori ma che, come tale, non è un valore) grazie al quale ogni singola prestazione contrattuale è valutata in base al senso economico della pattuizione (la causa in concreto trova il proprio presupposto nell'idea di contratto come operazione economica⁶⁹), nella prospettiva ordinamentale: di qui, la necessità di una interconnessione tra valori del contratto e valori dell'ordinamento. Ciascun ambito, almeno potenzialmente, può arricchire l'altro.

Torniamo alla meritevolezza, tecnicismo che, oggi, pare conoscere una nuova vita, ma in senso opposto rispetto al disegno dei codificatori. Nella nota impostazione bettiana, infatti, la meritevolezza assolveva a una funzione di controllo dell'autonomia privata di carattere corporativista. Conseguentemente, il precetto in forza del quale l'ordinamento italiano ammette i contratti atipici, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela in conformità all'ordinamento giuridico (Cod. Civ. art. 1322, c. 2), intendeva evidentemente significare che la dimensione della atipicità contrattuale doveva essere assai prossima alla dimensione della tipicità, legale o sociale che fosse (da cui il tema, altrettanto ben noto, dell'assorbimento della causa atipica in quella tipica).

Oggi, invece, la meritevolezza sta assumendo (ma si vedrà, in effetti, se la dottrina civilistica italiana vorrà davvero muoversi in questa direzione costruttiva, o se, invece, preferirà dolersi di un ritorno in auge della meritevolezza, quasi fosse la prova, *in re ipsa*, di un ritorno dell'autoritarismo contrattuale, ma questa volta per via giudiziale, posto che, per decenni, il giudizio di meritevolezza è stato ricondotto al giudizio di liceità, onde, appunto, evitare la duplicazione dei controlli codicistici sull'autonomia privata) un volto diverso, e io mi spingerei anche dire 'liberale'. La meritevolezza, infatti, può essere utilizzata quale strumento flessibile, nella pro-

⁶⁶ In generale v. ora SALANITRO 2021; ma allora cfr. anche BENEDETTI 2021.

⁶⁷ LIPARI 2021b.

⁶⁸ PIRAINO 2021.

⁶⁹ GABRIELLI 2021.

spettiva di un'autonomia privata⁷⁰ da assumersi quale fonte di regole giuridiche, che sono tali perché l'autonomia privata trasforma in giuridicità, attraverso la dimensione negoziale, diverse esigenze socio-economiche⁷¹. Di talché, il vaglio della meritevolezza (anche rispetto a un contratto tipico, si può aggiungere) favorisce l'espansione della forza giuridica di quell'area economico-sociale, che, invece, in Betti – e anche qui richiamando idee ben note – era connotata da una rigidità valoriale tipica di un ordinamento autoritario. Oggi, all'opposto, il controllo di meritevolezza può svolgere la funzione di rendere più lineari e armonici i rapporti tra sfera del giuridico e sfera dell'economico, pur dovendosi naturalmente avvertire che questo discorso, che trova la sua ricaduta tecnica nella causa concreta, avrà accenti e esiti diversi a seconda che il contratto, appunto in quanto operazione economica, veda coinvolti soggetti connotati da una debolezza non solo economica, ma anche culturale⁷², oppure no. Ritorna, mi pare quella fisiologica dialettica tra premesse di valore dell'interprete, valori dell'ordinamento, valori espressi dall'autonomia privata e contesto politico-sociale di riferimento. In questo senso, il giurista-interprete è costantemente chiamato a un'opera di scomposizione e ricomposizione, che, attraverso la tecnica giuridica, realizza genuine operazioni di politica del diritto perché non vi possono essere interpreti politicamente neutri⁷³.

La questione più delicata, all'evidenza, è che la politica del diritto dell'interprete e la politica legislativa (utilizzando queste due formule, non perfettamente sovrapponibili, infatti, per sottolineare la differenza tra giudice e legislatore, e così nuovamente richiamando quell'insoddisfazione metodologica a cui ho fatto cenno in apertura), se, certo, possono, e anzi devono, essere reciprocamente connesse (alla luce, di nuovo, di quanto ha rilevato Ascarelli, distinguendo tra volontà della legge e volontà del legislatore, e così affidando all'interprete gli sviluppi 'contestuali' di un testo), non possono però muoversi all'interno di un rapporto soltanto oppositivo, che indebolisce entrambe.

Orbene, questo rapporto oppositivo, secondo diversi osservatori, si avrebbe oggi soprattutto in ragione di una metodologia interpretativa giurisprudenziale che, in sostanza, consente (al limite anzi favorendo tale atteggiamento ermeneutico) che l'interpretazione contestuale sia venata di un soggettivismo etico così netto e percepibile (nonché misurabile, rispetto alla prescrizione legislativa, all'assetto economico negoziale, e, soprattutto, al riempimento di contenuto di principi e clausole generali) tale da operare quale distruttrice dell'ordine sistematico.

Bisogna però allora subito notare che la difesa di tale ordine sistematico è soprattutto predicata da chi guarda a una dimensione ordinamentale prevalentemente racchiusa nella dimensione del codice civile (e comunque di un ordine giuridico chiuso), così tendenzial-

⁷⁰ Una meditata e arricchente prospettiva critica in FEMIA 2021a.

⁷¹ ALPA 2021.

⁷² Particolarmente interessante, e intellettualmente raffinata, è l'analisi di MORENO-CRUZ 2021.

⁷³ Ha infatti osservato BRUTTI 2013a, p. 95, che il negozio giuridico «[p]uò adattarsi a concezioni statalistiche, come avverrà nel Novecento. Può essere riproposto come il simbolo di rivendicazioni liberali. È insomma un modello a contenuti variabili».

mente rifiutando l'idea di una giuridicità intrinsecamente transnazionale (dunque un ordine giuridico non solo in costante movimento, ma aperto)⁷⁴, che si svolge nel costante rapporto dialettico tra esigenze sociali e schemi giuridici di ordinamento della realtà (questo, del resto, è il significato più rilevante della formula ascarelliana della ricostruzione tipologica della realtà in funzione normativa⁷⁵).

Orbene, se si adotta tale perimetro concettuale e culturale (il 'paradigma della chiusura'), non c'è dubbio che il diritto per fattispecie appartenga a una concezione della giuridicità insoddisfacente e inadeguata sotto diversi profili, in primo luogo perché tale concezione non può dar conto, già sul piano empirico, della varietà di ciò che esiste all'interno della sfera del diritto applicato, che è un prodotto legislativo, quantomeno, di secondo livello, e che, come tale, non appartiene soltanto al legislatore che ha posto la regola, poi oggetto di interpretazione contestualmente orientata, ma appartiene alla stessa collettività destinataria della regola⁷⁶ (modellata, infatti, quest'ultima, in chiave ermeneutica, rispetto alle esigenze che il corpo sociale ha progressivamente manifestato, alla luce, naturalmente, delle premesse di valore dell'interprete, in un costante, e più o meno intenso, gioco cooperativo con il legislatore, a beneficio di una progressiva espansione ordinamentale, nel segno, come già notato, della tutela e della promozione delle posizioni soggettive individuali – peraltro destinate a crescere⁷⁷).

Di fronte all'espansione dell'approccio ermeneutico-argomentativo, onde evitare che le critiche rivolte, non tanto alla giurisprudenza in sé, né alla sua auto-percezione in termini di fonte del diritto, ma, soprattutto, alla stessa possibilità concettuale di configurare il diritto italiano vivente come un diritto effettivamente fondato sui precedenti giudiziari⁷⁸ (l'impossibilità di ciò, come anche qui ben noto, deriverebbe dall'alto numero delle pronunce emanate dalla Corte di cassazione), è allora indispensabile ripensare la teoria dell'argomentazione giuridica, che certamente non è una variabile indipendente dal contesto (e anche dal costume) giudiziario.

Il tema della concretizzazione delle clausole generali e dei principi generali, dunque, torna in primo piano, e anzi dovrebbe essere messo il più possibile a frutto (ricorrendosi anche a metodologie, quali quelle empiriche, rese oggi non solo maggiormente fruibili, ma maggiormente precise grazie alla sofisticazione informatica e statistica), per restringere il più possibile gli

⁷⁴ DWORKIN 2013. Su Dworkin, PALOMBELLA 2014 e, più in generale, ZACCARIA 2014.

⁷⁵ Va segnalata la bella giornata di studi svoltasi telematicamente il 18 giugno 2021 nell'ambito del Dottorato di ricerca in diritto e tutela del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Roma Tor Vergata ("Tullio Ascarelli e il ragionamento tipologico"), con introduzione di M. Stella Richter e relazioni di F. d'Alessandro, M. Libertini, P. Spada, C. Angelici, G. Terranova, G. Guizzi, V. Cariello, e conclusioni di G. Ferri. Confidando nella pubblicazione degli atti del seminario, gli interventi possono essere ascoltati ai seguenti link: <https://www.facebook.com/MauroGrondonaLaw/videos/534293851033356> (parte I), e <https://www.facebook.com/MauroGrondonaLaw/videos/1435305200182348> (parte II).

⁷⁶ Su questi e altri problemi, nella prospettiva della storia della cultura giuridica, v. le recenti e belle pagine di GAZZOLO 2020.

⁷⁷ ALPA 2020.

⁷⁸ PASSANANTE 2018. Cfr. ora anche MAZZAMUTO 2020b.

spazi di una discrezionalità che, anche quando non sia qualificabile come arbitrio, è comunque dipendente, in larga misura, non già dall'analisi e dalla messa a frutto di precedenti giudiziari in senso proprio, ma, piuttosto, dall'impiego di pronunce che hanno affrontato, magari solo in un *obiter dictum*, una questione apparentemente analoga, senza essere, però, state fatte oggetto di alcuna razionalizzazione, né da parte della dottrina, né da parte della giurisprudenza, né da parte del ceto forense, che, anzi, potrebbe anche beneficiare di questo 'disordine decisorio', riuscendo così, con una certa facilità, a reperire una pronuncia da utilizzare quale base argomentativa di partenza (quando non anche di approdo)⁷⁹.

Tuttavia, di fronte a una metodologia, come quella di taglio giurermeneutico, che si professa (e in effetti è) così attenta al caso concreto e alle ragioni di esso, è ovvio che occorra irrobustire non tanto l'argomentazione in sé, quanto la fiducia nella forza persuasiva dell'argomentazione (una persuasività che ha a che fare con il contesto nel quale il caso si è verificato), soprattutto quando essa svolga una funzione, intrinsecamente politica, di bilanciamento tra interessi in conflitto, in modo alternativo rispetto a quanto previsto dal legislatore, appunto per ragioni contestuali. La forza dell'argomentazione, in questo senso, coincide, almeno in larga misura, con la trasparenza dell'argomentazione, così allora anche recuperando l'idea che il processo serve per accertare la verità ricavabile dalle fonti di prova a disposizione⁸⁰.

Il dovere di essere trasparente nell'argomentazione, naturalmente, si estende a tutti i protagonisti del processo, e da un certo punto di vista proprio la vicenda della meritevolezza del contratto può essere presa a modello: una significativa pronuncia del 2018⁸¹, infatti, impiegando il criterio di meritevolezza, apre all'autonomia privata e dunque alla creatività delle parti, ma il punto decisivo è che le parti (e dunque i loro legali), prima, nel regolamento contrattuale, e poi, nelle rispettive difese, devono riuscire a spiegare al giudice quale sia stata la ragione economica che le abbia spinte in quella direzione, cioè ad adottare un certo assetto economico-negoziale. Altrimenti, la non meritevolezza è filtrata dal giudizio di non ragionevolezza, di fronte, come nel caso *de quo*, a una clausola contrattuale che alterava significativamente l'equilibrio contrattuale in favore di una parte, senza che dal regolamento contrattuale e dal processo emergessero elementi idonei a spiegare la presenza di quella specifica clausola comportante quello specifico effetto.

Orbene, in presenza di una argomentazione debole, perché non sufficientemente esplicativa, così come, rispetto alla legge, il testo appartiene all'interprete chiamato a leggerlo orientato al contesto, allo stesso modo, rispetto al contratto, le clausole di cui è esso composto, appartengono, ermeneuticamente, al giudice, e comunque al decisore.

⁷⁹ Una situazione, invero, ben nota da tempo alla nostra dottrina: v. ad es. COVIELLO *sr* 1918, p. 1668: «La giurisprudenza non deve disprezzarsi dallo scienziato, considerandola come un arsenale dove il causidico può trovare decisioni in appoggio di qualunque tesi [...]».

⁸⁰ NIEVA-FENOLL 2021.

⁸¹ Cass. Civ., sez. un., 17 febbraio 2017, n. 4224.

Un'appartenenza ermeneutica che, a ben vedere, è giustificata dalla necessità di fornire una risposta che, come tale, si pone in alternativa rispetto a quella offerta dalle parti (le quali, appunto, confliggono); da questo punto di vista, l'attenzione ermeneutico-argomentativa rappresenta, in sé, un rimedio contro gli eccessi di giurisdizionalizzazione del diritto, posto che, appunto, spetta alle parti il compito di indirizzare e controllare il ragionamento del giudice, soprattutto quando ci si imbatte in ampi spazi di discrezionalità.

4. Conclusioni

Nell'ottica del rapporto tra continuità e discontinuità, è senza dubbio possibile preservare l'idea di un diritto per principi, o, per richiamare la famosa prolusione del 1966 di Stefano Rodotà, a una legislazione per principi⁸²; una legislazione ricca di fattispecie aperte e di nozioni a contenuto variabile.

Questo approccio metodologico, se guardiamo a molta parte del diritto civile attuale (anche in ragione dell'alto numero di giuristi che svolgono la professione forense, e che li rende tendenzialmente troppo prudenti, in chiave metodologica, rispetto a una percezione del diritto che tenti invece di avvicinarsi all'ambito dell'antropologia culturale, non lasciando sullo sfondo l'aspetto strettamente tecnico, ma prefiggendosi di analizzare la regola in chiave assiologica e funzionale), va ascritto al versante della discontinuità.

Dall'altro lato, il contrasto di ogni decisione arbitraria, la fiducia in un progresso di cui il diritto e il giurista possono (e anzi debbono) essere fonte, la convinzione che la libertà individuale socialmente collocata e socialmente connotata possa (e anzi debba) essere strumento di emancipazione, tanto individuale quanto sociale, sono aspetti che vanno ascritti alla continuità.

Del resto, proprio Ascarelli, il quale, in pressoché tutti i suoi scritti della maturità ha molto insistito (pur, come detto, non senza oscillazioni o anche ambiguità) sulla natura creativa dell'interpretazione⁸³, con la stessa forza ha ribadito la sua contrarietà a ogni soluzione genericamente improntata all'equità o alla giustizia sostanziale⁸⁴. Non perché giustizia e equità, in quanto valori, non possano trovare uno spazio all'interno della regola giuridica (ciò sarebbe sbagliato), ma perché il riferimento alla giustizia e alla equità (così come a ogni altro valore rilevante) deve sempre trovare una necessaria mediazione, o meglio un termine di confronto (che è testuale, ma anche contestuale, posto che l'ordinamento giuridico, in sé, non soltanto è un dato, ma è costantemente un ricostruito dall'interprete), nella prospettiva di un ordinamento giuridico che, al contempo, è preconstituito al giudizio dell'interprete, altrimenti man-

⁸² RODOTÀ 1966.

⁸³ ASCARELLI 1953, p. 37, nt. 19: «Quest'attività creativa dell'interprete non deriva però da un principio di indeterminazione, avvicicabile a quello delle scienze fisiche [...], ma attiene alla stessa natura dell'interpretazione, dato il carattere astratto della norma preconstituita che dovrà sempre essere ricostruita ai fini di qualunque sua applicazione».

⁸⁴ ASCARELLI 1959, p. VIII.

cherebbe un *tertium comparationis*, ma è anche sempre costituito dall'interprete attraverso la fisiologica attività ermeneutica, operandosi sulla base di quei materiali normativi (e in certa misura potremmo anche dire 'frammenti di giuridicità') la cui comprensione ermeneutica (che si sforza di leggere i testi rispetto ai contesti, e viceversa) è, come tale, sempre innovativa.

Questo, nella prospettiva ascarelliana (una prospettiva, mi pare, non solo significativa in chiave storiografica, ma rilevante in chiave tanto teorica quanto pratica), il senso e il benefico apporto della discontinuità giuridica, indispensabile onde evitare una (eccessiva) dissociazione tra diritto e società.

Una discontinuità – va avvertito –, che non rimane prigioniera di sé stessa. Dunque, il rischio che la discontinuità possa favorire una 'irrazionalità sociale' diffusa (a ovvio detrimento di quella stabilità del corpo sociale, che è invece indispensabile, affinché l'ordine sociale possa interagire con l'ordinamento giuridico) è ridotto, in primo luogo, dalla circostanza che l'interprete si muove all'interno di un contesto prima di tutto culturale, che pone, e impone, alcuni limiti; in secondo luogo, dalla circostanza che la tecnica giuridica è certamente manipolabile (cioè funzionalmente e dunque ideologicamente orientabile), ma il problema della manipolazione della tecnica giuridica, a ben vedere, può essere stemperato riconducendolo agli usi della tecnica giuridica: usi, anch'essi controllabili, altresì in chiave culturale, almeno fino al punto di rottura del paradigma (una rottura, la quale, però, nel momento in cui si verifica, segna il proprio carattere fisiologico, posto che la rottura medesima è stata determinata proprio da ragioni culturali di contesto: anche in questa ipotesi, pertanto, non saremo di fronte a un impiego irrazionale della tecnica giuridica, frutto di una cieca discontinuità, ideologicamente connotata), perché la manipolazione, ovvero l'uso innovativo della tecnica giuridica, dipende dalle ragioni in vista delle quali la manipolazione medesima avviene, nella nota logica dell'argomentazione orientata alle conseguenze.

Si ritorna, così, al problema della trasparenza argomentativa, poiché fondamentale è la trasparenza della (e nella) linea di politica del diritto perseguita dall'interprete, nonché la trasparenza quanto agli esiti di quest'ultima.

Il che porta alla questione della competizione tra teorie giuridiche, e dunque tra orientamenti giurisprudenziali. In questo senso, è di nuovo evidente quanto sia fondamentale l'elaborazione di una compiuta teoria del precedente giudiziale all'interno di un ordinamento giudiziario quale quello italiano, e, soprattutto, la necessità che la giurisprudenza, nel proprio intenso lavoro ermeneutico, impieghi argomentazioni effettivamente riconducibili non già a isolate pronunce, ma a autentici precedenti, come tali sempre razionalizzabili⁸⁵. E tuttavia, al di là degli indubbi aspetti problematici posti dal rapporto dialettico – o forse meglio: competizione tecnico-assiologica – tra continuità e discontinuità, non c'è dubbio che tale competizione garantisca tanto il pluralismo metodologico, quanto il coraggio intellettuale che sfocia poi nell'innovazione metodologica, sempre presidiata dalle ragioni di contesto. Una innovazione

⁸⁵ In prospettiva più ampia, v. ora FERRANTE 2020.

metodologica, quindi, di stampo gradualistico, pensando in particolare a uno degli insegnamenti di Popper.

In conclusione, credo che il messaggio intellettuale che Ascarelli ci ha trasmesso e che noi, oggi, possiamo riprendere e sviluppare, adeguandolo alle esigenze del presente, sia un messaggio di speranza e di fiducia, tanto in chiave politica, quanto in chiave tecnica (e del resto, appunto il connubio tra consapevolezza della politicità del giurista e capacità tecnica del giurista ci dà la esatta cifra intellettuale di ogni autentica politica del diritto): fiducia in quei valori di progresso e di emancipazione sociale, che sempre devono essere difesi, e speranza che la costante difesa di questi valori rappresenti il fondamento tecnicamente più solido del diritto⁸⁶.

Bibliografia

- ALPA 2020 = G. ALPA, *Dalla tutela dell'ambiente al riconoscimento della "natura" come soggetto di diritto. Una rivisitazione delle categorie del diritto civile?*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche* 11 (2020), pp. 19-34.
- ALPA 2021 = G. ALPA, *s.v. Autonomia contrattuale*, *Enciclopedia del diritto*, I Tematici, I, *Contratto*, diretto da G. D'Amico, Milano 2021, pp. 1-47.
- ARNAUD 1993 = A.-J. ARNAUD, *Da giureconsulti a tecnocrati. Diritto e società in Francia dalla codificazione ai giorni nostri* (trad. it.), a c. di F. Di Donato, Napoli 1993.
- ASCARELLI 1953 = T. ASCARELLI, *Diritto comparato e teoria dell'interpretazione*, in *Atti del primo convegno nazionale di studi giuridico-comparativi*, Roma 1953, pp. 17-70.
- ASCARELLI 1954 = T. ASCARELLI, *Interpretazione del diritto e studio del diritto comparato*, in *Saggi di diritto commerciale*, Milano 1955, pp. 481-519.
- ASCARELLI 1956 = T. ASCARELLI, *Certezza del diritto e autonomia delle parti nella realtà giuridica*, in *Convegno degli Amici de "Il diritto dell'economia"*, in *Il diritto dell'economia* (1956), pp. 1238-1263.
- ASCARELLI 1959 = T. ASCARELLI, *Problemi giuridici*, vol. I, Milano 1959.
- ASCARELLI 2017 = T. ASCARELLI, *Pensieri e lettere familiari*, a c. di P. Femia, I. Martone e I. Sasso, Napoli 2017.
- ASCHERI 2011 = M. ASCHERI, *Categorie di giuristi e categorie di storici: quale osmosi?*, in P. ANDERSEN, P. LETTO-VANAMO, K.Å. MODEÉR, H. VOGT (eds.), *Liber Amicorum Ditlev Tamm. Law, History and Culture*, København 2011.
- BALESTRA 2021 = L. BALESTRA, *È possibile un elogio della giustizia? (a proposito di un recente volume)*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* 3 (2021), pp. 699-723.
- BANFI, BRUTTI, STOLFI 2020 = A. BANFI, M. BRUTTI, E. STOLFI, *Dall'esegesi giuridica alla teoria dell'interpretazione: Emilio Betti (1890-1968)*, Roma 2020.
- BARCELLONA 2017 = M. BARCELLONA, *L'ottica rimediale e la morte della legge*, in *Nuovo diritto civile* 3 (2017), pp. 37-45.

⁸⁶ ASCARELLI 1953, p. 61.

- BAREL 2020 = B. BAREL, *Le nuove frontiere dell'adozione dei minori: dal sempre più ampio riconoscimento delle adozioni all'estero all'accesso all'adozione interna da parte di coppie same-sex e di single*, in *GenIus* 1 (2020), pp. 1-22, <http://www.geniusreview.eu/2021/genius-2020-1/>.
- BENATTI F.A. 2021 = FRANCESCA BENATTI, *La funzione delle clausole generali nel diritto privato*, in *Banca, borsa, titoli di credito* 3 (2021, parte I), pp. 381-398.
- BENATTI F.O. 2021 = FRANCESCO BENATTI, *Che ne è oggi del testo del contratto?*, in *Banca, borsa, titoli di credito* 1 (2021, parte I), pp. 1-17.
- BENEDETTI 2021 = A.M. BENEDETTI, *s.v. Presupposizione*, in *Enciclopedia del diritto*, I Tematici, I, *Contratto*, diretto da G. D'Amico, Milano 2021, pp. 873-893.
- BETTI 1959 = E. BETTI, *Interpretazione della legge e sua efficienza evolutiva*, in *Diritto Metodo Ermeneutica. Scritti scelti*, a c. di G. Crifò, Milano 1991, pp. 523-554.
- BIN 2014 = R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine – una prospettiva quantistica*, II ediz., Milano 2014.
- BIN 2018 = R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, Milano 2018.
- BIN 2021 = R. BIN, *Normatività del fattuale*, Modena 2021.
- BRECCIA 2020 = U. BRECCIA, *Chiaroscuri della scienza giuridica contemporanea (a margine del libro di Nicolò Lipari, Diritto civile e ragione)*, in *Rivista di diritto civile* 1 (2020), pp. 131-159.
- BRUTTI 1978 = M. BRUTTI, *Teoria e trasformazione dello Stato negli scritti di Norberto Bobbio*, in *Democrazia e diritto* 18 (1978), pp. 35-60.
- BRUTTI 2013a = M. BRUTTI, *Dal contratto al negozio giuridico. Appunti*, Torino 2013.
- BRUTTI 2013b = M. BRUTTI, *Rileggere Orestano. Teoria e storiografia del diritto*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche* 4 (2013), pp. 3-34.
- CALABRESI 2013 = G. CALABRESI, *Il mestiere di giudice. Pensieri di un accademico americano*, Bologna 2013.
- CALAMANDREI 1922 = P. CALAMANDREI [ma lo scritto è semplicemente siglato 'P.C.'], *Il programma di politica giudiziaria dei socialisti tedeschi*, in *Rivista del diritto commerciale* (1922, parte I), pp. 155-169.
- CALASSO 1955 = F. CALASSO, *Pensieri sul problema della «continuità» con particolare riguardo alla storiografia giuridica italiana*, in *Storicità del diritto*, Milano 1966, pp. 261-286.
- CALASSO 1966 = F. CALASSO, *Storicità del diritto*, Milano 1966.
- CAMARDI 2020 = C. CAMARDI, *Creatività, storicità e continuità nella teoria dell'interpretazione di Tullio Ascarelli*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* 1 (2020), pp. 69-99.
- CARIELLO 2020 = V. CARIELLO, *Comparazioni e interpretazione*, Torino 2020.
- CASSESE 2000 = S. CASSESE, *Giannini: l'uomo e il suo lascito scientifico*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico* 4 (2000), pp. 955-1020.
- CASTRONOVO 2015 = C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano 2015.
- COVIELLO sr 1918 = L. COVIELLO sr, *Gli errori della giurisprudenza ed i suoi trionfi*. Prolusione al Corso ufficiale di Diritto civile nella R. Università di Napoli letta l'11 marzo 1918, in *Le prolusioni dei civilisti*, vol. II (1900-1935), Napoli 2012, pp. 1641-1671.

- D'AMICO 2021 = G. D'AMICO, *s.v. Giustizia contrattuale*, in *Enciclopedia del diritto*, I Tematici, I, Contratto, diretto da G. D'Amico, Milano 2021, pp. 583-607.
- DE MENECH 2019 = C. DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie. Studio per una teoria dei «danni punitivi»*, Milano 2019.
- DWORKIN 2013 = R. DWORKIN, *A New Philosophy for International Law*, in *Philosophy & Public Affairs* 41.1 (2013), pp. 2-30.
- FEMIA 2020 = P. FEMIA, *Ermeneutica dell'opposizione*, in *Ars Interpretandi* 2 (2020), pp. 93-110.
- FEMIA 2021a = P. FEMIA, *Autonomia. Frammento 2016*, Napoli 2021.
- FEMIA 2021b = P. FEMIA, *Principi e clausole generali. Tre livelli di indistinzione*, Napoli 2021.
- FERRANTE 2020 = R. FERRANTE, *Ideologie della giurisdizione e cultura giuridica togata. Tradizione, nomofilachia, formanti e metodo storico*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 49 (2020), pp. 307-345.
- FERRAJOLI 2018 = L. FERRAJOLI, *Contro il creazionismo giudiziario*, Modena 2018.
- FERRI 1963 = G. FERRI, *Rec. a T. ASCARELLI, Corso di diritto commerciale. Introduzione e teoria dell'impresa*, in *Rivista del diritto commerciale* (1963, parte I), pp. 70-72.
- FIANDACA 2013 = G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia* (2013), pp. 95-121.
- FIORAVANTI 2018 = M. FIORAVANTI, *Passato, presente e futuro dello Stato costituzionale odierno*, in *Nomos. Le attualità nel diritto* 2 (2018), pp. 1-9, <https://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/fascicoli/nomos-2-2018/>.
- GABRIELLI 2021 = E. GABRIELLI, *s.v. Operazione economica*, in *Enciclopedia del diritto*, I Tematici, I, Contratto, diretto da G. D'Amico, Milano 2021, pp. 729-753.
- GAZZOLO 2020 = T. GAZZOLO, *Giovanni Gentile e l'idea di diritto*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto* 4 (2020), pp. 713-736.
- GROSSI 1997 = P. GROSSI, *Le aporie dell'assolutismo giuridico (Ripensare, oggi, la lezione metodologica di Tullio Ascarelli)*, in *Diritto privato* 3 (1997), pp. 485-550 (poi in P. Grossi, *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, Milano 2008, pp. 445-504).
- GROSSI 2021 = P. GROSSI, *Il diritto civile in Italia fra moderno e posmoderno. Dal monismo legalistico al pluralismo giuridico*, Milano 2021.
- HONNETH 2021 = A. HONNETH, *Il conflitto per il riconoscimento*, intervista a c. di G. Fazio pubblicata ne *Il manifesto*, 19 settembre 2021, p. 10.
- IUDICA 2019 = G. IUDICA, *Il diritto civile nell'età delle contraddizioni*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata* 1 (2019, parte II), pp. 132-137.
- JEMOLO 1947 = A.C. JEMOLO, *Confessioni di un giurista*, Milano 1947.
- LEÓN HILARIO 2021 = L. LEÓN HILARIO, *Estudio Preliminar (Guía de lectura a un volumen sobre la jurisprudencia no-vinculante de los Plenos Casatorios Civiles de la Corte Suprema de la República)*, in Y. MEZA TORRES (coord.), *Los Plenos Casatorios Civiles. Análisis a los 10 Plenos Vinculantes*, Lima 2021, pp. 23-73.

- LEONI 1956 = B. LEONI, *Intervento* [senza titolo], in *Convegno degli Amici de "Il diritto dell'economia"*, in *Il diritto dell'economia* (1956), pp. 1291-1294.
- LIBERTINI 2010 = M. LIBERTINI, *Rec. a V. VELLUZZI, Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche* 1 (2010), pp. 377-382.
- LIBERTINI 2020a = M. LIBERTINI, *Due contributi di giuscommercialisti alla teoria generale del diritto*, in *Orizzonti del Diritto Commerciale* 1 (2020), pp. 291-307.
- LIBERTINI 2020b = M. LIBERTINI, *Passato e presente nel diritto commerciale (a proposito di tre libri recenti)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 49 (2020), pp. 735-771.
- LIBERTINI 2013 = M. LIBERTINI, *Diritto civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia*, in *Rivista delle società* 1 (2013), pp. 1-41.
- LIPARI 1968 = N. LIPARI, *Il diritto civile tra sociologia e dogmatica (Riflessioni sul metodo)*. Prolusione letta a Bari il 16 marzo 1968, in *Le prolusioni dei civilisti*, vol. III (1940-1979), Napoli 2012, pp. 3135-3178.
- LIPARI 2021a = N. LIPARI, *Elogio della giustizia*, Bologna 2021.
- LIPARI 2021b = N. LIPARI, *s.v. Contratto e principio di ragionevolezza*, in *Enciclopedia del diritto*, I Tematici, I, *Contratto*, diretto da G. D'Amico, Milano 2021, pp. 356-384.
- MACARIO 2021 = F. MACARIO, *s.v. Contratti di durata*, in *Enciclopedia del diritto*, I Tematici, I, *Contratto*, diretto da G. D'Amico, Milano 2021, pp. 103-130.
- MASCHI 1982 = C.A. MASCHI, *Antico e moderno nella scienza del diritto*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 48 (1982), pp. 5-36 (dell'estratto).
- MAZZAMUTO 2019 = S. MAZZAMUTO, *L'Europa del diritto alla prova del sovranismo e del populismo*, in *Europa e diritto privato* 2 (2019), pp. 279-282.
- MAZZAMUTO 2020b = S. MAZZAMUTO, *La Suprema Corte ed il vincolo del precedente*, in *Europa e diritto privato* 4 (2020), pp. 1089-1103.
- MIGLIORINO 2021 = F. MIGLIORINO, *Lecture corsare di Tullio Ascarelli. Penalisti e criminologi da Weimar al Terzo Reich*, Milano 2021.
- MORENO-CRUZ 2021 = P. MORENO-CRUZ, *Il privilegio epistemologico dell'ignoranza e la comparazione giuridica, tra voci silenziate e ricordi situati*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo* 2 (2021), pp. 435-458.
- MORIN 1945 = G. MORIN, *La révolte du droit contre le code. La révision nécessaire des concepts juridiques (Contrat, responsabilité, propriété)*, Paris 1945.
- NELSON 2019 = E. NELSON, *The Theology of Liberalism. Political Philosophy and the Justice of God*, Cambridge, Massachusetts & London, England 2019.
- NIEVA-FENOLL 2021 = J. NIEVA-FENOLL, *Discipline extra-giuridiche e studio del processo in Michele Taruffo*, trad. it. di L. Passanante, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* 3 (2021), pp. 829-841.
- OCTAVIANI 2020 = A. OCTAVIANI, *O viajante e o construtor: Ascarelli, do Direito Privado ao Direito Econômico*, in https://www.academia.edu/49362551/O_viajante_e_o_construtor_Ascarelli_do_Direito_Privado_ao_Direito_Econ%C3%B4mico.

- ORESTANO 1987 = R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna 1987.
- ORLANDI 2021 = M. ORLANDI, *Introduzione alla logica giuridica*, Bologna 2021.
- PALAZZO 2021 = M. PALAZZO, s.v. *Testo del contratto*, in *Enciclopedia del diritto*, I Tematici, I, *Contratto*, diretto da G. D'Amico, Milano 2021, 1151-1170.
- PALOMBELLA 2014 = G. PALOMBELLA, *Sulle spalle di Dworkin. Principi e adjudication nel diritto internazionale*, in *Rivista di filosofia del diritto* 3.2 (2014), pp. 421-442.
- PARDOLESI 2019 = R. PARDOLESI, *Dottrina e giurisprudenza: conflitti, dialoghi, monologhi*, in *Diritto & Questioni pubbliche* 19.1 (2019), pp. 53-60, http://www.dirittoquestionipubbliche.org/page/2019_n19-1/index.htm.
- PATTI 2021 = S. PATTI, *Le clausole generali nel diritto processuale civile*, in R. SACCHI (a c. di), *Il ruolo delle clausole generali in una prospettiva multidisciplinare*, Milano 2021, pp. 463-481.
- PERLINGIERI 1969 = P. PERLINGIERI, *Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare*. Prolusione al corso di Diritto civile, letta nell'Università di Camerino il 18 aprile 1969, in *Le prolusioni dei civilisti*, vol. III (1940-1979), Napoli 2012, pp. 3179-3208.
- PINELLI 2010 = C. PINELLI, *Il confronto sull'interpretazione fra Emilio Betti e Vezio Crisafulli e il contributo di Tullio Ascarelli*, in *Il diritto tra interpretazione e storia. Liber amicorum per Angel Antonio Serbati*, vol. IV (pp. 67-91), Roma 2010.
- PIRAINO 2015 = F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino 2015.
- PIRAINO 2021 = F. PIRAINO, s.v. *Meritevolezza*, in *Enciclopedia del diritto*, I Tematici, I, *Contratto*, diretto da G. D'Amico, Milano 2021, pp. 667-699.
- PODDIGHE 2019 = E. PODDIGHE, *Aristotele e la legge: il tema del mutamento*, in *Quaderni di storia* 45.90 (2019), pp. 29-63.
- PUGLIATTI 2011 = S. PUGLIATTI, *Nota su continuo e discontinuo*, in *Scritti giuridici*, vol. V (1965-1996), Milano 2011, pp. 1181-1285.
- RAMPA 2021 = L. RAMPA, *Rigidità e flessibilità delle costituzioni alla luce della teoria economica dei contratti incompleti*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica* 51.1 (2021), pp. 185-208.
- RESTA 2021 = G. RESTA, s.v. *Contratto e diritti fondamentali*, in *Enciclopedia del diritto*, I Tematici, I, *Contratto*, diretto da G. D'Amico, Milano 2021, pp. 291-313.
- RICCIARDI 2021 = M. RICCIARDI, *L'età della frattura e la crisi del liberalismo*, in *Il Mulino* 1 (2021), pp. 10-25.
- RODOTÀ 1966 = S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*. Prolusione letta a Macerata il 18 dicembre 1966, in *Le prolusioni dei civilisti*, vol. III (1940-1979), Napoli 2012, pp. 3089-3133.
- RULLI 2018 = E. RULLI, *Giustizia predittiva, intelligenza artificiale e modelli probabilistici. Chi ha paura degli algoritmi?*, *Analisi giuridica dell'economia* 2 (2018), pp. 533-545.
- SACCHI 2021 = R. SACCHI (a c. di), *Il ruolo delle clausole generali in una prospettiva multidisciplinare*, Milano 2021.
- SALANITRO 2021 = U.A. SALANITRO, s.v. *Rischio contrattuale*, in *Enciclopedia del diritto*, I Tematici, I, *Contratto*, diretto da G. D'Amico, Milano 2021, pp. 1050-1076.

- SEDANO ONOFRI 2021 = R. SEDANO ONOFRI, *O Jurista entre o Direito e o Progresso: Um Sentido para a Interpretação Jurídica no Pensamento de Tullio Ascarelli*, in *História do Direito* 2.2. (2021), pp. 185-200.
- SETTIS 2017 = B. SETTIS, *Le «considerazioni sullo Stato moderno» di Massimo Severo Giannini: una conferenza inedita del gennaio 1954*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico* 3 (2017), pp. 677-709.
- STELLA RICHTER jr 2021 = M. STELLA RICHTER jr, *Racconti ascarelliani*, II ed., Napoli 2021.
- SUMPTION 2020 = J. SUMPTION, *Trials of the State. Law and the Decline of Politics*, London 2020.
- TERRACINI 1963 = B. TERRACINI, *Lingua libera e libertà linguistica*, Torino 1963.
- TUCCARI 2018 = E. TUCCARI, *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, Milano 2018.
- VALLE 2020 = L. VALLE, *Il contratto e la realizzazione dei diritti della persona*, Torino 2020.
- VELLUZZI 2010 = V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano 2010.
- VETTORI 2021 = G. VETTORI, s.v. *Contratto e Costituzione*, in *Enciclopedia del diritto*, I Tematici, I, *Contratto*, diretto da G. D'Amico, Milano 2021, 266-291.
- VIOLA 2015 = F. VIOLA, *Il diritto come arte della convivenza civile*, in *Rivista di filosofia del diritto* 4.1 (2015), pp. 57-74.
- VIOLA 2018 = F. VIOLA, *Una teoria deliberativa della giurisdizione?*, in *Ars Interpretandi* 1 (2018), pp. 13-28.
- VIOLA 2021a = F. VIOLA, *La comunanza etica nella società del pluralismo (draft - 6 settembre 2021)*, pp. 1-16, https://www.academia.edu/51351576/La_comunanza_etica_nella_societ%C3%A0_del_pluralismo.
- VIOLA 2021b = F. VIOLA, *Prospettive della teoria del diritto*, in A. SCERBO (a c. di), *Teoria e prassi dell'esperienza giuridica. In ricordo di Francesco Gentile*, Napoli 2021, pp. 15-37.
- VOGLIOTTI 2020 = M. VOGLIOTTI, *Per una nuova educazione giuridica*, in *Diritto & Questioni pubbliche* 2 (2020), pp. 229-259, http://www.dirittoequestionipubbliche.org/page/2020_n20-2/index.htm.
- ZACCARIA 2012 = G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, Roma-Bari 2012.
- ZACCARIA 2014 = G. ZACCARIA, *Rileggendo la giurisprudenza normativa di Ronald Dworkin: una valutazione complessiva*, in *Rivista di filosofia del diritto* 3.1 (2014), pp. 41-60.
- ZACCARIA 2020 = G. ZACCARIA, *La ragione dialogica dell'ermeneutica*, in *Ars Interpretandi* 2 (2020), pp. 125-150.
- ZACCARIA A. 2020 = A. ZACCARIA, *Il diritto privato europeo nell'epoca del post-postmodernismo*, in *Rivista di diritto civile* 1 (2020), pp. 1-12.
- ZENO-ZENCOVICH 2018 = V. ZENO-ZENCOVICH, *Autopsia del diritto civile*, in *Rivista critica del diritto privato* 36.4 (2018), pp. 617-627.

Finito di stampare nel mese di dicembre 2021
per i tipi di Bononia University Press

