ARRIGO D. MANFREDINI

Misericordia ductus

1. Qualcuno commette consapevolmente un delitto privato o non adempie ad una obbligazione⁽¹⁾ perché spinto da sentimenti di compassione e di umana pietà, *misericordia ductus*.

Il problema dell'incidenza della motivazione misericordiosa sulla valutazione della responsabilità da delitto e da contratto è stato presente nel pensiero giurisprudenziale classico? O deve configurarsi come il riflesso di più tarde concezioni, onde assumere il carattere insitico delle testimonianze dalle quali sembra trarre argomento? Quale risposta è stata data a tale quesito?

La letteratura più antica non ha, si può dire, dubitato. In tre passi attribuiti ad Ulpiano e in un luogo delle Istituzioni di Giustiniano⁽²⁾, ha individuato l'esistenza del problema, dandone una interpretazione che ha radici assai lontane: per i giuristi la misericordia escludeva il dolo, produceva una sorta di derubricazione da dolo a colpa, magari colpa grave, che comunque comportava un affievolimento della responsabilità.

Dicevamo, radici lontane. Questa idea è presente nella Glossa⁽³⁾. Eineccio⁽⁴⁾, per tacere d'altri, seguendo il tradizionale schema: delitti = illeciti dolosi, quasi delitti = illeciti non dolosi, considerava tra questi ultimi, più precisamente tra i quasi delitti commessi con colpa, la *intempestiva misericordia*. Binding⁽⁵⁾, con la sua tesi che la concezione romana del dolo, oltre alla volontà di commettere il torto, richiedeva un impulso pravo e malvagio, sosteneva che la misericordia era ricondotta nell'ambito della colpa e non del dolo proprio perché, pur essendoci, nel *misericordia duc-*

(1) Non consideriamo il riflesso della motivazione misericordiosa nella sfera criminale, di cui, tra l'altro, è menzione in D. 48, 3, 14, 2.

(2) D. 4, 3, 7, 7 (Ulp. 11 *ad ed.*); D. 16, 3, 7 *pr.* (Ulp. 30 *ad ed.*); 11, 3, 5 *pr.* (Ulp. 23 *ad ed.*); IUST. inst. 4, 3, 16.

(3) GLOSSA, ad D. 4, 3, 7, 7.

(4) EINECCIO, *Elementi di gius civile*, trad. it., II, Venezia 1833, p. 109.

(5) BINDING, *Die Normen und Ihre Ubertretung*, II, 2, Leipzig, 1916², p. 730 ss. V. anche HASSE, *Die Culpa des römischen Rechts*, Bonn 1838², p. 37 nt. 1; DE MEDIO, *Studi sulla culpa lata in diritto romano*, in *BIDR* 17 (1905) p. 26 e in *BIDR* 18 (1906) p. 282 s. Più recentemente, anche VON LÜBTOW, *Die bei Befreiung eines gefesselten Sklaven eingreifende Actio*, in *Mélanges Meylan*, I, Lausanne 1963, p. 214; MACCOR-MACK, *Dolus in the law of the early classical period*, in *SDHI* 52 (1986) p. 242.

tus, la volontà del torto, mancava l'intento malvagio escluso dalla misericordia.

La moderna critica interpolazionistica ha invece rimestato abbondantemente le carte e registra la tendenza a marginalizzare la problematica della misericordia negandone la derivazione classica.

Crediamo opportuna una riconsiderazione dell'argomento per sostenere anzitutto che esso aveva effettivamente appartenuto al dibattito dei giuristi classici. Inoltre ci sembra ragionevole assumere, contro l'opinione di cui si è detto sopra⁽⁶⁾, che — per Ulpiano così come per i Giustinianeî — la motivazione della misericordia, nella provocazione consapevole di un evento delittuoso o nel deliberato inadempimento di una obbligazione, non facesse venir meno il dolo⁽⁷⁾: tutt'al più, poteva agire come attenuante, e limitatamente alla sfera del torto extracontrattuale.

In altri termini, quel che troviamo espresso in uno scolio dei Basilici: "la intempestiva misericordia è simile al dolo"⁽⁸⁾, era, secondo noi, principio già presente, ancorché discusso, nella tradizione giurisprudenziale classica.

2. Vediamo il primo passo

D. 4, 3, 7, 7 (Ulp. 11 ad ed.): *Idem Labeo quaerit si compeditum servum meum ut fugeret solveris, an de dolo actio danda sit? et ait Quintus apud eum notans: si non misericordia ductus fecisti, furti teneris: si misericordia, in factum actionem dari debere.*

Labeone si chiede se deve essere accordata l'a. de dolo contro chi abbia sciolto i legami del servo altrui per consentirgli di fuggire. Fa seguito l'opinione di Quintus, non meglio precisato giurista, il quale, apud eum notans (l'*eum* non può essere che Labeone) sostiene che l'agente sarà tenuto all'azione di furto se non ha agito con misericordia; se indotto da misericordia, deve essere data azione in factum.

Passo notissimo, al centro di nodi storiografici assai disputati (la storia delle actiones in factum e ad *exemplum* legis Aquiliae, la storia della nozione di *furtum* e di *dolus* malus, la sussidiarietà dell'a. de dolo anche ripetito ad actiones in factum decretali, ed altro).

Dal punto di vista del motivo della misericordia, possiamo senz'altro distinguere, nella letteratura che ha studiato il passo, l'indirizzo conservativo e l'indirizzo interpolazionistico.

⁽⁶⁾ Autori citati alla nt. 3, 4, e 5.

⁽⁷⁾ Tesi già affacciata da PERNICE, Labeo, II, 2, Halle 1878, p. 402; FERRINI, Diritto penale romano. Teorie generali, Milano 1899, p. 115 s.; Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale. Estratto dalla Enc. di diritto penale diretta da Pessina, Roma 1976, p. 56 s. (rist. an.).

⁽⁸⁾ Schol. *ἔοικε δόλῳ τὸ γερονός*, ad B.13, 2, 17 (HEIMB. II, p. 42).

Indirizzo conservativo.

Per i sostenitori di questo indirizzo, le mende **formali**⁽⁹⁾ del passo non sarebbero tali da mettere in discussione la appartenenza a Quintus e a Ulpiano (che lo cita e ne accetta il pensiero) della motivazione misericordiosa e della soluzione del caso che su di essa si basa. Lasciando stare la risposta che **Labeone** doveva aver dato alla questione da lui **posta**⁽¹⁰⁾ (egli si chiedeva, è bene ripeterlo, se era esperibile l'a. de *dolo* nel caso di chi avesse liberato lo schiavo altrui per farlo fuggire), nessuno discute che la risposta data da Quintus (e quindi da Ulpiano) fosse nel senso che l'a. de dolo non era proponibile: se il liberatore aveva agito non per motivo misericordioso, era tenuto con l'a. furti, se per motivo misericordioso, con un'a. **in factum**.

E su questa linea di pensiero, un'altra idea appare largamente seguita dagli studiosi: quando la liberazione avveniva per misericordia, non si faceva **luogo** all'a. de dolo ma a un'a. **in factum**, come dice la lettera del passo, perché la misericordia influiva sull'elemento intenzionale. Questa a. **in factum**, succedanea, versione blanda, dell'a. de dolo, sarebbe la prova provata che la motivazione misericordiosa escludeva il dolo⁽¹¹⁾.

⁽⁹⁾ INDEX ITP.

⁽¹⁰⁾ Ad esempio, per PERNICE, Labeo, III, 2, 1, Halle 1895², p. 211, Labeone sosteneva la inapplicabilità dell'a. de dolo e Quintus gli rimproverava di non distinguere i motivi che potevano avere spinto l'agente a liberare lo schiavo altrui e farlo fuggire. E da Quintus in poi, per la risoluzione del caso, si sarebbe sempre attuata una distinzione sulla base dei motivi. Al contrario, secondo WATSON, *Actio de dolo and actiones in factum*, in ZSS 78 (1961) p. 393 s., Labeone, propugnatore dell'estensione dell'a. de dolo al di fuori della frode negoziale, sarebbe stato senz'altro per la concessione dell'a. de dolo, dovendosi escludere l'a. furti in quanto lo schiavo era lasciato andare ut *fugeret* e dovendosi comunque riconoscere l'inganno anche se ci fosse stata una motivazione buona. Il dissenso di Quintus, sfavorevole all'a. de dolo si sarebbe espresso sul piano della riluttanza a concedere l'a. de dolo al di fuori di frodi negoziali, non su quello della motivazione misericordiosa, introdotta solamente per escludere l'intenzione di profittare della liberazione dello schiavo, né su quello della inapplicabilità dell'a. de dolo in quanto esistente un'a. **in factum** decretali (secondo l'a., la sussidiarietà dell'a. de dolo valeva solo rispetto a un'a. **in factum** editale e non decretale). Le ragioni morali, invece (loc. cit. nt. 5) avrebbero spinto Ulpiano ad eccedere alla tesi di Quintus. Di WATSON v. anche *Contractatio* again, in SDHI 28 (1962) p. 340 s. Infine, MACCORMACK, *Dolus in the law of the early classical period*, cit., p. 242, sottolinea il tentativo di Labeone di ampliare l'a. de dolo.

⁽¹¹⁾ Il quadro della letteratura, in verità, è molto variegato. Il risultato complessivo a cui si giunge è comunque quello di riconoscere all'a. **in factum** di cui si tratta nel passo, la natura di azione succedanea dell'a. de dolo (un'azione del tipo di quelle che WESENER, *Actiones ad exemplum*, in ZSS 75 (1958) p. 236, chiama ad *exemplum* actionis de dolo *malo*) perché in chi slegava uno schiavo altrui *misericordia ductus*, il dolo sfumava in colpa. Esplicitamente, POTHIER, *Le pandette di Giustiniiano*, trad. it., I, Venezia 1833, p. 35; BINDING, *Normen*, II, 2, cit., p. 730; DE MEDIO, *Studi sulla culpa lata* (1906), cit., p. 282. Indirettamente sono pervenuti a riconoscere identica funzione all'a. **in factum** in discorso coloro che hanno principalmente teso a negare che tale a. **in factum** fosse l'a. **in factum** legis Aquiliae. V. tra gli

Indirizzo interpolazionistico.

L'intervento postclassico o giustiniano non si sarebbe solo limitato a sintetizzare l'originale di Ulpiano, sacrificando l'opinione di Labeone, ma avrebbe introdotto *ex novo*, conformemente alle istanze umanitarie di matrice cristiana, il motivo della misericordia. Per taluni⁽¹²⁾, interpolata sarebbe stata anche l'*a. in factum* di cui è parola nel testo in discussione; per altri⁽¹³⁾ la interpolazione si sarebbe limitata alla sola motivazione miseri-

altri, KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II, Leipzig 1901 p. 1336 s.; ROTONDI, *Teorie postclassiche sull'actio Zegis Aquiliae*, già in *Annali Perugia*, e poi in *Scritti giuridici*, II, Studi sul diritto romano delle obbligazioni, Milano 1922, p. 449; DE FRANCISCI, *Σύνταγμα*, II, Pavia 1916, p. 68; COLLINET, *La genèse du Digeste, du Code et des Institutes de Justinien*, Paris 1952, p. 290 ss. Anche in chi preferisce parlare, sempre a proposito dell'*a. in factum* menzionata nel passo in discorso, di azione «asè stante», di «selbständige actio in factum» (ad esempio, VOCI, *L'estensione dell'obbligazione di risarcire il danno nel diritto romano classico*, in *Scritti Ferrini*, II, Milano 1947, p. 378 s., VON LÜBTOW, *Die bei Befreiung eines gefesselten Sklaven ein- greifende Actio*, cit., p. 211 ss.; *Die Aktionen im Umkreis der lex Aquilia*, in *Labeo* 30 (1984) p. 320, ove alla nt. 11 ritratta il sospetto di interpolazione avanzato a proposito del motivo della misericordia) è talvolta esplicita l'idea che si trattasse pur sempre di azione che consentiva uno sconto di responsabilità alla misericordia *ductus*, evitandogli quanto meno l'infamia. Da segnalare l'opinione di PERNICE, *Labeo*, II, 2, cit., p. 409 il quale, pur riconoscendo nell'*a. in factum* di cui si tratta nel passo in discussione, un'azione sostitutiva dell'*a. de dolo*, vede la ragione della sostituzione non nella circostanza che la misericordia escludesse il dolo, ma nella necessità di evitare l'infamia che sarebbe derivata, come è noto, se si fosse concessa l'*a. de dolo*. Nella stessa linea di pensiero, ma con oscillazione nel concepire l'*a. in factum* come collegata alla *lex Aquilia* o surrogante l'*a. de dolo*, FERRINI, *Diritto penale romano*, Sintesi storica, cit., p. 56, e p. 294.

⁽¹²⁾ G. LONGO, *Contributi alla dottrina del dolo*, Padova 1937, p. 258 s., sostiene l'interpolazione giustiniana del passo da si non misericordia ductus a debere. L'*a. in factum* attribuita a Quintus sarebbe di derivazione giustiniana, così come la distinzione basata sulla misericordia, nella quale sarebbero presenti influenze cristiane. Quintus avrebbe negato o concesso l'*a. de dolo* (o quella di furto) se nel caso concreto chi aveva liberato lo schiavo non avesse o avesse ottenuto un vantaggio.

⁽¹³⁾ Particolarmente articolata è la opinione di ALBANESE, *Studi sulla legge Aquilia*, I, in *AUPA XXI* (1950) p. 85 ss.; *La nozione di furtum* fino a Nerazio, in *AUPA XXIII* (1953) p. 97 ss.; *La sussidiarietà dell'a. de dolo*, in *AUPA XXVII* (1961) p. 242 s. L'*a.* colloca il passo, debitamente calato nel suo luogo di provenienza — il libro XI del commentario ulpiano ad *edictum* ove era tra l'altro trattato il tema della sussidiarietà dell'*a. de dolo* —, al centro dello sviluppo storico della nozione di furto e della sua interferenza con la disciplina del danneggiamento. Labeone, professando una nozione di furto ormai basata sull'elemento della sottrazione e quindi lontana da quella precedente fondata sulla perdita, di fronte al fatto di chi slegava il servo altrui per consentirgli la fuga, fatto senz'altro compiuto con dolo malo ma non allo scopo di sottrarre, si risolveva per la concessione dell'*a. de dolo* ad esclusione dell'*a. furti* e forse indicava come possibile la appena nascente *a. in factum legis Aquiliae*. Quintus, giurista non identificabile ma certamente precedente a Labeone, avrebbe invece inclinato per l'*a. furti* alla stregua di una nozione di furto basata sull'elemento della perdita, la quale consentiva la tutela di quelle situazioni di danneggiamento che, rebus integris, non rientravano nella *lex Aquilia*.

cordiosa, mentre l'a. in factum sarebbe stata già contemplata, probabilmente da Labeone, senz'altro da Quinto e da Ulpiano.

Ecco un'ipotesi ricostruttiva di

D. 4, 3, 7, 7 (Ulp. 11 ad ed.): Idem Labeo quaerit, si compeditum seruum meum ut fugeret solveris, an de dolo actio danda sit, (si non furti faciendi causa feceris)? et (putat dandam esse, cum dubitetur, an actio in factum dari possit. sed) ait Quintus (?) apud eum notans [: si non misericordia ductus fecisti, furti teneris; si misericordia,] in factum actionem dari debere (ideoque cessare de dolo actionem)⁽¹⁴⁾.

Nostra opinione,

Ci sia consentito dubitare della plausibilità, non solo di questo specifico tentativo di ricostruzione, ma, più in generale, dell'idea stessa che la motivazione misericordiosa sia stata introdotta dai compilatori.

Anzitutto, Ulpiano, come dimostrano le due testimonianze⁽¹⁵⁾ che leggeremo tra poco, aveva senz'altro frequentato il tema della motivazione misericordiosa nel compimento di un fatto illecito. Possibile che tutti e tre i passi ulpianeî siano stati interpolati? E se sono plausibili i

Ulpiano invece, in un'epoca in cui l'a. in *factum legis Aquiliae* si era ormai consolidata nella prassi, avrebbe optato, per il caso in discorso, a favore di quest'ultima azione. I Giustinianeî avrebbero fuso insieme tutte queste opinioni con il risultato di rendere irricognoscibile il tenore originario del passo (ALBANESE, La nozione di *furtum fino* a Nerazio, cit., p. 97 ss., in sintesi p. 110-112). E i Giustinianeî — non Quintus e sulla sua scia Ulpiano — avrebbero assunto la motivazione misericordiosa quale criterio per decidere l'esperibilità dell'a. furti o dell'a. in *factum legis Aquiliae* al posto dell'a. de dolo (ALBANESE, Studi sulla legge Aquilia, I, cit., p. 90; La nozione di *furtum fino* a Nerazio, cit., p. 111-112. Di interventi postclassici è parola in loc. ult. cit., p. 105-106).

⁽¹⁴⁾ VON LÜBTOW, Die bei Befreiung eines gefesselten Sklaven eingreifende Actio, cit., p. 211. L'a. attribuisce alla ispirazione cristiana di un rimaneggiare postclassico il motivo della misericordia che avrebbe escluso, con il dolo, l'*actio* omonima e l'a. furti (p. 213 s.). La sintesi postclassica avrebbe sacrificato l'opinione di Labeone. Il giurista si sarebbe posto l'interrogativo se, per il caso di chi slegava uno schiavo altrui allo scopo di farlo fuggire, era esperibile l'a. de dolo, non perché il fatto non rientrasse nel dolo ma in vista della possibilità che ci fossero altre azioni le quali avrebbero escluso l'a. de dolo in quanto sussidiaria: non l'a. furti perché nel liberatore non c'era l'intenzione di arricchimento; dubbia e incerta l'esperibilità di un'actio in *factum* a sè stante (non un'actio in *factum* ad *exemplum* legis Aquiliae) per casi di danno non *corpori*. Allora Labeone si sarebbe risolto per l'a. de dolo, quando invece i giuristi classici (Quintus, Ulpiano), consolidatisi ai loro tempi l'a. in *factum* a sè stante per i casi di danno senza una violazione della sostanza della cosa, avrebbero sostenuto l'esperibilità di questa azione al posto di quella de dolo, sussidiaria (p. 211-214). L'a. in uno studio successivo, Die Aktionen im Umkreis der *Lex Aquilia*, cit., nega l'interpolazione della misericordia e ha riproposto una diversa lettura di D. 4, 3, 7, 7.

⁽¹⁵⁾ D. 16, 3, 7 *pr.* (Ulp. 30 ad ed.) e D. 11, 3, 5 *pr.* (Ulp. 23 ad ed.).

richiami alla misericordia nei primi due luoghi, perché non anche in questo, di cui ci stiamo occupando⁽¹⁶⁾?

Secondariamente, notiamo che le testimonianze giuridiche, le quali parlano del misericordia ductus (i tre passi attribuiti ad Ulpiano e un passo delle Istituzioni giustiniane) sono in qualche modo collegate a casi di schiavi d'altri, cui si sono tolti i lacci; oppure schiavi scappati incautamente ospitati, cioè casi dei quali non sfugge il significato emblematico, esemplare, secondo gli usi propri di una tradizione giurisprudenziale, forse più scolastica⁽¹⁷⁾ che pratica, di antica risalenza. Con questo, evidentemente, non si vuole dire che il fenomeno dei servi fuggitivi, anche ai tempi di Labeone, difettesse di attualità. Sarebbe una sciocchezza.

E nello stesso tempo non sfugge quanto tali casi si prestassero ad essere valutati sotto il profilo della motivazione misericordiosa da parte dell'autore, e dell'incidenza di quest'ultima sulla loro qualificazione giuridica e sulla scelta delle azioni.

Criterio discretivo, quindi, quello del misericordia ductus anch'esso esemplare, e partecipe, con la casistica cui si riferiva, della natura di topos di derivazione veterogiurisprudenziale. Ma in comune con tale casistica anche una sua giustificazione nella realtà delle fughe degli schiavi. Ancora nella *lex Wisigothorum* si distingue, nella disciplina del fatto di concedere, impendere humanitatem⁽¹⁸⁾ a uno schiavo altrui, che l'agente sapesse o non sapesse trattarsi di servo fuggitivo.

La stessa locuzione misericordia ductus, riportata invariabilmente, rappresenta, nella sua fissità, un fenomeno di tipizzazione linguistica e concettuale dalle radici profonde.

Non va anche taciuta una tendenza di Ulpiano alla soluzione umanitaria, che altri ha già rilevato⁽¹⁹⁾.

Ma torniamo al passo in discussione. E fuor di dubbio che si tratti di un

⁽¹⁶⁾ Anche ALBANESE, Studi sulla legge *Aquila*, I, cit., p. 90, sulla scorta di uno solo dei due passi attribuiti ad Ulpiano, cioè D. 16, 3, 7 pr., e di IUST. inst. 4, 3, 16, ammette la classicità della terminologia. Ma proprio perché in D. 16, 3, 7 pr. Ulpiano avrebbe sostenuto che il contegno del misericordia ductus è dolo *proximus*, secondo l'a. non potrebbe essere di Ulpiano il riferimento al misericordia ductus in D. 4, 3, 7, 7 perché qui, lascia intendere l'a., il contegno del misericordia ductus non è considerato come doloso. Ma proprio in ciò sta il punto: per il caso dello schiavo altrui slegato, per misericordia, al fine di consentirgli la fuga, non è questione di non esperibilità di a. de dolo perché manca il dolo, ma perché, pur sussistendo la volontarietà del torto, l'aver agito per motivi nobili ne ha suggerito (a chi per primo non si sa) la estrapolazione dall'ambito dell'a. de dolo a quella dell'a. in *factum*.

⁽¹⁷⁾ Di esempio scolastico, a proposito di D. 4, 3, 7, 7, parla tra gli altri anche DE MEDIO, Studi sulla *culpa lata* in diritto romano (1906), cit., p. 282.

⁽¹⁸⁾ LEX WISIGOTH. 9, 1, 4.5 (WALTER, *Corpus iuris Germanici antiqui*, I, Berolini 1824, p. 598 s.).

⁽¹⁹⁾ WATSON, *Actio de dolo*, cit., p. 393 nt. 5.

passo abbondantemente ritoccato, e appiattito, ove il pensiero di Labeone è destinato a restare incognito, così come la identità di Quintus, se giurista precedente o successivo a Labeone⁽²⁰⁾.

Non mancano tuttavia elementi che si possono dire sicuri, ma non sempre valutati appropriatamente dagli studiosi.

Anzitutto il quadro di riferimento della discussione giurisprudenziale, come ci apprende il contesto in cui si situa il frammento: la sussidiarietà dell'a. de dolo e l'esperibilità di questa azione solo nel caso in cui alia actio non sit o si dubitatur an alia sit⁽²¹⁾. Onde il caso proposto da Labeone: se qualcuno slegava uno schiavo altrui perché fuggisse, doveva essere data l'azione di dolo?

L'interrogativo posto da Labeone, su cui si apre la discussione dei giuristi, non nasceva dal dubbio che il fatto di liberare uno schiavo altrui per consentirgli la fuga potesse, in talune circostanze, non essere un dolo malo factum e come tale non passibile dell'a. de dolo. L'interrogativo riguardava (lo si ricava dal contesto in cui si situa il passo) se, per tale fatto, l'a. de dolo dovesse fare luogo, in quanto sussidiaria, ad altra azione. E pare scontato, nel pensiero di questi giuristi (proprio perché la discussione verteva sull'ultimo punto e non sul primo) che, sempre, il fatto di liberare un servo altrui per consentirgli la fuga, costituiva un *dolo malo* factum, e quindi astrattamente sanzionabile con l'a. de dolo, indipendentemente dai motivi, anche se il liberatore aveva agito per misericordia.

Anzi, è corretto assumere che, in assenza di un'*alia* actio, proprio l'a. de dolo si sarebbe dovuta concedere, ci fosse stata o non ci fosse stata la motivazione misericordiosa; segno che, nel pensiero di Labeone, Quinto e Ulpiano, la motivazione misericordiosa, in chi lasciava libero lo schiavo altrui per consentirgli di fuggire, non escludeva il dolo.

Essa escludeva (almeno per Quinto e Ulpiano) l'a. de dolo e l'a. furti, i quali dovevano cedere il passo a una actio in factum, più blanda perché non infamante, dalla stessa giurisprudenza indicata come opportuna (al posto dell'a. furti e dell'a. de dolo) in vista del nobile slancio dell'agente⁽²²⁾.

⁽²⁰⁾ Come in passato non si discuteva che si trattasse di Quinto Mucio, oggi si può dire opinione comune che si tratti di un commentatore di Labeone, quindi successivo a questo giurista. Per tutti, KRÜGER, *Geschichte der Quellen*, Leipzig 1912², p. 157 nt. 24, p. 200; KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, Weimar 1952, p. 181 nt. 321. Riprende molto acutamente l'idea di Quintus giurista precedente a Labeone e da quest'ultimo menzionato, ALBANESE, La nozione di *furtum fino* a Nerazio, cit., p. 108-110. Critiche in WATSON, *Contractatio again*, cit., p. 340.

⁽²¹⁾ Così anche gli autori citati alle ntt. 13 e 14.

⁽²²⁾ Per il problema della sussidiarietà dell'a. de dolo anche rispetto a rimedi decretali, come l'a. in factum di cui si tratta, rinviamo a BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, II, Milano 1973, p. 617 ss., il quale, con argomenti del tutto convincenti, prospetta la soluzione favorevole e respinge l'opi-

Ci pare quindi, anche per questo, più plausibile che l'a. in factum, di cui è parola nel passo, non fosse un surrogato dell'a. de dolo alla cui concessione, secondo l'opinione della quale abbiamo già dato conto⁽²³⁾, i giuristi sarebbero pervenuti ragionando in termini di dolo che sfumava in colpa se c'era il motivo misericordioso, bensì un'a. in factum legis Aquiliae⁽²⁴⁾ o un'azione a sé stante di danno⁽²⁵⁾.

A questo proposito si legga

IUST. inst. 4, 3, 16: Sed si non corpore damnum fuerit datum neque corpus laesum fuerit, sed alio modo damnum alicui contigit, cum non sufficit neque directa neque utilis Aquilia, placuit eum qui obnoxius fuerit in factum actione teneri: veluti si quis misericordia ductus alienum servum compeditum solverit, ut fugeret.

Nel quadro delle concezioni probabilmente bizantine⁽²⁶⁾ riflesse nel brano⁽²⁷⁾, non è mancato chi ha sostenuto la classicità dell'a. in factum

nione contraria di WATSON, Actio de dolo and actiones in factum, cit., p. 392 ss. Si dichiara contro, per il caso in discussione, anche VON LÜBTOW, Die bei Befreiung eines gefesselten Sklaven eingreifende Actio, cit., p. 213, ma a favore in Die Aktionen im Umkreis der Lex Aquilia, cit., p. 320.

⁽²³⁾ Cfr. retro, nt. 11.

⁽²⁴⁾ Questa opinione, già espressa nella GLOSSA ad D. 4, 3, 7, 7: in factum actio, quia dolo non fecisti, dic in factum agitur, scilicet subsidiaria vel Aquilia, qua e là ripresa successivamente (HASSE, Die Culpa des römischen Rechts, cit., p. 37 nt. 1; FERRINI, Esposizione storica, cit., p. 54; ARNÒ, Actio in factum accomodata legi Aquiliae, in Atti Roma, II, Pavia 1935, p. 223 ss.), è stata riproposta, con plausibilità, da ALBANESE, Studi sulla lex Aquilia, p. 85 ss. Sul percorso classico dell'a. in factum aquiliana per il danno rebus integris, con un esitante avvio ad opera di Labone e piena affermazione nell'età di Ulpiano, v. ALBANESE, Studi sull'actio legis Aquiliae, I, cit., p. 50 ss.; Studi sul furtum fino a Nerazio, cit., p. 111 s.

⁽²⁵⁾ Da ultimo, VON LÜBTOW, Die bei Befreiung eines gefesselten Sklaven eingreifende Actio, cit., p. 213 con ricostruzione della formula. BARDON, The Lex Aquilia and Decretal Actions, in Daube noster, Edinburg 1974, p. 15 si limita a dire che l'a. in factum in discorso, nel periodo classico, non era intesa come un'estensione della lex Aquilia per i casi di danno sine lesione corporis.

⁽²⁶⁾ Dubita VAN WARMELO, Les actions autour de la loi Aquilia, in Studi Biscardi, III, Milano 1982, p. 360.

⁽²⁷⁾ La asserita derivazione bizantina di IUST. inst. 4, 3, 16, che ha il suo punto di forza nell'attribuzione ai Giustinianeî dell'a. in factum generalis legis Aquiliae per il danno non corpore neque corpori illatum (per tutti, ALIBRANDI, Opere, I, cit., p. 159; KARLOWA, Römische Rechtsgeschichte, II, cit., p. 1336; ROTONDI, Teorie post-classiche, cit., p. 448 ss.; COLLINET, La genèse du Digeste, cit., p. 290 ss. Per la letteratura, sterminata, sul tema generale delle azioni ad exemplum e in factum legis Aquiliae, v.: TNELMANN, Actio utilis und actio in factum zu den Klagen im Umfeld der lex Aquilia, in Studi Biscardi, II, Milano 1982, p. 295; VAN WARMELO, Les actions autour de la loi Aquilia, cit., p. 315 s.; VON LÜBTOW, Die Aktionen im Umkreis der Lex Aquilia, cit., p. 317 ss.) non ha impedito di segnalare la, del resto ovia, provenienza da Ulpiano D. 4, 3, 7, 7 del caso dello schiavo slegato (ad esempio, Roton-di e Collinet, loc. cit.), ma per sottolinearne, in quest'ultimo luogo, la disciplina

qui citata, fosse un'a. in *factum Legis Aquiliae* o «a sè stante»; né si è mancato di sottolineare la derivazione da Ulpiano D. 4, 3, 7, 7 del caso del servo cui si sono sciolti i legami per consentirgli di fuggire.

Ma nel luogo del *Digesto*, come in questo delle Istituzioni, l'a. in *factum* è limitata alla sola circostanza che lo scioglimento fosse avvenuto per misericordia.

Da qui la scarsa plausibilità dell'idea che Quintus e Ulpiano fossero inclini a concedere l'a. in *factum* (al posto di quella de dolo o furti), in generale, indipendentemente dalla motivazione misericordiosa. A questa idea si può obiettare che, scollegando l'a. in *factum* dalla motivazione misericordiosa, si viene a prospettare un trattamento inspiegabilmente blando per chi liberava uno schiavo altrui allo scopo di farlo fuggire. Se questi commetteva una frode senza un motivo valido (e la commetteva se toglieva i lacci ad uno schiavo d'altri per consentirgli la fuga senza che vi fosse spinto da compassione), perché i giuristi gli avrebbero risparmiato l'a. de dolo con relativa infamia, suggerendo, al posto dell'a. de dolo, un'a. in *factum* non infamante? L'atteggiamento complessivo, tutt'altro che blando, di leggi e giuristi di fronte alla fuga dello schiavo e relative complicità e favoreggiamenti, esclude questa possibilità.

Lo stretto collegamento tra a. in *factum* e motivazione misericordiosa stabilito dalle istituzioni di Giustiniano coincide perfettamente, avalorandone l'autenticità, con l'opinione di Quintus alla quale — altro elemento non seriamente dubitabile — aderiva Ulpiano.

Qual era, dunque, l'opinione di Quintus e, sulla sua scia, di Ulpiano?

Il fatto di chi slegava lo schiavo d'altri per farlo fuggire era anche un caso di furto o di danno, e questo impediva che venisse in considerazione l'a. *de dolo*. Quanto poi al rapporto tra l'azione di furto e di danno, il criterio discretivo era rappresentato dalla misericordia. Se nello sciogliere i lacci l'agente era stato spinto da misericordia, rispondeva per danno, altrimenti per furto.

Un caso tipico di furto, se non c'era la misericordia. E forse aveva ra-

classica attraverso un'actio in *factum* sostitutiva dell'a. de dolo, che sarebbe diventata nelle Istituzioni l'a. in *factum legis Aquiliae*. BARTON, *The lex Aquilia*, cit., p. 15, proteso anch'egli a sostenere che l'a. in *factum ex lege Aquilia* prevista nelle Istituzioni sarebbe di invenzione giustiniana, nega addirittura, contro ogni evidenza, la identità dell'esempio affermando che solo nel passo di Ulpiano il liberatore dello schiavo avrebbe volontariamente causato la perdita della proprietà sullo schiavo, come se ut *fugeret* non significasse la stessa cosa nelle Istituzioni e nel *Digesto*. Invece ALBANESE, *Studi sulla legge Aquilia*, I, cit., p. 86-88, giocando sulla evidente disarmonia tra la prima parte del passo delle Istituzioni dove è teorizzata effettivamente l'a. in *factum generalis legis Aquiliae* per ogni caso di danno non *corpore* neque *corpori illatum* e il caso dello schiavo ove è evidente trattarsi di *damnum* solo non *corpori illatum*, recupera la classicità del caso e dell'a. in *factum (legis Aquiliae)* per esso prevista.

gione Accursio⁽²⁸⁾ chiosando: *Furti teneris quia opem tulisti servo qui fecit furtum sui*⁽²⁹⁾.

Un caso tipico di danno non *corpore* (?) né *corpori illatum*, assunto stabilmente, con il tempo, nella sfera dell'*a. in factum* (*legis Aquiliae*?) se c'è la misericordia.

In conclusione, alla luce di queste riflessioni, non sembra ci sia niente che urti contro l'integrità sostanziale di D. 4, 3, 7, 7 e l'attribuzione a Quintus e ad Ulpiano — non ai Giustiniani — del criterio discretivo della misericordia, concepita non come escludente il dolo ma semplicemente come attenuante che, attraverso la *a. in factum*, consentiva di evitare l'infamia.

3. Con questa acquisizione, che ci sembra molto importante, veniamo al secondo passo.

D. 16, 3, 7 pr. (Ulp. 30 ad ed.): *Si hominem apud se depositum, ut quaestio de eo haberetur, ac propterea vinctum vel ad malam mansionem extensum sequester solverit misericordia ductus, dolo proximum esse quod factum est arbitror, quia cum sciret, cui rei pararetur, intempestive misericordiam exercuit, cum posset non suscipere talem causam quam decipere.*

Passo ostico, per la difficoltà di comprendere il caso contemplato e per i pesanti sospetti di interpolazione⁽³⁰⁾ avanzati dalla letteratura più disparata⁽³¹⁾, in particolare da quella che ha studiato la dottrina della *culpa*⁽³²⁾.

Vediamone il testo alla lettera: «Se un sequestratario, spinto da misericordia, abbia slegato uno schiavo depositato presso di lui perché fosse sottoposto a *quaestio* e perciò legato o teso ad *malam mansionem*, ritengo che ciò che è stato fatto sia prossimo al dolo perché, pur sapendo a quale cosa ci si preparasse, usò intempestivamente misericordia, potendo non accettare tale causa piuttosto che ingannare..

Anzitutto si disputa se si tratti di un vero sequestro⁽³³⁾ o di un normale

⁽²⁸⁾ GLOSSA ad D. 4, 3, 7, 7.

⁽²⁹⁾ Un *furtum* ope consilio *factum*, con presunzione di complicità e l'elemento della sottrazione rappresentato dallo schiavo che sottrae se stesso: forse in questo modo si può rispondere ai dubbi avanzati da ALBANESE, Studi *sul furtum* fino a Nerazio, cit., p. 106. Differenti valutazioni in WATSON, *Contrectatio again*, cit., p. 340 s.

⁽³⁰⁾ INDEX ITP.

⁽³¹⁾ ALBERTARIO, *La involuzione del possesso del precarista del creditore pignoratizio e del sequestratario nel diritto postclassico giustiniano*, in Studi di diritto romano, II, Milano 1941 p. 155 s. nt. 1.

⁽³²⁾ DE MEDIO, Studi sulla *culpa lata* in diritto romano (1905), cit., p. 26; C. LONGO, *Corso di diritto romano. Il deposito*, Milano 1946, p. 27.

⁽³³⁾ MUTHER, *Sequestration und Arrest*, Leipzig 1856, p. 90 ss.; BROGGINI, *Intro-*

caso di deposito, assumendo, i sostenitori di questa ultima idea, l'uso figurato e atenico del termine *sequester*⁽³⁴⁾. L'uno e l'altro dei punti di vista sono autorizzati da uno scolio dei Basilici⁽³⁵⁾ ove si accenna al senso improprio della parola *sequester* ma nello stesso tempo è ipotizzato un caso di sequestro: due si contendono una eredità e prima che sia provato chi dei due è erede, decidono di affidare a un sequestratario lo schiavo ereditario perché questi, costretto dai *tormenta*, dica dove si trovano le cose ereditarie.

Dal nostro punto di vista, questo problema non desta interesse, anche se siamo più inclini all'idea che il riferimento fosse ad un sequestro in senso tecnico⁽³⁶⁾.

Si discute pure, ed il quesito è assai più importante, se al sequestratario fosse affidata la sola custodia dello schiavo⁽³⁷⁾ o anche la esecuzione della *quaestio*⁽³⁸⁾. A favore di questa seconda ipotesi si fa osservare che il testo dice che lo schiavo era stato depositato *ut quaestio de eo haberetur*⁽³⁹⁾. Ciò è vero, ma non si dice che dovesse essere il sequestratario a procedere materialmente all'esecuzione della tortura. Se così fosse stato, ci sorprenderebbe la mancanza di riferimento, nel passo, ad altro rapporto giuridico che a quello di sequestro, perché questo contratto, come è noto, esclude obblighi che non siano quelli di custodire e di restituire.

Noi vediamo, nel passo, il caso di uno schiavo il quale è messo a tortura

duction au sequester, in *Mélanges Meylan*, I, Lausanne 1963, p. 6.

⁽³⁴⁾ ARANGIO RUIZ, Studi sulla dottrina romana *del* sequestro, in *AG* 76 (1906), successivamente in *Scritti di diritto romano*, I, Napoli 1974, p. 62 s.; ARICÒ ANSELMO, Sequestro *omittendae* possessionis causa, in *AUPA* 40 (1988) p. 225 nt. 18.

⁽³⁵⁾ *Schol. ἐὰν ὁ μεσεγγυητής*, ad B. 13, 2, 7 (HEIMB. 2, p. 42, trad., lat.): Abusus hoc loco verbo est. Ut tamen non in quovis depositario tantum, verum etiam in sequestre locum habeat, quod dicitur, funge, duos de hereditate contendere, et quemvis se heredem dicere: et interim, cum quaestio haec ventilaretur, eos servum hereditarium, per quem quaestione habita res hereditariae patefierent, probato antea, quis heres sit, apud aliquem deposuisse.

⁽³⁶⁾ LENEL, *EP*³, p. 290.

⁽³⁷⁾ J. VOIGT, *Der Besitz des Sequester*, Freiburg i. B. 1885, p. 21.

⁽³⁸⁾ MUTHER, *Sequestration*, cit., p. 92 s.: controversia circa la proprietà dello schiavo destinato a tortura, affidato alla custodia di un sequestratario; BROGGINI, *Introduction*, cit., p. 6: depositare apud *sequestrem* uno schiavo per sottometterlo a tortura e ottenere delle confessioni utili in un processo; sequestro in vista di assicurare un mezzo di prova.

⁽³⁹⁾ ARANGIO RUIZ, Studi sulla dottrina romana del sequestro, cit., p. 61, il quale, teso a sostenere che si trattasse di un caso di deposito e non di sequestro in senso tecnico, non ha notato che con l'assunzione dell'obbligo di torturare si sarebbe concluso un contratto di deposito piuttosto anomalo. L'a. più esattamente si prospetta il caso in *Responsabilità contrattuale*, Napoli 1958², p. 35: un servo che doveva essere sottoposto a tortura, è stato prima legato e poi affidato alla custodia di un guardiano.

da soggetti che hanno il diritto di farlo, ad *eruemdam veritatem*⁽⁴⁰⁾, per strappargli cioè quella verità da cui poteva dipendere la composizione di un loro conflitto di interessi. Per il tipo di tortura che forse esigeva tempi di esecuzione lunghi⁽⁴¹⁾, e perché tutto si svolgesse nella più assoluta imparzialità, lo schiavo è affidato alla custodia di un sequestratario. Questi, che assume l'obbligo di custodire uno schiavo legato, mentre è lì che custodisce ed aspetta che si decida a parlare, *miseriordia ductus*, lo slega per lenirgli i tormenti. E slegandolo, viene meno a un suo obbligo contrattuale, che è quello di custodire uno schiavo legato.

Facciamo questa osservazione perché non è mancato chi ha inteso il fatto come un illecito extracontrattuale⁽⁴²⁾. Quindi, non di inadempienza da contratto si sarebbe reso responsabile il sequestratario.

Opinione che, seppur plausibile, non ci sentiamo di accogliere⁽⁴³⁾. La collocazione del passo nel titolo depositi *vel contra*, la sua derivazione da un luogo *ulpianeo* ove ampio risalto è dato alla trattazione del dolo quale criterio di imputazione della responsabilità del depositario nell'editto del pretore, inducono a credere che Ulpiano abbia posto il caso del *miseriordia ductus* proprio perché forse vi era chi dubitava che si potesse intentare, appunto per la presenza della motivazione misericordiosa, l'a. depositi che richiedeva il dolo⁽⁴⁴⁾.

E veniamo alla risposta di Ulpiano. Lasciamo per un momento in sospenso la frase più sospettata dolo *proximum esse quod factum est*, la quale potrebbe far pensare che l'ordine di idee fosse quello della colpa; le successive parole sono chiare: nel sequestratario *miseriordia ductus* c'era il dolo.

Si dice infatti che quest'ultimo poteva non suscipere l'incarico piuttosto che decipere. Torna alla mente la celebre definizione di dolo di Ser-

⁽⁴⁰⁾ D. 47, 10, 15, 41 (Ulp. 77 (57 ?) ad ed.): «*quaestionem*» intellegere *debemus tormenta et corporis dolorem ad eruemdam veritatem*.

⁽⁴¹⁾ Sulla incertezza del tipo di *quaestio* cui si rinvia con la locuzione ad *malam mansionem*, che figura solo in un altro logo del Digesto, v. TAUBENSCHLAG, sv. *Mansio mala*, in RE XIV, 1, col. 1251 s. In letteratura ricorre l'idea di una tavola, di un «bancone» su cui era steso, legato, il malcapitato schiavo.

⁽⁴²⁾ PERNICE, *Labeo*, II, 2, cit., p. 409, sembra muoversi nell'idea di una responsabilità extracontrattuale del depositario ove l'a. de dolo sarebbe sostituita da un'a. in *factum* non certo perché gli sia mancato il dolo ma in vista dei motivi lodevoli che lo avevano spinto all'azione.

⁽⁴³⁾ Esattamente inquadrano il caso nell'ambito della responsabilità contrattuale (da deposito), tra gli altri, ARANGIO RUIZ, *Responsabilità contrattuale*, cit., p. 35 s.; C. LONGO, *Corso*, cit., p. 26 s.

⁽⁴⁴⁾ A prescindere dalle eventuali interpolazioni (cfr., *infra*, nt. 46), sostengono che Ulpiano riconoscesse, nel comportamento del sequestratario, il dolo, tra gli altri: ARANGIO RUIZ, *La responsabilità contrattuale*, cit., p. 35; C. LONGO, *Corso*, cit., p. 27; ALBANESE, *La nozione di furtum fino a Nerazio*, cit., p. 99. Per la letteratura più antica, v.: PERNICE, *Labeo*, II, 1, cit., p. 409.

vio⁽⁴⁵⁾ e la centralità del decipere nei commenti giurisprudenziali all'editto del pretore de dolo *malo*. Il sequestratario, slacciando i tormenti del servo e quindi arbitrariamente orientando gli esiti della quaestio, ha ingannato.

Facendo leva su questa proposizione, ci sentiamo di trarre la logica conseguenza: contro il segretario intempestive *misericordia ductus* doveva essere data l'a. depositi, che, come si sa, esigeva il dolo (oppure, muovendosi in una prospettiva di illecito extracontrattuale, l'a. de dolo).

Veniamo alla locuzione *dolo proximum esse quod factum est arbitror*⁽⁴⁶⁾. Se una sola mano ha redatto l'intero passo da dolo fino a decipere, la presenza di quest'ultimo verbo ci assicura che il pensiero dell'estensore era in linea con l'idea del dolo e pertanto la locuzione *dolo proximum esse quod factum est arbitror* non rinviava all'idea della colpa. Se si ammette, al contrario, che l'espressione *dolo proximum... rell.* sia stata aggiunta in epoca postclassica, in nome della dottrina della culpa lata dolo *comparatur*, allora dobbiamo concludere che il passo è stato interpolato malamente, lasciando sopravvivere nel verbo decipere — insanabilmente in contrasto, nel suo significato di ingannare, con l'idea della colpa anche grave — l'opinione preesistente, cioè quella ulpiana.

La quale era quindi nel senso di valutare il comportamento del sequestratario intempestive *misericordia ductus* come un comportamento dolo-

so. Noi siamo inclini a ritenere che sia ulpiana anche l'espressione *dolo proximum esse quod factum est arbitror* e che il giurista impiegasse questa frase, per così dire cauta, poco perentoria, non in quanto pensasse alla colpa ma perché la sua soluzione prospettata in termini di dolo poteva essere opinabile, almeno sul piano dell'equità⁽⁴⁷⁾.

Nel Digesto abbiamo rintracciato due altri luoghi in cui *dolo proximum* figura nella stessa costruzione con soggetto neutro, e il rinvio è, parimenti, a fatti illeciti giudicati intenzionali, forse non pacificamente. Uno di Ulpiano⁽⁴⁸⁾. Si fa il caso del fideiussore che paga per il debitore e, aven-

⁽⁴⁵⁾ D. 4, 3, 1, 2 (Ulp. 11 ad ed.); ma anche la precisazione di Labeone, di cui è parola nello stesso luogo. È tuttavia opinione ormai comune che, al di là di queste definizioni, il dolo *malo* abbia fondamentalmente espresso il concetto di «volontarietà del risultato antiggiuridico» ARANGIO RUIZ, Responsabilità contrattuale², cit., p. 29 ss.

⁽⁴⁶⁾ Sulla natura insitica della proposizione, obbediente alle nuove concezioni della culpa lata, tra gli altri, BINDING, *Die Normen*, II, cit., p. 344 nt. 516; DE MEDIO, Studi sulla culpa lata, I, (1905), cit., p. 26; ALBERTARIO, La involuzione del possesso, cit., p. 253 s.; C. LONGO, *Corso*, cit., p. 27.

⁽⁴⁷⁾ ARANGIO RUIZ, La responsabilità contrattuale, cit., spiega la paternità ulpiana della locuzione *dolo proximum... esse quod factum est arbitror* osservando che il giurista non oserebbe parlare esplicitamente di dolo in quanto impressionato dall'impulso misericordioso.

⁽⁴⁸⁾ D. 17, 1, 29, 3 (Ulp. 7 disp.): Hoc *idem* tractari et in *fideiussore* potest, si,

dolo potuto fare, (più sotto, si dice *sciens*), non lo awerte dell'awenuto pagamento. Il debitore paga anche lui. Il giurista sostiene che si deve rifiutare al fideiussore l'a. mandati perché è circostanza prossima al dolo se dopo il pagamento, non lo ha annunziato al debitore (dolo enim *proximum* est, si post solutionem non nuntiaverit debitorem). Il secondo luogo è di Papiniano⁽⁴⁹⁾. È disposta per fedecommisso la liberazione di un debito. L'erede, dopo l'apertura del testamento (e quindi non ignorando che esisteva il fedecommisso di liberazione) riceve ugualmente il pagamento da parte del debitore. Ciò dolo *proximum* erit, ideoque *repeti* potest.

4. Questo orientamento ulpiano ad intendere la motivazione misericordiosa come irrilevante nella valutazione del dolo, tanto nella responsabilità extracontrattuale come, assai verosimilmente, in quella contrattuale, non può dirsi di certo smentito da questo ultimo passo, pur'esso invocato a sostegno dell'idea che la motivazione religiosa escludesse il dolo.

D. 11, 3, 5 pr. (Ulp. 23 ad ed.): Doli verbum etiam ad eum qui recepit referendum est, ut non alius teneatur, nisi qui dolo malo recepit: ceterum si quis, ut domino custodiret, recepit vel humanitate vel misericordia ductus alia probata atque iusta ratione, non tenebitur⁽⁵⁰⁾.

Il riferimento è all'editto de servo *corrupto* con cui si puniva in duplum anche il fatto di *recipere* dolo *malo* un servo altrui⁽⁵¹⁾. Ulpiano commenta sottolineando che è tenuto solo colui che dà ricetta — dolosamente — al servo d'altri, non chi lo accoglie al fine di custodirlo per il padrone o per umanità o misericordia ductus.

Ed ecco a sostenere che per Ulpiano la motivazione misericordiosa escludeva il dolo⁽⁵²⁾.

Ma è un autentico abbaglio. Per il giurista, o uno riceve uno schiavo

cum solvisset, non certioravit *reum*, sic deinde reus solvit quod *solvere eum* non oportebat. et credo, si, *cum* posset *eum* certiorare, non fecit, oportere mandati *agentem fideiussorem repelli*: dolo enim *proximum* est, si post *solutionem* non nuntiaverit debitori: *cedere autem* reus indebiti actione fideiussori debet, ne *duplum* creditor *consequatur*.

⁽⁴⁹⁾ D. 34, 3, 24 (Pap. 8 *resp.*): *Cum* heres rogatur *debitorem suum* liberare, de eo *tantum cogitatum* videtur, quod in obligatione *manserit*: itaque si quid *ante tabulas* apertas fuerit *solutum*, ad *causam fideicommissi* non pertinebit. quod *autem* post *tabulas apertas ante aditam hereditatem* ab eo, qui *voluntatem* defuncti non ignoravit, fuerit *exactum*, dolo *proximum* erit ideoque *repeti* potest.

⁽⁵⁰⁾ Sull'esegesi del passo, che ne salva la sostanza e accredita la paternità ulpiana sul punto del *misericia ductus*, v. ALBANESE, *Actio servi corrupti*, in *AUPA XXVII* (1959) p. 37 s. con note.

⁽⁵¹⁾ Per la discussione sulla autentica previsione editale, rinviamo senz'altro ad ALBANESE, *op. ult. cit.*, p. 4 ss.

⁽⁵²⁾ BINDING, *Die Normen*, II, *cit.*, p. 344; DE MEDIO, *Studi sulla culpa lata* (1905), *cit.*, p. 26.

d'altri con dolo — il che significa sapere che si tratta di un servo fuggitivo e dargli ricetto al fine di sottrarlo al suo padrone o facilitargli la fuga. Oppure uno dà ricetto a uno schiavo pur sapendo che è fuggitivo ma lo fa per assicurarlo al padrone. Oppure, ancora, uno dà ospitalità a uno sconosciuto senza sapere che è un servo fuggitivo, ad esempio per curarlo, per difenderlo dai briganti⁽⁵³⁾, cioè con un intento umanitario o misericordioso.

O per dolo o per misericordia. In questa prospettazione ulpiana, le due intenzioni sono alternative e la motivazione misericordiosa non può escludere quel che non c'è. La problematica che trattiamo è, all'opposto, incentrata sul comportamento doloso (cioè sul fatto di recare consapevolmente un torto a qualcuno) ma suggerito da motivi di misericordia. È, sì configurabile in astratto il caso di chi, *sciens*, dia ricovero a uno schiavo altrui per nascondere al suo padrone, e in ciò sia mosso da intenti misericordiosi (perché, ad esempio, lo schiavo è pesantemente maltrattato; caso del tutto simile a quello dello schiavo slegato per farlo fuggire). E qui si potrebbe correttamente porre il problema dell'incidenza della motivazione misericordiosa nel compimento consapevole di un illecito.

Ma Ulpiano, nel passo in discorso, non si è posto niente di tutto questo. Per il giurista, colui che *recepit ve2 humanitate vel misericordia ductus* è, con tutta probabilità, colui che, spinto da sentimenti umanitari, ha dato ospitalità, senza saperlo, a un servo in fuga.

Anche in questa norma della *lex Wisigothorum*, il *suscipere fugitivum nesciens* corrisponde al *dare humanitatem*:

LEX WISIGOTH. 9, 1, 4: *Si nesciens qui fugitivum susceperit humanitate concessa.*

Si quis nesciens fugitivum susceperit, et ei humanitatem dederit, et non amplius ibidem fuerit quam una die vel nocte immoratus, domino quaerenti fugitivum suum praebeat sacramentum, se nescisse quod fugerit. Aut si certe potuerit approbare, quod fugitivum non celaverit, ab omni calumpnia liber abscedat. Si vero ibi biduo, aut triduo, aut quadriduo, pro reparandis sumptibus, vel cuiuscunque occasionis causa praeteriens, moras afferre voluerit, conventus a domino, ubi postea manserit, vel a quo humanitatem fugitivus susceperit, cogatur ostendere: et infra sex menses, aut inveniat fugitivum, aut eos, apud quos postea fuerit, ostendat. Quod si non potuerit invenire, conscientiam suam ex hoc sacramento purgare debet: et apud quem novissime venit, aut repraesentet qui fugit, aut paris meriti servum domino reddat. Et si servus postea fuerit inventus, illum quem pro eodem dederat recipiat, et ab omni calumpnia securus abscedat⁽⁵⁴⁾.

⁽⁵³⁾ Spunti in FERRINI, *Diritto penale romano. Esposizione storica*, cit., p. 26.

⁽⁵⁴⁾ WALTER, *Corpus*, I, cit., p. 598.

E quindi, in conclusione, il passo non smentisce l'idea che, nella sfera dei delitti, ma, con ogni probabilità, anche in quella dei contratti, la motivazione della misericordia, in una consapevole lesione di un diritto altrui, non faceva venir meno il dolo. Questa concezione, già presente nel pensiero di Labeone, Quintus e Ulpiano, consentirà ai Bizantini di formulare la massima, già sopra⁽⁵⁵⁾ ricordata: *ὁ ἄκαιρος οἴκτος δόλῳ ἔοικεν*.

Resta da chiedersi se la misericordia abbia continuato, in età postgiustiniana, ad operare come attenuate, come nel caso dello schiavo altrui, slegato per consentirgli la fuga. In oriente non sappiamo. In occidente, almeno nella *lex Wisigothorum*, sparisce qualsiasi attenuazione per chi ha commesso il fatto per motivi compassionevoli. Si legga

LEX WISIGOTH. 9, 1, 2: Si *fugitivus* vinctus quocunque *ligamine* absolva-
tur.

Si quis alienum servum in fuga lapsum, ferro vinctum, aut in quocunque ligamine constitutum absolverit: pro praesumptione sua, qui hoc fecerit, det domino servi solidos X. Si vero non habuerit unde componat, a iudice C. flagella suscipiat, et servum requirere ac domino restituere non moretur. Quod si eum non potuerit invenire, servum aequalis meriti domino reddere non moretur: aut si non habuerit unde componat, ipse subiaceat servituti, illi cuius servum laxaverit addicendus...⁽⁵⁶⁾.

LEX WISIGOTH. 9, 1, 5: Si *alienum mancipium* quis persuadeat ut *fugiat*, vel *humanitatem* impendat.

Si quis alieno mancipio persuaserit ut fugiat, aut ei, cum sciret fugitivum, humanitatem dederit, aut forte detonderit fugientem: si fugitivum poterit invenire, duos cum eodem paris meriti domino reformare cogatur. Si autem inventus non fuerit fugitivus, tres servos eiusdem meriti domino compellatur exsolvere. Eadem quoque et de ancillis praecipimus custodiri⁽⁵⁷⁾.

ABSTRACT

According to Ulpian, the merciful motive doesn't remove the deceit in the voluntary breach of contract or in the committing of crime (principal texts: D. 4, 3, 7, 7; D. 16, 3, 7 pr.; D. 11, 3, 5 pr.; IUST. inst. 4, 3, 16).

Secondo Ulpiano, la motivazione misericordiosa, nel volontario inadempimento di un'obbligazione o nel compimento di un delitto, non esclude il dolo (testi principali: D. 4, 3, 7, 7; D. 16, 3, 7 pr.; D. 11, 3, 5 pr.; IUST. inst. 4, 3, 16).

⁽⁵⁵⁾ Cfr. retro, p. xx.

⁽⁵⁶⁾ WALTER, *Corpus*, I, cit., p. 597 s.

⁽⁵⁷⁾ WALTER, *Corpus*, I, cit., p. 598 s.

WANDA FORMIGONI CANDINI

Quod meretrici datur repeti non potest. **Ancora su D. 12,5,4,3**

1. Nel corso del tempo la prostituzione pubblica ha conosciuto senz'altro forme differenziate di esercizio, tuttavia si rende riconoscibile, almeno a partire dall'età di Plauto, come assolutamente prioritaria, quella basata sull'organizzazione del lenone⁽¹⁾.

Il fenomeno della prostituzione libera, dove la donna «*encaisse elle-même le prix de ses faveurs*»⁽²⁾, ci sembra, sulla base delle nostre conoscenze, del tutto secondario e pare abbia costituito motivo di interesse per

(¹) SCHNEIDER, s.v. *Meretrix*, in RE 15,1 (1931), c.1018 ss. GRIMAL, *L'amour à Rome*, Paris, 1963, p. 119 ss., 145 ss. (non ci è stato possibile consultare la ed. Paris ~ 1988). È plausibile che il fenomeno della prostituzione organizzata avesse in antico la sua principale espressione nel commercio degli schiavi. Plauto ci apprende che il *Zeno* era in genere un mercante il quale trattava principalmente schiave e costruiva attorno ad esse un'attività diretta alla loro prostituzione, in fondo, alla ricerca di un mezzo per far fruttare la "merce" in attesa di rivenderla o ottenerne il riscatto. Questo aspetto dell'attività del lenone è ampiamente documentato. Non vi era nulla, infatti, di filantropico nell'allevare, ad esempio, bambine rapite (v. PLAUT. *Curc.* 344, 519; 530) o nel prestare cure ed attenzioni alle donne che prostituiva (ad es., v. PLAUT. *Poen.* 210).

(²) Sottolinea questo fenomeno, in un suo recente lavoro, STURM, *Quod meretrici datur repeti non potest*, in Festgabe Kaser, Wien Koeln Graz, 1986, pag. 281 s., e porta a sostegno delle proprie affermazioni fonti quali: PLAUT. *Poen.* 217 e 264; D.23,2,43 pr. (Ulp. 1 ad *l. Iul. et Pap.*); C.Th. 9,7,1; Iuv. 6,120-125; PETRON. 8,3-4; SEN. *contr.* 1,2,7.

Tuttavia anche queste testimonianze, portate, dunque, come prova dell'esistenza della prostituzione libera, lasciano alquanto dubbiosi in merito, in quanto, a ben vedere, si riferiscono anch'esse alla prostituzione organizzata dal lenone ed alla gestione, da parte di questo, del lupanare. Così è, ad esempio, per la testimonianza tratta da PLAUTO, *Poen.* 235, dove le due sorelle, Adelfasia e Anterastile, in realtà sono, nella finzione scenica, cortigiane che stanno nella casa del lenone Lico. In D.23,2,43 pr., poi, dove Ulpiano distingue fra donne che si prostituiscono nel lupanare e donne che praticano lo stesso mestiere in osterie, alberghi o stazioni di posta, la posizione di queste ultime, come meglio si vedrà oltre, non è sostanzialmente diversa da quella delle prime. Ed infine, a ben guardare, si intravedono sovente lupanari e lenoni anche nelle situazioni di cui ci riferiscono Giovenale, Petronio o Seneca, citati dall'autore.

il legislatore solo quando chi dichiarava di fare la «libera professione» erano donne di rango le quali lo facevano per sottrarsi alla legge sull'adulterio⁽³⁾.

All'opposto come abbiamo osservato in un nostro recente lavoro⁽⁴⁾, è stata l'attività del *leno* e della *lena* a costituire oggetto di provvedimenti normativi viepiù severi.

Nel lavoro di cui si detto abbiamo, infatti, cercato di tracciare le linee della progressiva criminalizzazione di questa attività, criminalizzazione che ci è sembrata affermarsi di pari passo con un atteggiamento di complessiva indulgenza nei confronti della *meretrix*.

2. Con questo quadro di riferimento riproponiamo la lettura di due passi di Ulpiano concernenti l'attività dei lenoni.

Iniziamo da D.23,2,43,6-9 (Ulp. 1 ad l. Iul. et Pap.),⁽⁵⁾ il cui angolo di osservazione, pur essendo circoscritto alla *lena*, lascia chiaramente intendere la doppia attività, palese ed occulta, dichiarata e nascosta della prostituzione organizzata.

D.23,2,43,6 (Ulp. 1 ad l. Iul. et Pap.) Lenocinium facere non minus est quam corpore quaestum exercere. 7. Lenas autem eas dicimus, quae mulieres quaesturias prostituunt. 8. Lenam accipiemus et eam, quae alterius nomine hoc vitae genus exercet. 9. Si qua cauponam exercens in ea corpora quaesturaria habeat (ut multae adsolent sub praetextu instrumenti cauponii prostitutas mulieres habere), dicendum hanc quoque lenae appellatione contineri.

Più ricco di dettagli e di aperture è il secondo passo di Ulpiano:

D.3,2,4,2 (Ulp. 6 ad ed.) Ait praetor: "qui lenocinium fecerit". lenocinium facit qui quaesturaria mancipia habuerit: sed et qui in liberis hunc quaestum exercet, in eadem causa est. sive autem principaliter hoc negotium gerat sive alterius negotiationis accessione utatur (ut puta si caupo

⁽³⁾ Tra i provvedimenti diretti a reprimere questo fenomeno i più noti sono quelli citati da SUET. Tib. 35; TAC. Ann. 2,85; D.48,5,11 (Pap. 2 de ad.). Sulle problematiche sollevate da questi passi cfr. DE MARINI AVONZO, La funzione giurisdizionale del Senato, Milano, 1957, p. 27 nt. 38-39, p. 90 nt. 45; KUNKEL, Über die Entstehung des Senatsgerichts, ora in Kleine Schriften, Weimar, 1974, p. 305; GIUFFRÈ, Un senatoconsulto ritrovato: il "Sc. de matronarum lenocinio coercendo", in Atti Accad. Scienze morali e politiche di Napoli, 91 (1980), p. 13 nt. 15, p. 31 s.; LEVI, Un Senatoconsulto del 19 d.C., in Studi Biscardi, I, Milano, 1982, p. 70; LEVICK, The Senatus Consultum from Larinum, in JRS, 73 (1983), p. 105 ss.

⁽⁴⁾ Ne lenones sint in ullo loco reipublicae Romanae, in Annali Univ. di Ferrara, n.s., 4, 1990, pag. 97-127.

⁽⁵⁾ Sul passo cfr., da ultimo, SICARI, Prostituzione e tutela giuridica della schiava. Un problema di politica legislativa nell'impero romano, Pubbl. Fac. Giur. Univ. Bari, 1991, p. 66 ss., a cui si rimanda per un aggiornato quadro bibliografico sul tema.

fuit vel stabularius et mancipia talia habuit ministrantia et occasione ministerii quaestum facientia: sive balneator fuerit, velut in quibusdam provinciis fit, in balineis ad custodienda vestimenta conducta habens mancipia hoc genus observantia in officina), lenocinii poena tenebitur.

Più precisati sono i contorni del fenomeno della prostituzione organizzata dal lenone: in modo palese, attraverso la gestione di un lupanare, e in maniera camuffata, attraverso la conduzione di alberghi, bagni e stazioni di posta.

Del tutto verosimilmente a questa realtà si riferisce anche Marcello in

D.23,2,41 *pr.* (Marc.26 Dig.) Probrum intellegitur etiam in his mulieribus esse, quae turpiter viverent, volgoque quaestum facerent, etiamsi non palam.

Ma quel che ulteriormente il passo di Ulpiano documenta — assai interessante ai nostri fini — concerne lo stato e la condizione delle persone utilizzate come *corpore* quaestuarie: non solo schiave, ma anche donne libere, verosimilmente non solo ex schiave liberate, ma anche ingenuae.

Del resto si ricava da altre fonti, che alle dipendenze del lenone, accanto a schiave, vi erano ex schiave e donne ingenuae.

Sulle prime, cioè le schiave che una volta divenute libere, continuavano a fare il mestiere, ci ragguaglia in modo significativo, oltre a Plauto⁽⁶⁾,

D.38,1,38 *pr.* (Call. 3 ed. *monit.*) Hae demum impositae operae intelleguntur, quae sine turpitudine praestari possunt et sine periculo vitae. Nec enim si meretrix manumissa fuerit, eisdem operas patrono praestare debet, quamvis adhuc corpore quaestum faciat: nec harenarius manumissus tales operas, quia istae sine periculo vitae praestari non possunt.

Quanto alle meretrices di condizione ingenua, un documento lo ricaviamo da *Persa*⁽⁷⁾, che ci introduce nell'uso di vendere la figlia ad un lenone.

⁽⁶⁾ Cfr. PLAUT. *Most.* 186.

⁽⁷⁾ Si tratta, ad esempio, dell'episodio della vendita-burla della virgo, inscenata dal padre Saturione su istigazione dello schiavo Tossilo, in *Persa* 336-348; 382.

Al di fuori dell'ambiente plautino non si conosce se fosse, in realtà, molto diffusa la vendita, a tal scopo, di una figlia: cfr. BONFANTE, *Corso di diritto romano. Diritto di famiglia*, 1, Milano, 1979², p. 80; LÉVY-BRUHL, *La vente de la fille de famille à Rome*, in *Festschrift Lewald*, Basel, 1953, p. 94, che aderendo al pensiero di BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, 2, Milano, 1952, p. 275, non esclude che i romani abbiano potuto vendere le loro figlie per trarne un profitto. Cfr. SICARI, *Prostituzione e tutela giuridica della schiava. Un problema di politica legislativa nell'impero romano*, cit., p. 57, nt. 4.

Uso confermato da un passo di Quintiliano:

Quint.*Inst. Or.* 7,1. Omnes adhuc quaestiones ex persona petitoris ipsius duximus: cur non aliquid circa patrem quaerimus? Dictum enim est: "Quisquis non adfuerit, exheres erit"⁸. (55) Cur non conamur et sic quaerere "num cuicumque non adfuerit"? Facimus hoc saepe in iis controversiis, in quibus petuntur in vincula qui parentis suos non alunt, ut eam, quae testimonium in filium peregrinitatis reum dixit, eum, qui filium lenoni vendidit.

3. Orbene, come si visto, all'interno dell'organizzazione della prostituzione approntata dal lenone, appaiono anzitutto schiave, ma anche liberte, oltre che, con ogni probabilità, ingenuae *alieni iuris* (vendute dal padre a scopo di lucro) e — perché no? — *sui iuris*.

D'altra parte, l'obbligo della *professio* di prostituzione a cui la *meretrix* era tenuta presso gli Edili⁽⁸⁾, si spiega perfettamente se era riferito a donne libere, ancorché — è inutile ripeterlo — di basso rango, *in quas stuprum non committitur*.

Ed è naturale che le donne di condizione libera preferissero esercitare la prostituzione proprio in quelle forme occulte, a cui rinvia Ulpiano, mascherate dall'attività di *ministrae*, esercitata negli alberghi, nei bagni, nelle stazioni di posta⁽⁹⁾.

Con riguardo a questo ultimo fenomeno, in particolare, è lecito immaginarsi che tra le *meretrices-ministrae* e i lenoni-gestori, si stabilissero dei veri e propri rapporti di lavoro, che contemplavano il compenso globale che a queste donne doveva essere prestatato per la loro attività mista.

Non ci vuole uno sforzo di fantasia eccessivo per immaginare che, tanto nei postriboli ufficiali, quanto nei postriboli camuffati (come si è detto, taverne, bagni, stazioni di posta, ecc.), in ogni caso la *meretrix* non fosse lei a percepire il compenso della singola prestazione amorosa, ma il lenone: tranne, dobbiamo immaginare, qualche regaluccio *ad personam*, per altro sovente rivendicato dallo stesso lenone⁽¹⁰⁾.

4. Su tale sfondo, ed in particolare sottolineando che è proprio Ulpiano a consegnarci questa immagine della prostituzione, come fenomeno organizzato intorno alle figure del lenone e delle meretrici alle sue dipendenze (dipendenze in alcuni casi potestative, in altri di lavoro libero), ci sembra corretto calare il passo di cui ci vogliamo

⁽⁸⁾ Riferimenti a tale obbligo lo troviamo in PLAUT. *Truc.* 759; Asin. 131; Aul. 416: cfr. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899, p.159 e nt. 2.

⁽⁹⁾ Cfr. in argomento, di recente, MANFREDINI, *Costantino la «tabernaria» il vino*, in Atti VII Conv. int. Accad. rom. costant., Perugia, 1988, pag. 329 ss.

⁽¹⁰⁾ In tal senso emblematiche possono apparire, ad esempio, le esortazioni del lenone Ballione in PLAUT. Pseud. 133-180.

espressamente occupare e del quale è, forse, possibile dare una interpretazione diversa da quelle correnti.

Si legga:

D.12,5,4 (Ulp. 26 ad ed.) Idem si ob stuprum datum sit, vel si quis in adulterio deprehensus redemerit se: cessat enim repetitio, idque Sabinus et Pegasus responderunt. 1. Item si dederit fur, ne proderetur, quoniam utriusque turpitudine versatur, cessat repetitio. 2. Quotiens autem solius accipientis turpitudine versatur, Celsus ait repeti posse: veluti si tibi dedero, ne mihi iniuriam facias. 3. Sed quod meretrici datur, repeti non potest, ut Labeo et Marcellus scribunt, sed nova ratione, non ea, quod utriusque turpitudine versatur, sed solius dantis: illam enim turpiter facere, quod sit meretrix, non turpiter accipere, cum sit meretrix.

Nel passo Ulpiano riprende il tema della esperibilità della *condictio* per ripetere la *datio ob turpem vel iniustam*⁽¹¹⁾ *causam*.

Nel principium e nel par. 1 si fanno esempi in cui la turpitudine sta in entrambi i soggetti e pertanto la *condictio* non è concessa; al par.2 figurano esempi in cui la turpitudine è solo dalla parte dell'accipiente, dunque è possibile avere indietro quanto sia stato dato.

Al par. 3, come esempio di turpitudine da parte del solo dante, è fatto il caso della meretrice, che a noi interessa.

Questo il contenuto del passo. Ciò che è dato alla meretrice non può più essere ripetuto, come sostengono Labeone e Marcello, e questo per una nuova ragione: non perché entrambi i contraenti si macchiano di turpitudine, ma perché è turpe solo il comportamento del dante: la donna infatti, agisce in modo turpe, quando si comporta da prostituta, ciò nonostante non riceve turpemente, ancorché sia prostituta.

Or dunque, il giurista si preoccupa di precisare che, a differenza di quanto sosteneva un certo indirizzo giurisprudenziale — per il quale la *datio* alla donna quae *quaestum corpore* facit non era ripetibile poiché la turpitudine era in pari misura nel dante e nell'accipiente —, secondo una nuova ratio (che egli mostra di condividere) la *datio* ad una *meretrix* non è ripetibile sostanzialmente perché la turpitudine è solo nel dante: la prostituta, benché svolga un mestiere turpe, non riceve *turpiter*⁽¹²⁾.

⁽¹¹⁾ Nonostante nelle fonti il concetto di causa *turpis* non si identifichi sempre con quello di causa *iniusta*, nel contesto dell'esperibilità di questa *condictio* essi vanno intesi come equivalenti: cfr. GLUCK, *Commentario* alle pandette, Trad. Serafini, 12, Milano, 1905, pag.572 ss..

⁽¹²⁾ Qualche secolo dopo, il passo, riportato in Bas. 24,2,4,1, *Quod meretrici datur, non redditur: cum enim meretrix sit, turpe non est, ut ea accipiat, licet turpe sit, quod sit meretrix* (trad. lat. HEINBACH, 3, p. 16), più che commentato, è stato semplicemente parafrasato dallo scoliaste Cirillo: «*Qui meretrici dedit, non repetit: nam solius dantis est turpis causa: non enim turpe est, ut ea ab aliquo accipiat, licet turpe sit, quod meretrix sit.*» (Schol. ad B.24,2,4,1, τὸ διδόμενον πόρνῃ, Cyrill., trad. lat. HEINBACH 3, p. 16).

Dietro questa *nova ratio*, che ci sembra così avanzata e, a prima vista, tanto inspiegabilmente favorevole alla meretrix, c'è forse una realtà che è sfuggita ai moderni interpreti, la quale renderebbe tutto più facilmente spiegabile.

5. L'esegesi che è stata fatta del passo ci si presenta quanto mai variegata. È stato verosimilmente l'imbarazzo suscitato da questa *nova ratio* e la difficoltà di darne una plausibile spiegazione a suggerire il sospetto di interpolazione avanzato, ad esempio, da Heck⁽¹³⁾ che ha ritenuto che il passo sia stato rimaneggiato ad opera di qualche commentatore postclassico, da sed *nova* sino alla fine.

Anche Beseler⁽¹⁴⁾ ha scorto una interpolazione da *ubi autem a dicimus* e Castello, nell'ambito di una più specifica indagine sui divieti matrimoniale vigenti da Augusto a Diocleziano, si allinea con le posizioni dei precedenti studiosi⁽¹⁵⁾.

All'opposto un contributo recente, a cui abbiamo già accennato⁽¹⁶⁾, ha ribadito l'autenticità del passo, tuttavia allontanandosi dalla interpretazione tradizionale raccolta da Glück⁽¹⁷⁾.

Secondo Glück, alla base del cambiamento di opinione segnalato da Ulpiano, starebbe il tentativo di trovare un compromesso fra la condanna morale a cui, da sempre, era sottoposta la prostituzione, e l'aver fatto della prostituzione fonte di cospicua rendita da parte dello stato⁽¹⁸⁾.

Secondo Sturm, invece, una più plausibile spiegazione dell'affermazione di Ulpiano (il quale sostiene che — è bene ripetere — la donna che è meretrice, agisce turpemente, ma, benché meretrix, non riceve turpemente) starebbe nel fatto che con l'assunzione della *nova ratio* si sarebbe compiuto, da parte dell'ordinamento, un atto dovuto.

⁽¹³⁾ HECK, *Die Ausdehnung* d a § 817, S.2, *auf alle Bereicherungsansprüche*, in Arch. fur civil. Praxis, 124 (1925), pag.42.

⁽¹⁴⁾ BESELER, *Lucubrationes Balticae*, in SDHI, 3 (1937), pag. 377: tuttavia STURM, *Quod meretrici datur repeti non potest*, cit., pag.285, sottolinea come l'A. non adduca alcun argomento a sostegno di tale opinione.

⁽¹⁵⁾ CASTELLO, In tema di matrimonio e concubinato nel mondo romano, Milano, 1940, p. 124 nt. 1, segue, dunque, il punto di vista di Heck, secondo cui la riflessione di Ulpiano sarebbe una glossa postclassica.

⁽¹⁶⁾ STURM, *Quod meretrici datur repeti non potest*, cit., pag. 284 ss.

⁽¹⁷⁾ GLÜCK, *Commentario* alle Pandette, cit., pag. 507 e ss. Va segnalato l'accesso dibattito che nella letteratura più antica si aperto fra chi sosteneva che la nuova opinione riportata da Ulpiano implicasse che la *meretrix* poteva agire per chiedere in giudizio il compenso non pagatole, e chi negava invece tale possibilità. Fra gli argomenti portati a sostegno di questo indirizzo, venne addotta anche la circostanza che tollerare una situazione immorale e assicurarne l'impunità, non significava riconoscere alla *meretrix* il diritto o la capacità di agire processualmente: cfr. GLÜCK, *Commentario* alle Pandette, cit., pag. 574, nt.15.

⁽¹⁸⁾ Cfr, le indagini fatte in tema di tassazione della prostituzione da Mc. GINN, *The Taxation of Roman Prostituta*, in Helios, 16, 1 (1989), p.79 ss.

La giurisprudenza, insomma, sarebbe stata costretta a prendere atto di una realtà che era, ormai, parte integrante della società romana. «On se saurait la (= *meretrix*) punir deux fois — sostiene lo studioso⁽¹⁹⁾ —, en la frappant d'infamie et en considérant comme honteux les revenus qu'elle tire de son activité».

6. Tratto comune a tutte queste opinioni è che si danno per scontate due circostanze: 1) che ci si riferisca ad una «*courtisane libre et indépendante*»⁽²⁰⁾; 2) che il *dans* non può che essere il suo cliente.

Circa il primo punto, ci pare di aver sufficientemente dimostrato che il fenomeno più generale che Ulpiano e gli altri giuristi avevano in mente, era la prostituzione organizzata dal lenone.

In questa luce è più plausibile pensare — e qui veniamo al secondo punto — che la contrattazione del cliente per la prestazione della prostituta, avvenisse con il lenone e fosse quest'ultimo, non la prostituta, a percepire il compenso.

Una prova di ciò ci sembra potersi trarre da un rescritto di Diocleziano riportato in CI.4,7,5, sotto il titolo *De conditione ob turpem causam*:

Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Bitho.

Promercalem te habuisse uxorem proponis: unde intellegis et confessionem lenocinii preces tuas continere et cautae quantitatis ob turpem causam exactioni locum non esse. Quamvis enim utriusque turpitudine versatur ac soluta quantitate cessat repetitio, tamen ex huiusmodi stipulatione contra bonos mores interposita denegandas esse actiones iuris auctoritate demonstratur. [a. 294]

Questa costituzione, in quanto inserita nel Codice, è sicuramente un indicatore della prassi; dunque, anzitutto essa ci appare un'ulteriore prova, se ancora ce ne fosse bisogno, della larga diffusione della prostituzione organizzata dal lenone, rispetto a quella individuale.

La fattispecie sottoposta all'autorità imperiale è quella di un lenone — qui poco importa se la prostituta fosse la moglie — il quale chiede se era possibile recuperare la somma, promessagli con *stipulatio*, dal cliente di turno. La risposta imperiale è un risoluto no, con la motivazione seguente: che pur essendo — il lenone e il cliente — in una par *condicio turpitudinis* (la quale avrebbe impedito la ripetizione di una eventuale *datio* effettuata dal cliente), tuttavia, poiché la promessa aveva una causa turpe, non era consentito agire per ottenerne l'adempimento.

A noi interessa sottolineare essenzialmente un dato: che le contrattazioni intorno alle prestazioni amorose della *meretrix* si svolgevano

⁽¹⁹⁾ STURM, *Quod meretrici datur repeti* non potest, cit., pag. 286.

⁽²⁰⁾ STURM, *Quod meretrici datur repeti* non potest, cit., pag. 283.

fra cliente e lenone e che a quest'ultimo e non alla prostituta doveva, verosimilmente, essere consegnato il corrispettivo.

7. Orbene, se così accadeva di regola, la datio di cui si tratta nel passo di Ulpiano e che la meretrice può trattenere perché l'ha ricevuta non turpiter, non può averla ricevuta dal cliente: e allora da chi, se non dal lenone?

A questo punto, se ci ricollegiamo alle osservazioni fatte in precedenza circa la plausibile esistenza di contratti di lavoro tra lenone e meretrice, nei casi in cui quest'ultima celava la sua attività dietro quella di *ministra* in un albergo o nei bagni o in una taverna, si rende più comprensibile la *nova* ratio proposta dall'indirizzo giurisprudenziale accolto da Ulpiano in D.12,5,4 (Ulp. 26 ad ed.).

E, infatti, meno imbarazzante affermare e condividere che la prostituta non turpiter accipit quanto riceve dal lenone, piuttosto che quanto riceve dal suo amante occasionale. Se poi si supponga che quanto riceve dal lenone sia un compenso corrisposto su base contrattuale per un'attività sovente mista (ancorché si dovesse trattare di contratti nulli per illiceità della causa⁽²¹⁾), è dato cogliere nella *nova* ratio una forte attenzione agli aspetti della prostituzione come lavoro dipendente e la lodevole preoccupazione di proteggere, fra il *leno* e la *meretrix*, il soggetto più debole e socialmente meno riprovevole, cioè quest'ultima.

8. A sostegno dell'idea che esistessero contratti di lavoro ci pare possibile portare solo qualche tenue indizio testuale che, tra l'altro, appartiene ad un'epoca più avanzata e che non è suscettibile del dovuto approfondimento.

In alcune costituzioni imperiali, ad esempio, si parla di meretrici conductae pro paupertate⁽²²⁾ o anche di ingenua corpora qualibet *taxatione* conducta prostituere, ed ancora di *ingenuis* personis conductione *inopia* libertatis⁽²³⁾: non ci pare troppo azzardato supporre che l'uso di una simile terminologia stia ad indicare il ricorso a veri e propri rapporti di locazione-conduzione.

Inoltre non va dimenticato che Giustiniano nella Nov.Iust. 14, ove, co-

(21) In linea di massima, tutte le donationes con causa illecita ebbero lo stesso regime di quelle assolutamente prive di causa: cfr. KASER, *Das römische Privatrecht*, 2, 1971, p.250; ALBANESE, *Gli atti negoziali nel diritto romano*, Palermo, 1982, p. 262.

(22) C.Th. 15,8,2. Sulla legislazione teodosiana ed i suoi sviluppi, in ordine al tema della prostituzione, cfr. il recente lavoro di SICARI, *Prostituzione e tutela giuridica della schiava. Un problema di politica legislativa nell'impero romano*, cit., p. 27.

(23) Nov.Th. 18.

me noto⁽²⁴⁾, gravemente si sanziona il *crimen lenocinii*, fa in più punti⁽²⁵⁾ riferimento all'attività dei lenoni e alla conclusione di accordi scritti, garantiti da fideiussori, con i quali evidentemente si negoziava (direttamente con la donna o con l'avente potestà) il compenso per l'attività da svolgere nel lupanare palese o occulto.

ABSTRACT

Ulpiano sees prostitution as a phenomena organized around 2 figures — the pimp and the prostitutes who worked for him. The image he gives us is confirmed by various other evidence which leads us to believe that the exploitation of prostitutes was a common practice, in fact more common than individual practice.

Thus, it is possible to interpret the statement contained in D.12,5,4,3 (Ulp. 26 ad Ed.) according to which the meretrix non *turpiter* accipit, referring to the compensation the woman received from the *leno* (both for her activity as meretrix and *ministra*) and not from her client. Other reported texts: D.23,2,43,6 (Ulp. 1 ad l. *Iul. et Pap.*); D.3,2,4,2 (Ulp. 6 ad ed.); D.23,2,41 (Marc. 26 Dig.); D.38,1,38 pr.(Call. 3 ed. monit.); Quint. Inst. Or. 7,1; C.I. 4,7,5.

Ulpiano ci consegna un'immagine della prostituzione come fenomeno organizzato intorno alle figure del lenone e delle meretrici alle sue dipendenze. Tale immagine viene confermata anche da numerose altre testimonianze e questo spinge a credere che lo sfruttamento della prostituzione fosse una realtà ben più diffusa, rispetto ad un esercizio individuale della stessa. Su tale sfondo è possibile interpretare l'affermazione contenuta in D.12,4,5,3 (Ulp. 26 ad Ed.), secondo cui la *meretrix* non *turpiter* accipit, come riferita al compenso che la donna riceveva dal *leno* (sia per la sua attività di meretrix, che per quella di ministra) e non dal suo cliente.

Altri testi riportati: D.23,2,43,6 (Ulp. 1 ad l. *Iul. et Pap.*); D.3,2,4,2 (Ulp. 6 ad ed.); D.23,2,41 (Marc. 26 Dig.); D.38,1,38 pr.(Call. 3 ed. monit.); Quint. Inst. Or. 7,1; C.I. 4,7,5.

⁽²⁴⁾ In ordine alle modalità e ai tempi in cui si reprime la pratica del *lenocinium* e, forse, anche al peso che ha il *Zenocinium* come veicolo del diffondersi della prostituzione, SICARI, *Prostituzione e tutela giuridica della schiava*. Un problema di politica legislativa nell'impero romano, cit., pag. 30 ss., esprime pareri sensibilmente diversi da ciò che si sostiene nel mio lavoro, *Ne lenones sint in ullo loco reipublicae Romanae*, cit., p. 124 s.

⁽²⁵⁾ Nov.lust. 14 pr.-1. La versione latina della Nov. 14 non differisce sostanzialmente da quella greca, tuttavia specificamente al tema che ci interessa, va colta la circostanza che mentre nella prima si parla, con riferimento, appunto ai contratti in oggetto, di *conscriptio* o dell'assunzione di garanti, in quella greca si fa riferimento a *sinagrafi*. Secondo BIANCHINI, *Cicerone e Z sinagrafi*, in *BIDR*, 73 (1970), p. 229 nt. 3 e p. 287, il termine *sinagrafe*, nella novella, starebbe solo ad indicare una generica scrittura.

LUCETTA DESANTI

Astrologi: eretici o pagani? Un problema esegetico (*)

1. All'indomani della sconfitta dell'usurpatore Giovanni ⁽¹⁾, Valentiniano III emana un provvedimento di cui ci sono pervenute più copie attraverso il Teodosiano e Sirm. 6 ⁽²⁾. Tale provvedimento conferma i privilegi delle chiese e dei chierici ⁽³⁾, sancisce la condanna di ogni eresia, scisma o setta nemica del cattolicesimo ⁽⁴⁾, infligge incapacità a ebrei e pagani ⁽⁵⁾.

È stato peraltro autorevolmente osservato ⁽⁶⁾ che alcune delle copie in discorso risultano notevolmente affini — oltre che sotto il profilo contenutistico — anche dal punto di vista terminologico ⁽⁷⁾. Viceversa, due frammenti indirizzati al proconsole d'Africa, riportati in CTh. 16, 2, 46 e in CTh. 16, 5, 63, presenterebbero notevoli divergenze ⁽⁸⁾.

(*) Il presente contributo figurerà nel volume X degli Atti del Convegno dell'Accademia Romanistica Costantiniana.

⁽¹⁾ In argomento, cfr., per tutti: E. STEIN, *Histoire du Bas-Empire*, I, trad. franc., Paris-Bruges 1959, 282 ss.

⁽²⁾ CTh. 16, 5, 62 (425 Iul 17 (Aug. 6)), a Faustus, praefectus Urbi; CTh. 16, 5, 64 (425 Aug. 6) e CTh. 16, 2, 47 (425 Oct. 8 (Aug. 6)), a Bassus, *comes rerum privatarum*; CTh. 16, 2, 46 (425 Iul. 6 vel Aug. 4) e CTh. 16, 5, 63 (425 Iul. 6 vel Aug. 4), a Georgius, proconsul Africae; Sirm. 6 (425 Iul. 9 (Aug. 6)), ad Amatius, praefectus praetorio *Galliarum*. In argomento, cfr.: J. GAUDEMET, *La première mesure législative de Valentinien III*, in IURA, 20 (1969), ora in *Etudes de Droit Romain*, I, Napoli 1979, 259 ss.; M. SARGENTI, *Contributi alla palingenesi delle costituzioni tardo-imperiali. II. Momenti della normativa religiosa da Teodosio I a Teodosio III*, in *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana*, VI, Perugia 1986, ora in *Studi sul diritto del tardo impero*, Padova 1986, 325 ss. Per quel che concerne le disposizioni contro i *mathematici*-astrologi, v., altresì, L. DESANTI, *Sileat omnibus* perpetuo divinandis curiositas. Indovini e sanzioni nel diritto romano, Milano 1990, 162 ss. Un velato riferimento al provvedimento di Valentiniano III in discorso è contenuto in PROSP. AQUIT. I. *contra* collatorem 1, 2, in MIGNE, *PL*, LI, 216 s.

⁽³⁾ CTh. 16, 2, 46; CTh. 16, 2, 47; Sirm. 6.

⁽⁴⁾ CTh. 16, 5, 62; CTh. 16, 5, 63; CTh. 16, 5, 64; Sirm. 6.

⁽⁵⁾ Sirm. 6. V. *infra*.

⁽⁶⁾ J. GAUDEMET, *La première mesure*, cit., 275 ss.

⁽⁷⁾ Si tratta di: Sirm. 6; CTh. 16, 5, 62; CTh. 16, 5, 64; CTh. 16, 2, 47.

⁽⁸⁾ Da tale circostanza, J. GAUDEMET, *lc. ult. cit.*, ricava l'idea che all'interno

Orbene, non c'è dubbio che tale considerazione colga sostanzialmente nel segno. Tuttavia, a noi sembra di potere dimostrare che, almeno in un caso, le anomalie della copia *africana* siano meno consistenti di quanto appaia a prima vista.

A questo fine, concentreremo la nostra attenzione sulle disposizioni relative alla lotta contro gli eretici, mettendo a confronto i testi di Sirm. 6, CTh. 16, 5, 62, CTh. 16, 5, 64, da una parte, e quello di CTh. 16, 5, 63, al proconsole d'Africa, dall'altra.

2. La Costituzione Sirmondiana 6, indirizzata al *praefectus praetorio Galliarum*, si occupa anzitutto dei vescovi delle Gallie che avevano aderito alle eresie Pelagiana e Celestiana⁽⁹⁾. Costoro, una volta convocati da Patroclo, vescovo di Arles, avranno tempo venti giorni per correggere i propri errori; in caso contrario, saranno espulsi e sostituiti da vescovi ortodossi⁽¹⁰⁾.

Quindi, così prosegue:

Sane quia religiosos populos nullis decet superstitionibus depravari, Manichaeos omnesque haereticos vel schismaticos sive mathematicos omnemque sectam catholicis inimicam ab ipso aspectu urbium diversarum exterminari debere praecipimus, ut nec praesentiae quidem criminorum contagione foedentur.

Onde preservare dalle *superstitiones* i popoli religiosi, sottraendoli al pericolo del contagio, i Manichei, tutti gli eretici, gli scismatici, i *mathematici*, vale a dire gli astrologi⁽¹¹⁾, e ogni setta nemica del cattolicesimo, dovranno essere scacciati dalle diverse città⁽¹²⁾. Apprendiamo peraltro,

del Codice Teodosiano sia stata riprodotta una versione rielaborata dell'originale provvedimento, tratta dagli archivi africani.

⁽⁹⁾ In argomento, per tutti: G. DE PLINVAL, *Le lotte del Palegianesimo*, in *Storia della Chiesa dalle origini ai giorni nostri*, a cura di A. FLICHE, V. MARTIN, IV, Dalla morte di Teodosio *all'avvento* di S. Gregorio Magno, 3° ed. ital., Torino 1972, 99 ss., con bibliografia riportata a nt. 1. È plausibile che tale problema fosse avvertito con particolare urgenza nelle Gallie e che pertanto la disposizione fosse contenuta esclusivamente nel testo in esame.

⁽¹⁰⁾ ... Diversos vero episcopos *nefarium* Pelagiani et Caelestiani *dogmatis errorem* sequentes per *Patroclum* sacrosanctae *legis antistitem praecipimus conveniri*: quos quia *confidimus emendari*, nisi *intra viginti dies* ex conventionis *tempore*, *intra* quos deliberandi *tribuimus facultatem*, errata *correxerint seseque* catholicae fidei *reddiderint*, Gallicanis regionibus *expelli* adque in *eorum loco sacerdotium fidelius* subrogari, quatenus *praesentis erroris macula* de *populorum animis* tergeatur et futurae bonum disciplinae iustioris instituat... .

⁽¹¹⁾ Th. 1. l., VIII, 470 ss., s.v. *mathematicus*; Forcellini, III, 192, s. v. *mathematicus*.

⁽¹²⁾ Vale la pena di osservare che l'espulsione dalle città è stata spesso decretata, dalla legislazione tardo-imperiale, contro gli eretici (CTh. 16, 5, 6; CTh. 16, 5, 12; CTh. 16, 5, 14; CTh. 16, 5, 18; CTh. 16, 5, 20; CTh. 16, 5, 30; CTh. 16, 5, 31; CTh.

in chiusura del provvedimento, che l'espulsione potrà essere evitata qualora sopraggiunga un pronto ravvedimento⁽¹³⁾.

La disposizione riguarda, anzitutto, gli eretici e gli scismatici.

Secondo una definizione di S. Girolamo⁽¹⁴⁾, lo scisma si differenzia dall'eresia perché non consiste in un errore sul dogma, ma nella separazione dalla Chiesa. Non di meno, lo stesso Girolamo, e le fonti patristiche in genere, tendono a collegare i due fenomeni e a riconoscere nello scisma una inevitabile fonte di eresia⁽¹⁵⁾. E nella stessa direzione si muove, altresì, una legge di Onorio, emanata nel 405, che intende la *appellatio schismatis* come definizione pretestuosa, adottata dalla setta donatista per non venire definita eretica⁽¹⁶⁾.

Quanto ai Manichei, menzionati in apertura del provvedimento, va osservato che essi risultano costantemente annoverati, dalla legislazione tar-

16, 5, 34; CTh. 16, 5, 53; CTh. 16, 5, 54; CTh. 16, 5, 62; CTh. 16, 5, 64) nonché contro i *mathematici*-astrologi (CTh. 9, 16, 12). Cfr. L. DE GIOVANNI, *Il libro XVI del Codice Teodosiano. Alle origini della codificazione in tema di rapporti Chiesa-Stato*, Napoli 1985 (2^a ed.), 84. J. GOTOFREDO, *Codex Theodosianus. Opus recognitum ... studio A. Marvili*, I-VI, Lipsiae 1736-1743, ad CTh. 9, 16, 12, osserva come ai *mathematici* fosse implicitamente concesso di dimorare in campagna, ove il rischio del «contagio» si riduceva.

⁽¹³⁾ Omnes igitur personas erroris *infausti iubemus* excludi, nisi his *emendatio* matura *subvenerit*. In precedenza, a dire il vero, l'imperatore è passato a trattare il caso degli ebrei e dei pagani. Tuttavia pare plausibile che anche Manichei, eretici, scismatici, *mathematici* e nemici del cattolicesimo siano compresi tra le *personae erroris infausti* per le quali è prevista la possibilità di una matura *emendatio*.

⁽¹⁴⁾ HIER. in Tit. 3, 10-11, in MIGNE, PL, XXVI, 598; *Inter haeresim et schisma hoc esse arbitramur, quod haeresis peruersum dogma habet: schisma propter episcopalem dissensionem ab Ecclesia separetur...*. Cfr., altresì, HIER. in *Galat.* 3, 5, 19-21, in MIGNE, PL, XXVI, 416 s. In argomento, cfr., per tutti, J. GAUDEMET, *L'Église dans l'Empire Romain* (W-V sieclès), in *Histoire du Droit et des Institutions de l'Église en Occident*, III, Paris 1958, 599).

⁽¹⁵⁾ HIER. in Tit. 3, 10-11, in MIGNE, PL, XXVI, 598: ... *Caeterum nullum schisma non sibi aliquam confingit haeresim, ut recte ab Ecclesia recessisse videatur*. OP. TAT. 1, 10 e 1, 12, in MIGNE, PL, XI, 899 ss. e 906 ss., rimprovera a Parmeniano, successore di Donato sulla cattedra di Cartagine, di avere preso le distanze dagli eretici, quando gli scismatici sarebbero invece associati a costoro. AUG. haer. 69, in MIGNE, PL, XLII, 439, sempre a proposito del donatismo, sottolinea invece il passaggio dallo scisma all'eresia: *Post causam cum Caeciliano dictam atque finitam ... in haeresim schisma verterunt*.

⁽¹⁶⁾ CTh. 16, 6, 4 pr. (405 Febr. 12): ... *Ideoque intercidendam specialiter eam sectam nova constitutione censuimus, quae, ne haeresis vocaretur, appellationem schismatis praeferebat. In tantum enim sceleris progressi dicuntur hi, quos Donatistas vocant, ut baptisma sacrosanctum mysteriis recalcatis temeritate noxia iterarint et homines semel, ut traditum est, munere divinitatis ablutos contagione profanae repetitionis infecerint. Ita contigit, ut haeresis ex schismate nasceretur*. Infatti, le costituzioni che menzionano gli scismatici, tra le quali i frammenti del provvedimento di Valentiniano III in esame, sono collocate nel titolo 16, 5 *De haereticis* del Codice Teodosiano.

do-imperiale, nell'ambito degli eretici (17). Con ogni probabilità, sono stati ricordati in modo espresso perché ritenuti assai pericolosi e sanzionati con particolare durezza, sin dall'età di Diocleziano (18).

Seguono, infine, i mathematici-astrologi e non meglio precisate sette nemiche del cattolicesimo. Anche se astrologi e nemici del cattolicesimo potrebbero appartenere, in linea di principio, a qualsiasi credo (19), pare di capire che, nel contesto, si rimandi pur sempre al caso dei cristiani «devianti») e non a quello dei seguaci di altre religioni. Infatti il provvedimento si occupa in seguito — separatamente — di ebrei e pagani, proibendo loro di agire in giudizio, di rivestire cariche pubbliche, di avere domestici cristiani (20).

Orbene, vale la pena di sottolineare sin d'ora che tra le figure di cristiani «devianti», assimilabili agli eretici o agli scismatici, troviamo anche i mathematici, cultori dell'astrologia.

Tale circostanza, apparentemente curiosa, non deve in realtà sorprendere.

Già Valente, infatti, aveva definito *error* il mathematicorum *tractatus*, con chiaro riferimento all'errore in senso teologico (21). Ma, soprattutto, una legge di Onorio, riportata in CTh. 9, 16, 12 (22), sottopone i *mathema-*

(17) CTh. 16, 5, 3; CTh. 16, 5, 7; CTh. 16, 5, 9; CTh. 16, 5, 11; CTh. 16, 5, 18; CTh. 16, 5, 35; CTh. 16, 5, 40; CTh. 16, 5, 41; CTh. 16, 5, 43; CTh. 16, 5, 59; CTh. 16, 5, 65.

(18) Coll. 15, 3, 1. Cfr.: CTh. 16, 5, 3; CTh. 16, 5, 9; CTh. 16, 5, 18; CTh. 16, 5, 35; CTh. 16, 5, 38; Nov. Valent. 18. In questo senso, J. GAUDEMET, *La première mesure*, cit., 269.

(19) Infatti, i Padri della Chiesa asseriscono sovente che l'astrologia è largamente praticata presso i pagani (v. *infra*). Quanto al termine *secta*, all'interno del Codice Teodosiano designa prevalentemente la setta eretica: CTh. 16, 5, 6, 1; CTh. 16, 5, 7, 3; CTh. 16, 5, 12; CTh. 16, 5, 15; CTh. 16, 5, 25, 1; CTh. 16, 5, 41; CTh. 16, 5, 60; CTh. 16, 5, 66 pr.; CTh. 16, 6, 64 pr. e 3; CTh. 16, 6, 5. Tuttavia, in qualche caso, tale espressione è utilizzata con riferimento agli ebrei (CTh. 16, 8, 1 pr.-1; CTh. 16, 8, 2; CTh. 16, 8, 8; CTh. 16, 8, 9) o, genericamente, ai seguaci di qualsivoglia fede religiosa (CTh. 16, 5, 58, 4; CTh. 16, 8, 22; CTh. 16, 9, 1; CTh. 16, 9, 2; Sirm. 4).

(20) *Iudaeis quoque vel paganis causas agendi vel militandi licentiam denegamus*: quibus Christianae legis nolumus servire personas, ne occasione domini *sectam* venerandae religionis *inmutent*. Cfr. J. GAUDEMET, *La première mesure*, cit., 269 s.

(21) CTh. 9, 16, 8. Cfr. L. DESANTI, *op. cit.*, 150 ss.

(22) IMPP. HONOR(IUS) ET THEOD(OSIUS) AA. CAECILIANOP(RAEFECTO) P(RAETORI)O. *Mathematicos*, nisi parati sint codicibus erroris proprii sub oculis episcoporum incendio concrematis catholicae religionis *cultui fidem* tradere *numquam* ad errorem praeteritum redituri, non solum urbe Roma, sed etiam omnibus civitatibus pelli *decernimus*. Quod si hoc non fecerint et *contra clementiae* nostrae salubre constitutum in civitatibus fuerint deprehensi *vel secreta erroris* sui et *professionis* insinuaverint, deportationis *poenam* excipiant. DAT. KAL. FEB. RAV(ENNAE) HONOR(IO) VIII ET THEOD(OSIO) III AA. CONSS. In argomento, v. L. DESANTI, *op. cit.*, 157 ss.

tici ad un rito di abiura, assimilandoli agli eretici⁽²³⁾. Onde evitare la pena dell'espulsione, essi dovranno bruciare i propri *codices* sotto gli occhi del vescovo, promettendo di aderire alla fede cattolica e di non ricadere in errore.

D'altra parte, le stesse fonti patristiche — notoriamente ostili ad ogni forma di divinazione che non sia la profezia ispirata da Dio⁽²⁴⁾ — pongono in stretta relazione l'astrologia con il fenomeno dell'eresia, da un duplice punto di vista.

In primo luogo — osservano i padri — gli aderenti alle sette eretiche si dedicano con assiduità alla scienza degli astri, sino a sconfinare nell'astrolatria, nell'adorazione delle stelle⁽²⁵⁾.

Ma, soprattutto, il culto dell'astrologia sfocia in una visione fatalistica — sicuramente eterodossa — che, negando l'esistenza del libero arbitrio, vanifica ogni distinzione tra bene e male, castigo e pena⁽²⁶⁾. Sono le stelle

(23) L'abiura di fronte al vescovo, in effetti, sembra caratteristica peculiare dei processi per eresia del tempo. Cfr., tra gli altri, E. VOLTERRA, *Appunti intorno all'intervento del vescovo nei processi contro gli eretici*, in BIDR, 1 (1934), 453 ss. Tuttavia, a dire il vero, la promessa imposta ai *mathematici* di abbracciare la fede cattolica e di non ricadere in errore (... *catholicae reiigionis cultui fidem tradere nunquam ad errorem praeteritum redituri* ...) potrebbe riguardare anche i non cristiani.

(24) Divinazione e magia sono infatti intese come prodotto dei demoni. Cfr., per tutti: TERT. *apol.* 22 e 35, in MIGNE, PL, I, 404 ss. e 459; *orat.* 17, in MIGNE, PL, I 1175; *cult. fem.* 2, in MIGNE, PL., I, 1305 s.; CYPR. *idol.* 7, in MIGNE, PL, IV, 574 s.; LACT. *inst.* 2, 15-17; 4, 27-28, in MIGNE, PL, VI, 332 ss. e 531 ss.; HIER *in Is.* 7, 19, 1 ss., in MIGNE, PL, XXIV, 250 s.; AUG. *doctr. christ.* 2, 19-23, in MIGNE, PL, XXXIV, 50 ss.; *gen. ad litt.* 2, 17, in MIGNE, PL, XXXIV, 278 s.; *div. daem.*, in MIGNE, PL, XL, 581 ss.; Ps. *Iust. qu. et resp.* 81, in MIGNE, PG, VI, 1321 s.; Eus. *d. e. 5 proem.*, in MIGNE, PG, XXII, 336 s.; AT. *v. Anton.* 31-35, in MIGNE, PG, XXVI 889 ss.; BAS. *in Is.* 8, 218, 19-22, in MIGNE, PG, XXX, 496 s.; *epist.* 2, 189, 5, in MIGNE, PG, XXXII, 689 ss.; *epist.* 2, 210, 6, in MIGNE, PG, XXXII, 777; CYR. H. *cathech.* 19, 1, 8, in MIGNE, PG, XXXIII, 1072 s.; GR. NYSS. *ep. de Pithon.*, in MIGNE, PG, XLV, 107 ss.; *ep. can.* 3, in MIGNE, PG, XLV, 225 ss.; MARC. DIAC. *v. Porph.* 8, 60, in MIGNE, PG, LXV, 1239.

(25) TERT. *praescr.* 43, in MIGNE, PL, II, 58; *adv. Marc.* 1, 18, in MIGNE, PL, II, 266; AMBROSIAS. *in II Coloss.* 18, 19, in MIGNE, PL, XVII, 432; AUG. *conf.* 4, 3, 4-5 e 5, 3, 3-6, in MIGNE, PL, XXXII, 694 s. e 707 s.; Ps. AUG. *haer.* 70, in MIGNE, PL, XLII, 44; LEO M. *epist.* 15 *pr.*, in MIGNE, PL, LIV, 678 s.; EPIPH. *haer.* 1, 1, 16, in MIGNE, PG, XLI, 249 ss.; NICEPH. *h.e.* 4, 2 e 5, 24, in MIGNE, PG, CXLV, 979 ss. e 1113 s.

(26) TERT. *apol.* 1, in MIGNE, PL, I, 267 ss.; AMBR. *hex.* 4, 4, in MIGNE, PL, XIX, 192 ss.; AUG. *epist.* 2, 55, 7, 12, in MIGNE, PL, XXXIII, 210; *epist.* 4, 246, 2-3, in MIGNE, PL, XXXIII, 1061 s.; *doctr. christ.* 2, 21-23, in MIGNE, PL, XXXIV, 51 ss.; *gen. ad litt.* 2, 17, in MIGNE, PL, XXXIV, 278 s.; *in evang. Joh.* 8, 10-11, in MIGNE, PL, XXXV, 1456 s.; *in psalm.* 140, 9, in MIGNE, PL, XXXVII, 1821; Ps. AUG. *serm.* 253, 2, in MIGNE, PL, XXXIX, 2213; *divers. quaest.* 83, 45, in MIGNE, PL, XL, 28 s.; *quaest. Simpl.* 1, 2, 3, in MIGNE, PL, XL, 112 s.; *civ.* 5, 1-8, in MIGNE, PL, XLI, 141 ss.; LEO M. *serm.* 27 (26), 3-4, in MIGNE, PL, LIV, 218 s.; *serm.* 43 (41), 2, in MIGNE, PL, LIV, 282; *serm.* 57 (55), 5, in MIGNE, PL, LIV, 331; *serm.* 84 (81), 2, in MIGNE, PL, LIV, 434; *epist.* 15, c. 11 e c. 14, in MIGNE, PL, LIV, 685 s. e 687; PRUD. C. *Symm.* 2, 472 ss., in MIGNE, PL, LX, 215 ss.; CASSIOD. *art.* 7, in MIGNE, PL, LXX, 1218; *in psalt.* 70, in Mi-

ad indurre al delitto il ladro e l'assassino; e la colpa, anziché sull'uomo, ricade piuttosto su Dio, creatore degli astri⁽²⁷⁾. Un Dio che, comunque, appare fortemente sminuito dalla presenza di queste onnipotenti entità celesti. L'astrologia, di conseguenza, diviene essa stessa un'eresia, e come tale è ricordata da S. Philastrius nel suo trattato de haeresibus⁽²⁸⁾.

3. Uno schema espositivo del tutto simile a quello di Sirm. 6 è seguito in due constitutiones *geminæ* riportate nel Codice Teodosiano.

Si tratta, anzitutto, di CTh. 16, 5, 62⁽²⁹⁾:

IMP. THEOD(OSIUS) A. ET VAL(ENTINI)ANUS CAES. AD FAUSTUM P(RAE)FECTUM U(RBI). Manichaeos haereticos schismaticos sive mathematicos omnemque sectam catholicis inimicam ab ipso aspectu urbis Romae exterminari praecipimus, ut nec praesentiae criminorum contagione foedetur. Circa hos autem maxime exercenda commonitio est, qui pravis suasionibus a venerabilis papae sese communionem suspendunt, quorum schismate plebs etiam reliqua vitiatur. His conventionem praemissa viginti dierum condonavimus indutias, intra quos nisi ad communionem redierint unitatem, expulsi usque ad centesimum lapidem solitudine quam eligunt macerentur. DAT. XVI KAL. AUG. AQUIL(EIAE) THEOD(OSIO) A. XI ET VAL(ENTINI)ANO CAES. CONSS.

Sono espulsi dalla città di Roma⁽³⁰⁾ Manichaei, haeretici, schismatici, *mathematici*⁽³¹⁾, *omnis secta* catholicis inimica. Seguono disposizioni

GNE, PL, LXX, 505; in *psalm.* 148, in MIGNE, PL, LXX, 1047; JOANN. SARESBER. *polykrat.* 2, 19 e 2, 24, in MIGNE, PL, CXCIX, 440 ss. e 455 ss.; Ps. CLEM. *recogn.* 9, 12, in MIGNE, PG, I, 1405; *recogn.* 10, 7-12, in MIGNE, PG, I, 1423 ss.; TAT. *nat.* 11, in MIGNE, PG, VI 830; OR. *Cels.* 5, 12, in MIGNE, PG, XI, 1200; *comm. in Gen.* 3, 1, 14, in MIGNE, PG., XII, 49 ss.; *horn.* 21 in *Jer.* 4, in MIGNE, PG, XIII, 532 s.; *horn.* 1 in *Ezech.* 10, in MIGNE, PG, XIII, 676; in *Mt.* 13, 6, in MIGNE, PG, XIII, 1105 ss.; METH. *symp.* 14-16, in MIGNE, PG, XVIII, 161 ss.; EUS. *p. e.* 6, 6-11, in MIGNE, PG, XXI, 412 ss.; BAS. *hex.* 6, 5-7, in MIGNE, PG, XXIX, 128 ss.; CYR. H *cathech.* 4, 18, in MIGNE, PG, XXXIII, 477 ss.; GR. NAZ. *carm.* 1, 1, 6, in MIGNE, PG, XXXVII, 430 s.; NEMES. EMES. *nat. hom.* 35-36, in MIGNE, PG, L, 749 ss.; CHRYS. *carit.* 3, in MIGNE, PG, LVI, 282 s.; *horn.* 6 in *Mt.*, in MIGNE, PG, LVII, 61 ss.; *horn.* 75 in *Mt.* 4, in MIGNE, PG, LVIII, 691 s.; *hom.* 1 in *I Tim.* 3, in MIGNE, PG, LXII, 507 ss.; SEVER. *creat.* 3, 3, in MIGNE, PG, LVI, 450 s.

⁽²⁷⁾ AUG. *gen. ad litt.* 2, 17, in MIGNE, PL, XXXIV, 278 s.: ... *ingerunt accusandum potius Deum auctorem siderum, quam hominem scelerum.*

⁽²⁸⁾ PHILASTR. *haer.* 123, in MIGNE, PL, XII, 1248 s.: *haeresis de signis zodiaci et de hortu hominum.*

⁽²⁹⁾ Il provvedimento è parzialmente citato da HINCMAR. *praedest. dissert.* 27, 4, in MIGNE, PL, CXXV, 402.

⁽³⁰⁾ Destinatario del provvedimento è infatti il *praefectus Urbi*.

⁽³¹⁾ Il termine *mathematicos*, omissso nel codice E del *Breviarium*, è invece contenuto nel *Codex Vaticanus Reginae* 886. Cfr. TH. MOMMSEN, *ad CTh.* 16, 5, 62.

contro i responsabili di un imprecisato scisma che avrebbe contaminato tutto il resto del popolo⁽³²⁾.

Come si può notare, il provvedimento contempla le stesse categorie menzionate in Sirm. 6. Tra queste, è bene sottolinearlo, compaiono ancora una volta i *mathematici-astrologi*.

Vediamo ora CTh. 16, 5, 64.

IMP. THEOD(OSIUS) A ET VAL(ENTINI)ANUS CAES. BASSO C(OMITI) R(ERUM) P(RIVATARUM). POST ALIA: Manichaeos haereticos sive schismaticos omnemque sectam catholicis inimicam ab ipso aspectu urbium diversarum exterminari praecipimus, ut nec praesentiae criminorum contagione foedentur. Omnes igitur personas erroris infausti iubemus excludi, nisi his emendatio matura subvenerit. ET CETERA. DAT. VIII ID. AUG. AQUIL(EIAE) D. N. THEOD(OSIO) A XI ET VALENTINIANO CAES. CONSS.

Manichei, eretici, scismatici e appartenenti a sette nemiche dei cattolici saranno espulsi da tutte le città. Sono quindi riportate le stesse parole che chiudono Sirm. 6, le quali fanno salva la possibilità di una matura emendatio.

Per quel che concerne i destinatari della sanzione, la simmetria con i provvedimenti già esaminati è pressoché perfetta. L'unica differenza concerne proprio i *mathematici-astrologi*, che la costituzione in discorso non contempla.

4. E veniamo finalmente al frammento della «copia africana» in discussione, riportato in CTh. 16, 5, 63.

CTh. 16, 5, 63: IMP. THEOD(OSIUS) A ET VAL(ENTINI)ANUS CAES. GEORGIO PROC(ONSULI) AFRIC(AE). Omnes haereses omnesque perfidias, omnia schismata superstitionesque gentilium, omnes catholicae legi inimicos insectamur errores. Si quos vero ..., haec quoque clementiae nostrae statuta poena comitetur et noverint sacrilegae superstitionis auctores participes conscios proscriptioe plectendos, ut ab errore perfidiae, si ratione retrahi nequeunt, saltem terrore revocentur et universo supplicationum aditu in perpetuum denegato criminibus debita severitate plectantur. ET CETERA. DAT. PRID. NON. AUG. AQUIL(EIAE) D. N. THEOD(OSIO) A XI ET VAL(ENTINI)ANO CAES. CONSS.

Si condanna ogni eresia e ogni perfidia, ogni scisma, ogni superstio gentilium, ogni errore nemico del cattolicesimo. Auctores, participes e

⁽³²⁾ Forse l'allusione è al caso dei vescovi che avevano aderito alle eresie pelagiana e celestiana, sanzionati anche in Sirm. 6 (J. GAUDEMET, *La première mesure*, cit., 271 ss). M. SARGENTI, *op. cit.*, 325 ss., fa osservare che all'interno del Codice Teodosiano non è conservata traccia della legislazione contro Pelagio.

conscii della *sacrilega superstitio* dovranno essere colpiti dalla proscrizione, cosicché — se non possono essere sottratti all'errore con la ragione — lo siano con il terrore; è inoltre negata in perpetuo la possibilità di presentare una supplica.

Secondo l'opinione che andiamo discutendo, il frammento si discosterebbe notevolmente dalle altre costituzioni «parallele», appena esaminate, in particolare nel passaggio in cui sono enumerati i destinatari della pena.

Essa infatti — si è rilevato — omette la menzione di Manichei e *mathematici*; d'altro canto, fa riferimento alle *superstitiones gentilium*, che dovrebbero corrispondere ai riti pagani. In definitiva, suntizzerebbe le disposizioni contro gli eretici, ridotte all'essenziale, e quelle contro i pagani documentate da Sirm. 6. I compilatori del Codice Teodosiano, i quali hanno inserito la presente legge nel titolo 16, 5 *De haereticis*, avrebbero mantenuto il riferimento alle *superstitiones gentilium* perché, tutto sommato, abbastanza velato e sfuggente. Anche se tale disposizione avrebbe trovato posto più opportunamente nel titolo 16, 10 *De paganis, sacrificiis et templis*⁽³³⁾.

Orbene, noi non siamo di questa opinione.

Ci sembra infatti plausibile che la locuzione *superstitiones gentilium*, nel contesto, non alluda ai riti compiuti dai pagani e sanzionati dalla legislazione contro costoro, ma a talune pratiche esercitate dai cristiani «devianti» e ritenute superstizioni tipiche del paganesimo. Per la precisione, riteniamo che queste parole alludano al culto dell'astrologia, cioè all'attività dei *mathematici* menzionati in Sirm. 6 e in CTh. 16, 5, 64.

Ammettendo la coincidenza tra *mathematici* e autori di *superstitiones gentilium*, il testo del «frammento africano» riportato in CTh. 16, 5, 63 assumerebbe un andamento del tutto corrispondente a quello delle altre copie, in particolare di Sirm. 6 e CTh. 16, 5, 62 che menzionano i *mathematici-astrologi*⁽³⁴⁾.

Sirm. 6 - CTh. 16, 5, 62:

Manichaei	haeretici	schismatici	mathematici	omnis secta	catholicis inimica
	I	I	I		I
CTh. 16, 5, 63:	*	*	*		*
	I	I	I		I
	Haereses (35) - schismata - superstitiones			-	catholicae legi
			gentilium		inimicos errores

⁽³³⁾ Così J. GOTOFREDO, ad CTh. 16, 5, 63, nt. d. Peraltro va fatto osservare che qualche altra costituzione, contenuta nel titolo 16, 5, *De haereticis*, reca un fugace riferimento alla punizione degli ebrei e dei pagani. Cfr.: CTh. 16, 5, 44; CTh. 16, 5, 46.

⁽³⁴⁾ Ricordiamo infatti che in CTh. 16, 5, 64, viceversa, il riferimento ai *mathematici* non compare.

⁽³⁵⁾ La locuzione *omnes haereses omnesque perfidias*, che compare nel testo, va intesa come endiadi. Infatti il termine *perfidia* è spesso impiegato come sinonimo

Questa interpretazione, tra l'altro, meglio giustificerebbe l'operato dei compilatori del Codice Teodosiano. Essi avrebbero mantenuto la menzione delle *superstitiones gentilium*, all'interno di un provvedimento collocato nel titolo *De haereticis*, perché questa espressione, in effetti, rimanda al fenomeno dell'eresia e non a quello del paganesimo.

5. Una conferma alla nostra intuizione possiamo trarre dalle fonti ecclesiastiche, le quali, se da una parte concepiscono l'astrologia come eresia⁽³⁶⁾, dall'altra tendono a sottolineare che questa disciplina — e la divinazione in genere — è pratica tipica dei pagani, *superstitio gentilium*⁽³⁷⁾.

Simili affermazioni non vogliono semplicemente alludere all'origine di tali arti, concepite assai prima di Cristo, oviamente in ambiente pagano⁽³⁸⁾. Soprattutto gli storici ecclesiastici, nel narrare le lotte politico-religiose del IV secolo, ribadiscono l'attualità del binomio paganesimo-divinazione, affermando che i Gentiles si erano serviti degli indovini per combattere i cristiani. Questo si legge, ad esempio, a proposito del conflitto di Costantino con Massenzio⁽³⁹⁾ e con Licinio⁽⁴⁰⁾. Per non parlare di quel che si narra a proposito di Giuliano l'Apostata il quale — unico fra gli imperatori del suo tempo — avrebbe liberalizzato le pratiche divinatorie⁽⁴¹⁾ e

di eresia. Cfr.: CTh. 16, 5, 6; CTh. 16, 5, 12; CTh. 16, 5, 37; CTh. 16, 5, 60. L'aggettivo *perfidia*, in rapporto alla *secta* e alla *mens haereticorum*, ricorre in CTh. 16, 5, 15 e in CTh. 16, 5, 25, 1.

⁽³⁶⁾ V. retro, con nt. 28.

⁽³⁷⁾ TERT. apol. 1, in MIGNE, PL, I, 267 ss.; apol. 35, in MIGNE, PL, I, 459; ARNOB. nat. 4, 11-12, in MIGNE, PL, V, 1023 ss.; AMBROSIAST. in II Coloss. 18, 19, in MIGNE, PL, XVII, 432; Ps. AMBR. act. Seb. 16, in MIGNE, PL, XVII, 1044 ss.; AUG. div. daem. 1, 1, in MIGNE, PL, XL, 581 sss.; TAT. orat. 9-11, in MIGNE, PG, VI, 826 ss.; Ps. IUST. qu. et resp. 146, in MIGNE, PG, VI, 1397 ss.; CLEM. prot. 22-27, in MIGNE, PG, VIII, 96 s.; str. 2, 1, in MIGNE, PG, VIII, 932 ss.; OR. Cels. 1, 6, in MIGNE, PG, XI, 665 ss.; GR. NAZ. or. 5, 1, 31 e 5, 2, 25, in MIGNE, PG, XXXV, 557 e 693 ss.; Ps. CHRYS. Jud. 11, in MIGNE, PG, XLVIII, 828; SOCR. h. e. 3, 2 e 3, 13, in MIGNE, PG, LXVII, 380 s. e 413.

⁽³⁸⁾ Per quel che concerne, in particolare, l'astrologia, si sottolinea sovente che tale disciplina fu inventata dai Caldei. V., ad es.: AMBR. Abr. 2, 3, 9, in MIGNE, PL, XIV, 459 s.; in psalm. 22, in MIGNE, PL, XIV, 931; epist. 1, 35, 16, in MIGNE, PL, XVI, 1082; Ps. PROSP. carm. de prov. 628, in MIGNE, PL, LI, 631. Come è noto, la stessa nascita di Cristo fu rivelata ai Magi da una stella.

⁽³⁹⁾ EUS. v. C. 1, 36, in MIGNE, PG, XX, 949 ss.; h. e. 8, 14, in MIGNE, PG, XX, 781 ss.; THEOPH. chron. a. 302, in MIGNE, PG, CVIII, 80 s.; HARMAT. chron. 3, 177, in MIGNE, PG, CX, 585 ss.; ZONAR. 13, 1, in MIGNE, PG, CXXXIV, 1097. Si tratterebbe di accuse infondate a giudizio di D. DE DECKER, *La poititque religieuse de Maxence*, in Byzantion, 38 (1968), 472 ss.

⁽⁴⁰⁾ SOZ. h. e. 1, 7, in MIGNE, PG, LXVII, 873 ss.; NICEPH. h. e. 7, 45, in MIGNE, PG, CXLV, 1313 ss.

⁽⁴¹⁾ Ps. CHRYS pan. Bab. 2, 14, in MIGNE, PG, L, 554 s.; SOZ. h. e. 5, 2, in MIGNE, PG, LXVII, 1212 s. La notizia è confermata, altresì, da: AMM. 22, 12, 7-8; Paneg. 11, 23.

si sarebbe circondato di ogni sorta di indovini, sin dagli anni giovanili, ricevendo la predizione della futura ascesa al trono⁽⁴²⁾.

Esempi illuminanti di questa duplice concezione della divinazione e dell'astrologia in particolare — come errore dei cristiani «devianti» e come pratica paganeggiante — ci sembrano offerti dalle testimonianze che seguono.

Si tratta, anzitutto, del canone 23 del Concilio di Ancyra⁽⁴³⁾:

Qui auguria vel auspicia, sive somnia vel divinationes quaslibet, secundum morem Gentilium observant, aut in domos suas huiusmodi homines introducunt in exquirendis aliquibus arte malefica, aut ut domos suas lustrent; confessi, quinquennio poenitentiam agant, secundum regulas antiquitus constitutas.

Coloro che osservano presagi o auspici, sogni o qualunque pratica divinatoria secondo l'uso dei Gentiles, ovvero introducono simili uomini nelle proprie case per cercare di scoprire qualcosa tramite l'arte magica, o per purificare le dimore medesime; una volta confessato, facciano penitenza per cinque anni, secondo le regole anticamente stabilite.

Leggiamo inoltre le seguenti parole di Leone Magno intorno alla impietas dei Priscillianisti⁽⁴⁴⁾:

... quae non contenta eorum recipere falsitates qui ab Evangelio sub Christi nomine deviarunt, tenebris se etiam paganitatis immersit, ut per magicarum artium profana secreta et mathematicorum vana mendacia, religionis fidem morumque rationem in potestate daemonum, et in effectu siderum collocarent.

Non contenta di recepire le falsità di coloro che deviarono dal Vangelo di Cristo, l'eresia priscillianista si è pure immersa nelle tenebre del paganesimo, al punto da porre la fede religiosa e la condotta morale nella potestà dei demoni e sotto l'influsso delle stelle, tramite i segreti profani delle arti magiche e le vane falsità dei matematici.

Orbene, il Concilio di Ancyra condanna i cristiani che divinano come seguaci di un *mos Gentilium*. Leone Magno, a sua volta, vede gli eretici

⁽⁴²⁾ SOZ. h. e. 5, 1, in MIGNE, PG, LXVII, 1209 ss.; NICEPH. h. e. 10, 1, in MIGNE, PG, CXLVI, 437 ss. Cfr. AMM. 21, 1, 6.

⁽⁴³⁾ Conc. Ancyr. c. 23, in MANSI, II, 534.

⁽⁴⁴⁾ LEO M, epis. 15 pr., in MIGNE, PL, LIV, 679. Sulla eresia priscillianista, cfr., per tutti: P. DE LABRIOLLE, *Morale e spiritualità. 6. I limiti dell'ascetismo cattolico. Il Priscillianismo*, in *Storia della Chiesa dalle origini ai giorni nostri*, cit., III/2, Torino 1972, 577 ss., con bibliografia riportata a nt. 89.

Priscillianisti, in quanto maghi ed astrologi, come cultori di riti pagani⁽⁴⁵⁾.

Anche CTh. 16, 5, 63, nel menzionare le *superstitiones gentilium*, potrebbe alludere all'astrologia dei *mathematici*, intesa al tempo stesso quale eresia e quale pratica tipicamente pagana.

ABSTRACT

Valentinianus III enacted a statute against the heretics. It punished the *superstitiones gentilium*, generally understood as pagan superstitions. As a matter of fact, these words refer to the *mathematici*-astrologers' activity. These persons were considered at the same time as heretics and heathen rite's authors. Principal texts: Sirm. 6; CTh. 16, 5, 62; CTh. 16, 5, 63; CTh 16, 5, 64.

Una legge di Valentiniano III contro gli eretici punisce le *superstitiones gentilium*, generalmente intese come superstizioni pagane. In realtà, questa espressione si riferisce all'attività dei *mathematici*-astrologi, considerati al tempo stesso come eretici e come autori di riti paganeggianti. Testi principali: Sirm. 6; CTh. 16, 5, 62; CTh. 16, 5, 63; CTh 16, 5, 64.

⁽⁴⁵⁾ Cfr., altresì, LEO M. *serm.* 27 (26), 3-4, in MIGNE, PL, LIV, 218 s., ove è detto che la fede nelle stelle e nel fatalismo astrologico awiene *partim ignorantiae vitio, partim paganitatis spiritu*.

CRISTIANA FIORAVANTI

Ordine pubblico e «incompatibilità manifesta» per le convenzioni di diritto internazionale privato uniforme

1. Giustificazione e limiti dell'indagine. - 2. Difficoltà ricostruttive della nozione di ordine pubblico per i fini del diritto internazionale privato secondo la dottrina e la *incerta* giurisprudenza italiana. - 3. Recenti orientamenti: in particolare, l'approccio universalistico. - 4 Interpretazione dell'art. 31 disp. prel. c.c.: riflessi di una nozione «universalistica» di ordine pubblico internazionale. - 5. La nozione accolta in una sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni unite. - 6. Tentativi d'inquadrate l'ordine pubblico del foro nel sistema di protezione dei diritti dell'uomo secondo gli atti internazionali. - 7. Critica ad un riferimento così esclusivo. - 8. Ricerca di una ricostruzione più articolata della nozione. - 9. Una discutibile restrizione: il riferimento ai soli «diritti costituzionali fondamentali». - 10. Il limite del c.d. ordine pubblico del foro anche in relazione alle fattispecie «non collegate» con la realtà sociale specifica di un paese ma con gli *standard* sociali di valore tendenzialmente universale. - 11. Criteri di collegamento uniformi di diritto internazionale privato e norme interne di necessaria applicazione: l'insegnamento del caso Boll. - 12. Il «manifesto» delinearli dell'incompatibilità con l'ordine pubblico secondo le convenzioni internazionali. - 13. Il limite dell'ordine pubblico del foro nel «progetto italiano» di riforma delle norme di diritto internazionale privato.

1. È ormai usuale, nelle convenzioni di diritto internazionale privato, la previsione secondo cui l'ordine pubblico può invocarsi solamente quando la legge richiamata dal criterio di collegamento uniforme risulti *manifestamente* contraria ai principi di ordine pubblico del foro del singolo Stato contraente⁽¹⁾. E di recente la dottrina, che si limita ad interpretare tale disposizione nel senso d'un obbligo di motivare <<adeguatamente la ragione per cui si ritiene di non dovere applicare la legge straniera richia-

(1) L'espressione «manifestement incompatible avec l'ordre public» è stata usata, per la prima volta, nella Convenzione dell'Aja del 24 ottobre 1956 sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari nei confronti dei minori (art. 4) per poi divenire corrente nelle successive convenzioni internazionali. Sulle questioni connesse all'introduzione del limite a livello convenzionale e sull'individuazione della sua portata v. oltre par. 12.

mata, si è tra l'altro espressa a favore dell'introduzione in Italia di una norma di generale applicazione formulata come nelle convenzioni (2).

Da ciò l'esigenza di approfondire sia le questioni relative all'operatività del limite nelle convenzioni internazionali sia, necessariamente, quelle relative all'interpretazione del concetto di ordine pubblico per i fini del diritto internazionale privato: un concetto che è da sempre d'incerta individuazione e di utilizzazione equivoca (3). Si tratterà di valutare, infine, sulla base di questi presupposti e alla luce delle conclusioni cui l'indagine condurrà, la proposta di modifica dell'art. 31 disp. prel. c.c. (4).

2. Anzitutto va ricordato come la dottrina tradizionale abbia tenuto distinto l'ordine pubblico internazionale (5) dall'ordine pubblico interno (6). Si è così fissato, quale tratto differenziale fra questi concetti, non solo il diverso ambito di applicazione, ma anche una diversa ampiezza, assegnando al primo un campo più ristretto. In altre parole, mentre l'ordine pubblico interno esplicherebbe — secondo codesto orientamento — la propria funzione limitatamente alle norme interne materiali impedendone la

(2) Così, inizialmente il progetto di riforma elaborato da Edoardo Vitta che, all'art. 3, prevedeva: ((Nonostante il richiamo nelle disposizioni che seguono di un diritto straniero, non è attribuita efficacia a norme straniere che producano nel nostro ordinamento effetti manifestamente contrari all'ordine pubblico italiano)), in Problemi di riforma del diritto internazionale privato italiano (a cura del Consiglio Nazionale del Notariato), Milano, 1986, p. 701. Anche lo schema di articolato predisposto dalla Commissione per la riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato (v. *infra* par. 13), ora modificato, lascia comunque invariato il riferimento alla «manifesta» incompatibilità.

(3) Sul punto incisivamente QUADRI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, 5 ed., Napoli, 1969, p. 359: «la categoria (dell'ordine pubblico internazionale) si manifesta diversissima nella portata e nella estensione, non soltanto, ma altresì nei criteri della sua individuazione, nel suo valore, nella sua intensità. E ciò spiega come non manchino scrittori i quali vi vedono addirittura una categoria distruttiva del diritto internazionale privato».

(4) V. oltre, par. 13,

(5) La dottrina, italiana e straniera, in tema di ordine pubblico internazionale è vastissima; per una completa bibliografia si vedano BARILE, *Ordine pubblico (dir. internaz. priv.)* in *Enciclopedia del diritto*, XXX 1980, pp. 1123-1124; VITTA, *Diritto internazionale privato*, vol. I, Torino, 1972, pp. 432-435, oltre ai più recenti studi e agli approfondimenti monografici di cui si darà conto, volta per volta, in relazione ad aspetti specifici.

(6) Così MORELLI, *Elementi di diritto internazionale privato italiano*, 12 ed., Napoli, 1986, p. 84 ss. V. altresì BARILE, *Ordine pubblico*, cit., p. 1115, con ampi riferimenti alla giurisprudenza e alla dottrina, e QUADRI, *Lezioni*, cit., p. 363 ss. che conferma l'opportunità di «opporre l'ordine pubblico nel senso dell'art. 6 *Code Napoléon* all'*o.p.* in quanto esclusivo dell'applicazione di norme straniere, tanto più che il secondo, a differenza del primo, dovrebbe costituire una *extrema ratio*, un istituto dunque per sua natura assolutamente eccezionale, malgrado gli abusi che possano farne e ne facciano talune giurisprudenze»). Per un diverso orientamento v. *infra*, nota 23.

derogabilità ad opera dei privati (anzitutto nei loro rapporti negoziali), l'ordine pubblico internazionale avrebbe, invece, carattere speciale per i fini del diritto internazionale privato: varrebbe, cioè, ad impedire — eccezionalmente — l'inserimento nell'ordinamento interno di norme straniere richiamate da quelle interne di rinvio, secondo criteri di collegamento dati (7).

Se è dunque ampia la sfera di operatività dell'ordine pubblico in quella prima accezione, sfera che potrebbe arrivare a coprire l'area di tutte le norme interne inderogabili o parte di esse, certo più limitato è il campo d'azione dell'ordine pubblico internazionale, in quanto posto a salvaguardia dei soli *principi fondamentali* definiti come *indispensabili* per l'armonia dell'ordinamento interno (8). Ma questa nozione è elastica, troppo indefinita, tale da legittimare persino la tendenza erronea ad un ricorso alla legge interna nella maggioranza dei casi; con il che si tradirebbe, in definitiva, la funzione delle norme di d.i.p.

Soprattutto, nelle pronunce giurisprudenziali, tale nozione risulta tutt'altro che univoca (9). Vi sono decisioni per cui la nozione viene a coinci-

(7) È questa la nozione c.d. negativa del limite dell'ordine pubblico, assolutamente dominante in dottrina (v. per tutti AGO, *Teoria del diritto internazionale privato*, Padova, 1934, p. 324 e, da ultimo, BARILE, *Ordine pubblico*, cit., p. 1107 ss.). A questa concezione si è — com'è noto — opposto QUADRI, *Lezioni*, cit., p. 395 ss., secondo cui d'ordine pubblico deve essere costruito con senso e portata «positivi» e non «negativi». «non è giuridicamente un "limite", un ostacolo all'inserzione del diritto straniero; è, al contrario, la stessa sfera di eccezionalmente ampio vigore di taluni principi della *lex fori*». A questa particolare ricostruzione del limite si collegano successive evoluzioni in tema di rapporti tra ordine pubblico interno e internazionale: v., in particolare, SPERDUTI, *Norme di necessaria applicazione ed ordine pubblico*, in RDIPP, 1976, p. 469 ss. (bibliografia ivi) e ID., *Les lois d'application nécessaire en tant que lois d'ordre public*, in *Revue critique de droit international privé*, 1977, p. 257 ss.

(8) Per una valutazione del diverso ambito di operatività dell'ordine pubblico interno rispetto a quello internazionale v., in dottrina, BARILE, *Ordine pubblico*, cit., p. 1115 ss (ma v. anche oltre, nota 21, per un recente e particolare orientamento) e, in giurisprudenza, la rassegna curata da FRANCHI, *Problemi generali di diritto internazionale privato*, in CS, XVI, 1980, pp. 541-544, nonché le seguenti sentenze: Tribunale di Napoli, 24 settembre 1965 in *Foro it.*, 1965, I, p. 1182; Corte di Cassazione, 7 maggio 1976 n. 1593 in RDIPP, 1977, p. 397; Corte di Cassazione, 14 aprile 1980 n. 2414 in RDIPP, 1980, p. 631; Corte di Cassazione (Sezioni unite), 8 gennaio 1981 n. 189 in RDIPP, 1981, p. 787; Corte di Cassazione, 2 luglio 1981 n. 4686 in RDIPP, 1982, p. 107; Corte di Cassazione, 14 gennaio 1982 n. 228 in RDIPP, 1983, p. 364; Tribunale di Torino, 25 marzo 1982 in RDIPP, 1982, p. 625; Corte di Cassazione, 30 maggio 1983 n. 3709 in RDIPP, 1984, p. 371; Corte di Cassazione, 5 aprile 1984 n. 2215 (solo massimata); Corte di Cassazione, 3 maggio 1984 n. 2682 (solo massimata); Corte di Cassazione, 27 febbraio 1985 n. 1714 in RDIPP, 1987, p. 368; Corte di Cassazione, 21 gennaio 1985 n. 198 in RDIPP, 1987, p. 353; Corte d'Appello di Roma, 28 ottobre 1986 in RDIPP, 1988, p. 111.

(9) La mancanza di univocità si registra, del resto, anche in dottrina e pure tra quanti accolgono la nozione «tradizionale» dell'ordine pubblico internazionale. Si

dere con il «complessodei principi che caratterizzano la struttura etico-sociale della comunità nazionale... e con i principi inderogabili che sono immanenti nei (suoi) più importanti istituti giuridici»⁽¹⁰⁾. Ma altre precisano la nozione con riferimenti più generici: evocando, ad esempio, gli «elevati ed essenziali interessi dell'ordinamento»⁽¹¹⁾, le «somme esigenze della nostra civiltà giuridica»⁽¹²⁾ o, ancora, i «principi fondamentali dettati dalla Costituzione o posti dal legislatore in attuazione dei criteri fondamentali da essa previsti»⁽¹³⁾. Così si tratta ancora di concetti dai contorni sempre più sfumati, intesi in termini più o meno ampi e utilizzati, del resto, per realizzare ciò che il giudice ritiene essere — volta per volta — la giustizia del caso singolo, di là dalle nozioni accolte in via teorica.

3. Solo per un orientamento giurisprudenziale recente, il c.d. ordine pubblico internazionale verrebbe ad acquistare tutt'altro senso, e cioè un senso per così dire «universale»: si dovrebbe fare riferimento a «principi» per l'appunto universalmente «comuni a molte nazioni di civiltà affine, intesi alla tutela di alcuni diritti fondamentali dell'uomo, sovente sanciti in dichiarazioni e convenzioni internazionali»⁽¹⁴⁾. Sicché, solo l'ordine pub-

confrontino a tal fine: AGO, *Teoria*, cit., p. 235 e 319; BADIALI, *Ordine pubblico e diritto straniero*, Milano, 1962, p. 33 ss. («valori fondamentali, espressioni concezioni filosofiche, morali ed economiche dell'ordinamento giuridico»); BALLADORE PALMIERI, *Diritto internazionale privato*, 1974, p. 120 («principi etici consacrati nell'ordinamento giuridico, rispondenti alla coscienza sociale dominante»); MORELLI, *Elementi*, cit., p. 83 («principi fondamentali nonché le concezioni sociali e morali ai quali si ispira l'ordinamento in un dato momento storico»); PALAIA, *L'ordine pubblico «internazionale»*, Padova, 1974 p. 19 ss. In particolare secondo tale autore l'ordine pubblico racchiuderebbe d'insieme dei principi fondamentali di un dato ordinamento interno, che tutela le esigenze particolari da esso ritenute assolutamente irrinunciabili. Coglie con chiarezza la «pericolosità» insita nell'utilizzazione di una nozione di ordine pubblico internazionale come genericamente riferita a «principi fondamentali» BARILE, *Ordine pubblico*, cit., p. 1112: «se i principi di ordine pubblico internazionale fossero da identificarsi formalmente con quelli che sono al sommo della gerarchia dell'ordinamento statale si dovrebbe necessariamente giungere alla conclusione che, poiché questi ultimi interessano, in linea di massima, direttamente o indirettamente, buona parte delle norme dell'ordinamento interno, poco posto rimarrebbe per l'applicazione delle norme straniere».

⁽¹⁰⁾ Corte di Cassazione, 2 luglio 1981 n. 4686 in RDIPP, 1982, p. 107 ss.

⁽¹¹⁾ Corte di Cassazione, 24 aprile 1962 n. 818 (solo massimata).

⁽¹²⁾ V. Tribunale di Napoli, 12 maggio 1978 in *Giustizia civile*, 1979, I, p. 2148 con nota di M. R. MORELLI. Nello stesso senso v. Corte di Cassazione, 27 febbraio 1985 n. 1714 in RDIPP, 1987, p. 368, ove l'ordine pubblico viene configurato come l'insieme dei «principi fondamentali (codificati o no) della nostra civiltà giuridica».

⁽¹³⁾ V. Tribunale di Torino, 25 marzo 1982 in RDIPP, 1982, p. 625; Corte di Cassazione, 17 novembre 1983 n. 6862 (solo massimata); Corte di Cassazione, 7 maggio 1976 in RDIPP, 1977, p. 397.

⁽¹⁴⁾ Così espressamente Corte di Cassazione, 14 gennaio 1982 n. 228 in RDIPP, 1983, p. 364. Nello stesso senso v. Corte di Cassazione, 8 gennaio 1981 n.

blico interno continuerebbe a riguardare «il complesso dei principi fondamentali che caratterizzano la struttura della comunità nazionale», quelli che ne sono «i principi immanenti nei più importanti istituti giuridici del nostro ordinamento»⁽¹⁵⁾. Si avrebbe, pertanto, un diverso uso della nozione la cui **valenza** internazionale si allontanerebbe senz'altro dalle costruzioni «tradizionali». Ciò specialmente in ossequio ad un'ultima tendenza venuta a consolidarsi in dottrina, espressamente favorevole alla c.d. *universalizzazione* dei principi di ordine pubblico internazionale⁽¹⁶⁾.

Non sempre, peraltro, la giurisprudenza coglie, al fondo, codesta «inversione» di tendenza: ad es., una sentenza recente ha individuato la compatibilità di una legge straniera richiamata da una norma di **d.i.p.** sia con l'ordine pubblico interno — e per questo con i principi generali dell'ordinamento, con un'attenzione particolare a quelli «fondamentali» dettati dalla Costituzione — sia con l'ordine pubblico «internazionale» ricostruito a partire dal sistema complessivo degli accordi internazionali cui l'Italia è attualmente vincolata⁽¹⁷⁾.

Le incertezze nella utilizzazione del limite dell'ordine pubblico per i fi-

189 in RDIPP, 1981, p. 887; Corte di Cassazione, 30 maggio 1983 n. 3709 in RDIPP, 1984 p. 371 ss; Corte di Cassazione, 1 marzo 1983 n. 1539 in *Massimario*, 1983, nonché da ultimo, Corte d'Appello di Trieste, 16 dicembre 1987 in RDIPP, 1988, p. 351. Non sono mancate, anche in tempi meno recenti, pronunce giurisprudenziali che hanno fatto riferimento ai c.d. principi comuni alle nazioni civili: cfr. BENVENUTI P., *Comunità statale, comunità internazionale e ordine pubblico internazionale*, Milano, 1977, pp. 12-13 e nota 13 in particolare. V. anche BARILE, *Ordine pubblico*, cit., specie p. 1111.

⁽¹⁵⁾ Si veda ancora Corte di Cassazione, 14 gennaio 1982 n. 228, cit., ove si specifica come, alla stregua dell'orientamento accolto, l'espressione in precedenza utilizzata per indicare l'ordine pubblico internazionale venga ora utilizzata per l'ordine pubblico interno.

⁽¹⁶⁾ E questa — com'è noto — una costruzione anzitutto riferibile a dottrina e giurisprudenza francesi. Rilievi critici in QUADRI, *Lezioni*, cit., pp. 366-367, LATTANZI, *Valore assoluto o relativo dei principi di ordine pubblico*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1974, p. 298 ss., e PALAIA, *L'ordine pubblico*, cit., p. 15 ss. La nozione «universale» dell'ordine pubblico è stata accolta e sviluppata in Italia da BENVENUTI P., *Comunità statale*, cit., pp. 85-91, 102 e, sia pure in maniera più sfumata, da BARILE, *Ordine pubblico*, cit., p. 1110, secondo cui i principi di ordine pubblico internazionale, quand'anche ricavabili dall'angolo visuale della comunità statale, appartengono ad una realtà «più ampia di quella costituita dal sistema giuridico di uno Stato». Di recente FUMAGALLI, *Considerazioni sulla unità del concetto di ordine pubblico*, in CS, XVII-XVIII, 1985, p. 644 in particolare, torna ad affermare che, «anche qualora intervenga a tutela di principi di portata universale, il limite dell'ordine pubblico li proteggerà solo in quanto essi siano riferibili alla comunità nazionale rispetto alla quale il problema si pone».

⁽¹⁷⁾ V. Tribunale di Torino, 25 marzo 1982, cit. V., altresì, per il profilo in esame, Corte di Cassazione, 3 maggio 1986 n. 3015 in RDIPP, 1990, p. 409 ss., ove pure, nella ricostruzione della portata dell'ordine pubblico internazionale, il riferimento è — ad un tempo — all'ordinamento interno e al «regime delle convenzioni internazionali in vigore».

ni del diritto internazionale privato, in particolare la indicata tendenza all'universalizzazione dei principi che lo condizionano o limitano, si sono riflesse pure sull'interpretazione della nozione di ordine pubblico italiano per i fini del diritto processuale civile internazionale⁽¹⁸⁾. In tale contesto, al tradizionale modo d'intendere il limite per escludere la delibazione di sentenze straniere contrastanti con i «canoni essenziali cui s'ispira l'ordinamento dello Stato italiano o con i principi fondamentali che caratterizzano la struttura dei singoli istituti giuridici», sono seguite pronunce in cui si è distinta — anche ai fini della delibazione — la nozione di ordine pubblico «interno» da quello «internazionale». Emerge cioè, di quest'ultimo, una nozione universalistica corrispondente a d'insieme dei principi che sono comuni a molte nazioni di civiltà affine, rivolti alla tutela di alcuni diritti fondamentali dell'uomo⁽¹⁹⁾; e, del primo, una nozione che corrisponde a quella già propria dell'ordine pubblico internazionale.

Al fine della delibazione d'una sentenza straniera di divorzio fra cittadini italiani e stranieri sarebbe sufficiente, in altre parole, che la causa su cui la sentenza si fonda rifletta «nella sostanza i principi che giustificano lo scioglimento nel nostro ordinamento» per poter affermare la compatibilità della sentenza medesima con l'ordine pubblico «interno»⁽²⁰⁾. Nel caso, invece, di analoga sentenza fra cittadini stranieri, la delibazione dovrebbe essere pronunciata in tutt'i casi in cui il divorzio sia stato accordato «per cause obiettive e predeterminate dalla legge», purché «non lesive dei diritti fondamentali dell'uomo»⁽²¹⁾.

⁽¹⁸⁾ La dottrina, come pure la giurisprudenza, non pongono, in effetti, alcuna distinzione quanto alla funzione e alla natura del limite dell'o.p. internazionale per i fini del diritto internazionale privato e del diritto processuale civile internazionale. Tale parallelismo spiega come il mutamento in senso universalistico del limite per il d.i.p. si riverberi anche nel campo della delibazione. Si vedano BADIALI, *Ordine pubblico*, cit., pp. 4-57 e, in termini più radicali, FUMAGALLI, *L'unità*, cit., p. 620 ss, anche per una aggiornata bibliografia in tema.

⁽¹⁹⁾ V. Corte di Cassazione, 14 gennaio 1982 n. 228, cit., e la sentenza n. 3709, 30 maggio 1983, cit.

⁽²⁰⁾ V., in questa stessa accezione, Corte d'Appello di Milano, 29 maggio 1990, in RDIPP, 1990, pp. 669-671: «non è contraria all'ordine pubblico una sentenza straniera di divorzio pronunciata nei confronti di un cittadino italiano solo qualora risulti che il matrimonio sia stato sciolto per ragioni e situazioni obiettive e determinate le quali, se pur non necessariamente corrispondenti a quelle contemplate dalla legge italiana, presentino sostanziale analogia e rispondenza con queste ultime»). Ciò premesso, nel caso di specie, la Corte ha statuito l'impossibilità di dichiarare efficace in Italia «una decisione di divorzio emessa dal Tribunale rabbinico di Gerusalemme nei confronti di un cittadino italiano e di una cittadina israeliana, nella quale il giudice si è limitato a registrare gli effetti di una convenzione di divorzio fra i coniugi».

⁽²¹⁾ In definitiva, alla stregua di tale orientamento (v. sentenze citate a nota 19), l'ordine pubblico per i fini del diritto internazionale privato e processuale avrebbe una duplice natura, a seconda del fatto e/o rapporto in relazione al quale interviene; vi sarebbe, insomma, una «applicazionedifferenziata») della nozione in

Più equilibrata, anche se per certi versi singolare, risulta una recentissima sentenza della Corte di cassazione sempre in tema di delibazione, che si discosta dalle pronunce citate. In effetti la Corte, superando l'indicato orientamento e pur invocando la necessità di ridurre la nozione di ordine pubblico di cui all'art. 797, n. 7 cod. proc. civ. al suo «nucleo più essenziale» si è comunque richiamata ai «principi fondamentali e irrinunciabili dell'ordinamento interno»⁽²²⁾.

Infine, si è proposta in dottrina una ricostruzione unitaria — in chiave *d'identità materiale* — dei principi di ordine pubblico per i fini del diritto interno, internazionale privato o processuale civile internazionale che sia⁽²³⁾. Secondo tale orientamento, si dovrebbe fare riferimento in ogni caso, e dunque anche per l'ordine pubblico internazionale, a «*principi fondamentali non scritti che si desumono dal complesso della legislazione vigente*». Secondo un ultimo orientamento, poi, tutti i principi essenziali dell'ordinamento statale sarebbero di applicazione necessaria, mentre di ordine pubblico internazionale sarebbero solo quelli *fondamentali delle relazioni giuridiche fra soggetti di diritto internazionale*⁽²⁴⁾.

relazione a fattispecie diverse, dipendente dalla presenza o meno di un «contatto con lo Stato del foro». Su tali questioni v. LATTANZI, Valore assoluto, cit., p. 285 ss. e, più di recente, JAYME, Methoden der *Konkretisierung* des *ordre public im* Internationalen Privatrecht, Heidelberg, 1989, pp. 4-7.

(22) V. Corte di Cassazione (Sezioni unite), 10 novembre 1989 n. 4769 in Rivista di diritto internazionale, 1990, pp. 165-168. A giudizio della Corte, l'art. 10 della Convenzione dell'Aja del 1 giugno 1970 (entrata in vigore per l'Italia il 20 aprile 1986) comporta una modificazione nell'interpretazione dell'art. 797, n. 7 cod. proc. civ.: «a seguito della legge di esecuzione e ratifica, il principio contenuto nel citato art. 10 è divenuto norma interna e quindi dello stesso si deve tener conto ai fini della determinazione del concetto di ordine pubblico italiano». Sicché, prosegue la Corte, trattandosi di sentenze straniere non provenienti da Stati aderenti alla Convenzione, il principio contenuto nell'art. 10 deve essere applicato «seppur non direttamente, per la sua idoneità a modificare il richiamato art. 797, n. 7 cod. proc. c i ~ . ~ ».

(23) È questa la costruzione sviluppata da FUMAGALLI, L'unità, cit., pp. 595-648. In tal senso v. anche M. R. MORELLI, Per una concezione unitaria dell'ordine pubblico *normativo* in materia di diritto interno e di diritto internazionale privato, in Giustizia civile, 1979, I, p. 2153, secondo cui «se la nozione di ordine pubblico interno effettivamente si identifica con i principi generali dell'ordinamento statale, è agevole rilevare che essa viene allora anche a coincidere con la nozione di ordine pubblico internazionale privato».

(24) Così MIGLIAZZA, Problemi generali di una nuova *codificazione* nel diritto internazionale privato, in CS, XVII-XVIII, 1985, p. 121: «la precisazione dell'esistenza di una classe di norme di diritto necessario facilita la soluzione del problema. Fra i principi generali dell'ordinamento statale quelli che appaiono essenziali alla vita della comunità nazionale si esprimono in norme di diritto necessario, l'esistenza delle quali impedisce il richiamo ad ordinamenti stranieri. D'altra parte la giurisprudenza della Corte costituzionale italiana ha posto in luce una classe di principi supremi dell'ordinamento italiano i quali coincidono essenzialmente con valori irrinunciabili propri della comunità nazionale e comprendono i diritti fondamentali dell'uomo».

4. La dottrina che riferisce l'ordine pubblico internazionale ai principi di una civiltà più ampia nella quale vive e agisce la comunità statale, consente di leggere anche i principi giuridici interni in un quadro tendenzialmente universale: ciò proprio allo scopo di «comprenderne l'esatta portata ed il reale modo di funzionare»⁽²⁵⁾. Vero è, però, che il riferimento ad una «civiltà giuridica comune», onde individuare principi di ordine pubblico internazionale del foro, secondo il suggerimento della dottrina classica, diventerebbe al più un ricorso comparativistico «*ad pompam*» o, semmai, giusnaturalistico⁽²⁶⁾. Infatti, se le norme straniere richiamate sono poi in tutti i casi confrontate con i principi del foro, il ricorso comparativistico non può che risultare, in sostanza, superfluo, data la genericità del rinvio a tale nozione⁽²⁷⁾. Che se, invece, lo si vuol rivolgere a sottolineare l'importanza dei principi del foro attraverso il ricorso a una loro corrispondenza a valori comunemente diffusi negli ordinamenti giuridici positivi, anche stranieri, di nuovo si determinerebbe una minima utilizzazione del sistema di d.i.p.: la funzione del d.i.p. è, in effetti, piena in presenza di normative statali diverse.

D'altro canto, quando si ricostruisce la nozione di ordine pubblico in-

⁽²⁵⁾ Così BARILE, *Ordine pubblico*, cit., pp. 1110-1114.

⁽²⁶⁾ E questa l'obiezione di fondo di QUADRI, *Lezioni*, cit., pp. 366-367: «il ricorso comparativistico o razionalistico non ha dunque in realtà altro senso che quello di suffragare il valore «fondamentale» che l'ordinamento nazionale attribuisce a taluni suoi principi, non quello di dar vita a dei principi di o.p. di natura diversa...» sicché «quando non è possibile se ne prescinde, se ne prescinde senza rinunciare al risultato voluto...».

⁽²⁷⁾ V. le valutazioni critiche della LATTANZI, *Valore assoluto*, cit., p. 252, quando afferma che le decisioni in cui si accoglie una nozione siffatta dell'ordine pubblico «se hanno certamente il merito di aver respinto un concetto rigidamente nazionalistico, non sono adeguatamente motivate. Esse, infatti, non avendo posto un punto di riferimento obiettivo nella rilevazione delle norme comuni ai popoli civili, finiscono col lasciare interamente all'arbitrio dell'interprete l'individuazione dei principi». E, del resto, le difficoltà insite nell'utilizzazione di «principi giuridici generali» ricavabili per via comparativa non sono proprie esclusivamente del tema considerato. Problemi analoghi si pongono, ad es., anche quando la valutazione comparativistica sia compiuta in vista dell'acquisizione di uno standard di tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario; sul punto v., da ultimo, GAJA, *Aspetti problematici della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1988, pp. 574-589, che pone chiaramente in evidenza come «una vera e propria analisi comparativa, che non potrebbe prescindere dall'esame del modo in cui ciascun ordinamento tutela effettivamente il diritto fondamentale in questione, manchi anche quando la Corte di giustizia si proponga di applicare il criterio del riferimento alle tradizioni costituzionali comuni». La difficoltà insita nell'individuazione del parametro comparativistico è del resto avvertita anche da coloro che ne propongono l'adozione: v. JAYME, *Methoden*, cit., p. 51 ss. L'autore precisa come gli standards alla cui stregua valutare la compatibilità con l'ordine pubblico si ricavano, oltre che dalla comparazione fra i sistemi nazionali, dalle convenzioni che gli Stati hanno concluso in materia.

ternazionale in termini di principi «comuni» alle «nazioni civili., sorgono comunque delle perplessità: come identificare, innanzitutto, le comunità» da considerare a tal fine ma anche, e soprattutto, come enucleare dei principi «uniformi»?

Si pensi, ad es., al principio che ammette ora, anche in Italia, lo scioglimento consensuale del matrimonio. Certo, il considerarlo principio «comune» agli ordinamenti statali di civiltà giuridica affine potrà essere utile per escludere il richiamo ad altre leggi: ma basterà, a questo riguardo, il riferimento agli Stati europei o si dovrà far riferimento alla civiltà occidentale in genere? E in ogni caso sembra già problematico qualificare effettivamente «comuni» dei principi spesso legati — ciascuno nella sua ampiezza — alle varie condizioni presupposte da ciascun ordinamento⁽²⁸⁾.

Più problematico, ancora, sarà il ricondurre ad unità divergenze talora significative nella disciplina positiva degli istituti degli ordinamenti statali «comparati» quand'anche s'intenda considerare il solo ambito europeo. Come valutare, ad esempio, sotto il profilo della compatibilità con i principi del c.d. ordine pubblico internazionale, una normativa straniera che si ispiri al concetto di divorzio-sanzione, fondato cioè su cause soggettive, pur ammettendo la dissolubilità del vincolo?

Sono precisamente queste le questioni che emergono — e si dovrebbero superare — nell'applicare la pretesa nozione «universale» dei principi di ordine pubblico internazionale. Questioni ignorate dalla giurisprudenza, orientata a superare tutte le difficoltà principalmente attraverso il riferimento alla tutela dei diritti fondamentali dell'uomo: e, per questo, alle dichiarazioni e alle convenzioni internazionali in materia.

5. Non è dubbio che il ricorso, da parte della giurisprudenza, alle convenzioni e dichiarazioni internazionali in tema di diritti dell'uomo scaturisce dalla necessità di precisare la portata del limite dell'ordine pubblico internazionale evitando, nel contempo, le dubbie valutazioni comparativistiche. Vero è però che i giudici, dopo avere così precisato la nozione accolta, non fanno alcun riferimento specifico a come tali principi debbano

⁽²⁸⁾ In effetti, lo scioglimento consensuale del matrimonio è regolato, quanto ai presupposti per la sua operatività, in maniera peculiare a ciascuno dei sistemi giuridici nazionali occidentali; si tratta di differenze così rilevanti da rendere difficile il reperimento di principi «comuni». Per una comparazione delle legislazioni degli ordinamenti positivi v.: PRADER, *Il matrimonio nel mondo*, Padova, 1986, pp. 632 ss.; GLENDON, *Abortion and Divorce in Western Law, American Failures, European Challenges*, Cambridge-London, 1987, pp. 63-111 (in particolare lo schema di p. 68 che offre una chiara indicazione delle diversità di principi ispiratori delle legislazioni nazionali, difficilmente riconducibili ad unità); BADIALI, *Divorzio V) Diritto comparato e straniero*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1988, pp. 1-6; MEULDERS, *Divorce en Europe occidentale*, *Revue internationale de droit comparé*, 1989, p. 8 ss.

rilevare nei casi concreti in relazione alle norme di d.i.p. Si ha così l'impressione di un'utilizzazione solo in termini estremamente generici del riferimento al c.d. ordine pubblico internazionale: quasi si trattasse di una clausola *di stile*.

La Corte di Cassazione ad esempio, in una delle ultime sentenze in cui a Sezioni unite pur si propone di applicare un «nuovo» concetto di ordine pubblico internazionale, invoca, per l'appunto, i generalissimi «principi comuni a molte nazioni di civiltà affine, intesi alla tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, anche sanciti in dichiarazioni e convenzioni internazionali»⁽²⁹⁾. E su queste basi nega che l'istituto della separazione personale dei coniugi, come previsto e disciplinato dalla legislazione interna, possa considerarsi di ordine pubblico internazionale, sì da ostacolare l'inserzione della normativa straniera che la separazione non preveda. Ciò in quanto, a giudizio della Corte, «nessuna dichiarazione universale o convenzione internazionale riconosce la separazione come istituto essenziale», né tale istituto incide su «fondamentali diritti dell'uomo, comunemente tutelati in molte nazioni di civiltà affine».

La Corte di cassazione ha, pertanto, escluso il contrasto della legge austriaca con l'ordine pubblico internazionale del foro poiché la normativa straniera richiamata, ancorché diversa da quella italiana, disciplina ugualmente in modo adeguato le posizioni rispettive dei coniugi e dei figli nell'insorgere di un dissidio familiare: consentendo comunque ai primi di ricorrere «ad altri istituti o discipline dello stesso ordinamento» in luogo della separazione prima di giungere alla pronuncia di divorzio.

Ebbene, non è dubbio che, in ultima analisi, la ricostruzione della portata dell'ordine pubblico internazionale nei termini indicati, più ristretti, soddisfa l'esigenza — da sempre avvertita — di limitare il frequente ricorso all'ordine pubblico troppo spesso utilizzato dai giudici per «trarsi d'impaccio. ⁽³⁰⁾ in relazione a situazioni particolarmente complesse, specie

⁽²⁹⁾ In questi termini Corte di Cassazione (Sezioni unite), 8 gennaio 1981 n. 189, cit. In tema di separazione e di divorzio occorre peraltro dar conto dell'orientamento seguito dalla Commissione per la riforma del diritto internazionale privato, favorevole all'introduzione di un «limite speciale») di ordine pubblico. V., infatti, l'art. 29, 2 co., del Progetto di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, ora riprodotto in RDIPP, 1989, p. 937: «la separazione personale e il divorzio, qualora non siano previsti dal diritto straniero applicabile, sono regolati dal diritto italiano»).

⁽³⁰⁾ Sulla utilizzazione, non sempre corretta, del limite dell'ordine pubblico v. ancora QUADRI, *Lezioni*, cit., p. 538: «la categoria è invocata ai fini più differenti e così come è presentata è la più eterogenea che pensar si possa... il suo impiego costituisce anzi assai spesso un semplice espediente», specie quando «il giudice voglia trarsi d'impaccio a favore dell'esclusività del diritto nazionale», perché, in tali casi, «il ricorso alla categoria dell'ordine pubblico viene raramente dimenticato, supponendosi che la sua indeterminatezza possa farne uno strumento idoneo ad ogni fine». In termini ugualmente critici v. MOSCONI, *Lex fori v. lex causae?*, in RDIPP, 1990, p. 813 ss.

sotto il profilo della «individuazione» della legge straniera applicabile. E siccome l'ordine pubblico verrebbe in effetti, in codesta accezione, ad avere una sfera d'azione più ridotta e limitata, vi sarebbe almeno il vantaggio di non elevare in tal senso a *limite* ogni diversità tra norme straniere e norme nazionali, sino ad esaurire la praticabilità della funzione delle norme di d.i.p.

Ma, per giungere a tale risultato, era davvero indispensabile formulare una pretesa mozione universale» di ordine pubblico internazionale del foro? E che valore può avere per i casi singoli — poniamo — in materia di separazione personale dei coniugi, il riferimento esclusivo alle dichiarazioni e convenzioni internazionali in tema di diritti umani fondamentali? O quanto incide la valutazione di un più o meno intenso «collegamento» della fattispecie con le realtà dell'ordinamento del foro sull'utilizzazione di una nozione universale?

6. Le prime perplessità nascono, dunque, dalla laconicità delle affermazioni della giurisprudenza. Questa si limita genericamente a richiamare — come nella sentenza n. 189 del 1981 della Cassazione⁽³¹⁾ — le convenzioni internazionali, in particolare quelle in tema di diritto di famiglia. La Corte non convince soprattutto quando — fatta questa scelta — omette d'investigare oltre, in base alla considerazione per cui «sarebbe arduo, e comunque non necessario, determinare un contenuto specifico dei principi di ordine pubblico «nell'economia della decisione». Vale a dire, sarebbe inutile o problematico tentare d'identificare di volta in volta «i vari principi compresi nell'ordine pubblico internazionale».

In verità, anche ad accogliere una nozione di ordine pubblico «universale» ricavabile dalle convenzioni, occorrerebbe pur sempre individuare, specie in presenza di rapporti «collegati» con il foro, se vi siano principi corrispondenti — e quali — nell'ordinamento statale, idonei a fungere da limite al funzionamento della norma di d.i.p. E solo in conseguenza di ciò si dovrebbe valutare la compatibilità della legge richiamata con i principi stessi.

Anche là dove si tratti di rapporti «<estranei» ovvero non strettamente collegati alle realtà sociali del foro — e forse, proprio per questo, valutabili alla stregua della nozione «universale» del limite dell'ordine pubblico internazionale — è dubbio che possa bastare a dare contenuto all'ordine pubblico internazionale un generico rinvio alle convenzioni internazionali. Ciò tanto più che, esplicitamente, disposizioni come gli artt. 16 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e 23 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, o l'art. 16 della Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna, riconoscono, ad es., parità di diritti e di responsabilità dei coniugi *in ordine al matrimonio*

sia mentre perdura il vincolo sia al momento del suo scioglimento⁽³²⁾.

E ancora: il Protocollo n. 7 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo attribuisce ai coniugi, all'art. 5, «eguaglianza di diritti e di responsabilità di carattere civile, fra loro e nelle loro relazioni con i figli... riguardo al matrimonio e al momento della sua dissoluzione»⁽³³⁾. Non si vede, dunque, perché omettere completamente, in materia, il riferimento allo specifico e fondamentale principio rilevante all'interno di ogni singolo Stato: la «necessaria» tutela degli interessi «personali e patrimoniali» dei coniugi e dei figli. Tutela che, nell'ordinamento italiano, si è andata poi ulteriormente precisando in norme specifiche, costituzionali e non. Al fondo, sarebbero queste da invocare con riguardo al limite del c.d. ordine pubblico internazionale del foro⁽³⁴⁾.

Il principio della *dissolubilità* del vincolo matrimoniale non sembra, del resto, consacrato *in quanto tale* a livello internazionale come *diritto «fondamentale» dell'uomo*. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha sottolineato, in una sentenza del 1986, che l'espressione «diritto di contrarre matrimonio», di cui all'art. 12 della Convenzione medesima, si riferisce inequivocabilmente alla *formazione* di un vincolo coniugale e non alla sua *dissoluzione*⁽³⁵⁾. Piuttosto, se tale disposizione non contiene alcun riferi-

⁽³²⁾ Le citate convenzioni si rinvengono, fra l'altro, in VITTA-GREMENTIERI, *Codice degli atti internazionali sui diritti dell'uomo*, Milano, 1981, rispettivamente alle pagine 37, 125, 623.

⁽³³⁾ Il Protocollo in questione, che è stato firmato a Strasburgo il 22 novembre 1984, è entrato internazionalmente in vigore nel novembre 1988, ed è riprodotto in L'interpretazione giudiziaria della *Convenzione* europea dei diritti *dell'uomo* (a cura di FACCHIN), Padova, 1988, pp. 504-506.

⁽³⁴⁾ È quanto emerge, ad es., dalla sentenza della Corte di Cassazione 7 maggio 1976 n. 1593 in RDIPP 1976, p. 401, secondo cui i «principi fondamentali e inderogabili in materia matrimoniale sarebbero quelli «della eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, della unità familiare intesa come stabile comunione spirituale e materiale tra i componenti della famiglia, della responsabilità degli stessi in ordine agli impegni liberamente assunti per detta società naturale». Sulle questioni riguardanti i principi «rilevanti» in tema di tutela dei minori, a livello sia internazionale che interno, v. *L'autonomia* dei minori fra famiglia e società, a cura di DE CRISTOFARO e BELVEDERE, Milano, 1980, in particolare i contributi di FORLATI, Libertà del minore e famiglia negli atti internazionali sui diritti *dell'uomo*, pp. 2-35 e CARLASSARE, Posizione costituzionale dei minori e sovranità popolare, pp. 39-50.

⁽³⁵⁾ *Case of Johnston and Others, Judgment of 18 December 1986*, in Publications of the European Court of Human Rights, Series A, Vol. 112, p. 24 ss. V. però la «*opinion séparée*» del giudice MEYER (ivi, p. 38) che, sul punto, dissente nei termini seguenti dalla decisione della Corte: «...the complete exclusion of any possibility of seeking the civil dissolution of a marriage is not compatible with the right to respect for private and family life, with the right to freedom of conscience and religion and with the right to marry and to found a family...». Sull'operatività dei principi posti dalla Convenzione europea, con specifico riferimento all'ordinamento francese, v. COHEN, *La Convention européenne des droits de l'homme et le droit international privé français*, in *Revue critique de droit international privé*, 1989 pp. 451-483.

mento allo scioglimento del matrimonio, lo stesso non può dirsi relativamente ad altri atti internazionali, in cui invece tale riferimento potrebbe essere interpretato come riconoscimento implicito di un diritto in tal senso.

E però, la «evolutive interpretation» non sarebbe ammissibile — sempre a giudizio della Corte europea — proprio in relazione all'art. 5 del Settimo Protocollo aggiuntivo della Convenzione europea, ove è pure un riferimento allo «scioglimento del matrimonio». Gli stessi lavori preparatori, cui la citata sentenza fa riferimento, depongono nel senso che tale espressione «do not imply any obligation on a State to provide for dissolution of marriage or to provide any special form of dissolution»⁽³⁶⁾.

Resta infine da verificare se sia, peraltro, necessario ricorrere ad una nozione «universale», tratta cioè da atti internazionali, dell'ordine pubblico internazionale per escludere l'operatività del limite di cui all'art. 31 disp. prel. c.c., ad es., in relazione a una legge straniera che, pur tutelando adeguatamente la posizione giuridica dei coniugi e dei figli, non preveda l'istituto della separazione.

In altre parole, ricorrendo al limite nella sua accezione tradizionale, con riferimento cioè ai soli principi fondamentali *del foro* in materia matrimoniale, non si potrebbe forse giungere agli stessi risultati? È dubbio infatti che vi rientrino quelli che ispirano la disciplina positiva della separazione personale, in sé, piuttosto che la *ratio* dell'istituto: la uguale e reciproca tutela dei coniugi e dei figli, nonché — più in generale — la *dissolubilità* del vincolo. E del resto tutto ciò non è, forse, neppure rilevabile dalla Costituzione ma da disposizioni, semmai, di legge ordinaria.

7. A ben vedere accanto a ipotesi del tipo indicato — rispetto alle quali è cioè possibile, se pur non completamente convincente, individuare principi di ordine pubblico internazionale già attraverso il riferimento alle convenzioni internazionali — ve ne sono, in ogni caso, altre per cui non è così. In effetti, al momento di valutare — in una ipotesi tipica — la compatibilità della legge tedesca che ammette l'accertamento della paternità naturale in presenza di presupposti diversi da quelli assunti dal nostro codice civile, i giudici italiani hanno fatto costante riferimento a «principi su cui si basa l'attuale ordinamento dello Stato» e solo a quelli⁽³⁷⁾.

Non diversamente, è stata più di recente affrontata, in sede giudiziale, la questione della compatibilità con i *principi-limite* dell'ordinamento italiano di quelle norme straniere che non prevedano quote di riserva per i legittimari: anch'essa valutata alla stregua degli artt. 29, 1 co. e 42, 4 co. Cost. e dei principi informativi della riforma del diritto di famiglia. E la

⁽³⁶⁾ Case of Johnston, cit., p. 25.

⁽³⁷⁾ V. Corte d'Appello di Cagliari, 28 novembre 1967 in RDIPP, 1968, p. 654 ss.

questione è stata poi risolta nel senso di privilegiare i legittimari sulla base della considerazione che la tutela di codesti ultimi «caratterizza in termini altamente qualificanti *l'intero sistema successorio vigente nella nostra Repubblica*»⁽³⁸⁾. E anche la validità della condizione sospensiva apposta ad una disposizione testamentaria contenuta in un testamento olografo di un defunto cittadino britannico è stata valutata come «impossibile giuridicamente nonché illecita» perché contraria a norme imperative e all'ordine pubblico e quindi «non eseguibile nel territorio dello Stato a norma dell'art. 31 disp. prel. c.c.»⁽³⁹⁾.

Il fenomeno è, forse, ancora più evidente in materia contrattuale, per le pronunce in cui s'è valutata la compatibilità con l'ordine pubblico di leggi straniere che escludano o limitino la responsabilità del debitore per dolo o colpa grave⁽⁴⁰⁾, ovvero non prevedano termini di prescrizione⁽⁴¹⁾. Rispetto a queste leggi, invero, si sono fatti valere principi del c.d. ordine pubblico internazionale *del foro*: principi che, per tale giurisprudenza, non trovavano affatto riscontro nelle convenzioni internazionali.

D'altronde, in una ipotesi in cui s'è finito per escludere l'incompatibilità con l'ordine pubblico della legge straniera richiamata quando non imponeva l'osservanza di determinate cautele per la validità della clausola compromissoria, a tale esclusione si è pervenuti invocando solo e, in termini comunque del tutto generici, le «somme esigenze della nostra civiltà giuridica»⁽⁴²⁾. Segno, allora, che l'operatività del limite di cui all'art. 31 disp. prel. c.c. non è — e non può essere — circoscritta alle mere ipotesi di contrasto con i diritti fondamentali dell'uomo previsti da convenzioni internazionali: e che, più in generale, l'ordine pubblico internazionale come limite al funzionamento delle norme di diritto internazionale privato opera pure rispetto a principi *non riconducibili a convenzioni fra Stati*.

Concludendo e riassumendo: se per le fattispecie comunque «collegate» con la realtà sociale del paese, il riferimento ad una valutazione comparata è parso — a ragion veduta — inconsistente o di dubbio rilievo, an-

⁽³⁸⁾ Così Tribunale di Sanremo, 31 dicembre 1984 in RDIPP, 1987, p. 341 ss. e, nello stesso senso, Corte d'Appello di Reggio Calabria, 7 dicembre 1957 in Giustizia civile, 1957, p. 40. Si è invece pronunciato per la compatibilità il Tribunale di Chiavari con ordinanza del 25 febbraio 1974 in RDIPP, 1977, p. 379 ss., sulla base della opposta considerazione secondo cui la normativa straniera non contrasta con «l'ordine pubblico internazionale che com'è noto comprende i fondamentali principi etici a cui l'ordinamento giuridico dello Stato italiano si è ispirato poiché specie nell'epoca attuale e dopo l'emanazione della Carta costituzionale non può ritenersi contraria a detti principi».

⁽³⁹⁾ V. Tribunale di Genova, 18 luglio 1989 in RDIPP, 1990, pp. 674-678.

⁽⁴⁰⁾ V. Tribunale di Genova, 29 aprile 1964 in Diritto marittimo, 1965, p. 471.

⁽⁴¹⁾ V. Tribunale di Milano, 26 giugno 1969 in RDIPP, 1970, p. 128.

⁽⁴²⁾ V. Corte di Cassazione, 2 maggio 1960 n. 968 in Giustizia civile, 1960, I, p. 862.

che la nozione «universalistica» del limite, colta attraverso il riferimento *esclusivo* alle convenzioni internazionali in tema di diritti umani fondamentali, non convince completamente. Essa è, in effetti, troppo ristretta in relazione alle diverse materie rispetto alle quali il limite è chiamato ad operare.

8. Le considerazioni sin qui svolte non possono far dimenticare che — almeno tendenzialmente — il riferimento a principi desumibili dal diritto internazionale pattizio consentirebbe, da un lato, di allontanare — per quanto possibile — il rischio di un troppo frequente ricorso al diritto nazionale da cui il diritto straniero richiamato fosse semplicemente difforme e d'individuare dall'altro lato, in **taluni** casi, i principi rilevanti del c.d. ordine pubblico per i fini del diritto internazionale privato⁽⁴³⁾. A questi fini il riferimento va, dunque, salvato estendendo l'esame a convenzioni ulteriori rispetto a quelle sui diritti umani; richiedendosi, anzi, una conoscenza più precisa, una maggiore cura dei giudici nell'individuare qualunque convenzione internazionale appositamente utilizzabile, andando al di là di un richiamo troppo generico⁽⁴⁴⁾.

Certo, va sempre detto, in via preliminare, che — là dove una fattispecie presenti un «collegamento» rilevante con il foro — un principio desumibile dal diritto internazionale pattizio potrà fungere da limite al richiamo al diritto straniero se, lo si è visto, quel principio sia «proprio» *anche* del foro. In altre parole, si tratterà non solo di rilevare l'esistenza internazionale del principio nelle convenzioni, ma pure di verificare se vi sia stato adattamento del diritto interno alle convenzioni stesse, con la creazione di norme interne conformi, venute a far corpo con tutte le altre norme dell'ordinamento nazionale. Questo rimane così — sotto ogni profilo — al centro della ricostruzione dei principi-limite, come ha esattamente rilevato il Tribunale dei minorenni di Bari in una sentenza del 1987. Per esso,

⁽⁴³⁾ È da accogliere, sotto questo specifico profilo, la tesi prospettata da JAYME, *Methoden*, cit., p. 65 ss. quando propone il ricorso alle convenzioni internazionali al fine di individuare i principi di ordine pubblico internazionale (standards di comparazione). E peraltro da precisare che, nella ricostruzione che qui si è proposta, risulta essenziale che il principio «limite» così individuato sia «proprio», o fatto proprio, dal foro. Di particolare interesse è comunque la tesi dell'a. nel suo complesso, caratterizzata come questa è per la proposizione di una «Konkretisierungsmethode» a fasi successive così scandite: a) individuazione della «Sinn und Zweck» della norma straniera richiamata; b) valutazione dello «status» attribuito alla norma nell'ordinamento da cui proviene; c) individuazione e formazione degli standards internazionali di comparazione; d) valutazione della norma giuridica straniera e di quella nazionale alla luce di tali standards; e) valutazione dell'esistenza di una *Inlandsbeziehung* della fattispecie con lo Stato tedesco.

⁽⁴⁴⁾ Una corretta utilizzazione della nozione del limite impone comunque ai giudici uno sforzo teso a reperire le convenzioni internazionali e ad individuare i principi da queste desumibili: motivare adeguatamente significa infatti, innanzitutto, focalizzare il principio-limite che si intende tutelare.

infatti, d'ordine pubblico internazionale ... consiste nei principi di carattere universale comuni a molte nazioni di civiltà affine, intesi alla tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, sanciti in dichiarazioni o in convenzioni internazionali che trovano il referente interno nella Costituzione»⁽⁴⁵⁾ e — sarebbe da aggiungere — anche nel complesso dell'ordinamento giuridico statale.

Al di là di argomentazioni non del tutto chiare ciò sembra essere, d'altra parte, in linea con l'orientamento di quei giudici che, «per delineare i principi generali di ordine pubblico internazionale limitatamente al settore dei beni culturali)), hanno fatto riferimento ai «principi che lo Stato italiano ha voluto far propri sin dal 1975» con l'emanazione, fra l'altro, dell'ordine di esecuzione della Convenzione che ha creato all'interno tutte le norme imperative atte a proibire o comunque ad impedire esportazioni in genere, ed illeciti trasferimenti di proprietà dei beni culturali⁽⁴⁶⁾.

Del resto, pur ammettendo — se e fin dove possibile — che la stessa nozione di ordine pubblico internazionale vada desunta in primo luogo da eventuali convenzioni internazionali, alle quali si sia pure conformato l'ordinamento interno, non si può escludere, con questo, il «ripiegamento» — come s'è detto e come prova la prassi giurisprudenziale — sui soli principi originali del foro per lo meno nei casi in cui il riferimento alle convenzioni non sia possibile. Il ricorso, allora, a principi del foro «caratterizzanti» e «informativi» della materia — e in ogni caso, se pur non in via esclusiva, ai «principi costituzionali» — costituisce, a ben vedere, la sola alternativa valida. Il che non si realizza, peraltro, quando la nozione di ordine pubblico internazionale venga ancorata a «somme esigenze dell'ordinamento» interno non meglio precisate⁽⁴⁷⁾ piuttosto che agli specifici principi fondamentali. Il riferimento a codeste esigenze potrebbe in effetti dar luogo a una troppo elastica, indefinita, utilizzazione del limite da parte dei giudici caso per caso.

Al contrario, il giudizio per il caso singolo dovrà riferirsi a principi specialmente «caratterizzanti» gli istituti, nelle loro linee giuridiche portanti e nella loro fisionomia intrinseca, come desumibile da tutte le norme interne (costituzione, leggi costituzionali ed ordinarie, compresi fra questi gli atti interni di adattamento a convenzioni e a norme internazionali). Fra loro combinate, esse devono poter qualificare i vari istituti in modo irresistibile ed esclusivo. Ciò, a meno che non si voglia attribuire come ora

(45) Così Tribunale dei minorenni di Bari, 4 giugno 1987 in *Rivista di diritto internazionale*, 1988, p. 226. Per una utilizzazione di tale procedimento ai fini dell'individuazione dei c.d. valori assoluti v. LATTANZI, *Valore assoluto*, cit., in particolare, p. 298 ss.

(46) V. Tribunale di Torino, 25 marzo 1982, cit., v. anche *supra* par. 1. Su tali questioni cfr. CLERICI, *La protection des biens culturels vis-à-vis des règles italiennes de conflit*, in *RDIPP*, 1989, p. 799 ss.

(47) V. sentenze riportate *supra* alle note 11 e 12.

in Germania — a seguito della recente riforma tedesca delle norme di d.i.p. — valenza preminente, se non esclusiva, ai soli «*diritti costituzionali fondamentali*»⁽⁴⁸⁾.

9. Non sono mancate, in effetti, prese di posizione giurisprudenziali nell'ultimo senso, tendenzialmente più restrittivo. Così, si rinviene una ricostruzione della portata del limite di cui all'art. 31 alla luce di «quelcorpo di norme la cui fundamentalità, per la regolamentazione della comunità nazionale, è connaturata alla ragione stessa della loro posizione, e cioè la Costituzione repubblicana... integrata da quelle (sole) leggi ordinarie (tra cui principalmente i codici) che regolano, degli istituti giuridici nella Costituzione tutelati, i principi fondamentali *se ed in quanto da essa necessariamente presupposti*». Ciò ha consentito alla Corte di Cassazione italiana di ritenere non contrastante nel caso di specie con il limite dell'ordine pubblico la legge austriaca che ammette la sostituzione fedecommissaria disposta per testamento⁽⁴⁹⁾ in quanto nessuna norma della Costituzione «regola direttamente, specificamente, quegli istituti né recepisce le regole per essi dettate dalla legge ordinaria e nemmeno vincola il legislatore ordinario a regolarli in un dato modo»⁽⁵⁰⁾ In quest'ottica, peraltro, non vi sarebbe spazio, come ha ritenuto invece un diverso orientamento giurisprudenziale⁽⁵¹⁾, per l'operatività del limite nell'ordinamento italiano, in relazione — poniamo — ad una riserva di quota in materia successoria. E questo dal momento che non si potrebbe considerare ispirata a valori costituzionali o di diritto internazionale convenzionale la disciplina codicistica nella parte in cui prevede, per l'appunto, quote riservate ai legittimari.

Vero è, d'altronde, che si è venuto profilando un orientamento favorevole all'introduzione di una norma di diritto internazionale privato sulla legge regolatrice della successione costruita in maniera da salvaguardare, nell'ipotesi di cittadini italiani che abbiano scelto di sottoporre l'intera

⁽⁴⁸⁾ Cfr., l'art. 6 EGBGB che, nella traduzione italiana, suona: «una norma giuridica di un altro Stato non deve essere applicata quando la sua applicazione porti ad un risultato manifestamente incompatibile con i principi fondamentali del diritto tedesco. In particolare, una norma straniera non deve essere applicata quando l'applicazione è incompatibile con i diritti costituzionali fondamentali»). Su tali questioni v. GAMILLSCHEG, *Ordine pubblico e diritti fondamentali*, in *Il diritto internazionale al tempo della sua codificazione, Studi in onore di Roberto Ago*, IV, Milano, 1987, p. 91 ss., in particolare p. 96 ss.

⁽⁴⁹⁾ V. Corte di Cassazione, 15 marzo 1984 n. 2215, in *Rivista del Notariato*, 1986, II, p. 149 ss. con note di COMOGLIO e di BARALIS. Cfr. altresì Pretura di Milano, 17 dicembre 1980 in *Lavoro* 80, 1981, p. 128.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. ancora Corte di Cassazione, 15 marzo 1984, cit., p. 155.

⁽⁵¹⁾ V., *supra*, nota 38 per l'indicazione delle sentenze italiane in tema di compatibilità con l'ordine pubblico del foro di normative straniere che non prevedono quote di riserva per i legittimari.

successione al diritto dello Stato di residenza, «i diritti che la legge italiana attribuisce ai legittimari residenti in Italia al momento della morte della persona della cui successione si tratta»⁽⁵²⁾. E analoghe considerazioni dovrebbero valere anche in relazione alla disciplina positiva che regola, nel nostro ordinamento, la dissolubilità del vincolo matrimoniale, in quanto difficilmente rapportabili a valori tutelati dalla Costituzione — o ad essa ispirati — e, fra l'altro, di dubbia «provenienza internazionale»).

Eppure, concordemente, dottrina e giurisprudenza si rifanno, in materia, ad un principio di ordine pubblico internazionale del foro⁽⁵³⁾. Non per nulla, del resto, tra le norme elaborate dalla Commissione per la riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, quella relativa alla separazione personale e divorzio prevede che si debba ricorrere al diritto italiano in mancanza di codesti istituti nel diritto straniero applicabile⁽⁵⁴⁾.

10. Va infine precisato se, e come, possa operare il limite dell'ordine pubblico internazionale in relazione a fattispecie che *non* presentino un collegamento *rilevante* con la realtà sociale del paese: rispetto alle quali, semmai, sembrerebbe più logico il ricorso *in via esclusiva* alla nozione «universalistica» dell'ordine pubblico, pur con i limiti prospettati⁽⁵⁵⁾. Questa nozione è, a rigore, la sola ipotizzabile per tali fattispecie non ritenendosi per esse giustificato il ricorso ai principi «locali» di ordine pubblico internazionale.

▼ A tener conto della dottrina tradizionale, la questione andrebbe posta addirittura nel senso che, se il rapporto si svolge «senza contatti con la vita reale interna dello Stato, completamente al di fuori della sua cerchia sociale»), il limite dell'ordine pubblico internazionale non dovrebbe *neppure operare*⁽⁵⁶⁾.

In altre parole, al giudice italiano non sarebbe preclusa l'applicazione della legge straniera richiamata che, ad esempio, consenta il divorzio *per ripudio* con atto unilaterale del marito, se manchi il «collegamento» dei coniugi con la realtà sociale interna (come nel caso di cittadinanza straniera delle persone in rapporto). E in base a codesti presupposti non do-

⁽⁵²⁾ Si tratta dell'art. 44, co. 2 del Progetto di riforma, cit., p. 940.

⁽⁵³⁾ V. *supra*, par. 2, specie nota 24.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. *supra*, nota 29.

⁽⁵⁵⁾ E quanto emerge, ad es., dalle sentenze della Corte di Cassazione, 14 gennaio 1982 n. 228, cit., e 30 maggio 1983 n. 3709, cit., in cui si è distinto, ai fini della delibazione di sentenze straniere, l'ipotesi di sentenze riguardanti cittadini italiani da quelle riguardanti cittadini stranieri.

⁽⁵⁶⁾ Così QUADRI, *Lezioni*, cit., p. 404: «affinché una norma di o.p. sia applicabile, occorre che fra la situazione e lo Stato sussista un collegamento idoneo a rendere l'ordinamento dello Stato stesso operante nei riguardi di quella situazione. In difetto di tale collegamento le situazioni restano al di là del raggio di azione dell'ordinamento e sono, rispetto a questo, completamente estranee».

vrebbe essere, dunque, preclusa neppure l'applicazione di una legge straniera che ammetta la schiavitù o risulti informata a un regime di discriminazione, quando di persone straniere si tratti. E, ancora, non sarebbe preclusa alcuna legge straniera che riconosca al marito — come tuttora quella iraniana⁽⁵⁷⁾ — la titolarità dei diritti che scaturiscano dal matrimonio anche nelle relazioni con i figli, ponendo così la donna in posizione di netta subordinazione; o di legislazioni che non tutelino a dovere i diritti dei minori, di quei diritti, in particolare, ora consacrati nella Convenzione promossa dalle Nazioni Unite e di recente entrata in vigore⁽⁵⁸⁾.

Ma, come anticipato, sembra piuttosto che meriti d'essere accolto l'orientamento secondo cui pure rispetto a tali rapporti operi il limite del c.d. ordine pubblico internazionale del foro confrontandosi allora con relazioni sociali dilatate sul piano «universale» anziché «nazionale»⁽⁵⁹⁾. In simili ipotesi, anche di là da un riferimento generico ad una civiltà giuridica «comune», verrebbero in causa principi di carattere «transnazionale»⁽⁶⁰⁾: fra i quali, specialmente, i principi di rispetto per l'uomo in quanto tale, desu-

⁽⁵⁷⁾ Si tratta dell'art. 1169 del cod. civ. iraniano in virtù del quale i figli minori maschi devono essere affidati al padre dall'età di due anni, v. Corte di Cassazione n. 1714, cit., p. 369. Del pari, anche i rapporti personali tra coniugi risultano ispirati in tale ordinamento alla disegualianza morale e giuridica. Ancora Corte di Cassazione, 5 dicembre 1969 n. 3881 in RDIPP, 1977, p. 868: «con un ordinamento quale il nostro... contrasta irrimediabilmente una concessione (il ripudio) che eleva il marito ad arbitro della continuazione, o della cessazione del vincolo coniugale, quasi investito, in proposito, di un diritto potestativo, e riduce la moglie a soggetto passivo delle sue determinazioni». In generale, sull'istituto del ripudio v. CAMPIGLIO, *Matrimonio poligamico e ripudio nell'esperienza giuridica dell'occidente europeo*, in RDIPP, 1990, p. 853 ss.

⁽⁵⁸⁾ V. il testo in traduzione italiana riprodotto in *La stampa* di giovedì 9 novembre 1989, p. 37 ss.

⁽⁵⁹⁾ Per una ricostruzione di principi di ordine pubblico di valore assoluto comunque operanti, indipendentemente, cioè, da una connessione della fattispecie con il foro, v. l'orientamento della LATTANZI, *Valore assoluto*, cit., pp. 288 ss., 302 in particolare, dottrina ivi citata, e, più di recente, della stessa a., *L'impugnativa per nullità nell'arbitrato commerciale internazionale*, Milano, 1989, specie pp. 329 ss.

⁽⁶⁰⁾ Per questa espressione v., originariamente, JESSUP, *Transnational Law*, New Haven, 1956. Cfr. insieme JENKS, *Translational Law in a Changing Society: Essays in Honour of Philip C. Jessup*, New York, 1972, pp. 70-83, sempre con riguardo a un «diritto comune all'umanità» che per il QUADRI, *Corso di diritto internazionale pubblico*, Napoli, 1966, pp. 132 ss., conclusivamente p. 135, non sarebbe invece che «una finzione, una creazione della fantasia». In effetti, si tratterebbe di valori della convivenza umana universale trasversali ai (o che attraversano i) vari ordinamenti giuridici, compreso quello internazionale, BATTAGLINI, *Il riconoscimento internazionale dei principi generali del diritto* in *Studi* in onore di Roberto Ago, I, cit., p. 97 ss., specie p. 139. Ma allora, se essi permeano di sè, per la loro ispirazione, taluni principi generali (come in materia di contratto, QUADRI, *Corso*, cit., p. 133) per tali motivi, appunto, è possibile che si possa considerarli come di «ordine pubblico internazionale» (in senso lato) o cogenti. Senonché, a tale riguardo, debbono pure riaffiorare (anche nella critica del QUADRI) le osservazioni e i limiti sopra prospettati,

mibili dagli atti internazionali sui diritti dell'uomo, alla luce sia della Dichiarazione universale, sia dei Patti delle N.U. sui diritti sociali ed economici oltre che civili e politici, nonché, infine, secondo la Convenzione europea e i Protocolli addizionali per la salvaguardia dei diritti dell'uomo. Verrebbero in rilievo, perciò, il divieto di schiavitù e di discriminazione, come pure il divieto di privare chiunque della libertà per il solo motivo di non essere in grado di mantenere un impegno contrattuale; l'uguaglianza dei diritti dell'uomo e della donna, la salvaguardia dei diritti dei fanciulli, in particolare del diritto alla protezione sociale, la libertà di sposarsi e di avere una famiglia, i fondamentali diritti dei lavoratori, e così via: diritti e libertà, tutti, cui gli ordinamenti per lo più si son conformati.

Certo, per tali diritti si registrano in ciascun ordinamento *standard* diversi di tutela. Ma questi diversi *standard* saranno ulteriormente valutabili sotto il profilo dell'ordine pubblico internazionale del foro purché, intanto, sussista un collegamento rilevante della fattispecie con le realtà locali. Al contrario, in mancanza di un collegamento siffatto con la realtà sociale di un paese, non entra in gioco l'ordine pubblico internazionale del foro (nella sua totalità) con riferimento vuoi ai principi che caratterizzano nell'ordinamento italiano i singoli istituti, vuoi ai principi «universali» che contino — sempre per l'ordinamento del foro — grazie all'adattamento alle convenzioni internazionali che li contemplino in rapporto a ciascuno Stato contraente. Rileveranno allora, semmai, principi o valori che — come si è detto — s'impongono internazionalmente *ab origine* in quanto *transnazionali* e forse solo in questo senso risultano di *ius cogens* anche statale: principi che, allora, rifluiscono, per questo loro carattere, nella categoria delle norme di necessaria applicazione, preclusive *ab origine* d'un «rinvio» che sottragga il rapporto al loro operare⁽⁶¹⁾.

Non sarà, beninteso, sempre agevole per il giudice rilevarli con le varie sfumature e graduazioni: e caso per caso ci si dovrà render conto delle diverse prospettive a seconda dei momenti in cui il contenuto di codesti principi verrà in rilievo. Vale a dire, talora prima del richiamo, talaltra proprio attraverso l'impatto con i contenuti di norme straniere richiamate.

11. L'orientamento seguito in sede di elaborazione del recente progetto di riforma delle norme italiane di d.i.p. è nel senso dell'introduzione di

(61) Va, in definitiva, sviluppata la tesi di SPERDUTI, *Nome di applicazione necessaria e ordine pubblico*, in RDIPP, 1976, pp. 469-490, in particolare p. 484: «...in breve appare da questa configurazione che l'ordine pubblico internazionale è costituito da una parte delle norme e dei principi di ordine pubblico, talché si tratta di una distinzione specifica all'interno di questa categoria, specificazione che può essere in più circostanze utile rilevare». In generale, sulla nozione di norme di applicazione necessaria v. DE NOVA, *I conflitti di leggi e le norme sostanziali funzionalmente limitate* in RDIPP, 1967, pp. 707 ss.

una norma sull'ordine pubblico internazionale sostanzialmente identica a quella ricorrente nelle convenzioni internazionali in materia. Essa introdurrebbe, infatti, il riferimento all'«incompatibilità manifesta» e perciò importerebbe vedere se il diritto italiano si accinga a riflettere le questioni dell'operatività del limite nelle stesse convenzioni.

Tali convenzioni internazionali inizialmente non contenevano alcun riferimento al limite dell'ordine pubblico; neppure quelle di d.i.p. dell'Aja. L'insuccesso cui era andato incontro l'invito agli Stati d'indicare analiticamente — in taluni progetti di convenzione — i principi da considerare operanti a codesto fine, indussero a non formulare disposizione alcuna sul limite, nemmeno in termini generali⁽⁶²⁾.

È noto, d'altronde, come l'assenza di qualsiasi disposizione sul limite dell'ordine pubblico nelle convenzioni avesse destato in dottrina dubbi e difficoltà interpretative⁽⁶³⁾. Pur prevalendo l'orientamento favorevole a riconoscere ugualmente una riserva implicita a favore dell'ordine pubblico internazionale, non è mancata l'obiezione di chi riteneva scorretto limitare «arbitrariamente la portata degli obblighi assunti dalle parti contraenti») visto che «gli Stati non avevano espressamente prevista la riserva»⁽⁶⁴⁾. Un limite siffatto si sarebbe fra l'altro tradotto nel rischio d'ineoperatività delle disposizioni convenzionali più qualificanti.

Resta che l'orientamento dominante non ritenne la mancata previsione del limite dell'ordine pubblico internazionale preclusiva della sua operatività: ciò principalmente in considerazione del fatto che esso vigeva in tutti i sistemi (interni) di diritto internazionale privato e le disposizioni relative potevano combinarsi con le norme di adattamento alle convenzioni medesime⁽⁶⁵⁾.

Che il problema di fondo sussistesse egualmente si è avvertito, del resto, quando la Corte Internazionale di Giustizia, nella nota controversia sull'interpretazione della Convenzione dell'Aja sulla tutela, non ha ritenuto di dover affrontare la questione del limite dell'«*ordre public*». In realtà con tale astensione la Corte si direbbe aver avvertito quest'ultimo non tanto quale limite alla recezione delle norme richiamate quanto, probabilmente, quale ostacolo che, a monte, addirittura precludeva l'applicazione delle norme di rinvio secondo la Convenzione. Non per nulla, la scelta del-

⁽⁶²⁾ Cfr. VITTA, Diritto, cit., p. 390 specie nota 34.

⁽⁶³⁾ La stessa mancanza di un riferimento al limite era stata diversamente valutata in dottrina: per BADIALI, Ordine pubblico, cit., p. 259 ss. la riserva dell'ordine pubblico entrerebbe in gioco quando dovessero mutare le circostanze di fatto (*clausula rebus sic stantibus*).

⁽⁶⁴⁾ Così QUADRI, Lezioni, cit., p. 417, che in ciò intravedeva il tentativo di «recuperare agli Stati contraenti la libertà convenzionalmente rinunciata».

⁽⁶⁵⁾ V. BADIALI, Ordine pubblico, cit., pp. 261-262; nonché BARILE, Costituzione e rinvio mobile a diritto straniero, diritto canonico, diritto comunitario, diritto internazionale, Padova, 1987, p. 17. Questi afferma addirittura l'incostituzionalità di una previsione convenzionale che escluda l'operatività del limite.

la Corte fu di fare spazio all'applicazione di una legge svedese con finalità pubbliche: prevalente sulle norme interne di adattamento alla Convenzione poiché «the 1902 Convention on the guardianship of infants does not include within its scope the matter of the protection of children and of young persons as understood by the Swedish Law»⁽⁶⁶⁾. La legge svedese prevedeva infatti un sistema di educazione protettiva «cogente» per i minori di qualsiasi cittadinanza residenti in Svezia che avessero bisogno di speciale tutela per fini di buon ordine e sicurezza della società *locale*⁽⁶⁷⁾.

Secondo l'opinione individuale del giudice Lauterpacht, «the fact that the purpose of the Convention of 1902 is to establish rules for avoiding conflicts of laws in the sphere of guardianship does not mean that the sphere is confined to laws described as guardianship; it covers all laws, however described or classified, which fulfil an essential function of guardianship»⁽⁶⁸⁾. Se, su questo presupposto, si dà poi ugualmente la precedenza a norme interne (svedesi) vuol dire che se ne ammette il carattere di norme dotate di particolare imperatività, assumendo in definitiva il limite che ne deriva come d'ordine pubblico interno del *foro*. In ultima analisi, con la legge interna speciale non si sarebbe invaso — sembra averlo, quanto meno, intuito la Corte — l'ambito di applicazione della disciplina convenzionale uniforme ma sempre dal momento — e per il fatto che — la sua applicazione era di «*ordre public*» nei confronti di tutti i minori residenti in Svezia: giustificata, dunque, a preferenza del richiamo al diritto straniero secondo la Convenzione, sempre quale legge interna di applicazione necessaria.

Si aggiunga che nelle opinioni individuali dei giudici, non v'era il sintomo di una distinzione fra ordine pubblico internazionale come limite al funzionamento delle norme di d.i.p. e quell'altra sua nozione, coincidente con l'ambito delle norme statali di applicazione necessaria. Tale distinzione emerge espressamente soltanto dall'opinione del giudice Badawi per il quale, rispetto ad ipotesi del genere, «la loi sur l'éducation protectrice est une loi d'ordre public» e «à ce titre elle met en échec l'application de la Convention de 1902»⁽⁶⁹⁾; ed emerge solo implicitamente dall'opinione del giudice Lauterpacht quando questo ritiene senz'altro giustificata l'applicabilità al caso della disciplina svedese «of protective upbringing». La legge olandese richiamata dal criterio di collegamento uniforme andrebbe, cioè, valutata sulla base della nozione di ordine pubblico relativa alle «specific spheres of law, such as territorial

(66) *Cfr.* International Court of Justice, Reports of Judgments, 28 XI 1958, Case concerning the application of the Convention of 1902 governing the guardianship of infants (Netherlands v. Sweden).

(67) *Ivi*, p. 71.

(68) *Ivi*, p. 86.

(69) *Ivi*, p. 78.

laws, criminal laws, laws relating to national welfare»; che è come dire, in presenza di un diritto interno sostanziale cogente⁽⁷⁰⁾.

Diverso sarebbe stato l'esito della controversia ove la Corte avesse ammesso un riferimento al limite del c.d. ordine pubblico internazionale del foro: in effetti, nel caso Boll, la legge dei Paesi Bassi — una volta richiamata secondo il criterio convenzionale di collegamento uniforme — non sarebbe probabilmente risultata, per i suoi contenuti, in contrasto con i principi del c.d. ordine pubblico internazionale dell'ordinamento svedese proprio in materia di «tutela».

12. In un secondo tempo, la «manifesta incompatibilità» con l'ordine pubblico quale limite al rinvio è divenuta previsione usuale nelle convenzioni internazionali sulla legge applicabile⁽⁷¹⁾. Le formule da esse utilizzate non chiariscono, peraltro, esattamente la portata del limite, non ne specificano i contenuti. Eppure le divergenze sulla nozione sono rilevanti: come si diceva, e come, fra l'altro, riflette l'esperienza giurisprudenziale in Italia⁽⁷²⁾.

Allo stato attuale, poche pronunce⁽⁷³⁾ dei giudici italiani rivelano, in tema, incertezze e oscillazioni nella dottrina e nei «precedenti». E, tutto

⁽⁷⁰⁾ Ancora ivi, p. 86.

⁽⁷¹⁾ Per una chiarificazione relativa alla riserva dell'ordine pubblico nelle convenzioni internazionali, cfr. con riguardo alla Convenzione di Roma, art. 16, GIULIANO-LAGARDE, Relazione sulla Convenzione relativa alla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, GUCE, C 228, p. 37: d'art. 16 conferisce alla riserva relativa all'ordine pubblico una formulazione precisa e restrittiva. Innanzitutto si precisa che la riserva dell'ordine pubblico non interviene astrattamente e globalmente contro la legge designata dalla Convenzione. L'ordine pubblico interviene soltanto qualora l'applicazione di una disposizione prevista dalla legge designata dia luogo, in concreto, ad un risultato incompatibile con l'ordine pubblico del foro... In secondo luogo, l'incompatibilità del risultato dev'essere manifesta... Questa condizione obbliga il giudice a motivare adeguatamente la fondatezza dell'eccezione...». Viceversa, secondo QUADRI, Lezioni, cit., p. 418, l'awerbio manifestement «non appare certo sufficiente a impedire lo zelo nazionalistico delle legislazioni interne...».

⁽⁷²⁾ V. *supra*, parr. 2 e 3; per una visione più ampia che tiene conto anche dell'esperienza straniera, v. VITTA, Diritto, cit., p. 380 ss. Cfr. altresì la recente sentenza della Cour de cassation, 6 Juillet 1988, in *Revue critique de droit international privé*, 1989, n. 78, p. 71 ss.: «sauf dispositions contraires, les conventions internationales réservent la contrariété à la conception française de l'ordre public international...cette conception s'oppose à ce que le mariage polygamique contracté par celui qui est encore l'époux...».

⁽⁷³⁾ Cfr. le sentenze della Corte d'Appello di Trieste, 18 novembre 1987 e 16 dicembre 1987 in RDIPP, 1988, rispettivamente alle pp. 332 e 351 e Corte di Cassazione, 12 giugno 1986 n. 3903, in RDIPP, 1988, p. 748 ss. In dottrina v. CLERICI, Una *codificazione* troppo prudente? A proposito della Convenzione *dell'Aja* sul riconoscimento dei divorzi e delle separazioni personali, in L'unificazione del diritto internazionale privato e processuale, Studi in memoria di Mario Giuliano, Padova, 1989, p. 354 ss.

considerato, a parte il riferimento convenzionale alla «manifesta incompatibilità~il limite, è da esse pur sempre ricondotto alle nozioni già utilizzate per l'art. 31 delle disposizioni sulla legge in generale del codice civile italiano.

Il giudice recupera, così, «entro la soglia dei comuni principi di civiltà giuridica i principi della normativa nazionale in materia», e acquisisce in ogni caso, in sede applicativa, «alla stregua di questi ultimi» pure la definizione del limite convenzionale della «manifesta incompatibilità. (74). Pertanto non può sorprendere che un'altra sentenza di delibazione d'una pronuncia straniera di divorzio arrivi a valutare, senza alcun riferimento ai «comuni principi», la compatibilità con l'ordine pubblico quale emerge dal solo ordinamento italiano, richiedendo anzi, in materia, l'esistenza di «una causa quanto meno assimilabile a quella prevista dall'art. 3 n. 2, lett. b) della legge italiana sul divorzio»(75).

Questo, dunque, l'orientamento manifestato dai giudici italiani in presenza delle convenzioni internazionali: ma, allora, l'uniformità interpretativa e di applicazione della norma sull'ordine pubblico prevista dalle convenzioni internazionali si limita ad imporre l'utilizzazione dei principi-limite del foro? O non presuppone, viceversa, il riferimento a quei soli principi uniformemente riconosciuti come «d'ordine pubblico» negli ordinamenti delle parti contraenti?

Orbene, a tale riguardo, sembra assumere un rilievo decisivo proprio la formulazione adottata dalle disposizioni convenzionali. Il riferimento esplicito all'incompatibilità con l'ordine pubblico *del* foro induce, in effetti, a ritenere giustificata un'interpretazione del limite essenzialmente in relazione a principi operanti nell'ordinamento del singolo Stato contraente(76). In quest'ottica si colloca una pronuncia della Corte di Cassazione

(74) V. Corte d'Appello di Trieste, 16 dicembre 1987, cit, p. 352.

(75) V. Corte d'Appello di Trieste, 18 novembre, 1987, cit., p. 334.

(76) In tal senso MOSCONI, *Il limite dell'ordine pubblico nella Convenzione di Bruxelles del 1968 sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale*, relazione alla XXII Tavola Rotonda di diritto comunitario sul tema *La Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968* (Milano, 17 novembre 1989), in corso di stampa. L'a. espressamente afferma «la norma che prevede il limite dell'ordine pubblico ...accorda a ciascun Stato contraente (in pratica ai suoi giudici) un autonomo e insindacabile potere di valutazione che sicuramente comprende la definizione del perimetro dell'area protetta mediante l'eccezione». Nell'individuazione di tale «perimetro» occorre comunque tenere conto — come precisato *supra* — dei principi di ordine pubblico introdotti nell'ordinamento italiano per effetto dell'adattamento al diritto comunitario. V., in tal senso, la Relazione GIULIANO-LAGARDE, cit., quando, con riferimento alle convenzioni elaborate in ambito comunitario, afferma: d'art. 16 (della Convenzione di Roma del 1980) precisa che è l'ordine pubblico del foro che deve essere violato dall'applicazione della legge designata. È evidente che questa espressione include l'ordine pubblico comunitario divenuto parte integrante dell'ordine pubblico degli Stati membri della Comunità europea». Accolgono invece una diversa, più restrittiva, interpretazione

italiana a Sezioni unite⁽⁷⁷⁾ che, nell'interpretare la nozione di «manifesta incompatibilità» (art. 10) della Convenzione dell'Aja del 1 giugno 1970 sul riconoscimento dei divorzi e delle separazioni personali, si è riferita ai principi veramente fondamentali dell'ordinamento interno in quanto «irrinunciabili».

Sicché, se è corretta la ricostruzione proposta nel corso dell'indagine, il riferimento dovrebbe essere ai principi fondamentali caratterizzanti i singoli istituti, ma con un'attenzione particolare a quelli che — per il fatto d'essere «transnazionali» — risultano propri della più gran parte degli ordinamenti. In particolare di questi principi s'impone l'osservanza anche in relazione a fattispecie non «collegate» con la realtà sociale del paese. È quanto dire che l'interpretazione delle disposizioni convenzionali sull'ordine pubblico comporta — allo stato attuale — l'obbligo di motivare adeguatamente, con particolare attenzione ai principi interni fondamentali, la ragione della non applicazione di un diritto straniero richiamato da criteri di collegamento convenzionali uniformi.

Infine è da precisare — ma sempre nell'ottica già adottata — come vi siano principi cui talune convenzioni espressamente collegano l'operatività del limite: per cui sarebbe da rivalutare l'orientamento di attribuire proprio a quei principi rilievo determinante, in quanto introdotti nell'ordinamento interno per effetto dell'adattamento a tali convenzioni⁽⁷⁸⁾. È quanto si prospetta, a tutt'oggi, per le convenzioni elaborate in ambito comunitario, di Bruxelles (1968) e di Roma (1980), quest'ultima entrata in vigore il 1 aprile 1991. Tanto più che per queste varrà, come già rilevato in dottrina, la giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee, competente ad interpretarle in via pregiudiziale⁽⁷⁹⁾.

DANIELE, Intervento, in AA. VV., *La convenzione giudiziaria di Bruxelles del 1968 e la riforma del processo civile italiano*, Milano, 1985, p. 163 e RINOLDI, *Autonomia della volontà e foro elettivo nella Convenzione comunitaria sulla giurisdizione*, in *Giurisdizione e legge applicabile ai contratti nella CEE*, a cura di E. Jayme e L. Picchio Forlati, Padova, 1990, p. 92 «rispetto al concetto di ordine pubblico... va tuttavia tratta dal sistema della Convenzione un'interpretazione restrittiva e comunque coordinata ai principi da essa formulati. In particolare, restrittiva dal punto di vista di una autonoma considerazione da parte della Corte di Giustizia dell'eccezione dell'ordine pubblico posta a difesa dei principi fondamentali dell'ordinamento dello Stato richiesto del riconoscimento o dell'esecuzione, tale interpretazione dovrebbe essere in un certo senso allargata dal punto di vista dell'estensione dell'eccezione con l'obiettivo di salvaguardare anche i principi fondamentali della Convenzione di Bruxelles stessa».

⁽⁷⁷⁾ V. sentenza citata *supra*, nota 22.

⁽⁷⁸⁾ V., in questo senso, CONDORELLI, Intervento, in *La Convenzione giudiziaria*, cit., secondo il quale «la valvola dell'ordine pubblico sia eventualmente da utilizzare per salvaguardare, non soltanto i principi fondamentali propri dell'ordinamento dello Stato richiesto, ma anche i principi fondamentali della stessa Convenzione di Bruxelles...».

⁽⁷⁹⁾ Secondo Mosconi, *Il limite*, cit., la competenza della Corte dovrebbe spin-

13. Le conclusioni raggiunte consentono finalmente una valutazione d'insieme del progetto elaborato dalla Commissione per la riforma del sistema di d.i.p. che propone, all'art. 14, l'adozione di una norma nuova sull'ordine pubblico per i fini del diritto internazionale privato⁽⁸⁰⁾. Questa prevede che non si faccia luogo «all'applicazione del diritto straniero quando essa produrrebbe effetti manifestamente incompatibili con l'ordine pubblico». E per il caso di manifesta incompatibilità, si propone allora di applicare un diritto straniero diverso richiamato «mediante altri criteri di collegamento eventualmente previsti per la medesima fattispecie» o, in mancanza, «il diritto italiano».

Ma, a questo punto, lasciando il possibile ricorso a criteri di collegamento successivi, complementari o sussidiari, conviene anzitutto verificare se — e in che misura — codesta formula sia innovativa del sistema attuale.

Di certo la codificazione della ((manifestaincompatibilità)) mira ad evitare un ricorso troppo disinvolto al limite da parte dei giudici, imponendo loro l'obbligo di motivare *adeguatamente* le ragioni della non applicazione del diritto straniero richiamato⁽⁸¹⁾. Sotto questo profilo, il progetto accoglie insomma l'attuale orientamento che decisamente circoscrive il possibile *ricorso al limite*. D'altra parte, il progetto è più immediato e lineare dell'art. 31 disp. prel. c.c., benché quest'ultimo dovesse considerarsi già aperto, nella sostanza, ad un'interpretazione che assegnasse al limite portata analoga a quella esplicitata nel progetto nuovo.

Quel che non si esprime è, piuttosto, la scelta tra la nozione tradizionale del limite e quella «internazionale», nell'accezione che di recente s'è venuta imponendo. A ben vedere, però, la mancata scelta denota — come del resto prova la relazione che accompagna il progetto — una *divisione* della Commissione che ha infine opportunamente ritenuto di non dover accogliere la proposta di utilizzare solo l'espressione «internazionale» dato che ((l'aggettivo discusso ha l'inconveniente di

gersi a ((precisarei rapporti tra l'art. 27, n. 1 e le altre prescrizioni della Convenzione — in particolare quelle che prevedono altre ipotesi del riconoscimento ed i limiti (eventuali) entro cui la disposizione suddetta potrebbe entrare in gioco».

⁽⁸⁰⁾ Il Progetto, cit., è riprodotto in RDIPP, 1989, p. 934.

⁽⁸¹⁾ Cfr. in tal senso VITTA, Problemi di riforma del diritto internazionale privato italiano, cit., p. 43 «sembra che convenga, anziché far semplicemente riferimento all'ordine pubblico... riprendere la dizione di cui alle Convenzioni dell'Aja, ampiamente imitata in diritto comparato, in base alla quale solo la «manifesta» incompatibilità con l'ordine pubblico locale va presa in considerazione dal giudice. Ciò ha un effetto anche psicologicamente restrittivo del ricorso all'ordine pubblico, del quale i giudici potrebbero talora essere indotti a fare un troppo ampio uso, ad es., rilevandone la presenza per semplice differenza e non per vera e propria incompatibilità...».

far pensare a connotazioni propriamente internazionali... secondo una tesi accolta da talune interpretazioni giurisprudenziali recenti. ⁽⁸²⁾.

In conclusione, insomma, la formula proposta sembrerebbe limitarsi alla nozione del c.d. ordine pubblico internazionale del foro, complessivamente inteso. Pertanto, nell'ottica della riforma, spetterebbe sempre al giudice di concretizzarla, volta per volta: di darle corpo, cioè, specificandone la portata e rappresentandosi gli effetti dell'applicazione all'interno del diritto straniero richiamato. Questo verrà respinto solo se gli effetti medesimi risultino in concreto *manifestamente incompatibili* con imprescindibili caratteri degli istituti della *lex fori*. La semplice diversità fra normative non è mai bastata; a maggior ragione, non la si potrà invocare nel contesto della disciplina di cui si propone l'adozione.

Senonché, se tale lettura del limite non può prescindere dai principi fondamentali che caratterizzano gli istituti dell'ordinamento italiano, è altrettanto vero che le convenzioni internazionali contribuiscono — come già detto — a una ricostruzione più generale dei principi stessi specie in tema di libertà e di diritti fondamentali. Ma non può trattarsi del generico riferimento a convenzioni internazionali o — va ripetuto — a dubbie valutazioni comparatistiche. D'altra parte, verranno in conto in qualunque momento le norme o i principi di applicazione necessaria: essi si imporranno *necessariamente*, appunto, senza sollevare dubbi interpretativi sotto il profilo della incompatibilità «manifesta». È questa, in particolare, l'ipotesi delle fattispecie non collegate con la realtà del paese, ma per cui sempre assumono un rilievo decisivo i principi cogenti o — come si diceva — addirittura «transnazionali».

Per di più, il progetto è certamente innovativo dove esclude che il giudice possa applicare il diritto sostanziale italiano tutte le volte in cui l'esistenza di altri criteri successivi o — si deve presumere — sussidiari o complementari di collegamento renda possibile il richiamo ad altre norme straniere di contenuto non incompatibile⁽⁸³⁾. E codesta soluzione merita, in ogni caso, un positivo apprezzamento. Essa rende possibile il *massimo* adempimento della funzione cui attendono generalmente, i sistemi di d.i.p.

In ultima analisi, una volta operato il rinvio — ancor prima di un (eventuale) ripensamento «correttivo» in tema di ordine pubblico del foro — la sfera di efficacia del diritto interno sostanziale risulterebbe ormai *li-*

⁽⁸²⁾ Cfr. la Relazione allegata allo schema di articolato, in RDIPP, 1989, p. 954.

⁽⁸³⁾ Il progetto accoglie, in tema di ordine pubblico, le osservazioni di FORLATI PICCHIO, *Contratto nel diritto internazionale privato, Digesto*, IV ed., Torino 1989, p. 46: «bruciata dal contrasto con l'ordine pubblico la priorità del criterio principale, resta intatta la valenza dei criteri successivi...». Tali criteri, infatti, se «destinati ad operare in caso di non sussistenza del collegamento principale e prioritario... dovrebbero aver corso altresì in caso di mancato funzionamento, per qualsivoglia motivo, del richiamo che quel collegamento pur in astratto consente»).

mitata. E trattandosi di efficacia così limitata, come potrebbe riallargarsi la sfera del diritto interno sostanziale? Giustamente, quindi, il progetto ha previsto per tali ipotesi criteri di collegamento diversi, via via che un primo criterio di rinvio porti a recepire contenuti contrari all'ordine pubblico del foro. Criteri — appunto — sussidiari o complementari che hanno da funzionare sino a richiamare — o tentare di recepire — contenuti di diritto straniero «compatibili» con l'ordinamento del foro.

Del resto, il ricorso — ove possibile — a criteri di collegamento complementari o sussidiari a maggior ragione dovrebbe ammettersi in base alle convenzioni internazionali che adottano più collegamenti uniformi per una medesima fattispecie — come, ad es., la Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali.

In effetti, specie nel quadro convenzionale, l'operatività immediata del limite non dovrebbe comunque giustificarsi in presenza di ulteriori, possibili collegamenti, voluti e scelti nell'interesse di tutte le parti contraenti, se per loro tramite si possa ancora individuare per la medesima fattispecie una legge straniera compatibile con l'ordinamento del foro. (*)

ABSTRACT

The author examines the concept of *public law* (*ordre public*) in the field of private international law. Particular attention is given to the extent of the principle in international conventions and in the proposed modification of art. 31 disp.prel. CC

L'autore esamina la nozione di ordine pubblico internazionale con particolare riferimento all'operatività del limite delle convenzioni internazionali e alla proposta di modifica dell'art. 31 disp.prel. c.c.

(*) Il presente lavoro era già in corso di stampa quando è apparso lo studio di PARISI, *Spunti in tema di ordine pubblico e convenzione giudiziaria di Bruxelles*, in RDIPP, 1991, pp. 13-56; ma le sue conclusioni valgono — a quanto pare — di conforto a talune mie riflessioni.

SERENA QUERZOLI

Lo «stoicismo imperfetto» di Fiorentino

1. Un'identità perduta.

In assenza di nuovi dati, l'identità del *Florentinus* autore di dodici libri di *Institutiones* giuridiche è destinata a rimanere ignota⁽¹⁾. Non si ha notizia di altre opere, né sono conservate citazioni del suo pensiero nella letteratura giurisprudenziale del Principato⁽²⁾. Presumibilmente era — co-

⁽¹⁾ Sull'identità di Fiorentino cfr. BRASSLOFF, s.v. *Florentinus*, in R.E. VI² (1909) 2755 s.; WIEACKER, *Doppelexemplare der Institutionen Florentins, Marcians und Ulpianus*, in RIDA. 3 (1949) 577-607; SCHANZ e HOSIUS, *Geschichte der römischen Literatur bis zum Gesetzgebungswerk des Kaisers Justinian. III Die Zeit von Hadrian 117 bis auf Constantin* 324 (r. 1959³) 201; CASAVOLA, *Actio, petitio, persecutio* (1965) 32-44; MARTINI, *Le definizioni dei giuristi romani* (1966) 253-257; KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen* (1967²) 217; SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana* (tr. it. 1968) 280-283. Un *Florentinus miles* viene citato come destinatario di due rescritti imperiali (C.3.28.8 e C.6.30.2) ma il contenuto di questi provvedimenti sembra escludere l'identificazione con il giurista, dal momento che essi richiamano principi fondamentali sull'accettazione dell'eredità e sul regime giuridico della «quarta»:cfr. SCHULZ, o.c. 280 n. 7. Neppure attraverso una ricerca epigrafica è possibile identificare il giurista con un ben preciso personaggio o individuarne la provenienza da una determinata zona dell'impero: cfr. AE. 1956.230; 1957.194 e 329; 1963.144; 1964.256; 1967.529; 1968.604; 1971.220; 1973.364; 1976.50, 129, 569, 691; 1978.550; e 578; 1979.389; 1982.83; 1983.49 e 323; 1986.594.

L'unico *Florentinus* vissuto fra II e III secolo d.C. che forse potrebbe identificarsi con il giurista è l'autore di un'opera in almeno undici libri sull'agricoltura, di cui i *Geoponika* conservano numerosi frammenti. Gli interessi comuni ai due autori sono però scarsi. Il giurista si occupa di problemi concernenti il *fundus* solamente in tre dei testi: D.41.1.16 (Fl. 6 inst.), D.50.16.211 (Fl. 8 inst.), D.30.116.4 (Fl. II inst.).

⁽²⁾ L'unica citazione appartiene al periodo postclassico ed è contenuta negli *Scholia Sinaitica*, un'opera probabilmente destinata all'insegnamento e proveniente dalle province orientali: cfr. SCHULZ, o.c. 580-584. Nello scolio, Fiorentino è significativamente citato per confermare il pensiero di Ulpiano prima di altri giuristi rispondenti come Modestino e Paolo. La circostanza induce a ritenere che nelle scuole egli fosse un'«autorità» maggiore rispetto ad altri giuristi. Sch. Sin. 13.35 Sab. volenti: in praesenti *capitulo XIX* docet de dote constante matrimonio reddita *vel*

me Gaio — un «professore di diritto». Di sicuro scrisse almeno una parte del suo manuale dopo la morte di Antonino Pio⁽³⁾. Neppure le citazioni di altri giuristi, contenute nelle sue *Institutiones*, offrono ulteriori elementi di datazione. Nei frammenti di cui si dispone vengono ricordati infatti soltanto Aquilio Gallo e Trebazio Testa⁽⁴⁾.

Se l'identità personale di Fiorentino deve dunque considerarsi — in mancanza di ulteriori testimonianze — irrimediabilmente perduta, non è invece impossibile recuperare elementi utili per identificare orientamenti culturali e trama teorica che ne ispirarono l'opera e rendono il suo manuale documento storico particolarmente significativo nel ricco e complesso panorama della letteratura isagogica di diritto fra II e III secolo d.C.⁽⁵⁾.

*etiam deminuta. Et nota, quo modo dotis augmentum durante matrimonio fit, ita et deminutionem dotis durante matrimonio locum habere. Et hoc tibi notavi etiam in XXXII paragrapho tituli de in integrum restitutione τῶν πρώτων Ulpiani, ubi mulier minor restituitur, si...dotem. Idem ait Florentinus quoque Libro III institutionum circa finem libri quinque foliis a fine his verbis: «ut incrementum dotis prosit et deminutio noceat». Quibus consentit etiam Modestinus libro I regularum ante XVII regulam a fine libri in regula, quae incipit: «Dotis...divortio semper esse», etiam Paulus libro V eius ad Sabinum. La circostanza che l'anonimo commentatore ricordi esattamente pagina e luogo del foglio in cui era contenuta la regola enunciata da Fiorentino indurrebbe a ritenere possibile un notevole grado di diffusione delle *Institutiones* almeno in ambito orientale.*

⁽³⁾ D.41.1.16 (Fl. 6 inst.) *In agris limitatis ius alluvionis locum non habere constat: idque et divus Pius constituit et Trebatius ait agrum, qui hostibus devictis ea condicione concessus sit, ut in civitatem veniret, habere alluvionem neque esse limitatum: agrum autem manu captum limitatum fuisse, ut sciretur, quid cuique datum esset, quid venisset, quid in publico relictum esset. A proposito dell'effetto estintivo dell'acceptilatio menzionato da Fiorentino in D.46.4.18 (Fl. 8 inst.), Ulpiano scrive: «hoc iure utimur» (D.2.15.4 [Ulp. 46 ad Sab.]), il principio è però anteriore ad Ulpiano come mostra un passo delle *Istituzioni* gaiane (3.169). La definizione di servi contenuta in D.1.5.4 (Fl. 9 inst.) corrisponde a quella di Pomponio che si legge in D.50.16.239 (Pomp. l. sing. ench.), è però arduo affermare la dipendenza di Fiorentino da Pomponio. Alle medesime conclusioni si perviene dopo un confronto fra D.38.2.28 (Fl. 10 inst.) e D.48.20.7.1 (Paul. l. sing. port.) riguardanti i *bona libertorum*.*

⁽⁴⁾ Trebazio è menzionato in D.41.1.16, Aquilio Gallo in D.46.4.18 (Fl. 8 inst.): *pr. Et uno ex pluribus contractibus vel certis vel incertis vel, quibusdam exceptis, ceteris et omnibus ex causis una acceptilatio et liberatio fieri potest. 1. Eius rei stipulatio, quam acceptio sequatur, a Gallo Aquilio talis exposita est: «Quidquid te mihi ex quacumque causa dare facere oportet oportebit praesens in diemve, quarumque rerum mihi tecum actio quaeque adversus te petitio vel adversus te persecutio est eritve, quidve tu meum habes tenes possides: quanti quaeque earum rerum res erit, tantam pecuniam dari stipulatus est Aulus Agerius, spondit Numerius Negidius». «Quod Numerius Negidius Aulo Agerio promisit spondit, id haberetne a se acceptum, Numerius Negidius Aulum Agerium rogavit, Aulus Agerius Numerio Negidio acceptum fecit».*

⁽⁵⁾ Cfr. GIANOTTI e PENNACINI, *Storia e forme della letteratura in Roma antica* (1982) 493-496, 509-515, 568-587; CANFORA, *L'educazione*, in *Storia di Roma IV. Caratteri e morfologie* a cura di E. Gabba e A. Schiavone (1989) 735-770. Per le modalità

Anche se Fiorentino sembra essere l'unico autore di un'opera giurisprudenziale a fare uso di «*impersonaliter*»⁽⁶⁾ — termine tipico del linguaggio dei grammatici⁽⁷⁾, tanto da poter essere considerato un vocabolo specifico per quell'ars — e di «*delibatio*»⁽⁸⁾ particolarmente frequente nelle opere di autori cristiani⁽⁹⁾ i frammenti superstiti offrono ben più importanti indicazioni per un tentativo di ricostruzione di tratti non secondari del suo profilo intellettuale. Comuni a tutta la manualistica dell'età del Principato sono motivi etici che paiono molto meno frequenti in altri generi della letteratura giurisprudenziale. Forse il riferimento più esplicito e assai più continuo a tali concetti non è privo di spiegazione. Certamente importante è la circostanza che i destinatari della letteratura elementare di diritto non siano specialisti del ius, ma studenti, molto spesso destinati ad entrare nella burocrazia imperiale, di qui l'utilità di inserire anche nell'insegnamento del diritto temi trattati da quella «*enkyklios paideia*» che essi avevano già iniziato ad assimilare nei precedenti gradi di istruzione. Una notevole influenza sullo sviluppo della manualistica fra II e III secolo d.C. dovette esercitare anche l'ingresso nei ceti dirigenti di un grande numero di provinciali e la progressiva estensione della cittadinanza fino alla costitutio Antoniniana. Determinante è anche il particolare ruolo ricoperto dall'*institutio* nell'educazione romana, come mostra il manuale quintiliano, il cui autore — come è noto — si propone di formare non tanto il semplice conoscitore degli strumenti dell'oratoria, quanto il *vir bonus dicendi peritus*. In questo senso si può affermare che l'*artifex* è sempre anche «*philosophus*», cioè, per quanto riguarda i giuristi, custode di un sapere che prima di essere esatto corrisponde a *aequitas* e *iustitia*⁽¹⁰⁾. Nel manuale di Fiorentino la percentuale di frammenti che mostrano l'impiego diretto di motivi tratti dalla filosofia pare particolarmente elevata, non superiore soltanto a quanto risulta nelle opere isagogiche ulpianee, ovviamente tenuto conto della diversissima mole di frammenti disponibili. Accanto a questi testi, che potrebbero definirsi di contenuto etico, ancora più

di insegnamento della filosofia cfr. DONINI, *Le scuole, l'anima, l'impero. La filosofia antica da Antioco a Plotino* (1982) 53-63. Sull'insegnamento del diritto cfr. VILLEY, *Récherches sur la littérature didactique du droit romain* (1945); MARROU, *Storia dell'educazione nell'antichità* (tr. it. 1950) 381-383; SCHULZ, *o.c.* 213-221; KODREBSKI, *Der Rechtsunterricht am Ausgang der Republik und zu Beginn des Prinzipats*, in ANRW. 2.15 (1976) 177-196; LIEBS, *Rechtsschulen und Rechtsunterricht im Prinzipat*, in ANRW. 2.15 cit. 229-242; BREONE, *Storia del diritto romano* (1987) 256-270.

⁽⁶⁾ D.45.3.15 (Fl. 8 *inst.*) *Sive mihi sive sibi sive conservo suo sive impersonaliter dari servus meus stipuletur, mihi adquiret.*

⁽⁷⁾ Cfr. *Th. L. L.* sv. «*impersonaliter*» e «*impersonalis*».

⁽⁸⁾ D.30.116pr. (Fl. 11 *inst.*) *Legatum est delibatio hereditatis qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit.*

⁽⁹⁾ Cfr. *Th. L. L.* sv. «*delibatio*».

⁽¹⁰⁾ Per un'analisi puntuale delle caratteristiche del giurista «*philosophus*» cfr. BREONE, *o.c.* 270-274.

numerosi sono i passi che testimoniano un sapiente utilizzo degli strumenti logici e dialettici: una circostanza particolarmente significativa se si ricorda che i frammenti conservatisi sono appena quarantuno, spesso ridotti a lapidari aforismi.

L'articolazione di questi elementi in un quadro unitario consente di individuare un disegno organico, soltanto apparentemente, per taluni aspetti, contraddittorio.

2. La «scelta stoica».

Nel II secolo d.C. accanto a quella stoica vengono seguite almeno altre due teorie logiche: una scettica ed una corrispondente alla nozione di logica facente capo al sincretismo platonico-aristotelico-stoico professato da scienziati come Galeno e Tolomeo⁽¹¹⁾. Tuttavia per i manuali, le opere elementari destinate alla preparazione di base nelle singole artes, la logica stoica continua a rivestire un'importanza fondamentale. Costituisce infatti lo schema espositivo del sapere, la tecnica discorsiva attraverso cui comunicare i rudimenti delle *τέχναι* e organizzare classificazioni⁽¹²⁾.

La Stoa divide la logica in dialettica e retorica. La dialettica è la «scienza delle cose vere, false e né vere né false»⁽¹³⁾. Dal momento che indaga il logos racchiuso nel linguaggio è anche un efficace strumento di classificazione del sapere, che, come un «apparecchio di precisione»), individua esattamente il genus e la differenza specifica di ogni oggetto da definire. Il

⁽¹¹⁾ Sulla logica stoica cfr. VIANO, *La dialettica stoica*, in *Studi sulla dialettica* (1958) 63-111; POHLENZ, *La Stoa. Storia di un movimento spirituale* (tr. it. 1967) 1.50-51, 55, 117 e 2.36-37, 107-108; ISNARDI PARENTE, *La filosofia dell'Ellenismo* (1977) 81-95; RIST, *Stoic Philosophy* (1969) 131-151; BOCHENSKI, *La logica formale. I Dai presocratici a Leibniz* (tr. it. 1972) 145-180; CELLUPRICA, *La logica antica* (1978) 179-183; ISNARDI PARENTE, *Introduzione a Stoici antichi* (1989) 1.20, 34-35, 39, 42-51, 71-72. L'esistenza di una teoria logica in Sesto Empirico è sostenuta da NASTI DE VINCENTIIS, *Logica scettica e implicazione stoica. A proposito di adv. math. 8.462-481*, in AAVV, *Lo scetticismo antico. Atti del convegno organizzato dal Centro di studio del pensiero antico del C.N.R. 5-8 novembre 1980* (1981) 2.501-532. In particolare gli scettici accettano il metodo di dimostrazione per casi, la legge del terzo escluso e quella di identità: cfr. NASTI DE VINCENTIIS, o.c. 511. Intellettuali come Galeno o Tolomeo utilizzano strumenti logici riconducibili sia all'apodittica aristotelica sia alla diairesis platonica: cfr. VEGETTI, *Modelli di medicina in Galeno*, in *Tra Edipo e Euclide. Forme del sapere antico* (1983) 113-137; ID., *Introduzione a Opere scelte di Galeno* a cura di I. Garofalo e M. Vegetti (1978) 24, 29, 34; DONINI, o.c. 87-105.

⁽¹²⁾ Tracce dei procedimenti logici della Stoa sono rinvenibili nella manualistica filosofica e musicale, v. per i manuali filosofici il *Didaskalikos* (V, 1 [156,21] — V, 6 [158,1]), per la manualistica musicale ZANONCELLI, *La manualistica musicale greca* (1990) 149-153 e 187-189.

⁽¹³⁾ Cfr. Diog. Laert. v. ph. 7.42-45; Cic. acad. pr.2.28.91; Sext. Emp. adv. eth.187.

valore che la Stoa attribuisce alla scienza delle cose vere e false, quindi, non è costruttivo, ma di valutazione dei procedimenti organizzativi della conoscenza⁽¹⁴⁾. Il legame fra logica e *διαίρεσις* è indissolubile, infatti la prima non può costruire classificazioni, ragionamenti o dimostrazioni in mancanza dell'individuazione del contenuto di verità in ogni parola operato dalla seconda.

Anche il sapere giuridico, in quanto *ars*, si organizza secondo schemi «logici». È interessante ricordare il giudizio di un «non giuristar sulla tecnica dei νομικοί. Galeno annovera il diritto fra le τέχνηαι λογικαί accanto a τέχνηαι come medicina, logica, retorica, perché si organizza secondo canoni epistemologici ben precisi, adotta un certo metodo espositivo, svolge una funzione di utilità sociale⁽¹⁵⁾. L'adozione di un metodo non implica però l'automatico conseguimento dei medesimi risultati nell'organizzazione del contenuto di un'ars, come mostra la tipologia dei manuali della grammatica o della retorica⁽¹⁶⁾. Alle medesime conclusioni si giunge attraverso un confronto fra la struttura delle Institutiones giuridiche del II e III secolo d.C. A parte l'analogia, piuttosto vaga, che deriva dalla trattazione

⁽¹⁴⁾ Cfr. VIANO, o.c. 89-90 e Epict. diss. 1.17.10-11.

⁽¹⁵⁾ Gal. Op. (ed. Kühn) 1.38-39. Cfr. SCARANO USSANI, L'utilità e la certezza. Compiti e modelli del sapere giuridico in Salvio Giuliano (1987) 148-149 e nn. 149 e 150.

⁽¹⁶⁾ Per l'influenza dei procedimenti dialettici sul diritto romano cfr. LA PIRA, La genesi del sistema nella giurisprudenza romana, in BIDR. 42 (1934) 336-355, SDHI. 1 (1935) 319-348, BIDR. 44 (1936) 131-159; KÜBLER, Griechische Einflüsse auf die Entwicklung der römischen Rechtswissenschaft gegen Ende der republikanischen Zeit, in Atti del Congresso internazionale di diritto romano (Bologna e Roma 1933) (1934) 1.79-98; STRÓUX, Griechische Einflüsse auf die Entwicklung der römischen Rechtswissenschaft gegen Ende der republikanischen Zeit, in Atti del Congresso internazionale di diritto romano cit. 1.111-132; COING, Zum Einfluss der Philosophie des Aristoteles auf die Entwicklung des römischen Rechts, in ZSS. 69 (1952) 24-59; BREONE, Tecniche e ideologie dei giuristi romani (1982); SCHIAVONE, Studi sulle logiche dei giuristi romani (1971); NÖRR, Spruchregel und Generalisierung, in ZSS. 89 (1972); SCHMIDLIN, Horoi, pithana und regulae. Zum Einfluss der Rhetorik und Dialektik auf die juristische Regelbildung, in ANRW. 2.15 cit. 101-130; HORAK, Die römischen Juristen und der Glanz der Logik, in Fs. Kaser (1976) 29-55; BONA, L'ideale retorico ciceroniano ed il ius civile in artem redigere, in SDHI. 46 (1980) 282-382; BREONE, Storia cit. 164-167. Per l'utilizzo degli schemi dialettici nelle opere elementari di diritto cfr. VILLEY, o.c.; WIEACKER, Griechische Wurzeln des Institutionensystems, in ZSS. 70 (1953) 93-126, SCHULZ, o.c. 231-235; WIEACKER, Über das Verhältnis der römischen Fachjurisprudenz zur griechisch-hellenistischen Theorie, in Iura 20 (1969) 448-477. Confronta l'utilizzo degli strumenti dialettici nei manuali di diritto con quelli impiegati in altri tipi di opere sistematiche FUHRMANN, Das systematische Lehrbuch. Ein Beitrag zur Geschichte der Wissenschaften in der Antike (1957) spec. 104-121 e 183-188. L'assenza di un modello canonico per i manuali destinati all'insegnamento è una caratteristica comune anche alla filosofia, alla retorica e alla grammatica: cfr. per la filosofia DONINI, o. ~50-69, 214; per la grammatica e la retorica BELARDI, L'ordinamento seriale dei casi della declinazione, in Lessico intellettuale europeo (1985) 183-186 e 194-196.

in ognuna di esse di *personae* e *res*, l'ordine e il tipo di argomento variano notevolmente, non diversamente dalla lunghezza dell'opera⁽¹⁷⁾. Fiorentino presenta forse, accanto a Marciano, le maggiori «anomalie» espositive. Egli sembra infatti, almeno a giudicare dai testi superstiti, l'unico ad occuparsi compiutamente del regime giuridico della dote e a non trattare della schiavitù nella parte introduttiva del manuale⁽¹⁸⁾. L'asistematicità dell'opera è però soltanto apparente se si ritiene plausibile l'ipotesi dell'assenza di un modello canonico per i manuali delle diverse artes, diritto compreso.

In realtà, la costruzione dei singoli frammenti delle *Institutiones* del giurista rivela un notevole impiego di strumenti dialettici.

Un significativo esempio dell'utilizzo di un ben preciso schema espositivo è fornito da D.19.2.36.

D.19.2.36 (Fl. 7 inst.) Opus quod aversione *locatum* est donec *adprobetur*, *conductoris periculum* est: quod vero ita *conductum* sit, ut in pedes mensurasve praestetur, eatenus *conductoris periculo* est, quatenus *admensum* non sit: et in utraque causa nociturum locatori, si per *eum steterit*, quo *minus* adprobetur *vel* admetiatur, si tamen *vi maiore* opus *prius* *interciderit* quam adprobaretur, *locatoris periculo* est, *nisi* si aliud *actum* sit: non *enim amplius praestari* locatori oporteat, *quam* quod sua *cura* atque opera consecutus esset⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁷⁾ VILLEY, o.c. 14 ss. sostiene invece che ognuno di essi segue il medesimo modello individuabile forse in un passo del de oratore (1.42.188) e consistente nella tripartizione in *res*, *personae*, *actiones*. In realtà solamente il manuale di Gaio, in base ai frammenti pervenuti, si occupa delle *actiones*. Marciano dedica una parte dell'opera ai *publica iudicia*. Gaio analizza il diritto ereditario prima di quello delle obbligazioni, a differenza, ad esempio, di Fiorentino. Dal momento che, a parte Gaio, i manuali ci sono giunti incompleti, ulteriori considerazioni sarebbero azzardate. Certo è però che Gaio non tratta compiutamente né della dote né del pegno o del possesso. Sulle differenze fra i contenuti dei diversi manuali cfr. SCHULZ, o.c. 280-307.

⁽¹⁸⁾ Cfr. D.23.1.1 e 3 (Fl. 3 inst.); D.23.4.24 (Fl. 3 inst.); *fr. sin.* 13.35 e D.1.5.4 (Fl. 9 inst.). Dubbi sulla collocazione nel nono libro di D.1.5.4 sono espressi da GORIA, Schiavi, sistematica delle persone e condizioni economico-sociali nel principato, in *Prospettive sistematiche nel diritto romano* (1976) 357-358 e n. 99.

⁽¹⁹⁾ SAMTER, *Probatio operis*, in ZSS. 26 (1905) 136 ss. sottolinea la precisione e il tentativo di completezza nell'esame della *locatio-conductio* compiuto da Fiorentino; HAYMANN, *Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht*, in ZSS. 41 (1920) 161-162 ritiene invece il testo frutto di un ampio rimaneggiamento post-classico; BETTI, «*Periculum*». Il problema del rischio contrattuale in diritto romano classico e giustiniano, in *St. De Francisci* (1956) 1.133-134, 157, 186-187 individua nel frammento segni della nuova concezione giustiniana del *periculum* locatori ~ consistente nella sopportazione del rischio anche in mancanza del perfezionamento dell'opera almeno per quel danno che il locatore avrebbe potuto evitare sua cura atque opera; KASER, *Periculum* locatoris, in ZSS. 74 (1957) 171 n. 56 assume D.19.2.36 come prova dell'esistenza del concetto di *vis maior* anche in età clas-

Il lavoro locato per l'intero è a pericolo del conduttore fino a quando non intervenga l'approvazione del locatore. Il lavoro preso in conduzione per essere prestato in data quantità e misura è invece a carico del conduttore fino a quando non viene misurato. In entrambi i casi è a carico del locatore se non viene approvato o misurato per sua colpa. Se però l'opera fu distrutta per forza maggiore prima che fosse approvata, ciò è a pericolo del locatore, a meno che non sia stato stabilito diversamente, infatti il conduttore non è tenuto a prestare al locatore più di quanto quest'ultimo potrebbe conseguire con la sua opera e cura.

Il testo si apre con una *regula*: «*opus quod aversione locatum est donec adrobetur conductoris periculum est*». La formulazione di *regulae* è strettamente collegata all'impiego di strumenti dialettici da un lato e all'utilizzo nelle scuole dall'altro. Sia la *regula* sia la *definitio* permettono, secondo Cicerone, di scoprire il vero e il falso nella realtà significata⁽²⁰⁾. Per l'im-

sica; AMIRANTE, Ricerche in tema di locazione, in BIDR. 62 (1959) 87-88 sottolinea la differenza nel regime giuridico della sopportazione del rischio contrattuale fra il testo di Fiorentino e la disciplina più antica, in particolare quella che sembra emergere da un frammento che riferisce le teorie labeoniane. Secondo l'autore delle *Institutiones*, in mancanza dell'*admetiri*, il locatore non si assume alcuna responsabilità rispetto al compimento dell'opera, Labeone, invece, sembrava ritenere che il rischio si trasferisse al locatore già al momento della commissione dell'opera, poiché il conduttore non riceveva in locazione semplicemente il materiale, ma l'*opus* nel suo complesso (D.50.16.5.1 [Paul. 2 ad ed.]). Secondo MIQUEL, *Periculum locatoris*, in ZSS. 81 (1964) 186 ss. D.19.2.36 contiene una nozione con diversi significati di «*periculum*», sia — se si guarda dalla prospettiva del conductor — la custodia e la *vis maior*, sia — se si ha riguardo all'*opus* appaltato — il modo in cui l'*opus* è locato (per l'intero o a misura). Ancora BETTI, *Zur Problem der Gefährtragung bei den zweiseitig verpflichtenden Verträgen*, in ZSS. 82 (1965) 13, individua nel frammento di Fiorentino un tentativo di arrivare, mediante un progressivo procedimento di astrazione, a costruire una norma «generale» sulla sopportazione del rischio nella locatio-conductio. Il carattere di «compendio» della disciplina classica riguardante la sopportazione del rischio nella Zocatio-conductio che emerge dal passo in esame è evidenziato da ALZON, *Les risques dans Z Zocatio-conductio*, in *Labeo* 12 (1966) 326 ss., con ALZON sembra concordare THOMAS, *Reflections on Building Contracts*, in RIDA. 18 (1971) 683 ss. WUBBE, *Opus selon la définition de Labeon (D.50.16.5.1)*, in RH. 50 (1982) 247 e n. 30 scrive che D.19.2.36 restringe le ipotesi di rischio contrattuale a quanto l'entreprenneur «aurait pu obtenir par son soin et son travail». Infine MARTIN, *A Reconsideration of probatio operis*, in ZSS. 103 (1986) 327 ss. si sofferma a considerare il momento dell'approvazione nelle diverse ipotesi prospettate da Fiorentino e conclude sostenendo che essa ha luogo in ogni caso quando l'*opus* è *perfectum*.

(20) Per un'analisi puntuale della tipologia delle *regulae* anche in ambito «extragiuridico» cfr. SCHMIDLIN, *Die römischen Rechtsregeln. Versuch einer Typologie* (1970) soprattutto, per quanto riguarda i rapporti con la *definitio*, 163-197. Utili indicazioni sono anche in NORR, o.c., e SCHMIDLIN, *Horoi* cit. ove bibl. BRETONE, *Storia* cit. 305 scrive che l'analogia fra *regula* e *definitio* consiste nell'essere entrambe ((strumentotipici e diagnostici di una strategia argomentativa ... entità in qualche misura stabili o provvisori punti di approdo).

Sui rapporti fra *regula* e *definitio* cfr. Cic. *acad.pr.* 2.9.29 e 2.18.58; *Brutus*

portanza attribuita alla regola nelle scuole è emblematico un passo del Fragmentum Dositheanum in cui la si definisce «necessaria» per gli studia⁽²¹⁾.

Le Istituzioni di Fiorentino contengono un numero cospicuo di regulae, è infatti possibile individuare una regola in ben ventisei dei quarantuno frammenti conservati⁽²²⁾, una percentuale certamente superiore a quella delle Istituzioni di Gaio e Marciano⁽²³⁾. La tipologia non è unitaria⁽²⁴⁾ dal momento che comprende sia regulae prive di giustificazione sia regulae motivate attraverso una spiegazione che sembra riconducibile allo stesso Fiorentino, ciò è almeno quanto sembra desumersi dall'assenza di riferimenti al parere di altri giuristi o all'evoluzione dell'«istituto» descritto⁽²⁵⁾. È una circostanza che conferma quell'assenza di interessi «storici» o per le questioni problematiche che costituisce uno dei tratti caratteristici della manualistica del II/III secolo d.C.

In **D.19.2.36** Fiorentino espone la differenza specifica fra l'*opus* aver-sione locatum e quello in pedes mensurasve locatum attraverso un confronto fra i due tipi di locazione. Nel primo caso il *periculum* è a carico del conduttore fino al momento in cui l'*opus* viene approvato, nel secondo invece fino a quando viene misurato. Lo schema espositivo che si struttura attraverso confronti, individuazione delle differenze e delle analogie fra due species del medesimo genus rivela l'adozione di un criterio organizzatore riconducibile all'*argumentum* e contrario della dialettica stoica⁽²⁶⁾. È

41.152 analizzati da STEIN, *Regulae iuris* (1966) 51-53.

⁽²¹⁾ *Frag. Dosith.* 3 *Regulas enim exsequenti mihi ad ea studia necessarium ante omnia scire. Nec enim unius sunt condicionis, sed variae: quae per singula, quae pertinent ad eam enarrationem, referenda sunt per ordinem.* Sul testo cfr. STEIN, o. ~. 72-73.

⁽²²⁾ D.1.1.3 (Fl. 1 inst.), D.23.4.24 (Fl. 3 inst.), D.1.8.3 (Fl. 6 inst.), D.41.1.16 (Fl. 6 inst.), D.16.3.17 (Fl. 7 inst.), D.19.2.36 (Fl. 7 inst.), D.45.1.65 (Fl. 8 inst.), D.45.2.7 (Fl. 8 inst.), D.45.3. 15 (Fl. 8 inst.), D.46.2.16 (Fl. 8 inst.), D.46.1.22 (Fl. 8 inst.), D.29.2.54 (Fl. 8 inst.), D.2.14.57 (Fl. 8 inst.), D.13.7.35.1 (Fl. 8 inst.), D.28.2.17 (Fl. 10 inst.), D.28.5.50 (Fl. 10 inst.), D.28.6.37 (Fl. 10 inst.), D.38.2.28 (Fl. 10 inst.), D.50.16.209 (Fl. 10 inst.), D.30.116 (Fl. 11 inst.), D.34.4.14 (Fl. 11 inst.), D.35.1.34 (Fl. 11 inst.), D.7.1.42 (Fl. 11 inst.), D.34.2.29 (Fl. 11 inst.), D.35.2.90 (Fl. 11 inst.).

⁽²³⁾ Per le Istituzioni di Paolo, Callistrato e Ulpiano non è possibile affermare nulla di preciso data l'esiguità di testi tramandati, soprattutto per i primi due.

⁽²⁴⁾ Sulle tipologie di *regulae* cfr. SCHMIDLIN, *Die römischen Rechtregeln* cit.

⁽²⁵⁾ L'unico caso in cui la motivazione non sembra appartenere a Fiorentino, ma derivare da un provvedimento imperiale è D.41.1.16 (Fl. 6 inst.).

⁽²⁶⁾ L'*argumentum* e contrario sembra originare cdd. «discorsi di Pitagora» caratterizzati dall'impiego costante dell'antitesi: cfr. PLEBE, *Breve storia della retorica antica* (1988) 17-19. Sui collegamenti fra *contrarium* e status retorici cfr. CALBOLI MONTEFUSCO, *La dottrina degli status nella retorica greca e romana* (1986). Per l'uso delle categorie del *contrarium* da parte dei giuristi cfr. HORAK, *Rationes decidendi* (1969) 82, 138, 246-261. Gaio definisce attraverso il confronto reciproco legati e fedecommessi (Gai 2.268-289) e sponsors, *fideipromissores*, fideiussores (Gai

appunto un autore del II secolo d.C. a sottolineare l'utilità del *contrarium* nell'insegnamento. Plutarco, confutando le teorie stoiche, ricorda: «Ma per quelli che vogliono invece ingenerare una scienza secondo la quale dobbiamo coerentemente vivere è necessario, al contrario, dare ai discepoli rudimenti e istruzione dall'inizio fino al conseguimento del fine: perciò è necessario anche fare menzione dei ragionamenti contrari demolendo la loro credibilità come si fa nei tribunali»⁽²⁷⁾.

L'uso del *contrarium* da parte di Fiorentino non è riconducibile completamente all'*argumentum e contrario* della retorica. Per il giurista infatti, il *contrarium* non sembra essere una diversità nel genere ma nella specie. Si tratta di una caratteristica collegata al ruolo «organizzativo» e non «argomentativo» svolto dal *contrarium* nelle *Institutiones*, un ruolo che dipende da un lato dall'accezione assunta dal *contrarium* nella logica stoica, dall'altro dal processo di riduzione della dialettica a semplice strumento di classificazione del materiale conoscitivo⁽²⁸⁾. Diogene Laerzio scrive: «La divisione opposta (ἀντιδιαίρεσις) è la partizione del genere in specie fatta per contrario come per negazione. ⁽²⁹⁾ È significativo che egli ne faccia menzione in relazione alle modalità della definizione e alle sue partizioni. Simplicio ricorderà l'uso del *contrarium* da parte di Crisippo nelle definizioni: «Eglistabilisce perciò che è giusto dire che saggezza e stoltezza sono contrari, ma non analogamente che la definizione dell'una è il contrario dell'altra, facendo riferimento a quei concetti contrari pongono anche in riferimento le definizioni»⁽³⁰⁾.

Il frequente ricorso alle tecniche definitorie per «*contrarium*» da parte di Fiorentino testimonia l'importanza dei procedimenti logici della Stoa nell'esposizione del *ius*.

D.16.3.17 (Fl. 7 inst.) pr. *Licet deponere tam plures quam unus possunt, attamen apud sequestrem non nisi plures deponere possunt: nam tum id fit, cum aliqua res in controversiam deducitur. itaque hoc casu in solidum unusquisque videtur deposuisse: quod aliter res, cum rem communem plures deponunt. I. Rei depositae proprietates apud deponentem manet: sed et possessio, nisi apud sequestrem deposita est: nam tum demum sequester possidet: id enim agitur ea depositione, ut neutrius possessioni id tempus procedat.* ⁽³¹⁾

3.115-127). Ulpiano utilizza questo procedimento per individuare la differenza specifica fra prechrio, donazione e comodato (D.43.26.1 [Ulp. 1 inst.]).

⁽²⁷⁾ Plut. *de stoic.rep.* 10, 1035f. Tr. it. ISNARDI PARENTE, *Stoici* cit. 1.347.

⁽²⁸⁾ Sulle caratteristiche della logica stoica cfr. *supra* n. 11 e MATES, *Stoic Logic* (1973).

⁽²⁹⁾ Diog. Laert. *v.pph.* 7.61. Tr. it. GIGANTE, *Vite dei filosofi* (1987²) 1.265.

⁽³⁰⁾ *Simpl. in Arist. cat.* p. 389, 18 ss. Kalbfleisch. Tr. it. ISNARDI PARENTE, *Stoici* cit. 1.489.

⁽³¹⁾ Il testo non è interpolato secondo ASTUTI, *sv. deposito (storia)*, in *ED.12* (1964) 223 e BISCARDI, *sv. sequestro (dir. rom.)*, in *NNDI.17* (1970) 43. GUIZZI, *In-*

Il giurista formula una serie di *regulae* che evidenziano la differenza specifica fra deposito e sequestro. Possono depositare «*tam plures quam unus*» ma solo «*plures* possono consegnare la *res* al sequestratario, perché il sequestro riguarda una *res* oggetto di controversia. Il deposito in questo caso avviene infatti *in solidum*. La *proprietas* spetta al deponente, il possesso solo se non si tratta di sequestro⁽³²⁾. Anche in questo testo Fiorentino trova utile confrontare le due *species* (deposito e sequestro) del più ampio *genus* del *depositum*, rivelando un'originalità di pensiero che si manifesta non tanto nei contenuti giuridici quanto nella tecnica espositiva utilizzata.

Infine, la «griglia» espositiva del *contrarium* viene impiegata per definire *monumentum* e cenotafio.

D.11.7.42 (Fl. 7 inst.) *Monumentum generaliter res est memoriae causa in postem prodita: in qua si corpus vel reliquiae inferantur, fiet sepulchrum, si vero nihil eorum inferatur, erit monumentum memoriae causa factum, quod Graeci κεντάφιον appellant.*⁽³³⁾

La differenza specifica fra *sepulchrum* e *κεντάφιον* deriva dal contenuto: un *corpus* o delle *reliquiae* oppure nulla.

torno alla nozione romana di sequestro, in *Mnemeion Solazzi* (1964) 32 ss. pone in risalto la completezza e la precisione nell'analisi degli elementi costitutivi del sequestro da parte di Fiorentino, fino a fare del frammento in esame una vera e propria «definizione» dell'«istituto» descritto. MASCHI, *La categoria dei contratti reali* (1973) 410 s. e 416 individua la peculiarità di D.16.3.17 nel procedere, nell'individuazione delle caratteristiche del sequestro, attraverso un costante confronto con il deposito. Sottolinea la contraddizione fra il passo delle *Institutiones* e un frammento di Giuliano (D.41.2.39 [Iul. 2 ex Min.]) ARANGIO-RUIZ, *Studi sulla dottrina romana del sequestro*, ora in *Scritti di diritto romano I* (1974) 11 n. 1, ritenendola frutto di un'interpolazione del testo di Fiorentino da parte dei Compilatori. Il frammento viene citato da CAMODECA, *Nuovi documenti processuali dall'archivio puteolano dei Sulpicii*, in *Labeo* 33 (1987) 42 n. 63 come prova della necessaria consegna *in solidum* nel sequestro.

⁽³²⁾ Diversamente Giuliano: D.41.2.39 (Iul. 2 ex Min). *Interesse puto, qua mente apud sequestrum deponitur res. nam si omittendae possessionis causa, et hoc aperte fuerit approbatum, ad usucapionem possessio eius partibus non procederet: at si custodiae causa deponatur, ad usucapionem eam possessionem victori procedere constat.*

⁽³³⁾ Sul testo cfr. LONGO, *Comunità cristiane primitive e res religiosae*, in *BIDR.* 20 (1956) 249 s., il quale rileva la coincidenza di significato fra la definizione giuridica e quelle extragiuridiche di *monumentum* inteso appunto come sepolcro. DE VISSHER, *Le droit des tombeaux romains* (1963) 52 e n. 31 individua nel passo di Fiorentino la conferma all'ipotesi secondo cui il sepolcro è *locus religiosus* solamente se contiene il corpo o i resti di un morto. Con DE VISSHER concorda LONGO, *Sul diritto sepolcrale romano*, in *Iura* 15 (1964) 138. MANFREDINI, *Monumentum perficere, monumentum reficere* (D.11.8.5), in *RIDA.* 34 (1987) 221 ss. ritiene che l'autore delle *Institutiones* abbia voluto riferirsi nella definizione del monumento non solo al *monumentum perfectum*, ma anche a quello *imperfectum*.

Nei frammenti analizzati il *contrarium* inteso come tecnica espositiva costituita dal confronto fra *species* dello stesso *genus* è impiegato a scopo definitorio: il sepolcro è quella *res* che contiene i resti o il corpo del defunto, il sequestro consiste in un deposito solidale che priva della *proprietas* e del possesso, e così via. L'impiego del confronto fra ipotesi aventi elementi comuni è però presente anche semplicemente come criterio organizzatore del materiale esposto. Emblematico è D.28.6.37.

D.28.6.37 (Fl. 10 *inst.*) *Vel singulis liberis vel qui eorum novissimus morietur heres substitui potest, singulis si neminem eorum intestato decedere velit, novissimo, si ius legitimarum hereditatium integrum inter eos custodiri velit.* (34).

Nel passo Fiorentino non definisce la sostituzione pupillare, ne analizza due diversi tipi spiegando gli scopi di ognuno di essi. Si può sostituire un erede a ciascun figlio o all'ultimo di loro che morrà: a ciascuno se si vuole che nessuno muoia intestato, all'ultimo se si vuole che rimanga integro fra essi il diritto all'eredità legittima.

Nonostante l'impiego di procedimenti dialettici nel *ius civile* non abbia determinato la nascita di un prototipo di manuale per l'insegnamento, è però indubbia l'influenza sul diritto di quegli stessi strumenti logici individuabili in altre opere di introduzione alle *artes*. Tale uniformità di modelli espositivi è sicuramente il frutto del notevole grado di diffusione raggiunto dalla logica stoica nella manualistica e della comune destinazione — l'istruzione superiore — delle *εἰσαγωγαί*. La padronanza degli strumenti della dialettica stoica da parte del giurista trova conferma nelle altre tecniche definitorie individuabili nelle *Institutiones*, riconducibili essenzialmente alle definizioni etimologiche da un lato e a quelle che contengono l'essenza dell'oggetto dall'altro. Tipiche del primo tipo sono le definizioni di *servi* e *mancipia*.

D.1.5.4 (Fl. 9 *inst.*) 2. *Servi ex eo appellati sunt, quod imperatores captivos vendere ac per hoc servare nec occidere solent: 3. mancipia vero dicta, quod ab hostibus manu capiuntur.* (35)

(34) Anche Gaio (Gai 2.179-183) e Marciano (D.29.7.6 [Marc. 7 *inst.*]) si occupano della sostituzione pupillare in un'opera elementare, tuttavia Fiorentino è il solo a trattarne attraverso un confronto fra due diversi tipi.

(35) BUCKLAND, *The Roman Law of Slavery* (1908) 1 e n. 2 individua nell'«istituto» della schiavitù l'unico caso in cui i giuristi romani pongono in conflitto *ius gentium* e *ius naturale*; secondo MASCHI, La concezione naturalistica del diritto romano (1937) 174-175 Fiorentino, con l'espressione «*naturalis facultas*» allude alla situazione di naturale libertà di cui gli esseri umani godono al di fuori di ogni ordinamento giuridico, non diversamente da quanto accade agli animali all'interno dell'ordinamento giuridico; BIONDI, La concezione cristiana del diritto naturale nella codificazione *giustiniana*, in *Ius* 1 (1950) 13-14 cita D.1.5.4 fra i testi superstiti

I *servi* prendono il nome dalla consuetudine di essere salvati e non uccisi, mancipia sono coloro che vengono *manu capti* al nemico.

Lo stoicismo considera la definizione un «discorso espresso in forma analitica e ben delimitata»,⁽³⁶⁾ senza attribuire un valore determinante alla tecnica definitoria impiegata, perciò essa può accogliere sia i procedimenti definitori di tipo socratico-platonico che individuano l'essenza della res attraverso un confronto, sia quelli aristotelici caratterizzati dall'indicazione del $\tau\acute{\iota}$ $\acute{\epsilon}\sigma\tau\iota$ dell'oggetto⁽³⁷⁾, sia procedimenti definitori «originali» come il ricorso all'etimologia⁽³⁸⁾. Cicerone, con riferimento alle teorie stoiche, definisce l'etimologia «*verbum ex verbo veriloquium*», ricerca della verità, del logos celato nelle parole attraverso l'individuazione dei rapporti intercorrenti fra esse⁽³⁹⁾. In posizione diametralmente opposta rispetto ai sofisti⁽⁴⁰⁾ gli stoici riconoscono l'esistenza di implicazioni ontologiche del linguaggio: la parola non è «simulacro» ma «emanazione» dell'idea. Sulla base di queste premesse l'etimologia consente di svolgere una ricerca scientifica sull'essere, non a caso viene ritenuta parte della dialettica e non della grammatica.

della giurisprudenza romana che mostrano l'eguaglianza di tutti gli uomini in quanto «figli dello stesso padre»; secondo KASER, *Zur Geschichte der «capitis deminutio»*, in Iura 3 (1952) 66 n. 89 Fiorentino sembrerebbe escludere che il *captivus* possa mantenere la civitas *libertasque* romana; BARTOSEK, Sulla concezione «naturalistica» e materialistica dei giuristi classici, in St. Albertario (1953) 2.489 ritiene che con l'espressione «*contra naturam*» si designi la «realtà oggettiva delle cose, la base economico-sociale, da cui nasce organicamente il diritto» (o.c., 488); CRIFÒ, Su alcuni aspetti della libertà in Roma, in AG. 154 (1958) 66 ss. sostiene che Fiorentino non si riferisce alla libertà giuridica, ma a quella materiale o di fatto. GORIA, o.c. 357 ss. sottolinea soprattutto l'insolita collocazione del frammento, contenuto nel nono e non nel primo libro delle Institutiones diversamente da quanto sembra accadere per gli altri manuali. Per MODRZEJEWSKI, «*Aut nascuntur aut fiunt*»: les schémas antiques des sources de l'esclavage, in BIDR. 79 (1976) 15 in D.1.5.4 è contenuta «l'écho le plus fort des théories stoïciennes hostiles à l'esclavage»; ROBLEDA, Il diritto degli schiavi nell'antica Roma (1976) 2 ss. cita il passo in esame quale esempio di definizione dell'età classica di *servitus*; MAYER-MALY, Das ius *gentium* bei den späteren *Klassikern*, in Iura 34 (1983) 93 ss. inserisce il testo di Fiorentino nell'ambito di quei frammenti della giurisprudenza romana che fanno riferimento al *ius gentium* come fonte normativa,

⁽³⁶⁾ Cfr. SVF.2.227 e 228; Diog.Laert. v.ph.7.60.

⁽³⁷⁾ Sulle modalità della definizione in Platone cfr. PACI, La dialettica di Platone, in Studi sulla dialettica cit. 18-37, per Aristotele cfr. VIANO, La dialettica in Aristotele, in Studi sulla dialettica cit. 38-62.

⁽³⁸⁾ Gli stoici non sono gli «scopritori» delle etimologie, sono però i primi a farne un ampio uso a scopo definitorio. Sulle etimologie stoiche cfr. soprattutto CECI, Le etimologie dei giuristi romani (r. 1966) 32-39, POHLENZ, o.c. 1.69-71 e 550, SCHMIDLIN, Die römischen Rechtsregeln cit. 194-197.

⁽³⁹⁾ Cic.top.8.35; acad. post.8.32. Definizioni analoghe sono date da Varrone (*ling.lat.*5.1.2) e Quintiliano (*inst.orat.*1.6.28).

⁽⁴⁰⁾ Sulle teorie linguistiche dei sofisti cfr. ADORNO, I sofisti e Socrate (r. 1989) spec. 27 ss.

L'utilizzo dell'etimologia nelle definizioni dei giuristi romani risale al periodo tardorepubblicano ed è in stretta relazione con i rapporti fra nobilitas e stoicismo da un lato⁽⁴¹⁾ e con i primi tentativi di reductio in artem del ius civile dall'altro⁽⁴²⁾.

Nel II secolo d.C. si perfeziona il tentativo di quei grammatici che, come Varrone, ammettevano che la ricerca etimologica potesse avere ad oggetto la consuetudo *communis*⁽⁴³⁾ e che l'usus, l'*auctoritas* si sovrapponevano alla ratio nel linguaggio soprattutto poetico⁽⁴⁴⁾. Mentre Varrone però continuava ad attribuire un'importanza fondamentale alle etimologie nello studio dei vocabula, intellettuali come Favorino ricercano il «vero significato» del termine alla luce unicamente dell'evoluzione storica del linguaggio⁽⁴⁵⁾. L'utilizzo di tecniche definitorie facenti capo all'etimologia acquista quindi un significato ben preciso: Fiorentino sembra privilegiare le influenze della Stoa rispetto alle suggestioni provenienti da altre scuole filosofiche. Nelle sue Istituzioni sono conservate cinque definizioni etimologiche⁽⁴⁶⁾ ognuna facente capo al modello stoico di «*verbum ex verbo veriloquium*»: sponsus, sponsa, servi, mancipia, *monumentum*⁽⁴⁷⁾. C'è però

(41) Emblematica in proposito una testimonianza di Cicerone su *L. Aelius Stilo*: *Brutus* 56.205 *Fuit omnino vir egregius et eques Romanus cum primis honestus idemque eruditissimus et Graecis litteris et Latinis, antiquitatisque nostrae et in inventi rebus et in actis scriptorumque veterum Zitterate peritus* e *Brutus* 56.206 *Sed idem Aelius Stoicus esse voluit*.

(42) Non pare casuale che le definizioni etimologiche siano piuttosto frequenti in Servio Sulpicio Rufo (Fest. 174, 182, 233, 321; *Cic.top.* 8. 36, *Macr. Sat.* 3.3.8, *Gell. N.A.* 4.4), l'artifex della reductio in artem del ius civile, secondo Cicerone. Quasi certamente egli praticava l'*interpretatio* etimologica non diversamente da quanto farà Labeone (*Gell. N.A.* 13.10), come sembra suggerire un passo del *Brutus* (41.152). Quintiliano sosterrà che l'etimologia riveste una particolare importanza in quei casi in cui l'essenza della res da definire è oscura (*inst.orat.* 1.6.29). Sulle etimologie dei giuristi romani cfr. anche CARCATERRA, *Le definizioni dei giuristi romani* (1966) 97 ss.; BIONDI, *Valore delle etimologie dei giuristi romani*, in *Syntheleia Arangio-Ruiz* (1964) 2.739-742; STEIN, *The Place of Sewius Sulpicius in the Development of Roman Legal Science*, in *Fs. Wieacker* (1978) 175-184; LAMBERTINI, *L'etimologia di «servus» secondo i giuristi romani*, in *Sodalitas. Scritti Guarino* (1984) 5.2385-2394.

(43) Varr. *ling.lat.* 5.1.8.

(44) Varr. *ling.lat.* 5.1.7. Sulle etimologie in Varrone cfr. CAVAZZA, *Studio su Varrone etimologico e grammatico* (1981) 79-80.

(45) *Gell.N.A.* 13.25.

(46) Nelle Istituzioni di Ulpiano è conservata una sola definizione etimologica: D.1.1.1 (Ulp. 1 inst.). Nessuna etimologia è ricordata nei testi tramandati delle Istituzioni di Marciano. Gaio si serve di almeno cinquantadue etimologie (cfr. *CECI, o.c.* 123 ss.), molte sono però costituite dalla derivazione del sostantivo dal verbo corrispondente: cfr. ad es. *Gai* 4.132.

(47) D.23.1.1 e 3 (Fl. 3 inst.) *Sponsalia sunt mentio et repromissio nuptiarum futurarum. unde et sponsi sponsaeque appellatio nata est*; D.1.5.4 (Fl. 9 inst.) 2. *Servi ex eo appellati sunt, quod imperatores captivos vendere ac per hoc servare nec occidere solent*: 3. *mancipia vero dicta, quod ab hostibus manu capiantur*; D.11.7.42 (Fl. 7 in-

una fondamentale differenza fra l'uso dell'etimologia negli stoici e in Fiorentino. Mentre i primi sottolineavano il valore delle indagini etimologiche al fine di scoprire il *logos* celato nel linguaggio, Fiorentino si limita ad impiegarle nella costruzione della *definitio* ⁽⁴⁸⁾.

Un altro tipo di procedimento definitorio individuabile nelle Istituzioni consiste nell'enunciazione dell'essenza dell'oggetto senza ricavarla da confronti o indagini linguistiche. Tipica in questo senso la definizione di legato.

D.30.116 (Fl. 11 inst.) *pr.* Legatum est deiibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid *collatum velit*. ⁽⁴⁹⁾.

Secondo Fiorentino il legato è un prelevamento dall'eredità attraverso il quale il testatore vuole che qualcosa dell'*hereditas* venga data a qualcuno ⁽⁵⁰⁾. L'essenza della *res* è racchiusa nel termine *deiibatio* con il quale

st.) *Monumentum generaliter res est memoriae causa in posterum prodita*.

⁽⁴⁸⁾ La mera «utilità» nella definizione era già stata sottolineata da Quintiliano (*inst.orat.* 1.6.29). Secondo il retore la ricerca etimologica non ha più alcun significato se non viene svolta per agevolare l'interpretazione delle *res obscurae*.

⁽⁴⁹⁾ BIONDI, Successione testamentaria. Donazioni (1943) 308, 331-332, 469, 474 si sofferma soprattutto ad individuare quelle caratteristiche del *legatum* che si riferiscono a quello per *vindicationem*; FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano* 1 (1949) 64-65 indica nel passo in esame una conferma alla circostanza che il legato può prestarsi solo *intra vires hereditatis*, dal momento che si tratta appunto di un «prelevamento» dall'eredità; von LÜBTOW, *Zur Lehre vom Praelegat*, in *ZSS*. 68 (1951) 512 e 522 nota la presenza del principio «*heredi a semet ipso inutiliter legatur*», oltre che in Fiorentino, anche in altri giuristi della tarda età imperiale: Ulpiano (D. 34.11 [Ulp. 21 ad Sab.]) e Modestino (D.31.34.1 [Mod. 10 resp.]); SOLAZZI, *Servitutem* debere, ora in *Scritti di diritto romano* 5 (1972) 333 inserisce il frammento fra quelli di altri giuristi dell'età classica che si occupano di servitutes su diritti reali; VOCI, *Diritto ereditario romano* 2 (1963²) 190-191, 228-229, 253-254, attraverso una puntuale analisi di D.30.116, evidenzia la completezza e la precisione dell'autore delle *Institutiones*, in particolare per quanto riguarda la definizione di legato, con VOCI concorda BIONDI, *La dottrina giuridica dell'«universitas» nelle fonti romane*, ora in *Scritti giuridici* (1965) 3.162-163; MEINECKE, *Zur Anwachung beim Praelegat*, in *St. Kaser* (1973) 98 ss. rileva che il principio «*a semet ipso heredi legatum dari non potest*» è sicuramente «*altrömisch*» e quindi non può ritenersi peculiare dell'età classica, ma neppure, a maggior ragione, frutto di rimaneggiamenti giustiniani; FORZIERI VANNUCCHI, *Studi sull'interpretazione giurisprudenziale* (1973) 33-34 individua nella definizione di legato di Fiorentino l'elemento sostanziale — il prelevamento dall'eredità — e quello intenzionale — la volontà del testatore di attribuire il legato — necessari per l'esistenza del *legatum* romano; ORESTANO, *Hereditas nondum adita*, in *Iura* 33 (1982) 10 ss. analizza D.30.116 insieme con altri due frammenti delle *Institutiones* in cui pare possibile individuare tracce della progressiva evoluzione del concetto di *hereditas* fino alla nozione di eredità giacente come «*persona*», cioè dotata di un «ruolo» o di una «funzione» (D.29.2.54 [Fl. 8 inst] e D.46.1.22 [Fl. 8 inst.]).

⁽⁵⁰⁾ Secondo Modestino, invece, il legato è una *donatio* testamento relicta: D.31.36 (Mod. 3 pand.). Nei *tituli ex corpore* Ulpiani si legge che il legato è così det-

Fiorentino distingue il legato dalle altre disposizioni testamentarie. Il procedimento antecedente l'individuazione del genere e della differenza specifica non viene indicato⁽⁵¹⁾. È questo il metodo che meglio corrisponde alla nozione di *definitio* contenuta nella *Rhetorica ad Herennium*⁽⁵²⁾ «*Definiti-est, quae rei alicuius proprias amplectitur potestates breviter et absolute*».

Attraverso l'analisi degli strumenti retorici, come il *contrarium*, e dialettici, come le etimologie, contenuti nelle *Institutiones*, si rafforza l'ipotesi secondo cui gli strumenti dialettici nelle opere per l'insegnamento si riducono a canoni espositivi, modelli di organizzazione del discorso, operazioni che consentono di ordinare razionalmente la materia esposta. Il metodo dialettico utilizzato da Fiorentino rimane stoico nei contenuti, ma non nel fine: la dialettica non è più criterio per giudicare il vero e il falso. Se i retori hanno ormai trasformato la dialettica in un insieme di vuoti esercizi verbali, i maestri di scuola ne fanno un semplice strumento per comunicare il proprio sapere agli allievi, non si interrogano più sul significato «ontologico» delle operazioni che compiono.

L'influenza della Stoa sul pensiero di Fiorentino non si limita al campo conoscitivo, ma investe anche quello etico.

D.1.1.3 (Fl. 1 *inst.*) *ut vim atque iniuriam propulsemus: nam iure hoc evenit, ut quod quisque ob tutelam corporis sui fecerit, iure fecisse existimetur, et cum inter nos cognationem quandam natura constituit, consequens est hominem homini insidiari nefas esse.*⁽⁵³⁾

to «*quod legis modo, id est imperative, testamento relinquitur*» (24.1).

⁽⁵¹⁾ Un procedimento definitorio analogo viene impiegato nella definizione di *libertas* e in quella di *peculio*: D.1.5.4 (Fl. 9 *inst.*) e D.15.1.39 (Fl. 11 *inst.*).

⁽⁵²⁾ *Rhet.ad Her.*4.25.35, cfr. anche Cic. *de orat.*1.42.189. Sul ruolo argomentativo o definitorio di quelle tecniche organizzative del discorso che procedono attraverso un confronto fra *species* del medesimo *genus* cfr. MC CALL JR., *Ancient Rhetorical Theories of Simile and Comparison* (1969) spec. 87-129, 237-256 e GAZICH, *Teoria e pratica dell'exemplum in Quintiliano*, in *AA.VV., Aspetti della paideia di Quintiliano* (1990) 112 e 124-126.

⁽⁵³⁾ Per PEROZZI, *Circa il limite della cognazione in Roma*, in *St. Brugi* (1910) 272-273 la *cognatio* consisterebbe nella comunanza di sangue senza alcun limite di grado, in questo senso Fiorentino considererebbe gli esseri umani cognati all'infinito; ARU, *Appunti sulla difesa privata in diritto romano*, in *AUPA*.15 (1936) 122-123 individua nel frammento in esame una delle più chiare legittimazioni della difesa personale in diritto romano; GUARINO, «*Insidiari*» nei testi giuridici, in *SDHI*. 4 (1939) 460-461 esamina in particolare la seconda parte di D.1.1.3 sostenendo la sua interpolazione ad opera di un commentatore postclassico; LONGO, *Sulla legittima difesa e lo stato di necessità in diritto romano*, in *Fs. von Lubtow* (1970) 330 ritiene appartenente al periodo classico il principio enunciato nella prima parte del frammento, espunge invece il periodo <*quod...commune sit*>. Interpolato è l'inciso <*cum...natura constituit*> secondo GUARINO, *L'esegesi delle fonti del diritto romano* (1982) 1.558; ARICÒ ANSELMO, *Ius publicum — ius privatum in Ulpiano, Gaio, Cicerone*, in *AUPA*. 37 (1983) 568 n. 19 ritiene il passo semplicemente uno «svilup-

Il giurista ritiene sia compiuto *iure* quanto viene fatto per la «*tutela corporis*», respingendo *vis* e *iniuria*. Aggiunge però che non è lecito insidiare un proprio simile per l'esistenza di una *cognatio quaedam* stabilita dalla natura fra tutti gli appartenenti al genere umano. Il testo, che appartiene al primo libro delle *Institutiones*, non trova corrispondenti né nelle opere elementari, né nei commenti alla *lex Aquilia* o alle XII tavole. La legittimità dell'autodifesa non costituisce certamente un pensiero originale di Fiorentino⁽⁵⁴⁾, pare però che essa venga posta in relazione alla natura o al *ius naturale* solamente in altri tre testi. Ulpiano scrive: «*Vim vi repellere licere Cassius scribit idque ius natura comparatur: apparet autem, inquit, ex eo arma armis repellere licere*»⁽⁵⁵⁾. Commentando l'editto provinciale Gaio sostiene: «*Adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere*»⁽⁵⁶⁾. Infine Paolo afferma: «*Vim enim vi defendere omnes leges omniaque iura permittuntur*»⁽⁵⁷⁾. Fiorentino pone in relazione l'autodifesa e il divieto di offendere il prossimo per la parentela che a lui ci lega. Egli attribuisce a *cognatio* un significato diverso e più ampio rispetto a quello di altri giuristi che la intendono come un vincolo naturale basato sulla parentela di sangue contrapposto all'*adgnatio*⁽⁵⁸⁾. È probabilmente questo il motivo per cui l'autore delle *Institutiones* non parla di una *cognatio* tout court ma di una *cognatio quaedam* più simile alla *φιλία* che non alla *συγγένεια* greche⁽⁵⁹⁾.

Il tema del frammento — il conflitto fra la ricerca del proprio vantaggio e il rispetto del prossimo — è uno di quelli maggiormente dibattuti nella letteratura greca e romana⁽⁶⁰⁾. Emblematico l'episodio ricordato da Cicerone⁽⁶¹⁾, in cui viene descritto il naufragio di due saggi, uno dei quali

po» della partizione ulpiana del *ius*. Pongono in relazione D.1.1.3 con i principi fondamentali della filosofia stoica SENN, *De la justice et du droit* (1927) 27; POHLENZ, o.c., 1.548; WINCKEL, *Die stoische oikeiōσις — Lehre und Ulpian's Definition der Gerechtigkeit*, in ZSS. 105 (1988) 677.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. GUARINO, *Diritto privato romano* (1988⁸) 170-171 ove bibl.

⁽⁵⁵⁾ D.43.16.1.27 (Ulp. 69 *ad Sab.*).

⁽⁵⁶⁾ D.9.2.4pr. (Gaius 7 *ad ed. prov.*).

⁽⁵⁷⁾ D.9.2.45.4 Paul. 10 *ad Sab.*).

⁽⁵⁸⁾ Per la nozione di *cognatio* nelle opere elementari cfr. Gai 1.156, 158 e 3.10.

Per le opere non a carattere elementare cfr. spec. D.38.10. 10.2 (Paul. 1. *sing. de grad. et adf.*). Sulla nozione di *cognatio* in relazione alla famiglia romana cfr. SCERRILLO, *sv. cognatio (dir. rom.)*, in *NNDI.3* (1959) 427-429; PEZZANA, *sv. cognatio*, in *ED.7* (1960) 301-305; CASTELLO, *Studi sul diritto familiare e gentilizio romano* (r. 1972) 123 ss.; FRANCIOSI, *Famiglia e persone in Roma antica* (1989) 38-47; SALLER, *I rapporti di parentela e l'organizzazione familiare*, in *Storia di Roma N* cit. 519-523.

⁽⁵⁹⁾ Traduce *συγγένεια* con *cognatio*, invece, Paolo: D.38.10.10.1 (Paul, 1. *sing. de grad. et adf.*) *Nomen cognationis a Graeca voce dictum videtur: συγγενεῖς enim illi vocant, quos nos cognatos appellamus.*

⁽⁶⁰⁾ Cfr. BALDRY, *L'unità del genere umano nel pensiero greco* (tr. it. 1983) spec. 181-255.

⁽⁶¹⁾ Cic. *de off.* 3.23.90.

deve necessariamente perire. Nel II secolo d.C. esso è posto in relazione con la teoria dell'*οἰκειώσις* stoica dall'anonimo commentatore del Teeto platonico⁽⁶²⁾. Sull'«amore verso se stessi» la Stoa basava sia l'istinto di autoconservazione⁽⁶³⁾ sia la naturale inclinazione di ogni essere umano verso i propri simili⁽⁶⁴⁾. Mentre per il primo aspetto l'*οἰκειώσις* era considerata comune sia agli animali che agli esseri razionali⁽⁶⁵⁾ perché dotati entrambi di «*sensus sui*», per il secondo si limitava ai soli esseri umani⁽⁶⁶⁾, in questo modo la teoria dell'*οἰκειώσις* stoica prendeva le distanze dalle formulazioni pitagoriche o medioplatoniche seguite, ad esempio, da Porfirio, e da quelle peripatetiche che distinguevano fra *οἰκειώσις* e *οἰκειότης*. Secondo gli stoici, infatti, l'amore verso se stessi evolveva «naturalmente», attraverso lo sviluppo della ragione, nell'istinto di socievolezza. Non è allora un caso che Ierocle, filosofo stoico probabilmente del II secolo d.C.⁽⁶⁷⁾ — autore di una *Ἠθικὴ στοιχειώσις* — polemizzi con quegli interpreti della teoria della «parentela con se stessi» che rifiutano di intenderla come fatto riflessivo e non naturale⁽⁶⁸⁾. L'opera di Ierocle è fondamentale per cercare di individuare le caratteristiche dell'*οἰκειώσις* stoica nel II o forse III secolo d.C. Il filosofo ne individua tre diversi gradi: verso se stessi, verso gli altri esseri umani, verso gli oggetti esterni⁽⁶⁹⁾. Fin dal momento della nascita

⁽⁶²⁾ Cfr. INWOOD, Hierocles: *Theory and Argument in the Second Century AD*, in *Oxford Studies in Ancient Philosophy* 2 (1984) 182-183.

⁽⁶³⁾ Sull'*οἰκειώσις* stoica cfr. BRINK, *οἰκειώσις* and *οἰκειότης*, Theophrastus and Zeno on Nature in *Moral Theory*, in *Phronesis* 2 (1956) 123-145; POHLENZ, o.c. 1.232-239; STEINMETZ, *Die Freundschaftslehre* des Panaitios nach einer Analyse von Ciceros «*Laelius de amicitia*» (1967) 15-25; PEMBROKE, Oikeiosis, in *Problems in Stoicism* edited by A. A. LONG (1971) 114-149; MOREAUX, *Der Aristotelismus bei den Griechen. Von Andronicos bis Alexander von Aphrodisias. Erster Band: die Renaissance des Aristotelismus im I Jh. v. Chr.* (1973) 316-353; DONINI, o.c. 76, 104, 117, 185; INWOOD, o.c. 151-183; STRIKER, The Role of Oikeiosis in Stoic Ethics, in *Oxford Studies in Ancient Philosophy* 1 (1983) 145-167; ALESSE, Il problema della nascita dei concetti morali nello stoicismo, in *Elenchos* 6 (1985) 43-65; ENGBERG-PEDERSEN, Discovering the Good: *oikeiōsis* and *kathékonta* in Stoic Ethics, in *The Norms of Nature. Studies in Hellenistic Ethics* edited by M. Schofield and G. Striker (1986) 145-183; WINCKEL, o.c. 669-679; ISNARDI PARENTE, Introduzione a Stoici cit. 1.22; ID., Ierocle stoico. Oikeiosis e doveri sociali, in ANRW. 2.36.3 (1989) 2201-2226; ENGBERG-PEDERSEN, The Stoic Theory of *Oikeiōsis* (1991) spec. 122-125, MAGNALDI, *L'οἰκειώσις* peripatetica in *Ario Didimo* e nel «*de finibus*» di Cicerone (1991) spec. 33-46.

⁽⁶⁴⁾ Cfr. per l'autoconservazione Diog. Laert. *v.ph.* 7.85, Cic. *de fin.* 4. 16-28, Sen. ep. 121.5-13, *SVF*.2.724. Per la naturale inclinazione dell'essere umano verso il prossimo cfr. Cic. *de amit.* 5.19. e 6.20; *de off.* 1. 5.17, 7.20, 17.53-58, 18.59-60; *de fin.* 4.14; *de leg.* 1.10.28-30 e 1.15.43; Gell. *N.A.* 12.5.7; *SVF*.1.197.

⁽⁶⁵⁾ Cfr. soprattutto POHLENZ, o.c. 1.232-239.

⁽⁶⁶⁾ Cfr. in particular modo Cic. *de off.* 1.4.11 e 1.16.50, *de fin.* 2.14.

⁽⁶⁷⁾ Cfr. INWOOD, o.c. 153 e ISNARDI PARENTE, Ierocle cit. 2201-2203.

⁽⁶⁸⁾ Hier. el. eth. 1.37-40 e 42-44, 4.22-24, 6-43.

⁽⁶⁹⁾ Hier. el. eth. 1.11.

l'animale, razionale o meno, è dotato di autopercezione⁽⁷⁰⁾, nell'uomo però essa si trasforma nel superamento degli istinti egoistici per condurre al bene comune⁽⁷¹⁾.

Gli elementi dell'*οἰκείωσις* stoica individuati da Ierocle trovano un puntuale riscontro nel testo di Fiorentino: legittimità della autodifesa per la naturale inclinazione. che l'animale (in questo caso razionale) ha verso se stesso, esistenza di una parentela naturale fra tutti gli esseri umani, esclusione dal vincolo naturale degli esseri arazionali⁽⁷²⁾.

Le coincidenze fra D.1.1.3 e teoria dell'*οἰκείωσις* stoica non sembrano né superficiali né occasionali. Strettamente collegato ad essa è infatti anche un altro passo di Fiorentino riguardante il *dolus*.

D.18.1.43 (Fl. 8 inst.) pr. *Ea quae commendandi causa in venditionibus dicuntur, si palam appareant, venditorem non obligant, veluti si dicat servum speciosum, domum bene aedificatam: at si dixerit hominem litteratum vel artificem, praestare debet: nam hoc ipso pluris vendit. 1. Quaedam etiam pollicitationes venditorem non obligant, si ita in promptu res sit, ut eam emptor non ignoraverit, veluti si quis hominem luminibus effossis emat et de sanitate stipuletur: nam de cetera parte corporis potius stipulatus videtur quam de eo, in quo se ipse decipiebat. 2. Dolum malum a se abesse praestare venditor debet, qui non tantum in eo est, qui fallendi causa obscure loquitur, sed etiam qui insidiosae obscure dissimulat.*⁽⁷³⁾

Quanto viene detto nelle vendite per vantare le qualità della *res*, se si tratta di dati evidenti, non obbliga il venditore. Come se si dica che il servo è bello e la casa ben costruita. Ma se si dice che l'uomo è istruito oppure *artifex*, si deve risponderne, perché, per ciò stesso, si vende a maggior prezzo. Anche certe *pollicitationes* non obbligano il venditore se la cosa è così evidente che il compratore non possa ignorarla, come se si stipuli la

⁽⁷⁰⁾ Hier. *el. eth.* 6.22-24.

⁽⁷¹⁾ Un esempio significativo è in Hier. *el. eth.* 11.19 ss.

⁽⁷²⁾ Quest'ultimo aspetto sembra emergere dall'espressione «*inter nos*» usata dal giurista in D.1.1.3 (Fl. 1 inst.).

⁽⁷³⁾ MONIER, *La garantie contre les vices cachés dans la vente romaine* (1930) 156 n. 2 nota come Fiorentino escluda la responsabilità per dolo del venditore qualora il compratore sia a conoscenza del vizio della *res*; DE ZULUETA, *The Roman Law of Sale* (1945) 98-99 evidenzia l'attenta *disamina* dei diversi casi di responsabilità del venditore prospettati nel frammento in esame; PRINGSHEIM, *The Decisive Moment for Aedilician Liability*, in *RIDA*. 1 (1952) 548-549 concentra l'attenzione in particolare sul tipo di promessa fatta al compratore e sul momento in cui essa deve essere compiuta; IMPALLOMENI, *L'editto degli edili curuli* (1955) 53-54 sottolinea la completezza di D.18.1.43; NICHOLAS, *Dicta promissave*, in *St. De Zulueta* (1959) 98-99 rileva che, data la menzione della *domus bene aedificata*, il passo non può ritenersi esclusivamente riferito all'editto degli edili curuli; WACKE, *Sul concetto di «dolus» nell'actio de dolo*, in *Iura* 28 (1977) 11 n. 3 inserisce il testo fra quelli che forniscono una vera e propria definizione di *dolus*.

salute di un uomo cui mancano gli occhi. Sembra infatti che si sia stipulato piuttosto per le altre parti del corpo che non per quella in cui il compratore si ingannava da solo. Il venditore deve garantire di non agire con *dolus malus* che non consiste soltanto nel non parlar chiaro per ingannare, ma anche nell'insidiosa, nascosta dissimulazione. Il testo non contiene una vera e propria definizione di dolo⁽⁷⁴⁾, ne illustra però tutti i possibili contenuti: la reticenza, la *simulatio*, la dissimulatio. Il legame fra le tre ipotesi è costituito dalla capacità di nuocere al compratore: se la promessa non arreca danni all'emptor perché questi è a conoscenza del vizio della *res*, il venditore non è tenuto a rispondere per *dolus*. Come in D.1.1.3 il giurista sottolinea la necessità di non nuocere in alcun modo al proprio simile⁽⁷⁵⁾ e completa così il quadro delle possibili offese al prossimo; vis, *iniuria*, *dolus*. La naturale socievolezza esige non solo un comportamento innocuo, ma anche onesto, Già Cicerone, con riferimento alle teorie stoiche, aveva collegato *οἰκείωσις* e *honestum*⁽⁷⁶⁾: «*In omni autem honesto, de quo loquimur, nihil est tam illustre nec quod latius pateat quam coniunctio inter homines hominum et quasi quaedam societas et communicatio utilitatum et ipsa caritas, generis humani*»⁽⁷⁷⁾. Nel de *officiis* aveva sottolineato la pericolosità di *simulatio* e *dissimulatio* per l'*humana societas*⁽⁷⁸⁾ e condannato come violazione dei principi su cui si regge l'umana convivenza il sottrarre qualcosa ad altri⁽⁷⁹⁾. Infine, anche secondo l'Arpinate il divieto di nuocere al prossimo trae origine da una legge naturale⁽⁸⁰⁾.

Attraverso un percorso di almeno tre secoli la teoria dell'*οἰκείωσις* stoica rimane immutata, anche se assume un diverso significato nel giurista rispetto al filosofo. Nel de *officiis* costituisce la giustificazione etica del predominio della *nobilitas*⁽⁸¹⁾, in Fiorentino sembra collegarsi al tentativo di fondare la cosmopoli teorizzata dai filosofi.

L'importanza del vincolo naturale a scapito di quello più ristretto del-

⁽⁷⁴⁾ Per le definizioni del *dolus* cfr. Cic. top.9.40, de nat.deor. 3.30.74, de off.3.14.60, 15.61 e 64, D.2.14.7.9 (Ulp. 4 ad ed.), D.4.3.1.2 (Ulp. 11 ad ed.).

⁽⁷⁵⁾ Significativo l'uso di *insidiari* in D.1.1.3 e di *insidiose* in D.18.1.43.

⁽⁷⁶⁾ Cic. de fin.5.23.65.

⁽⁷⁷⁾ Cfr. anche Cic. de fin.5.23.66 e 67.

⁽⁷⁸⁾ Cic. de off.3.15.61.

⁽⁷⁹⁾ Cic. de off.3.5.21 *Detrahare igitur alteri aliquid et hominem hominis incommodo suum augere magis est contra naturam quam mors quam paupertas, quam dolor, quam cetera, quae possunt aut corpori uccidere aut rebus externis; nam principio tollit convicium humanum et societatem.*

⁽⁸⁰⁾ Cic. de off.3.6.27 *Atque etiam si hoc natura praescribit, ut homo homini, quicumque sit, ob eam ipsam causam, quod is homo sit, consultum velit, necesse est secundum eandem naturam omnium utilitatem esse communem; quod si ita est, una continemur omnes et eadem leges naturae, idque ipsum si ita est, certe violare alterum naturae lege prohibemur.*

⁽⁸¹⁾ Sul de *officiis* come difesa dell'aristocrazia terriera cfr. NARDUCCI, *Modelli etici e società. Un'idea di Cicerone* (1989) 111-155 e 226-265.

l'appartenenza alla medesima civitas sembra emergere anche da un frammento in materia di retentiones ex dote.

D.23.4.24 (Fl. 3 inst.) Si *inter virum et uxorem pactum est, ut certa pars dotis vel tota ob unum vel plures liberos intervenientes retineatur, etiam eorum liberorum nomine, qui ante nati sunt, quam dos daretur aut amplietur, conventio rata est: nam sufficit eos ex eo matrimonio nasci, in quo dos data est.*⁽⁸²⁾

Il patto sulla retentio permette al marito di trattenere tutta o parte della dote, anche per quei figli nati dopo che essa fu consegnata o ampliata, purché nati dal matrimonio in cui fu consegnata. La nozione di liberi che sembra emergere dal testo comprende i soli figli naturali. Il giurista richiede infatti, perché la convenzione possa avere effetto, che siano nati dal matrimonio «*in quo dos data est*». Questa nozione «naturale» di famiglia si contrappone a quella di altri giuristi come Gaio⁽⁸³⁾, Ulpiano⁽⁸⁴⁾ o Callistrato⁽⁸⁵⁾ secondo i quali liberi sono anche i figli adottivi e i discendenti di grado ulteriore.

Il legame naturale con i figli è il primo grado di parentela fra esseri umani descritto dall'*οἰκείωσις* stoica⁽⁸⁶⁾, anche per questo frammento sembra perciò possibile individuare una dipendenza del pensiero del giurista dall'etica stoica nella definizione «naturale» della società familiare. La Stoa nega l'esistenza di qualsiasi rapporto etico fra uomo e animale a causa della mancanza di logos di quest'ultimo⁽⁸⁷⁾ e anche Fiorentino — si è visto — non estende il legame di naturalis *cognatio* agli esseri arazionali. Ci sono almeno altri due frammenti delle *Institutiones* in cui egli distingue essere umano e animale in base alla diversa natura: razionale per il primo, arazionale per il secondo.

D.41.1.16 (Fl. 6 inst.) nisi si *mansuefacta* emitti ac *reverti* solita sunt.⁽⁸⁸⁾

⁽⁸²⁾ CZYHLARZ, *Dotalrecht* (1870) 433 (*pass.*) nota che il patto dotale descritto da Fiorentino non fa alcun riferimento al numero dei figli, purché tutti siano nati dal matrimonio in cui la dote fu conferita; SOLAZZI, *La restituzione della dote in diritto romano* (1899) 326 sottolinea come in D.23.4.24 sia possibile fissare arbitrariamente a priori l'ammontare della retentio pur senza escluderla completamente. Analoghe considerazioni in BURDESE, *In tema di convenzioni dotali*, in *BIDR.* 62 (1959) 173, n. 47 e VOCI, *Diritto ereditario romano*, 1 (1967²) 252 n. 131.

⁽⁸³⁾ Gai 1.55 e 97.

⁽⁸⁴⁾ D. 38.43.6 (Ulp. 14 ad Sab.), D.48.19.9.13 (Ulp. 10 *de off. proc.*).

⁽⁸⁵⁾ D.50.16.220 pr. (Call. 2 quaest.).

⁽⁸⁶⁾ Cfr. Cic. *de fin.* 3.19, *de off.* 1.4.11-12. Sui legami «naturali» fra generante e generato cfr. POHLENZ, *o.c.* 1.232-233.

⁽⁸⁷⁾ Cfr. POHLENZ, *o.c.* 1.61, 64, 165-167, 464-466; *SVF*. 2.733, 3.370; Sen. *de ira* 2.26.4 e 1.3.4, *ep.* 85.8; Cic. *de fin.* 3.20.67.

⁽⁸⁸⁾ Nel frammento ravvisano una conferma al principio secondo cui la dispo-

D.49.15.26 (Fl. 6 *inst.*) *Nihil interest, quomodo captivus reversus est, utrum dimissus an vi vel fallacia potestatem hostium evaserit, ita tamen, si ea mente venerit, ut non illo reverteretur: nec enim satis est corpore domum quem redisse, si mente alienus est. sed et qui victis hostibus recuperantur, postliminio redisse existimantur.*⁽⁸⁹⁾

L'animale addomesticato è solito «andare e tornare»), in questa sua attività non ha infatti alcuna possibilità di scelta, il *captivus* invece può ritenersi *postliminio reversus* solamente se ha la *mens remanendi*, perché può scegliere se fare ritorno dal nemico⁽⁹⁰⁾.

In un altro passo Fiorentino sembra affermare che neppure il *furiosus* e l'*infans* sono privi di logos.

D.50.16.209 (Fl. 10 *inst.*) «*Coram Titio*» *aliquid facere iussus non videtur praesente eo fecisse, nisi si intellegat: itaque furiosus aut infans sit aut dormiat, non videtur coram eo fecisse. scire autem, non etiam velle is debet: nam et invito eo recte fit quod iussum est.*⁽⁹¹⁾

Il giurista sostiene da un lato che *infans* e *furiosus* «non intellegunt» quanto avviene in loro presenza, dall'altro li paragona però a colui che dorme, quasi a voler significare che in essi il logos non è assente ma semplicemente assopito⁽⁹²⁾.

nibilità dell'animale addomesticato si perde se esso non sia solito andare e tornare una volta sfuggito alla custodia del *dominus* DAUBE, *Doves and Bees*, in *Mélanges Lévy-Bruhl* (1959) 70-71, DE ZULUETA, *Digest 41.1 and 2 with Translation and Commentary* (r. 1979) 45-46, POLARA, *Le venationes. Fenomeno economico e costruzione giuridica* (1983) 127.

⁽⁸⁹⁾ LEW, «*Captivus redemptus*», in *BIDR.* 14 (1951) 77 nota che lo *ius postliminii* trova applicazione ogni volta che il *captivus* abbia fatto ritorno, indipendentemente dalle modalità con cui il ritorno si è verificato. Secondo DAUBE, o.c. 70 n. 4 è significativa la circostanza che Fiorentino non sembri richiedere l'*animus remanendi* nei prigionieri liberati dal nemico. BONA, *Sull'animus remanendi nel postliminio*, in *SDHI.* 27 (1961) 201 ss. nega che l'autore delle *Institutiones* abbia potuto parlare di *animus remanendi*. AMIRANTE, *Prigione di guerra, riscatto e postliminio* (1969) 184 utilizza D.49.15.26 per dimostrare l'irrelevanza giuridica della *redemptio* prima della *constitutio de redemptis*.

⁽⁹⁰⁾ Sulla *mens remanendi*. cfr. anche D.49.15.30 (Lab. 8 a Paulo *epit.*), D.49.15.5.3 (Pomp. 37 ad Q. Mucium), D.49.15.12.9 (Tryph. 4 *disp.*).

⁽⁹¹⁾ Per l'analisi del frammento in relazione anche ad altri testi giurisprudenziali sul *furiosus* cfr. NARDI, *Squilibrio e deficienza mentale in diritto romano* (1983) 30-31 e 169.

⁽⁹²⁾ Sulla presenza del logos, secondo gli stoici, anche in colui che dorme, nel pazzo o nel bambino cfr. Diog. Laert. v.ph.7.158; SVF.2.767, 768, 833, 3.239. 512; Sen. ep.12.1.10-13. Sull'anima «razionale» del bambino cfr. VEGETTI, *L'animale ridicolo e Passioni e bagni caldi. Il problema del bambino cattivo nell'antropologia stoica*, in *Tra Edipo e Euclide* cit. 59-90. Un'analisi delle diverse teorie antiche sulla

L'adesione di Fiorentino all'etica stoica non si esaurisce in una testimonianza di ortodossia né risulta fine a se stessa. Attraverso l'οικειωσις egli sembra infatti individuare il fondamento della oikoumene. La naturalis cognatio comprende ogni essere umano, anche *infantes* e furiosi, perché soltanto in questo modo tutti possono venire considerati cittadini dell'impero. Il discorso del giurista assume così anche una spiccata valenza politico-sociale. Non è un caso che egli sottolinei l'*humanitas* di quegli *impeatores* che salvano i prigionieri di guerra.

D.1.5.4 (Fl. 9 inst.) 2. Servi ex eo appellati sunt, quod *impeatores captivos* vendere ac per hoc *servare nec* occidere solent.⁽⁹³⁾

La *clementia* trova la propria giustificazione nella parentela fra tutti gli appartenenti all'*humana societas* e nel conseguente divieto di nuocere al proprio simile. L'elenco delle possibili offese ad un essere umano comprende così anche quella estrema: l'uccisione. La cognatio *quaedam* si estende ai nemici sconfitti perché ormai membri dell'*oikoumene*. Uccidere il nemico è legittimo fino a quando può nuocere, non lo è più una volta che sia stato neutralizzato con la prigionia. Il vinto, anche se ridotto in schiavitù, rimane un «congiunto» e un membro a pieno diritto della comunità imperiale, Fiorentino definisce infatti la *servitus* una condizione contra *naturam*, una situazione accidentale che non determina il venir meno del legame di naturalis cognatio fra dominus e servus dal momento che entrambi rimangono *homines*⁽⁹⁴⁾.

Il percorso del giurista dal significato etico a quello politico-sociale dell'οικειωσις si svolge sempre all'interno delle teorie stoiche. Manca, diversamente da quanto si vedrà accadere per gli usi linguistici, qualsiasi concessione al medioplatonismo, anche se Fiorentino utilizza «criticamente» i contenuti stoici per trasmettere un ben preciso messaggio agli allievi. Le reminescenze delle teorie della Stoa non costituiscono isolati relitti, ma il frutto di rimediazioni attente all'«utilità» che da esse può trarsi nell'esposizione del ius.

3. Le tracce di una contraddizione.

L'imposizione dei nomi, secondo gli stoici, è compito della dialettica⁽⁹⁵⁾. Il nome, in quanto espressione dell'essenza dell'oggetto, ha un ca-

presenza o meno del logos nel bambino è in NÉRADAU, *Être enfant à Rome (1984)* 89-99.

⁽⁹³⁾ Per l'analisi del frammento cfr. *supra* n. 35.

⁽⁹⁴⁾ Cfr. anche Sen. *de ben.* 3.22.3 *Quid ergo? beneficium dominus a servo accipit? immo homo ab homine.*

⁽⁹⁵⁾ Cfr. POHLENZ, *o.c.* 1.59-71 e CECI, *o.c.* 32-39.

rattere ontologico e non convenzionale poiché, come testimonia Origene⁽⁹⁶⁾, i primi uomini imitarono le cose individuando in tal modo gli elementi dell'etimo originario⁽⁹⁷⁾. L'origine del linguaggio è nella natura perché la realtà significata è sempre o vera o falsa⁽⁹⁸⁾. L'imprescindibile legame fra logos e linguaggio spiega le accurate ricerche linguistiche degli stoici e il loro interesse per le etimologie, segni delle corrispondenze fra realtà ed essenza. Una significativa divergenza dalle teorie stoiche emerge da due passi di Fiorentino riguardanti l'impositio *nominum*.

D.11.7.42 (Fl. 7 inst.) Monumentum generaliter res est *memoriae* causa in *posterum prodita*⁽⁹⁹⁾.

D.50.16.211 (Fl. 8 inst.) «*Fundi*» *appellatione omne aedificium et omnis ager continetur. sed in usu urbana aedificia «aedes», rustica «villae» dicuntur. locus vero sine aedificio in urbe «area», rure autem «ager» appellatur. idemque ager cum aedificio «fundus» dicitur*⁽¹⁰⁰⁾.

Nel primo frammento Fiorentino definisce il monumento una res destinata «generalmente» a mantenere vivo il ricordo, nel secondo il significato di *aedes* e *villae* è individuato con riferimento all'uso dei parlanti. Da essi emerge chiaramente l'abbandono delle teorie linguistiche stoiche in favore di quelle che valorizzano l'uso comune del linguaggio. Introdurre una definizione etimologica con un «*generaliter*» sarebbe inconcepibile per gli stoici, si tratterebbe di una contraddizione nei termini: il nome corrisponde o non corrisponde all'essenza della res, non avrebbe senso affermare che «generalmente» contiene il logos. L'abbandono delle teorie linguistiche stoiche è evidente anche nella preferenza accordata da Fiorentino all'*usus communis* nella definizione di *aedes* e *villae*, rispetto all'individuazione del *proprium* della res. Uno dei maggiori punti di contrasto fra stoici e peripatetici riguardava appunto la diversa spiegazione — in base alla natura o in base alla convenzione — dei vocaboli⁽¹⁰¹⁾. Sembra però che nel II secolo anche Favorino rifiutasse di svolgere indagini etimologiche e preferisse individuare il significato d'uso comune del termine. Quando illustra il significato di *manubiae* egli fa infatti riferimento all'uso nei testi degli

⁽⁹⁶⁾ Orig. *contra Celsum* I, 24 p. 74 Kotschau.

⁽⁹⁷⁾ Cfr. anche August. *de dial.* 1.

⁽⁹⁸⁾ Sext. *Emp. adv. math.* 2.11 e 2.70. Cfr. ANNAS, *Truth and Knowledge, in Doubt and Dogmatism. Studies in Hellenistic Epistemology* edited by M. Schofield (1980) 84-104.

⁽⁹⁹⁾ Sul testo cfr. *supra* n. 33.

⁽¹⁰⁰⁾ POLARA, *o.c.* 72 n. 15, 75 n. 18 nota che *fundus* è qui precisato nel suo significato in relazione alla realtà oggettiva ad esso corrispondente.

⁽¹⁰¹⁾ Per il carattere convenzionale del nome secondo Aristotele cfr. VIANO, *La dialettica in Aristotele cit.* 38-62.

antichi e ricerca non tanto la «verità» quanto la chiarezza e la proprietà di linguaggio⁽¹⁰²⁾.

La divergenza con le teorie stoiche è notevole e non priva di implicazioni politico-sociali. Legittimare l'impiego di un linguaggio comprensibile al maggior numero di parlanti, basato sull'usus e non sul *verbum ex verbo veriloquium* significa tentare l'unificazione linguistica dell'impero. Individuare una lingua comune alla maggior parte degli abitanti «colti» implica il riconoscimento che l'usus Zoquendi è in *motu* e permette di prendere le distanze da un passato di barbarie anche linguistiche⁽¹⁰³⁾. Le ricerche sul corretto uso delle parole occupano non solo oratori ed eruditi⁽¹⁰⁴⁾, ma anche medici e giuristi. Galeno tenta di costruire un vocabolario specialistico per l'*ars medica* che sia comprensibile ai «colti gentiluomini» cui indirizza il suo messaggio⁽¹⁰⁵⁾. Sesto Cecilio Africano polemizza con Favorino sul significato di *morbis* a dimostrazione che l'esigenza di trovare un linguaggio allo stesso tempo specialistico ed accurato era sentita anche all'interno della *τέχνη* dei giuristi⁽¹⁰⁶⁾. Privilegiare — come Fiorentino — l'usus rispetto al *verum* in un'opera elementare indica che questi temi non erano estranei neppure alle opere destinate alla scuola.

Per Fiorentino il ricorso all'usus sembra collegarsi all'individuazione di una consuetudine linguistica non solo comprensibile, ma anche «certa». Il giurista non si riferisce infatti all'uso del singolo, ma a quello della comunità. Il recupero delle teorie convenzionalistiche diventa la conseguen-

⁽¹⁰²⁾ Gell. *N.A.* 13.25.

⁽¹⁰³⁾ Non può ritenersi casuale il gran numero di neologismi e arcaismi riscontrabili in Frontone e in Gellio: cfr. CAVAZZA, *Introduzione a Le Notti Attiche I-III* (1985) 31 n. 27. Sulle ricerche linguistiche della Seconda Sofistica cfr. anche GIANNOTTI e PENNACINI, *o.c.* 511-512. Essere cittadini dell'impero significava poter comunicare con tutti quelli che condividevano la medesima cultura. Alla necessità di un vocabolario appropriato non si sottrae neppure l'imperatore: v. *Hadr.* 16.5-6. La ricerca di una comune base linguistica è all'origine anche del carattere bilingue dell'istruzione a Roma e nelle province: MARROU, *o.c.* 349, CAMPANILE, *Le lingue dell'impero*, in *Storia di Roma IV* cit. 679-691.

⁽¹⁰⁴⁾ Sulle indagini linguistiche nel II secolo d.C., soprattutto ad opera della Seconda Sofistica, cfr. SIRAGO, *Involuzione politica e spirituale nell'impero del II secolo* (1974) 287-330 e LA PENNA, *La cultura letteraria a Roma* (1986) 139-148.

⁽¹⁰⁵⁾ Cfr. VEGETTI, *Introduzione* cit. 29.

⁽¹⁰⁶⁾ Cfr. Gell. *N.A.* 16.10. Sul significato della disputa fra il giurista e il filosofo cfr. SCARANO USSANI, *Valori e storia nella cultura giuridica fra Nerva e Adriano. Studi su Nerazio e Celso* (1979) 134-135; CASAVOLA, *Giuristi adrianei* (1980) 33 ss. Significativa è la circostanza che le indagini etimologiche ad opera dei giuristi riguardino quasi esclusivamente il periodo tardorepubblicano. Il disinteresse dell'erudito del II secolo d.C. per quello che è ormai diventato il vocabolario specifico del *ius civile in artem redactum* sembra confermato da un passo delle *Notti Attiche* (20.10) *Aut erras — inquit — adulescens aut ludis, rem enim doceo grammaticam, non ius respondeo, si quid igitur ex Vergilio, Plauto, Ennio quaeres habes, quaeres licet.*

za dell'insufficienza del *verum* nel fornire un utile criterio di comunicazione.

L'abbandono delle tesi stoiche non pare fine a se stesso, costituisce la necessaria conseguenza della ricerca del *certum* come mostra D.34.2.29.

D.34.2.29 (Fl. 11 *inst.*) *pr.* Si quando aiterius generis materia auro argentove iniecta sit, si factum aurum vel argentum legetur, et id quod iniectum est debetur. 1. Utra autem utrius materiae sit accessio, visu atque usu rei, consuetudinis patris familias aestimandum est⁽¹⁰⁷⁾.

Nel legato di oro e argento lavorati, qualora venga unita ad essi una materia d'altro tipo, anche questa deve ritenersi legata. Fiorentino spiega che il criterio per determinare quale delle due materie acceda all'altra è costituito dal *visus*, dall'*usus rei* e dalla *consuetudo patris familias*. L'ordine dei criteri discretivi contenuti nel passo non pare casuale se analizzato nel più ampio contesto dell'uso delle parole praticato dal giurista. Il *visus*, l'aspetto della *res*, costituisce infatti il criterio più certo cui fare riferimento, dal momento che è l'aspetto della cosa che tutti percepiscono attraverso i sensi⁽¹⁰⁸⁾. Come scrive Cicerone nel *Lucullus* i *visa* erano stati elevati ad autonomo criterio conoscitivo dalla Neoaccademia. Secondo gli stoici⁽¹⁰⁹⁾ erano indissolubilmente legati all'essenza della *res*, poiché la percezione sensoriale era sempre non solo certa, ma anche vera. In questo modo però la circoscrivevano ai soli saggi, perché solamente essi potevano dare un assenso corretto⁽¹¹⁰⁾. Cicerone scrive invece, commentando le teorie della Neoaccademia, che la *perspicuitas* del saggio non differisce in nulla da quella di un altro soggetto⁽¹¹¹⁾. Riferirsi ai *visa* significava per

⁽¹⁰⁷⁾ Sulle diverse ipotesi di legato di oro o argento cfr. VOCI, *o.c.* 2.290-292. MOMMSEN *Dig.* (ed. *maior*) p. 134 n. 6 ipotizza la sostituzione di *usu patris familias* a *consuetudinis patris familias*.

⁽¹⁰⁸⁾ Il problema della scelta fra *usus* del singolo e significato comune del vocabolo in materia di legati è uno dei più dibattuti dalla giurisprudenza: cfr. SCARANO USSANI, *Valori cit.* 175-183, CASAVOLA, *Giuristi cit.* 114-125, BRETONE, *Storia cit.* 314-321. Secondo HOFMANN, *La lingua d'uso latina* (1985²) 315-333 l'evidenza sensibile è alla base di molte espressioni della lingua d'uso comune. Applicando anche a Fiorentino le tesi sulla «lingua d'uso» è possibile individuare nelle *Institutiones* «la predilezione per espressioni, immagini e locuzioni che si appellano all'evidenza sensibile, che sono facili da ricordare ed adatte alla sensibilità del parlante e dell'ascoltatore, aderente all'immediata espressione» (BALLY in HOFMANN, *o.c.* 315).

⁽¹⁰⁹⁾ Cic. *acad.pr.* 2.18.58. Cfr. VIANO, *Lo scetticismo antico e la medicina*, in *Lo scetticismo antico cit.* 2.603-604. Sul contenuto di verità della percezione sensoriale tradotta in espressioni linguistiche cfr. anche BOCHENSKI, *o.c.* 151-156.

⁽¹¹⁰⁾ Cic. *acad.pr.* 2.33.105. Sulle caratteristiche dell'assenso del saggio cfr. POHLENZ, *o.c.* 1.311-314.

⁽¹¹¹⁾ Che anche l'*insipiens* possa *multa comprehendere* è sostenuto da Cicerone

anche ammettere l'impossibilità di individuare le qualità specifiche, gli attributi essenziali della res, appunto perché non si trattava di «idee» ma di oggetti reali⁽¹¹²⁾. Postulando la necessaria coincidenza fra *physis* e *logos* lo stoicismo permetteva di collegare definizione e realtà naturale, ratio del saggio e ordine universale. Le teorie neoaccademiche, invece, riprendendo la gnoseologia platonica, concepivano la natura come simulacro e non come emanazione del *logos*. Attraverso la ratio stoica era possibile scoprire il *verum* e il *falsum*, con quella neoaccademica il probabile e il verosimile⁽¹¹³⁾.

Fiorentino contrappone esplicitamente verità e certezza in un passo che, ancora una volta, evidenzia un atteggiamento contraddittorio nei confronti dell'epistemologia stoica.

D.35.1.34 (Fl. 11 inst.) pr. *Nominatim alicui legatur ita «Lucio Titio» an per demonstrationem corporis vel artificii vel officii vel necessitudinis vel adfinitatis, nihil interest: nam demonstratio plerumque vice nominis fungitur, nec interest, falsa an vera sit, si certum sit, quem testator demonstraverit. I. Inter demonstrationem et condicionem hoc interest, quod demonstratio plerumque factam rem ostendit, condicio futuram*⁽¹¹⁴⁾.

Secondo il giurista la *demonstratio* del titolare del legato può avvenire attraverso l'individuazione del corpus, dell'*artificium*, dell'*officium*, della necessitudo e dell'*adfinitas*. Infatti, egli scrive, la *demonstratio* fa «*plerumque*» le veci del nome. Non importano la sua verità o falsità purché sia certo il soggetto indicato. Infine egli confronta *demonstratio* e *condicio*. La differenza fra le due disposizioni deriva dal riferimento ad una *res facta* nel primo caso, ad una *res futura* nel secondo. L'originalità di Fiorentino

negli *academia* (*acad.pr.* 2.33.105) Sic igitur inducto et constituto probabili, et eo quidem expedito, soluto, libero, nulla re implicato, vides profecto, Luculle, iacere iam illud tuum perspicuitatis patrocinium. *Iisdem enim* hic sapiens de quo loquor oculis quibus iste vester caelum, terram, mare intuebitur, *iisdem sensibus reliqua* quae sub quemque sensum cadunt sentiet.

⁽¹¹²⁾ Cfr. LOTITO, Modelli etici e base economica nelle opere filosofiche di Cicerone, in Società romana e produzione schiavistica a cura di A. Giardina e A. Schiavone (1981) 3.81-84.

⁽¹¹³⁾ Cic. *acad.post.* 1.12.44 ss., *acad.pr.* 2.11.33-35, 28.91. Sul ruolo del probabile nella conoscenza secondo le teorie platoniche cfr. LOTITO, o.c. 93-103 e DONINI, o.c. 190-196. Significativo anche un passo di Seneca (de ben. 4.33.2) *Huic respondemus numquam expectare nos certissimam rerum comprehensionem, quoniam in arduo est veri exploratio, sed ea ire, qua ducit veri similitudo. Omne hac via procedit officium...sequimur*, qua ratio, non qua veritas traxit. Segni del medioplatonismo nell'opera di Seneca sono riscontrabili secondo DONINI, o.c. 190 ss.

⁽¹¹⁴⁾ BRONDI, Successione cit. 511-512 e VOCI, o.c. 2.850-851 individuano nel frammento alcuni dei principi basilari della falsa *demonstratio*. FORZIERI VANNUCCI, o.c. 178-181 n. 146, 191 n. 158, 203-206 ritiene invece che il passo sia frutto di interpolazioni giustiniane.

risiede non tanto nel significato del frammento, quanto nelle modalità espositive del principio «*falsa demonstratio non nocet*»⁽¹¹⁵⁾. È significativo che egli menzioni in primo luogo la *demonstratio corporis*, cioè un criterio il cui contenuto di evidenza è analogo al *visus rei* in materia di accessione. Con il riferimento al corpus mostra infatti di voler considerare quanto colpisce i sensi, quella qualità della persona che fornisce il criterio più «certo» per individuare il titolare del legato appunto perché è la sola dotata di materialità. Solamente Fiorentino contrappone esplicitamente certezza e verità in materia di *falsa demonstratio*. Il giurista pare volersi spingere oltre l'affermazione di un principio consolidato per sottolineare ancora una volta che è possibile raggiungere la certezza ma non la verità nei rapporti fra soggetto che conosce e mondo sensibile. È forse questo il testo in cui il suo «stoicismo imperfetto» si manifesta in modo più evidente. Giuridicamente la *demonstratio* è la designazione esteriore di un soggetto o di un oggetto⁽¹¹⁶⁾, dal punto di vista della teoria conoscitiva è invece un procedimento attraverso cui l'oggetto conosciuto viene individuato «indirettamente» con l'indicazione delle qualità che gli si riferiscono, è un «segno» della realtà significata. I segni costituivano il fondamento della teoria conoscitiva di Aristotele e in seguito dell'epistemologia stoica, epicurea e scettica⁽¹¹⁷⁾. Mentre gli scettici riconoscevano l'esistenza solamente di *σημεῖα ὑπομνηστικά*, epicurei e stoici attribuivano un particolare valore conoscitivo ai *σημεῖα ἐνδειχτικά*. Il segno «rammemorativo» consentiva di svelare oggetti oscuri occasionalmente, quello indicativo oggetti oscuri per natura. Sesto Empirico parla dei *σημεῖα* appunto in relazione a quei metodi che servono a giudicare della verità di ciò che non cade immediatamente sotto la comprensione. Il segno è ciò che «appare rendere alcunché evidente»⁽¹¹⁸⁾ poiché stabilisce un collegamento fra quanto è conservato nella memoria in relazione ad esso e l'osservazione precedente. Mentre il segno «rammemorativo» deve essere osservato in relazione alla realtà che ne costituisce l'oggetto, quello indicativo) è collegato per la sua stessa natura alla realtà significata.

La definizione fornita da Sesto Empirico e mutata dallo stoicismo di *σημεῖον ὑπομνηστικόν* sembra corrispondere perfettamente allo schema della *falsa demonstratio* utilizzato da Fiorentino: «(È) segno rammemorativo quello che, osservato insieme con la cosa designata in maniera evidente, appena si presenta, se quella è avvolta nell'oscurità, ne conduce a

⁽¹¹⁵⁾ Cfr. GUARINO, *Diritto privato cit.* 360-361 *ove bibl.*

⁽¹¹⁶⁾ GUARINO, *Diritto privato cit.* 361.

⁽¹¹⁷⁾ Sul *signum* cfr. VIANO, *Lo scetticismo cit.* 612-613 e MATES, *o.c.* 11-26.

⁽¹¹⁸⁾ *Sext. Emp. adv.math.* 2.146-160. Sulle caratteristiche del *signum* cfr. anche CHIESA, *Symbole et signa dans le De Interpretatione* e CAUCHY, *Critique de la théorie du signe et Zangage chez Sextus Empiricus*, in AA.VV. *Philosophie du Zangage et grammaire dans l'antiquité* (1986) 203-218 e 325-338.

ricordare la cosa che è stata insieme con esso osservata e che si presenta in maniera evidente»⁽¹¹⁹⁾. L'identità del legatario costituisce la realtà occasionalmente oscura, il *corpus*, l'*officium*, l'*artificium*, la *necessitudo* e l'*adfinitas* i *σημεῖα* che consentono di individuarla perché già osservati insieme con essa «in modo evidente». In questa prima parte del testo il giurista sembra seguire fedelmente le teorie stoiche. Ciò non è contraddittorio rispetto alle incertezze emerse dai frammenti precedentemente menzionati, né determina l'abbandono della ricerca del *certum*. Il segno «rammemorativo» è infatti basato sull'osservazione della realtà naturale, non si interroga — a differenza di quello «indicativo» — sulla reale esistenza della *res* oscura. Fiorentino abbandona l'epistemologia stoica quando questa attribuisce ai *signa* un significato di verità e non di certezza⁽¹²⁰⁾. Secondo la Stoa la realtà significata è sempre o vera o falsa⁽¹²¹⁾, Fiorentino sembra invece ammettere che il *certum* abbia un importante valore conoscitivo anche separatamente dal *vemm*. Rimangono però punti di contatto significativi: segni dell'incertezza nel rifiuto totale delle posizioni stoiche sono riscontrabili in quel «*plerumque*» che ricorre per ben due volte in D.35.1.34, la prima in relazione alla certezza conseguibile attraverso la *demonstratio*, la seconda in relazione alla differenza fra *demonstratio* e *condicio*. È appunto quest'ultima parte del frammento ad evidenziare un'ulteriore contraddizione nello stoicismo professato dal giurista. Fiorentino, coerentemente con la «dimensione temporale»⁽¹²²⁾ del segno «rammemorativo», scrive che la *demonstratio* si riferisce ad una *res facta*, aggiunge, però, che ciò non avviene sempre.

Minori incertezze rivela occupandosi dell'erronea indicazione della *res* o del soggetto di un'obbligazione.

D.45.1.65 (Fl. 8 inst.) pr. Quae extrinsecus et nihil ad praesentem *actum* pertinentia adieceris stipulationi, pro supervacuis habebuntur nec vitiantur obligationem, veluti si dicas: «*arma virumque cano: spondeo*», nihilo minus valet. I. Sed et si in rei quae *promittitur* aut personae appellatione varietur, non obesse placet: nam stipulanti *denarios* eiusdem quantitatis aureos spondendo obligaberis: et servo stipulanti *Lucio* domino suo, si Titio, qui idem sit, *daturum* te spondeas, obligaberis⁽¹²³⁾.

⁽¹¹⁹⁾ Sext. *Emp.pyrr.h.2.100* Tr. it. TESCARI, *Schizzi pirroniani* (1988²) 81. Sulle caratteristiche dei *signa* stoici cfr. anche Sext. *Emp.adv.math.2.140-160* e *pyrr.h.2.101*.

⁽¹²⁰⁾ Per il contenuto di verità del segno stoico cfr. Sext. *Emp.adv. math.2.244-245* e *pyrr.h.2.104-106*.

⁽¹²¹⁾ Sext. *Emp. adv.math. 2.11*.

⁽¹²²⁾ Cfr. ADORNO, *Sesto Empirico: metodologia delle scienze*, in *PP.* (1961) fasc. 76 vol. 16 p. 484.

⁽¹²³⁾ Si limitano ad evidenziare la circostanza che le clausole *supervacuae non solum vitare scripturas* RICCOBONO, *Stipulatio ed instrumentum nel diritto giustiniano*, in *ZSS.* 35 (1914) 252 n. 1; von BESELER, *Miscellanea Graecoromana*, in *St.*

Fiorentino spiega che quanto di estraneo e per nulla pertinente all'atto in corso si aggiunga alla stipulazione, si considera inutile e non la vizia. Ad esempio se si dica «Canto le armi e l'uomo: prometto» l'obbligazione è ugualmente valida. Non nuoce cambiare la denominazione della cosa o della persona promessa: infatti se a chi stipula denari si risponda aurei per la medesima somma, si è obbligati, così anche se al servo che stipula a nome del suo padrone Lucio si prometta che si darà a Tizio. La dichiarazione di volontà dell'obbligato e le condizioni di efficacia dell'obbligazione costituiscono il legame fra le due ipotesi prospettate: non danneggia lo stipulante né l'aggiunta di clausole *supewacue* ⁽¹²⁴⁾, né la variazione dell'*appellatio* della persona o della res dedotta in obbligazione. La polemica con le teorie linguistiche stoiche è duplice. Da un lato, come in D.35.1.34, Fiorentino ricerca non tanto la verità quanto la certezza nell'indicazione del soggetto che si obbliga, una certezza che non dipende dall'*appellatio* di persone o cose; dall'altro non ritiene che il nome contenga sempre il *logos*, l'essenza dell'oggetto. Se avesse ritenuto plausibile — come gli stoici — una relazione biunivoca fra *logos* e vocabolo non avrebbe potuto affermare che la variazione dell'*appellatio* «non obesse *placet*». In caso contrario sarebbe stato impossibile individuare nella parola l'essenza dell'oggetto attraverso gli strumenti della dialettica. Il significato di D.45.1.65 è analogo, ma non uguale, a quello di D.35.1.34. Il primo testo nega la coincidenza fra *logos* e vocabolo, il secondo quella fra la verità e ciò che appare ai sensi. In quest'ultimo passo la critica del giurista investe le basi stesse dell'epistemologia stoica, il valore della dialettica nel suo complesso e non di quella parte di essa che si occupa della *impositio nominum*.

La riluttanza a negare completamente il valore conoscitivo della logica stoica non sembra imputabile ad una conoscenza superficiale o approssimativa. Nei testi esaminati, siano essi riferibili alla denominazione o all'individuazione di *personae* o *res*, il giurista sembra perseguire uno scopo ben preciso: la ricerca del *certum*, attraverso tutti gli strumenti dialettici di cui dispone: definizioni etimologiche o basate sull'*usus* e *visa rei*. La dialettica non viene più utilizzata per scoprire il *logo* — il fine della ricerca non è più la realtà metafisica, ma quella naturale. Attraverso la rivalutazione del *certum* e la riduzione della *διαίρεσις* a puro e semplice metodo Fiorentino sembra voler privilegiare quegli aspetti della logica che meglio possono operare sulla realtà ⁽¹²⁵⁾ perché privati dei loro presupposti ontologici. È una caratteristica comune anche ad altre artes del II secolo e che evidenzia la crisi dell'epistemologia stoica in una società che ha ormai

Bonfante 2 (1930) 73; GANDOLFI, *Studi sull'interpretazione giurisprudenziale romana* (1966) 325 n. 279.

⁽¹²⁴⁾ Cfr. anche D.50.17.94 (Ulp. 2 *fideic.*) *Non solent quae abundant vitare scripturas*.

⁽¹²⁵⁾ Già Cicerone criticava la *ratio* stoica per l'impossibilità di essere efficacemente impiegata nel reale: cfr. LOTITO, *o.c.* 83-84.

perso il senso del vero e che tenta di ricostruire sul *certum* i propri strumenti di indagine del reale⁽¹²⁶⁾.

Le contraddizioni nello stoicismo di Fiorentino investono anche i motivi etici rintracciabili nelle *Institutiones*.

Caratteristica per l'individuazione dei contenuti del *dolus* è l'insistenza sulla pericolosità della *dissimulatio*.

D.18.1.43 (Fl. 8 *inst.*) 2, *Dolum malum a se abesse praestare venditor debet, qui non tantum in eo est, qui fallendi causa obscure loquitur, sed etiam qui insidiose obscure dissimulat*⁽¹²⁷⁾.

Secondo Cicerone intercorreva una relazione strettissima fra *ratio* neoaccademica e *simulatio*⁽¹²⁸⁾. La logica stoica si mostrava infatti incapace a dar conto di fenomeni come la menzogna⁽¹²⁹⁾. Se il genere umano poteva dividersi in saggi e stolti, cioè in coloro che erano e coloro che non erano in grado di percepire il *logos* racchiuso nella realtà esterna, non rimaneva spazio per la *simulatio* e la *dissimulatio*. Non è allora casuale che il presupposto «logico» della *dissimulatio*, cioè del nascondere per ingannare, sia, nel *de officiis*, il mito di Gige che Cicerone riprende dalla Repubblica platonica⁽¹³⁰⁾ e a proposito del quale scrive: «*Atque etiam ex omni deliberatione celandi et occultandi spes opinioque removenda est*»⁽¹³¹⁾. Non diversamente da quanto accade per Cicerone il recupero della *dissimulatio* da parte di Fiorentino mostra la crisi della *ratio* stoica⁽¹³²⁾, la sua insufficienza nel giustificare le

⁽¹²⁶⁾ È questa una delle esigenze maggiormente avvertite dagli esponenti della *koiné* platonico-aristotelico-stoica: DONINI, *o.c.* 128-130. Sul ruolo del *certum* nell'*interpretatio* giurisprudenziale emblematico il caso di Salvio Giuliano: cfr. SCARANO USSANI, *L'utilità* cit. spec. 148-159.

⁽¹²⁷⁾ Sul testo cfr. *supra* n. 73. Per la nozione di *simulatio* e *dissimulatio* nella letteratura romana cfr. DUMONT-KISLIAKOFF, *La simulation en droit romain* (1970) 15-23 e 162-185.

⁽¹²⁸⁾ Lo sottolinea LOTITO, *o.c.* 88, 113-117, 125, 368 n. 32.

⁽¹²⁹⁾ Sull'impossibilità di mentire per il saggio cfr. SVF.3.548. Lo stolto non può mentire perché non distingue il vero dal falso: POHLENZ, *o.c.* 1.310 ss. L'impossibilità logica e linguistica della menzogna secondo gli stoici è dimostrata da LESZL, *Linguaggio e discorso*, in *Il sapere degli antichi* a cura di M. Vegetti 2 (1985) 13-44. La *ratio* platonica consente invece di scindere il dire e la cosa detta, in questo modo «si cerca, separando significato e verità, di mostrare che la falsità è possibile ed è possibile come parte del linguaggio» (LESZL, *o.c.* 21).

⁽¹³⁰⁾ Per le influenze platoniche sul *de officiis* cfr. MICHEL, *La philosophie grecque et les libertés individuelles dans le «de officiis» de Cicéron*, in *La filosofia greca e il diritto romano. Atti del colloquio italo-francese* (Roma 1973) (1977) 1.83-94.

⁽¹³¹⁾ Cic. *de off.* 3.8.37.

⁽¹³²⁾ Cfr. su questi temi LOTITO, *o.c.* 93-113.

differenze, pure esistenti, fra logos e realtà, *honestum* e uomo onesto⁽¹³³⁾ e l'esistenza della menzogna e della *fraus*.

Le definizioni romane di *libertas* fanno riferimento alla nozione stoica di libertà intesa come assenza non tanto di costrizioni fisiche, quanto di vincoli interiori. Cicerone scrive che la condizione di libero consiste nel vivere «*ut velis*»⁽¹³⁴⁾. Secondo Seneca⁽¹³⁵⁾: «*Libertas est animum superponere iniuriis, nulli rei servire, nulli necessitati, nullis casibus, fortunam in aequum deducere*»⁽¹³⁶⁾. Fiorentino definisce la *libertas* attraverso un confronto con la *servitus* secondo uno schema espositivo che si è visto essere particolarmente frequente nelle *Institutiones*.

D.1.5.4 (Fl. 9 inst.) pr. *Libertas est naturalis facultas eius quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut iure prohibetur. 1. Servitus est constitutio iuris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subicitur. 2. Servi ex eo appellati sunt, quod imperatores captivos vendere ac per hoc servare nec occidere solent: 3. mancipia vero dicta, quod ab hostibus manu capiuntur*⁽¹³⁷⁾.

La libertà è la facoltà naturale di fare ciò che si vuole purché non sia vietato dalla forza o dal diritto. La schiavitù è una *constitutio iuris gentium* con la quale uno è assoggettato al dominio altrui «*contra naturam*». I *servi* sono così detti perché gli *imperatores* vendono i prigionieri e in questo modo li salvano e non li uccidono. Sono detti *mancipia* perché vengono *manu capti* al nemico. La prima parte della definizione di *libertas* corrisponde perfettamente a quella ciceroniana, nella parte finale Fiorentino introduce però una precisazione contrastante nettamente con la nozione stoica di *libertas* come libertà dell'ἡγεμονικόν. Secondo uno stoico del II secolo — Epitteto — libero è colui «cui tutto avviene in accordo con la sua scelta morale» (κατὰ προαίρεσιν) che impara a volere ciascuna cosa così come accade⁽¹³⁸⁾ senza che le costrizioni esterne possano in alcun modo influire sul suo comportamento⁽¹³⁹⁾. *Vis* e *iniuria*, invece, nella definizione di Fiorentino, sono appunto fattori esterni che possono agire sul corpo ma non

(133) L'immanentismo del logos impediva allo stoicismo di formulare una «coerente» filosofia di vita. Sulle contraddizioni dello stoicismo di età imperiale cfr. DONINI, o.c. 177 ss.

(134) Cic. *de off.* 1.20.70, *parad.* 34, *de orat.* 2.33.145. Una definizione simile è in Horat. *ep.* 1.18.8.

(135) Sen. *ep.* 5.51.9. Cfr. anche: Sen. *de const.sap.* 19.3. e *de vita beata* 3.4 e 4.4.

(136) Sul significato delle definizioni stoiche di *libertas* cfr. POHLENZ, o.c. 1.313 n. 7, DONINI, o.c. 173-177 e 179 n. 139, MANNING, *Stoicism and Slavery in the Roman Empire*, in ANRW. 2.36.3 cit. 1518-1543.

(137) Per l'analisi del testo cfr. *supra* n. 35.

(138) Epict. *diss.* 1.12.7-15.

(139) Epict. *diss.* 1.1.21-32.

limitare la facoltà di autodeterminazione. Neppure la definizione di *servitus* pare riconducibile ad influenze stoiche. Coerentemente con la nozione di libertà intesa come sinonimo di saggezza⁽¹⁴⁰⁾ la Stoa identificava la schiavitù con la condizione dello stolto, di colui che rimaneva vittima delle passioni, che non accettava l'ordine razionale del cosmo e non seguiva liberamente il proprio ἡγεμονικόν⁽¹⁴¹⁾. Non si trattava di una condizione materiale ma spirituale. Un significato completamente diverso ha in D.1.5.4 dove viene considerata una condizione «storicamente determinata» dall'accordo fra i vari popoli, dalla *constitutio iuris gentium*⁽¹⁴²⁾. Secondo lo stoicismo la condizione di schiavitù dello stolto non poteva che essere «*secundum naturam*»⁽¹⁴³⁾, per Fiorentino, invece, colui che viene reso schiavo tramite la cattura in guerra è tale «*contra naturam*». Il collegamento fra guerra e schiavitù avvicina il frammento alle pagine introduttive della politica aristotelica in cui lo Stagiritita — in genere ritenuto il teorico della schiavitù naturale⁽¹⁴⁴⁾ — ammette l'esistenza anche di una schiavitù *contra naturam* derivante dal *nomos*, dall'accordo fra i vari popoli secondo il quale il vinto è reso schiavo del vincitore: «Dunque è evidente che taluni sono per natura liberi, altri schiavi, e per costoro è giusto essere schiavi. Tuttavia non è difficile vedere che quanti ammettono il contrario in qualche modo dicono bene. Schiavitù e schiavo sono presi in due sensi: c'è in realtà uno schiavo e una schiavitù anche secondo la legge (*nomos*) e questa legge è un accordo per cui ciò che si è vinto in guerra dicono appartenere al vincitore»⁽¹⁴⁵⁾. Secondo il filosofo alcuni sono schiavi in ogni luogo⁽¹⁴⁶⁾, altri in nessuno, quindi non sempre ci sono da una parte gli schiavi per natura e dall'altra i liberi⁽¹⁴⁷⁾ del momento che non sempre la guerra rende schiavo l'inferiore per natura⁽¹⁴⁸⁾. L'analogia fra il pensiero del filosofo e quello del giurista non risiede né nella negazione della legittimità della schiavitù — negazione ben più decisa in altri autori⁽¹⁴⁹⁾ — né nella

⁽¹⁴⁰⁾ *SVF*. 3.596-600.

⁽¹⁴¹⁾ Cfr. DONINI, o.c. 173-177.

⁽¹⁴²⁾ L'espressione ricorre nei testi giurisprudenziali solamente in Fiorentino: cfr. *VIR*. sv. *constitutio*.

⁽¹⁴³⁾ POHLENZ, o.c. 1.309-312.

⁽¹⁴⁴⁾ Cfr. CAMBIANO, *Aristotele* e gli oppositori anonimi della schiavitù, in *La schiavitù nel mondo antico* a cura di M. Finley (tr. it. 1990) 27-57 ove bibl.

⁽¹⁴⁵⁾ Arist. *pol.* 1.6.1255a 5 ss. Tr. it. LAURENTI, *Aristotele. Opere* 9 (1989²) 12.

⁽¹⁴⁶⁾ Arist. *pol.* 1.6.1255b 5 ss.

⁽¹⁴⁷⁾ Arist. *pol.* 1.7.1255b 37 ss.

⁽¹⁴⁸⁾ Arist. *pol.* 1.6.1255a 20 ss.

⁽¹⁴⁹⁾ Cfr. CAMBIANO, o.c. 27-57. Gli stoici sono fra i più decisi oppositori della schiavitù per natura: *SVF*, 3.352, 358-361. Sulla nozione di schiavitù e la condizione dello schiavo nella società romana cfr. MILANI, *La schiavitù nel pensiero politico. Dai greci al basso Medio Evo* (1972) 193-236, NICE e MORABITO, *Le droit de l'esclavage sous le Haut-Empire*, in *ANRW*. 2.14 (1982) 98-182; THÉBERT, *Lo schiavo*, in *Lo uomo romano* a cura di A. Giardina (1989) 145-185.

sottomissione del vinto al vincitore, ma nel collegamento fra guerra, *nomos* e schiavitù *contra naturam*. Fiorentino cioè non giudicherebbe la schiavitù come contraria al *ius naturale* o alla condizione naturale dell'essere umano, ma alla natura del singolo individuo. Non diversamente da Aristotele egli riterrebbe che la guerra possa rendere schiavo colui che «naturalmente» sarebbe stato libero. Non è però possibile stabilire se per il giurista la schiavitù *contra naturam* riguardi tutti o solamente una parte dei servi, come per Aristotele.

Nonostante la profonda differenza fra il pensiero di Fiorentino e le teorie stoiche è difficile individuare nei frammenti esaminati un contenuto polemico nei confronti di quello stoicismo che, intendendo la schiavitù come condizione spirituale, finiva con il legittimarne l'esistenza come fatto sociale. Forse Fiorentino era conscio della contraddizione fra la teoria dell'*οἰκείωσις* e l'accettazione dell'esistenza della *servitus*. È difficile però pensare che le *Institutiones* possano contenere un tentativo di promuovere un radicale cambiamento dell'ordine costituito. Più probabile è che il giurista ponga in relazione reminescenze aristoteliche e *οἰκείωσις* stoica, senza negare completamente la legittimità di una società schiavistica.

4. Le ragioni di un sincretismo.

Fiorentino unisce all'utilizzo della logica stoica come strumento espositivo del sapere la critica alla stessa come criterio conoscitivo. L'influenza dell'etica della Stoa sul tentativo di fondare l'*oikoumene* non gli impedisce di richiamarsi anche a teorie peripatetiche e medioplatoniche.

Nella ricerca del corretto uso delle parole sembra voler evidenziare l'impossibilità per le teorie linguistiche stoiche di operare concretamente. L'individuazione dell'essenza del vocabolo non è di alcuna utilità se esso non può venir compreso. Sono queste le ragioni della sostituzione del *certum* al *verum*, dell'*usus* al *proprium* in materia di denominazione. Anche nella rivalutazione dei presupposti epistemologici della *fraus* il giurista sembra svolgere una critica implicita alla rigidità della *ratio* stoica. Nonostante la perdita del criterio del vero, egli non rinuncia però ad individuare un modello di comportamento fondato sul *certum* e sull'utile. La coincidenza fra certezza ed utilità non è un dato scontato⁽¹⁵⁰⁾, non costituisce però neppure un pensiero originale del giurista, non solo rispetto ad altri *technitai*, ma anche nei confronti degli stessi giuristi⁽¹⁵¹⁾. È però significativo riscontrarla in un'opera destinata all'*institutio*, a quel tipo di educazione che già Cicerone intendeva

⁽¹⁵⁰⁾ Gli stoici, ad esempio, facevano coincidere *verum* e *certum*: cfr. LOTITO, o.c. 93-115, VIANO, Lo scetticismo cit. spec. 601-606.

⁽¹⁵¹⁾ Cfr. SCARANO USSANI, L'utilità cit. spec. 184-206.

come indicazione di un vero e proprio modello di comportamento⁽¹⁵²⁾.

L'insegnamento della prevalenza del *certum* sul vero non sembra esaurire la propria importanza a livello conoscitivo, ma investe l'intera concezione del diritto. Emblematico è l'atteggiamento del giurista nei confronti del potere normativo imperiale. Quanto stabilisce l'imperatore è in primo luogo una *regula*. Non sarebbe allora un caso che egli ricavi da un provvedimento di Antonino Pio la *regula*: «*In agris limitatis ius alluvionis locum non habere constat*»⁽¹⁵³⁾, o, forse, la circostanza che menzioni le esatte parole del rescritto di Traiano sul testamento dei soldati⁽¹⁵⁴⁾, se si considera che nei manuali istituzionali le citazioni letterali di provvedimenti imperiali sono rarissime. Mancano totalmente in Gaio, sono solamente due in Marciano⁽¹⁵⁵⁾. Fra l'atteggiamento di Fiorentino e quello di Marciano nei confronti dei provvedimenti imperiali c'è però una differenza fondamentale: Marciano interpreta il contenuto della disposizione, lo manipola per trovarvi conferma a quanto scrive⁽¹⁵⁶⁾, in Fiorentino manca invece qual-

⁽¹⁵²⁾ È quanto pare ricavarsi da Cic. *de sen.* 9.29: *An ne illas quidem viris senectuti relinquimus, ut adulescentis doceat, instituat, ad omne officii munus instruat?*

⁽¹⁵³⁾ D.41.1.16 (Fl. 6 inst.).

⁽¹⁵⁴⁾ D.29.1.24 (Fl. 10 inst.) *Divus Traianus Statilio Severo ita rescripsit: «Id privilegium, quod militantibus datum est, ut quoquo modo facta ab his testamenta rata sint, sic intellegi debet, ut utique prius constare debeat testamentum factum esse, quodd et sine scriptura et a non militantibus fieri potest. si ergo miles, de cuius bonis apud te quaeritur, convocatis ad hoc hominibus, ut voluntatem suam testaretur, ita locutus est, ut declararet, quem vellet sibi esse heredem et cui libertatem tribuere: potest videri sine scripto hoc modo esse testatus et voluntas eius rata habenda est. ceterum si, ut plerumque sermonibus fieri solet, dixit alicui: «ego te heredem facio», aut «tibi bona mea relinquo», non oportet hoc pro testamento observari. nec ullorum magis interest, quam ipsorum, quibus id privilegium datum est, eiusmodi exemplum non admitti: alioquin non difficulter post mortem alicuius militis testes existerent, qui adfirmarent se audisse dicentem aliquem relinquere se bona cui visum sit, et per hoc iudicia vera subvertuntur.*

⁽¹⁵⁵⁾ D.28.5.49 (Marc. 4 inst.) e D.36.1.30 (Marc. 4 inst.).

⁽¹⁵⁶⁾ D.28.5.49.2 (Marc. 4 inst.) *Interdum nec cum libertate utiliter servus a domina heres instituitur, ut constitutione divorum Severi et Antonini significatur, cuius verba haec sunt: «servum adulterii accusatum non iure testamento manumissum ante sententiam ab ea muliere videri, quae rea fuerit eiusdem criminis postulata, ratio nis est». quare sequitur, ut in eundem a domina collata institutio nihil momenti habeat., D.36.1.30 (Marc. 4 inst.) Si quis priore facto testamento posterius fecerit testamentum, etiamsi ex certis rebus in posteriores tabulas heredes instituit, superius tamen testamentum sublatum est, ut divi quoque Severus et Antoninus rescripserunt, cuius constitutionis verba rettuli, cum aliqua quoque praeterea in constitutione expressa sunt. «Imperatores Severus et Antoninus Cocceio Campano. Testamento secundo loco factum, licet in eo certarum rerum heres scriptus sit, iure valere, perinde ac si rerum mentio facta non esset, sed teneri heredem scriptum, ut contentus rebus sibi datis aut suppleta quarta ex lege Falcidia hereditatem restituat his, qui priore testamento scripti fuerant, propter inserta fideicommissaria verba, quibus ut valeret prius testamentum expressum est, dubitari non oportet». et hoc ita intellegendum est, si non aliquid specialiter contrarium in secundo testamento fuerit scriptum.*

siasi forma di commento. Non vengono neppure ricordate le circostanze di emanazione del provvedimento. Il giurista si limita a scrivere: «*Divus Traianus Statilio Severo ita rescripsit*». Commentare o interpretare il pensiero dell'imperatore ⁽¹⁵⁷⁾ avrebbe finito con il privarlo del carattere di *ius certum* e quindi della sua «utilità» per l'insegnamento.

Certezza ed utilità non sembrano però sul medesimo piano. Non è l'utile che trova giustificazione nel *certum*, ma il *certum* che viene legittimato dall'utile. In questo modo si spiega anche perché il valore delle teorie stoiche non venga completamente misconosciuto, ma, anzi, sottolineato quando presenti una qualche utilità per il discorso che il giurista intende svolgere.

La koiné culturale emergente dalle *Institutiones* non è semplicemente una «moda intellettuale», da essa infatti Fiorentino ricava quegli elementi che gli consentono di insegnare un diritto utile e certo.

ABSTRACT

In spite of the impossibility — considering our sources' present state — of establishing the identity of the Florentinus author of the libri XII Institutionum, who probably lived at the end of the II or at the beginning of the III century A.D., we can quite easily pick out important cultural suggestions, sometimes apparently in conflict, in his cultural background as a «school-professor». Besides the Stoic influences, especially evident in the use of the dialectical patterns in order to organize the various fragments' contents and in the renewal of the οἰκειωσις, it is also possible to point out Aristotelic items in the well-known definition of *sewitus* belonging to book IX of the Institutiones and Medioplatoic themes in the theories about the appropriate use of vocabula. The presence of these various suggestions, far from denoting our jurist's superficiality or confusion, shows the utilization also in jurisprudential works of the items belonging to the Platonic-Peripatetic-Stoic koiné which is the cultural background of the ruling élite between II and III century A.D. (Main sources: D.19.2.36 [Fl. 7 inst.], D.11.7.42 [Fl. 7 inst.], D.1.1.3 [Fl. 1 inst.], D.18.1.43 [Fl. 8 inst.], D.1.5.4 [Fl. 9 inst.], D.50.16.211 [Fl. 8 inst.], D.34.2.29 [Fl. 11 inst.], Cic.*de offi*1.5.7, 7.20, 17.53-58, 18.59-60, SVF.1.197, Gell.*N.A.*13.25, Sext.*Ernp.adv.math.*2.146-160 e *pyw.h.*2.100, Aristotol.1.6.1255a 5ss).

L'impossibilità — allo stato delle fonti — di identificare il Florentinus autore dei libri XII *Institutionum* attivo probabilmente tra la fine del II e l'inizio del III secolo d.C., non impedisce di individuare alcune suggestioni culturali, talvolta appa-

⁽¹⁵⁷⁾ Non è forse priva di importanza la circostanza che Fiorentino ricordi appunto un rescritto che costituisce l'interpretazione «autentica» di un precedente provvedimento di Traiano sul testamento dei soldati cfr. SCARANO USSANI, II «testamentum militis» nell'età di Nerva e Traiano, in Sodalitas. Scritti Guarino (1984) 3.1394 ove bibl.,

rentemente confliggenti, alla base della sua attività di professore di diritto. Accanto alle influenze stoiche presenti in particolare nell'utilizzo delle tecniche dialettiche per la costruzione dei singoli frammenti e nella ripresa dei contenuti dell'*οἰκείωσις*, è possibile evidenziare anche echi dell'aristotelismo nella ben nota definizione di *servitus* contenuta nel libro IX delle Istituzioni e del medioplatonismo nelle teorie sull'uso corretto dei vocabula. La presenza di motivi di diversa provenienza filosofico-culturale, lungi dal denotare superficialità o disorientamento da parte del giurista, dimostra l'utilizzo anche nella trattazione del ius di quei temi tipici della *koiné* platonico-aristotelico-stoica che costituisce la cultura dell'élite dominante fra II e III secolo d.C. (Testi principali: D.19.2.36 [Fl. 7 inst.], D.11.7.42 [Fl. 7 inst.], D.1.1.3 [Fl. 1 inst.], D.18.1.43 [Fl. 8 inst.], D.1.5.4 [Fl. 9 inst.], D.50.16.211 [Fl. 8 inst.], D.34.2.29 [Fl. 11 inst.], Cic.*de off.*1.5.7, 7.20, 17.53-58, 18.59-60, SVF.1.197, Gell.N.A.13.25, **Sext.Emp.adv.math.2.146-160** e *pyrr.h.*2.100, Aristqol.1.6.1255a 5ss).

ARRIGO D. MANFREDINI

Ius gladii

1. Che cosa era il *ius gladii*. *Ius*, potestas gladii; *ξίφους ἄδεια*.

Criminaljurisdiction⁽¹⁾, Criminalgewalt⁽²⁾, Strafrecht⁽³⁾, the special powers which convey criminal jurisdiction⁽⁴⁾, Halsgerichtshoheit hoher römischen Beamter⁽⁵⁾, l'insieme dei poteri giurisdizionali penali (o almeno di quelli maggiori)⁽⁶⁾. Recht auf Capitalstrafe⁽⁷⁾, Capitaljurisdiction⁽⁸⁾, the power to impose the death sentence⁽⁹⁾, droit de justice capitale et du pouvoir de condamner à la peine de mines⁽¹⁰⁾, alta giurisdizione capitale⁽¹¹⁾.

Al di là di questi ondeggiamenti definitorii, non abbiamo trovato nessuno, in letteratura, che abbia dubitato della identificazione del *ius gladii*

(1) MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, II,1, Berlin 1887-88³, p. 267 s.

(2) «Kriminalgewalt»: PFAFF, sv. *imperium merum*, in RE IX,2, col. 121 s. «Giurisdizione penale nei reati commessi da cittadini romani e punibili con la pena capitale» DE RUGGIERO, sv. *gladius* in DE III, Roma 1962, p. 532.

(3) MOMMSEN, *Staatsrecht*, II,2, Berlin 1887-88³, p. 968, definisce Strafrecht l'ertheilte Schwertrecht del principe che egli delega ai governatori e ai prefetti.

(4) JONES, *I appeal unto Caesar*, ora in *Roman Government and Law*, Oxford 1960, p. 58.

(5) LIEBS, Das *ius gladii* der *römischen* Provinzgouverneure in der Kaiserzeit, in ZPE 43 (1981), p. 223.

(6) SPAGNUOLO VIGORITA, *Imperium mixtum*, in Index 18 (1990), p. 142; «la giurisdizione criminale maggiore»: p. 125.

(7) MOMMSEN, *Staatsrecht*, II,2, cit., p. 968.

(8) MOMMSEN, *Staatsrecht*, II,2, cit., p. 267 s.; *Römisches Strafrecht*, Berlin 1898, p. 243 ss.

(9) GARNSEY, *The criminal Jurisdiction of Governor*, in JRS 58 (1968), p. 55.

(10) PFLAUM, *Les procureurs équestres sous le Haut-Empire romain*, Paris 1950, p. 117.

(11) SANTALUCIA, *Processo penale (diritto romano)*, in ED 36, Milano 1987, p. 352; *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Milano 1989, p. 103 s. MAROTTA, *Multa de iure sanxit*, Milano 1988, p. 200 s. parla di *ius gladii* come della «capacità di mettere a morte i cives Romani e i peregrini». Di giurisdizione capitale sui cittadini parla in *Mandata principum*, Torino 1991, p. 114 s.

con il potere punitivo dei governatori sui cittadini residenti nelle province di loro spettanza.

Potere spinto fino alla pena di morte, come cupamente suggerisce anche il nome, *ius gladii* (1²).

Il potere punitivo, non un potere punitivo.

L'insegnamento mommseniano ha fatto scuola (1³).

2. *Il ius gladii*; secondo Mommsen, non sarebbe altro che la giurisdizione criminale propria dell'imperatore sui cittadini e delegata, stabilmente a partire del III secolo, a tutti i governatori provinciali (1⁴) di rango senatorio (1⁵). Prima di questa epoca, le deleghe, per mandato speciale, circoscritte inizialmente alla sola sfera militare (1⁶), erano conferite caso

(1²) La spada, insegna della potenza imperiale portata dai titolari del *ius gladii* (MOMMSEN, *Staatsrecht*, II,1, cit., p. 270 s.). Perciò l'insegna della spada come distintivo del governatore investito della giurisdizione criminale (op. cit., p. 260 s.). Ma, il *ius gladii*, diritto non di portare la spada bensì di farne uso nella giustizia capitale (op. cit., p. 271 nt. 1). Più significativo il cerimoniale d'investitura (STAT. *sil.* 5,2,176 s.).

(1³) I luoghi principali dell'opera mommseniana ove si tratta più diffusamente del *ius gladii* sono *Strafrecht*, cit., p. 242-245; *Staatsrecht*, II,1, cit., p. 268-271; *Staatsrecht*, II,2, cit., p. 967 s.

(1⁴) Ed altri comandi, come i comandi equestri più elevati, i prefetti del pretorio, dei vigili e della flotta: MOMMSEN, *Staatsrecht*, II,1, cit., p. 270.

(1⁵) A partire dal terzo secolo, il *ius gladii* sarebbe stato delegato stabilmente a tutti i governatori di rango senatorio e quindi perciò non compariva nei loro titoli; mentre quando era eccezionalmente attribuito a un governatore di rango equestre, figurava nella titolatura. Questa opinione di MOMMSEN (*Strafrecht*, cit., p. 244) largamente seguita in passato (DE RUGGIERO, sv. *gladius*, cit., 332 s.) ci sembra che ancor oggi tenga il campo. Lo stesso GARNSEY, che ha tutt'altre idee circa l'assetto del *ius gladii* nel III secolo (cfr. nt. 22), in *The criminal Jurisdiction of Governors*, cit., p. 52, analogamente spiega il fatto che nelle iscrizioni il *ius gladii* ricorra solo in connessione con tre tipi di ufficiali: procuratori di province ordinari e straordinari e comandi militari straordinari. Alla opposta tesi di PFLAUM, *Les procurateurs équestres*, cit., p. 117 ss., secondo cui il *ius gladii* veniva concesso per implicito anche a tutti i governatori di rango equestre, reagisce LIEDS, *Da ius gladii*, cit., p. 217 ss., il quale assume che fino ad età diocleziana i governatori equestri necessitavano di particolari concessioni. SPAGNUOLO VIGORITA, *Imperium mixtum*, cit., p. 240 ss., suggerisce di distinguere tra equestri che supplivano governatori senatorii e equestri cui veniva conferito un governo ordinario della provincia: i primi non avevano bisogno di un conferimento speciale, i secondi sì.

(1⁶) Sulla scaturigine militare del *ius gladii*, come giurisdizione illimitata, a partire da età augustea, dei governatori comandanti d'armata sui cittadini soldati: MOMMSEN, *Staatsrecht*, II,1, cit., p. 270, dove è citato alla nt. 2, come base testuale, il disputatissimo Dio 53,13,6 s. insieme con Dio 53,14,5. Sul primo passo di Dione v. JONES, *I appeal to Caesar*, cit., p. 60, il quale spinge l'indicazione ivi contenuta di un diritto a portare la spada come proprio dei comandanti che hanno il potere di morte sui loro soldati, fino a sostenere che questo *ius gladii* illimitato dei comandanti militari sui cittadini soldati — il vero *ius gladii* di cui parlano le fonti anche epigrafiche — nulla avrebbe avuto in comune con la giurisdizione criminale sui civili attribuita ai governatori dopo il 212, chiamata *ius gladii* o *imperium merum* in

per caso e non a tutti i governatori⁽¹⁷⁾.

In forza del ius gladii, i governatori potevano giudicare anche capitalmente i cittadini romani residenti nelle province, senza doverli inviare a Roma davanti al tribunale imperiale come l'istituto della provocatio avrebbe comandato⁽¹⁸⁾. Solo certe categorie di persone si potevano sottrarre a così ampio potere repressivo ed era loro accordato, par di capire, ancora il giudizio a Roma⁽¹⁹⁾. Poteva anche accadere che, a determinati governatori, fosse imposta la restrizione di non eseguire la sentenza se non c'era stato l'appello al principe⁽²⁰⁾.

Con l'affermarsi — all'indomani della concessione a tutte le città dell'impero del diritto di cittadinanza — della divisione tra honestiores e humiliores, si sarebbe finito con l'ammettere solo per gli honestiores (salvo in caso di necessità) la possibilità di provocare-appellare all'imperatore contro la sentenza dei governatori: metre per gli humiliores

sensu atecnico e per tradizione popolare. GARNSEY, *The criminal Jurisdiction of Governors*, cit., p. 52, valorizzando, accanto a DIO 53,13,6 s. ove appunto è parola del potere di giurisdizione dei legati Augusti sui soldati, DIO 53,14,5 ove è attestato un potere di uccidere τοῖς ἀρχομένοις nei proconsoli, e i «sottoposti» potrebbero essere civili e militari, avanza l'idea che il primo fosse un aspetto del secondo e che da sempre ius gladii abbia significato potere di giustiziare un cittadino, civile o militare. Sui passi di Dione v. anche LIEBS, *Das ius gladii*, cit., p. 218.

⁽¹⁷⁾ MOMMSEN, *Strafrecht*, cit., p. 244.

⁽¹⁸⁾ MOMMSEN, *Staatsrecht*, II,1, cit., p. 269; *Strafrecht*, cit., p. 242 s. In forza della lex Iulia de vi, quando il processo tendeva all'applicazione di una pena privativa della libertà, il governatore pronunciava la sentenza di condanna sotto forma di proposta all'imperatore. Se si trattava di un crimine capitale, il governatore doveva astenersi dal sentenziare e doveva inviare l'accusato davanti al tribunale imperiale. Nel pensiero di JONES, *I appeal to Caesar*, cit., p. 54 s., il meccanismo della provocatio si precisa diversamente. Anzitutto l'a. rileva che se il cittadino non appellava formalmente, il processo e l'esecuzione potevano avere luogo. Solo all'inizio del II secolo la provocatio formale non era più necessaria e sembra fosse invalsa la pratica di non inviare più gli accusati a Roma ma di tenerli sotto custodia in attesa della risposta dell'imperatore per l'esecuzione. Sarebbero tuttavia riconoscibili, nelle fonti, dei casi di usurpazione della provocatio (JONES, *I appeal to Caesar*, cit., p. 56) o esercizio abusivo del ius gladii; ma anche casi in cui la esecuzione capitale senza provocatio era lecita, e ciò doveva dipendere dallo status del governatore, che fosse, ad esempio proconsole o semplice procuratore (p. 57) o dalla exercitio pubblici iudicii che era inappellabile (loc. cit.).

⁽¹⁹⁾ MOMMSEN, *Staatsrecht*, II,1, cit., p. 271: i principes e i centurioni (DIO 52,23,24), per analogia, gli ufficiali di rango equestre, i decurioni dei municipii (D.48,19,27,1-2) e i senatori. In *Strafrecht*, cit., p. 244 s. parla di nobiltà senatoria ereditaria e di detentori del cavallo pubblico investiti di una nobiltà personale. Non è chiaro, quando l'a. parla di persone sottratte al ius gladii, se intenda persone che erano inviate direttamente a Roma o se al tribunale imperiale erano rimessi gli atti processuali e si restava in attesa della sentenza, ovvero se tali persone erano anche giudicate dal governatore e solo per la esecuzione della sentenza si attendeva l'approvazione del principe (cfr. ntt. 26-27).

⁽²⁰⁾ MOMMSEN, *Strafrecht*, cit., p. 244. Una prova sarebbe il caso dei cristiani di Lione, avutosi sotto Marco Aurelio, su cui *Eus. hist. ecc.* 5,1,44.47.

il *ius gladii* sarebbe stato inappellabile⁽²¹⁾.

3. Da un po' di tempo l'insegnamento mommseniano, per quanto concerne questo tema della giurisdizione criminale dei governatori provinciali in età imperiale, non è più tenuto per oro colato.

È stato ridisegnato l'«andamento»⁽²²⁾ del *ius gladii*, con la tendenza a

⁽²¹⁾ MOMMSEN, *Strafrecht*, cit., p. 245.

⁽²²⁾ JONES, *I appeal to Caesar*, cit., p. 61, sostiene che il *ius gladii*, esercitato sui civili, sia stato attribuito ai governatori, per legge o sematoconsulto, solo a partire dal 212. Ma nel chiamare *ius gladii* questo generale potere di punizione, cioè l'*imperium merum*, Ulpiano, in D.2,1,3, avrebbe usato un linguaggio atecnico perché in realtà il vero *ius gladii* non sarebbe il potere di giurisdizione (limitata) sui civili ma quella illimitata dei comandanti militari sui soldati (cfr. nt. 16). Questo, il vero *ius gladii*, il solo di cui parlerebbero le fonti soprattutto epigrafiche (p. 16). Per tornare al *ius gladii* in senso atecnico, cioè la giurisdizione dei governatori sui civili, per l'a. (op. cit., p. 57 ss.), alle soglie del terzo secolo, con l'assegnazione stabile del così detto *ius gladii* ai governatori di rango senatorio a partire dal 212, tutti i cittadini romani, tranne gli *honestiores*, erano sottoposti al potere repressivo dei proconsoli, dei legati Augusti e di altri giudici. Essi potevano essere percossi senza processo e potevano essere condannati a morte ma era fatto salvo l'appello ordinario al principe (diversamente limitato, tra l'altro dall'*exercitio* pubblici iudicii che non ammetteva appello: cfr. *infra*, nt. 24). Si trattava di un normale appello sospensivo (diverso dalla *provocatio*, che faceva sospendere il giudizio, non la sentenza del governatore). Gli *honestiores* invece avrebbero conosciuto una accentuazione dei loro privilegi. Costoro infatti, forse anche se stranieri, avevano già prima del 212 e conserveranno in seguito, il diritto di essere giudicati, per crimini capitali, dal principe, giudice unico anche per condanna alla deportazione o alla confisca; inoltre non potevano essere sottoposti alla fustigazione. In conclusione, prima del 212, il *ius gladii*, come potere di esecuzione capitale, si poteva esercitare solo sui cittadini soldati. I casi in cui risultano eseguiti, senza esercizio della *provocatio*, dei cittadini non soldati (a parte gli abusi) si spiegano con la *exercitio* pubblici iudicii: cfr. nt. 24). L'opinione di GARNSEY, *The criminal jurisdiction of Governors*, cit., p. 52 ss., postula anzitutto (v. nt. 16) che il *ius gladii*, fin dal suo sorgere, avrebbe designato il diritto di condannare a morte militari e civili cittadini. Tutti i governatori provinciali avrebbero avuto tale giurisdizione capitale, prima del III secolo e prima del 212; almeno dall'età Giulio-Claudia se non in età tardorepubblicana (p. 55 s.). Tutto ciò sarebbe inoppugnabilmente provato dalle fonti giuridiche (p. 53. s.). All'opposto, si potrebbe notare una progressiva tendenza al restringimento del potere repressivo dei governatori (appunto con la sottrazione della giurisdizione sui decurioni, delle condanne alla deportazione e quindi alla confisca) che non si spiegherebbe con una concessione generale solo a partire dal 212. Fino ad origine era vietata la esecuzione sommaria, non quella giudiziale, dei cittadini (p. 54). Naturalmente, il potere di eseguire i cittadini dipendeva dal fatto che l'appello non avesse respinto la sentenza. E l'appello-*provocatio* non sarebbe mai venuto meno a favore dei cittadini, dovendosi respingere l'idea mommseniana che nell'età del Severi la sola *provocatio* esistente fosse quella che consentiva alle classi elevate, provinciali e municipali, di accedere direttamente il tribunale imperiale per i più gravi crimini che comportavano la più grave (per loro) pena della deportazione (p. 54). Per quel che concerne l'interrogativo se tutti o solo alcuni dei governatori avessero tale potere di esecuzione, si dovrebbe dimostrare che coloro i quali risultano di non averlo usato, non la hanno usato perché non ce l'avevano e non perché intimoriti e in-

coglierne addirittura la derivazione dall'*imperium* dei magistrati repubblicani⁽²³⁾. Il suo contenuto è stato scavato fino all'emersione di un'«area repressiva» che si pretende particolare⁽²⁴⁾. Le sue procedure, approfondite⁽²⁵⁾. I limiti di questo potere continuano ad essere riconosciuti pressoché unanimemente⁽²⁶⁾. Non c'è unanimità invece sul punto dei rapporti tra provocatio ad *populum* e appellatio all'imperatore⁽²⁷⁾, punto del resto

certi nell'uso, come Plinio che chiedeva raggugli a Traiano (p. 53 s.). Anche MAROTTA, *Multa de iure sanxit*, cit., p. 238, suppone che nel II secolo il ius gladii fosse concesso a tutti i governatori di rango senatorio.

⁽²³⁾ SARTORI, La repressione penale nelle province, in *Acme*, 23 (1970), p. 3 ss. L'a. per un verso batte la strada tracciata da GARNSEY, ma estremizzandola, sostenendo che il ius gladii non sarebbe un vero e proprio diritto determinato, di nascita recenziore, ma un potere da sempre inerente nella competenza dei governatori (quindi anche quelli di età repubblicana), vale a dire la tradizionale illimitata coercitio dei magistrati maggiori che le leggi di provocazione, soprattutto deboli ed evanescenti per i cittadini fuori Roma, avrebbero stentato ad arginare. Solo in una imprecisabile data del principato, per ragioni di riequilibrio di forze tra principe e governatori, si sarebbe «rifondato» questo potere e costruito come *ius gladii*, cioè si sarebbero dati un nome nuovo e precise delimitazioni a un potere da sempre inerente alla funzione di governatore.

⁽²⁴⁾ Rinviamo alla nota tesi, del resto assai criticata, così detta della *exercitio publici iudicii* di JONES, *I appeal unto Caesar*, cit., p. 58; *Imperial and senatorial Jurisdiction in the early Principate*, in *Historia* 33 (1955), ora in *The Criminal Courts of the Roman Republic and Principate*, Oxford 1972, p. 93 s., 97. Secondo questa tesi, i governatori, assistiti da un *consilium*, fin dall'età Giulio-Claudia, avevano ricevuto con legge la giurisdizione illimitata sui cittadini per la materia dei crimini propri della *leges iudiciorum publicorum*. Cauti apprezzamenti in SPAGNUOLO VIGORITA, *Imperium mixtum*, p. 139.

⁽²⁵⁾ Per tutti, MOMMSEN, *Strafrecht*, cit., p. 346 ss.; LAURIA, *Accusatio-Inquisitio*, in *Atti acc. scien. mor. pol. Napoli* 56 (1933), ora in *Studi e ricordi*, Napoli 1983, p. 286 ss.; MAROTTA, *Mandata principum*, cit., p. 166 ss.

⁽²⁶⁾ Rispetto a MOMMSEN, *Strafrecht*, p. 245, che, come si è visto, riteneva il ius gladii illimitato nei confronti degli *humiliores* (così anche PFLAUM, *Les procurateurs équestes*, cit., p. 125), oggi si tende a riconoscere che tutti i cittadini avevano il diritto all'appello (JONES, *I appeal to Caesar*, p. 63 ss.) anche se il governatore aveva il potere di limitarlo [GARNSEY, *The lex Iulia and Appeal under the Empire*, in *JRS* 56 (1966), p. 187, spec. 189; *The criminal Jurisdiction of Governors*, cit., spec. p. 54; restrittivamente, LIEBS, *Das ius gladii der römischen Provinzgouverneure in der Kaiserzeit*, cit., p. 221 s.] Sui due schemi delle *remissiones* (con il caso del rinvio al tribunale imperiale del *reus* e il caso della rimessione della sola relazione istruttoria) e dell'appellatio, v. MAROTTA, *Multa de iure sanxit*, cit., p. 226 ss. Per le attestazioni, contemporaneamente del diritto di appello e dei soprusi nell'esercizio, v. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, cit., p. 104 ss., il quale opportunamente richiama D.49,1,25 = P.Oxy. 2104; PS 5,35,2; C.Th.11,36,7 (= C.7,65,2 pr.); D.49,1,16; D.49,1,13,1. Va ricordata anche la asserita illimitatezza del ius gladii quando questo si attuava come una *exercitio publici iudicii*, su cui, retro nt. 24; e, da ultimo, la illimitatezza se ricorrevano casi di urgenza; aspetto, quest'ultimo, segnalato quasi distrattamente dagli studiosi (cfr. *infra*).

⁽²⁷⁾ Della opinione di MOMMSEN si è detto (cfr. retro, ntt. 18-19). Secondo JONES, *I appeal to Caesar*, cit., p. 57; *Imperial and senatorial Jurisdiction*, cit., p. 86 ss., prima (della concessione del ius gladii) c'era l'appello-provocatio che sottraeva il

piuttosto oscuro anche nel pensiero di Mommsen⁽²⁸⁾.

Ma almeno due aspetti, da quel che ci consta, restano indiscussi: 1) la identificazione del *ius gladii* con la complessiva giurisdizione criminale⁽²⁹⁾ del governatore provinciale e l'esserne, il *ius gladii*, la denominazione tecnica. Che poi spesso, piuttosto che di giurisdizione criminale, si parli, più riduttivamente, di giurisdizione capitale⁽³⁰⁾, non cambia niente. Nel fondo del pensiero di ogni autore traspare l'idea che il *ius gladii* fosse il potere punitivo, globalmente inteso, dei governatori provinciali; 2) che si trattasse di un potere ordinariamente limitato.

Ma di questi due assunti siamo sicuri? Che si trattasse di potere normalmente limitato e che fosse il potere punitivo?

Potere limitato o illimitato. Potere generale o speciale. Giurisdizione o giustizia sommaria. Ce n'è abbastanza per tentare una ridefinizione del *ius gladii*, almeno quale si configura nelle fonti tecniche a partire dal III secolo.

4. Partiamo dal significato di *imperium merum*.

È opinione veramente comune, di chiara derivazione mommseniana⁽³¹⁾, che *imperium merum* e *ius gladii* siano la stessa cosa⁽³²⁾. Complice, un passo di Ulpiano che, in effetti, sembra identificarli, in contrapposi-

reo al governatore; dopo (la attribuzione del *ius gladii*) c'era l'appello-appellatio che sospendeva la sentenza. A questo tutti avevano diritto e la vecchia procedura dell'appello-provocatio restava appannaggio degli honestiores. Particolare è la tesi di GARNSEY, *The lex Iulia and Appeal under the Empire*, cit., p. 167 ss.; *The criminal Jurisdiction of Governors*, cit., p. 54. L'a. sostiene che la forma unica di appello al governatore, cui erano ammessi teoricamente tutti i cittadini, è restata immutata per l'intero periodo, e si trattava di un appello after sentence; ma non per questo era cosa diversa dalla provocatio in quanto la provocatio, secondo l'insegnamento di Kunkel, era «successiva» perché appello alla sentenza del *consilium*. I privilegi degli honestiores sarebbero stati disciplinati completamente al di fuori dell'appello before trial. Nega invece qualsiasi derivazione dell'appello dalla provocatio, SANTALUCIA, sv. Processo penale (dir. rom.), cit., p. 351.

⁽²⁸⁾ In *Strafrecht*, cit., p. 243 (cfr. la nt. 19), l'a., per dimenticanza o deliberatamente, considera gli appartenenti ai ceti elevati direttamente sottoposti al giudizio, appellabile, del governatore, senza fare cenno al fatto che in questi casi è variamente attestata a competenza imperiale a giudicare (v. i rilievi di GARNSEY, *The criminal Jurisdiction of Governors*, cit., p. 54; MAROTTA, *Multa de iure sanxit*, cit., p. 244 nt. 106). Ma senza dubbio più sconcertante è l'idea che gli *humiliores* non avessero diritto all'appello, non foss'altro perché l'a., in *Staatsrecht*, II,2, p. 971, sostiene che il *ius gladii*, in quanto giurisdizione delegata, era sempre appellabile, prima al principe poi ai prefetti del pretorio.

⁽²⁹⁾ Cfr. retro, ntt. 1-6.

⁽³⁰⁾ Cfr. retro, ntt. 7-11.

⁽³¹⁾ Ci limitiamo a rinviare a *Strafrecht*, cit., p. 243.

⁽³²⁾ *Ius* o potestas gladii o *imperium merum*. Per tutti: DE RUGGIERO, sv. gladius, cit., p. 532; JONES, *I appeal unto Caesar*, cit., p. 58 passim; GARNSEY, *The criminal Jurisdiction of Governors*, cit., p. 51; SPAGNUOLO VIGORITA, *Imperium mixtum*, cit., p. 125.

zione (che in fondo rinvia alle due «sfere» della giustizia, rispettivamente criminale e civile), all'imperium mixtum.

D.2,1,3 (Ulp. 2 de *off. quaest.*): Imperium aut merum aut mixtum est. Merum est imperium habere gladii potestatem ad animadvertendum facinorosos homines, quot etiam potestas appellatur. Mixtum est imperium, cui etiam iurisdictio inest, quod in danda bonorum possessione consistit. Iurisdictio est etiam iudicis dandi licentia⁽³³⁾.

Poiché l'imperium *merum* di cui si tratta è la proiezione teorica della giurisdizione criminale del proconsole⁽³⁴⁾ (è a lui e ai suoi legati che si pensa nel dibattito dei giuristi severiani sul mandato di giurisdizione), la apparente identificazione tra imperium *merum* e ius gladii, presente nel passo di Ulpiano, conferisce al ius gladii quell'idea di generalità dei poteri repressivi del governatore provinciale, di *Criminaljurisdiction*, abbastanza diffusa, come si è detto, nel pensiero storiografico moderno.

Ma di Cuiacio, riprendiamo una osservazione che condividiamo pienamente e che, forse, è la via di volta per una più corretta comprensione del ius gladii, quale almeno si è configurato nell'età severiana e successiva, fino a Giustiniano.

Secondo Cuiacio il ius *gladii* non sarebbe l'imperium *merum*, ma una sua componente, forse la sua parte maggiore, ma pur sempre una parte.

In uno dei tanti luoghi in cui si è occupato dell'argomento⁽³⁵⁾, così Cuiacio commenta il passo di Ulpiano sopra riportato: Definitur autem in hac lege utrumque imperium non exacte, vel non ornino ex arte, sed per exempla; lo *ius gladii* è la *maior pars dell'imperium merum*, l'animadversio quae vitam extorquet: a *maiori parte meri imperii confecta definitio est: maior pars est potestas gladii ...*⁽³⁶⁾ nam praeter gladii potestatem merum imperium complectitur omnem aliam facinorum graviorem coercionem, veluti damnationem in metallum, vel in opus publicum, deportationem in insulam et relegationem, et publicationem omnium bonorum, et generaliter omnem iudicii publici exercitationem legibus publicorum iudiciorum, veluti Julia aut Cornelia aut Fabia delegatam⁽³⁷⁾.

⁽³³⁾ Sul passo, da ultimo, SPAGNUOLO VIGORITA, Imperium mixtum, cit., p. 123.

⁽³⁴⁾ Sulla proposta di correggere l'*inscriptio* del passo di Ulpiano in *libro secundo de officio proconsulis*, v. LIEBS, Das ius gladii der römischen Provinzgouverneure in der Kaiserzeit, cit., p. 218 s.

⁽³⁵⁾ Cioè il tema della iurisdictio mandata e dei rapporti tra imperium *merum* e imperium mixtum, J. CUJACII, Opera, VI, Prati 1839, col. 565 ss.; VII, cit., col. 84 ss.

⁽³⁶⁾ CUJACII, Opera, VII, cit., col. 121.

⁽³⁷⁾ CUJACII, op. ult. cit., col. 122.

Importantissima ci sembra questa osservazione di Cuiacio circa l'intento meramente esemplificativo di Ulpiano nell'accostare il *ius gladii* all'imperium *merum* (come, del resto, fa anche per l'imperium *mixtum* di cui sono dati solo alcuni esempi). Un rapporto di genere e specie. L'*imperium merum*, che si può definire come la generale potestà repressiva, si articola in parti differenziate, in poteri diversi che vanno dall'*animadvertere*, cioè gladio punire (*ius gladii*), alla funzione connessa all'exercitio publici iudicii, al *ius damnandi in metallum*, *ius relegandi*, confiscandi ed altro.

5. La stessa concezione di imperium *merum*, come insieme di poteri repressivi, traenti, alcuni di essi, origine dalla legge pubblica o da senatoconsulto o da costituzioni imperiali, viene fuori da un celebre passo di Papiniano, anch'esso relativo, come il precedente di Ulpiano, al noto problema del mandato di giurisdizione e riferito alla giurisdizione del proconsole⁽³⁸⁾. Si veda

D.1,21,1 *pr.* (Pap. 1 quaest.): Quaecumque specialiter lege vel senatus consulto vel constitutione principum tribuuntur, mandata iurisdictione non transferuntur; quae vero iure magistratus competunt, mandari possunt. et ideo videntur errare magistratus, qui, cum publici iudicii habeant exercitionem lege vel senatus consulto delegatam, veluti legis Iuliae de adulteriis et si quae sunt aliae similes, iurisdictionem suam mandant. huius rei fortissimum argumentum, quod lege Iulia de vi nominatim cavetur, ut is, cui optigerit exercitio, possit eam si proficiscatur mandare: non aliter itaque mandare poterit, quam si abesse coeperit, cum alias iurisdictionem etiam a praesente mandetur. et si a familia dominus occisus esse dicetur, cognitionem praetor, quam ex senatus consulto habet, mandare non poterit. 1. Qui mandatum iurisdictionem suscepit, proprium nihil habet, sed eius qui mandavit iurisdictione utitur. verius est enim more maiorum iurisdictionem quidem transferri, sed *merum* imperium quod lege datur non posse transire: quare nemo dicit animadversionem legatum proconsulis habere mandata iurisdictione.

'Qualunque potere di repressione criminale (quaecumque), specialmente attribuito con legge, senatoconsulto o costituzione imperiale, non può essere demandato e quindi sbagliano i magistrati — i quali abbiano avuto attribuita, con legge o senatoconsulto, la exercitio di un iudicium publicum — se demandano la loro giurisdizione; così il pretore se domanda la cognitio che gli è stata attribuita per SC in caso di uccisione del dominus da parte della familia servile: è infatti certamente vero che, more *maiorum*, l'imperium *merum* non è demandabile: per la qualcosa nessuno

⁽³⁸⁾ SPAGNUOLO VIGORITA, *Imperium mixtum*, cit., p. 139, circa la tematica del mandato di giurisdizione posta dal passo di Papiniano, osserva che d'intero brano è costruito sul caso che i giuristi consideravano solitamente esemplare di tale mandato, quello della delega dal proconsole al legato).

dice che il legato del proconsole abbia l'*animadversio* per giurisdizione demandata'.

Le singole «componenti» o «settori» della giurisdizione criminale (per esempio, pubblici iudicii *exercitio*, *cognitio ex SC.*)⁽³⁹⁾ si fondono idealmente, nel pensiero di Papiniano, nell'*imperium merum* (si è osservato: *a...* anche per la giurisdizione criminale dei proconsoli era dunque awertita la distinzione tra procedimenti fondati su leggi pubbliche (*iudicia publica*), senatoconsulti o costituzioni imperiali ... altro problema è se ciò avesse qualche conseguenza sul piano procedurale ...)»⁽⁴⁰⁾.

Imperium merum, quindi, concetto generale di punizione criminale, il quale *verius est ... non posse transire*. 'E quindi', riprende Papiniano, 'nessuno sosteneva che, con mandato di giurisdizione, il legato del proconsole potesse ricevere la *animadversio*': se Papiniano, dopo aver già detto che l'*imperium merum* non poteva essere delegato, riprende il discorso, non può farlo che per esemplificare; quindi l'*imperium merum* e l'*animadversio* non sono la medesima cosa ma quest'ultima è un esempio, quindi una parte del primo⁽⁴¹⁾

6. Lo stesso si ricava da

D.1,16,11 (Ven. Sat. 2 *off. proc.*): Si quid erit quod maiorem animadversionem exigit, reicere legatus apud proconsulem debet: neque enim animadvertendi coercendi vel atrociter verberandi ius habet⁽⁴²⁾.

⁽³⁹⁾ Resta fuori dalle esemplificazione di Papiniano un altro potere repressivo del governatore, quello di *multam dicere*: D.50,16,131 (Ulp. ad l. *Iuliam* et *Papianam*), su cui MAROTTA, *Mandata principum*, cit., p. 101 ss.; SPAGNUOLO VIGORITA, *Imperium mixtum*, cit., p. 145 nt. 52.

⁽⁴⁰⁾ SPAGNUOLO VIGORITA, *Imperium mixtum*, cit., p. 139, il quale opportunamente richiama un passo di Macro dal libro 2 de *officio praesidis* (D.48,19,12) ove è parola di *iudicia publica* e genera *criminum*.

⁽⁴¹⁾ SPAGNUOLO VIGORITA, *Imperium mixtum*, cit., p. 120 assume, all'opposto, che tutte le funzioni punitive del *principium* siano ricomprese nel termine *animadversio* del paragrafo 1. Ne dubitiamo, per il prevalente significato di *animadvertere*, nelle fonti giurisprudenziali, nel senso di «punire capitalmente», a nostro parere con una accentuazione del profilo, se non della esecuzione sommaria, almeno dell'urgenza e della natura non comune dell'illecito (questo vale per D.1,18,13 pr., su cui *infra*, e 48,24,1, brani di Ulpiano, tratti rispettivamente dal libro 7 e 9 de *officio proconsulis*. Si potrebbe obiettare che è anche parola di una *maior animadversio* (D.1,16,11) la quale potrebbe far pensare a un significato di *animadvertere* nel generico senso di «punire» (*maior animadversio* come il potere di infliggere pene più gravi: SPAGNUOLO VIGORITA, *op. cit.*, p. 143). Ma perché non pensare ad una *animadversio*, cioè a una repressione capitale che è *maior* (aspra) in quanto non garantita dalle forme processuali e sottratta all'appello?

⁽⁴²⁾ Sul passo, LAURIA, *Iurisdictio*, in *Studi Bonfante*, II, Milano 1930, ora in *Studi e ricordi*, cit., p. 105. Di descrizione del potere proconsolare parla GARNSEY, *The criminal Jurisdiction of Governors*, cit., p. 53 e traccia un parallelo con Ulpiano D.1,18,6,8. MAROTTA, *Multa de iure sanxit*, cit., p. 226 nt. 57, intende riferito il pas

La animadversio, la coercitio, la atrociter verberatio rinviano a diverse funzioni repressive proprie del proconsole e che non possono essere esercitate dal legato.

Quindi, l'*imperium merum* del governatore provinciale, come la risultate di differenti poteri, di modi diversi di esercizio della funzione punitiva. E in ciò Papiniano e Vanuleio Saturnino ci paiono confermare la lettura esemplificativa del passo di Ulpiano fatta da Cuiacio, di cui sopra, la quale non consente di identificare l'*imperium merum* con il *ius gladii*, essendo questo una parte del primo.

7. Del resto, l'idea del *ius gladii* come potere speciale di punizione, che lasciava fuori di sé altre forme repressive, che non esauriva in sé la funzione giurisdizionale del governatore delle province, ci sembra confermata dalle seguenti attestazioni.

Si legga, ad esempio,

D.1,16,6 pr. (Ulp. 1 *off. proc.*): ... nec enim potest quis gladii potestas sibi datam vel cuius alterius coercionis ad alium transferre, nec liberandi igitur reos ius, cum accusari apud eum non possint⁽⁴³⁾.

Orbene, esiste una potestas di coercizione «altra» rispetto allo *ius gladii*, la quale non si può ad alium *transferre* e che perciò non può identificarsi con la modica coercitio che può trasmettersi mandata *iurisdictio*ne⁽⁴⁴⁾.

Leggiamo ancora in

D.1,18,6,8 (Ulp. 1 *opin.*): Qui universas provincias regunt, ius gladii habent et in metallum dandi potestas eis permissa est⁽⁴⁵⁾.

so ai giudizi nei quali fosse in pericolo la vita, lo status o la dignità dell'accusato. Da ultimo, SPAGNUOLO VIGORITA, *Imperium mixtum*, cit., p. 120.

⁽⁴³⁾ SPAGNUOLO VIGORITA, *Imperium mixtum*, cit., p. 120. Cfr. D.50,17,70.

⁽⁴⁴⁾ D.1,21,5,1 (Paul. 18 ad Plaut.): Mandata iurisdictione privato *etiam imperium* quod non est *merum* videtur *mandari*, quia iurisdictione *sine* modica *coercitione* nulla est. Sul passo, SPAGNUOLO VIGORITA, *Imperium mixtum*, cit., p. 122.

⁽⁴⁵⁾ Passo centrale nella definizione della giurisdizione criminale dei governatori provinciali come *ius gladii* e base testuale dell'opinione che tutti i governatori (di rango senatorio) ne fossero titolari nell'età di Ulpiano. Tra gli altri: MOMMSEN, cit., p. 243 nt. 2; SANTALUCIA, I libri *opinionum* di Ulpiano, II, Milano 1971, p. 34 ss. Riprende l'idea della paternità non ulpiana, LIEDS, Das *ius gladii*, cit., p. 217. V. anche GARNSEY, *The criminal Jurisdiction of Governors*, cit., p. 51; a p. 53 l'a. traccia un parallelo con il passo di Saturnino di D.1,16,11 nel senso che il *ius gladii* di cui parla Ulpiano coinciderebbe con il *ius animadvertendi* (di Saturnino) e la in *metallum* dandi potestas del passo di Ulpiano sarebbe un aspetto del ius coercendi di cui è parola nel passo di Saturnino. PFLAUM, Les procurateurs équestres, cit., p. 117 e p. 125, intende alla lettera il passo ulpiano come una definizione esaustiva del potere repressivo dei governatori, i quali pertanto avrebbero stati titolari del diritto di giustizia capitale (*ius gladii*) e del potere di condannare alle miniere.

La descrizione — per esempi e non esaustiva — dell'*officium* repressivo del praeses emerge con evidenza. La presenza di una potestas in *metallum* dandi accando al ius gladii basta da sé a confortarci nell'idea che, almeno dai giuristi severiani, si intendesse il ius gladii come una parte dell'*imperium merum*, ovvero della complessiva giurisdizione criminale del governatore.

8. Se il ius gladii, in quanto parte, forse la più importante, in cui si articolava l'*imperium merum*, non può essere definito come il tutto — cioè Criminaljurisdiction —, non pienamente esauriente ci sembra l'altra — poco convinta — definizione, largamente corrente, di ius gladii come Capitaljurisdiction⁽⁴⁶⁾.

È fuori discussione che il ius gladii attenesse al potere di mandare a morte. A parte le testimonianze letterarie⁽⁴⁷⁾, che depongono in questa direzione, Ulpiano, nel passo che sopra abbiamo visto⁽⁴⁸⁾, lo dice chiaramente che la potestas gladii dava la possibilità di animadvertere, che vuole dire sicuramente mandare a morte⁽⁴⁹⁾.

Escluderemmo senz'altro, perché opinione inspiegabilmente restrittiva e in contrasto con le fonti⁽⁵⁰⁾, che si trattasse del potere di condannare alla sola pena del gladium⁽⁵¹⁾.

Nello stesso tempo tenderemmo a respingere l'idea del ius gladii come di un potere di punizione capitale che si svolgesse obbligatoriamente in determinate forme processuali, nel tendenziale rispetto del principio di legalità e della corrispondenza tra crimine e pena che, sulla base delle leggi pubbliche, dei senatoconsulti e delle costituzione⁽⁵²⁾ si erano venuti progressivamente ponendo; di un potere che trovava, oltre che derivazione⁽⁵³⁾, anche il suo limite nell'autorità imperiale⁽⁵⁴⁾.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. retro.

⁽⁴⁷⁾ Ampie citazioni nei luoghi mommseniani di cui alla nt. 13. Aggiungiamo Soc. hist. eccl. 3,12 (Migne, PG 67 col. 412).

⁽⁴⁸⁾ D.2,1,3: *Imperium aut merum aut mixtum est, Merum est imperium habere gladii potestatem ad animadvertendum facinorosos homines ...*

⁽⁴⁹⁾ MOMMSEN, Strafrecht, cit., p. 911 e nt. 1, p. 924 nt. 3.

⁽⁵⁰⁾ In D.48,19,8,1 (Ulp.9 *de off. proc.*) Ulpiano, nel dare un quadro delle pene che *vitam adimant* (D.48,19,6,2) e dal punto di vista del sistema in uso in provincia, dice che *vita adimitur, ut puta si damnatur aliquis, ut gladio in eum animadvertatur*. Non si tratta che di un modo di esecuzione capitale, senz'altro largamente praticato.

⁽⁵¹⁾ Così, ad esempio, in CUJACII, Opera, VII, cit., col. 122; DE RUGGIERO, sv. gladius, cit., p. 532.

⁽⁵²⁾ GIOFFREDI, I principi del diritto penale romano, Torino 1970, p. 20 ss.

⁽⁵³⁾ La giurisdizione criminale dei governatori, cioè il ius gladii, delegata dall'imperatore, inizialmente con mandati speciali, e poi stabilmente e tacitamente a partire dall'età dei Severi: MOMMSEN, Staatsrecht, II,1, cit., p. 270; Strafrecht, cit., p. 243. Potere, il ius gladii, senz'altro concepito dai giuristi severiani come «dato» anche se non sempre e non solo dal principe: SPAGNUOLO VIGORITA, *Imperium mixtum*, cit., p. 142.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. retro, nt. 26.

9. Secondo noi, le deboli tracce lasciate dalle fonti giurisprudenziali e dalle costituzioni bassoimperiali, unite ad alcune testimonianze atecniche, conducono a una visione del *ius gladii* abbastanza lontana da quella corrente: non potere ordinario e generale di punizione capitale su cittadini e stranieri, limitato dall'appello al principe, ma potere di punizione anche capitale per i soli casi di necessità ed urgenza, sottratto a garanzie processuali e sicuramente inappellabile.

Vediamo di dimostrare l'assunto facendo fondamentalmente due rilievi.

Con il primo vogliamo richiamare l'attenzione sul fatto che la sola, per così dire, definizione tecnica del *ius gladii* è quella contenuta nel passo di Ulpiano di D.2,1,3 sopra riportato, incentrata sul concetto di *animadvertere facinorosos homines*.

Già si è detto⁽⁵⁵⁾ che *animadvertere* significa anche (senz'altro in questo luogo) «mandare a morte», ma probabilmente «mandare a morte» al di fuori delle regole processuali e del sistema dei crimini e delle pene.

Tra le sfumature di significato del termine non manca quest'ultima. Che vorrà dire infatti Marciano⁽⁵⁶⁾, quando, parlando, per esempi, della *capitalis poena* afferma che essa è o *bestiis obici* o *alias similes poenas pati* o *animadverti*? Sistema legale delle pene (e dei crimini) e punizione capitale libera. E il pensiero corre a punizioni d'urgenza, fuori dell'ordinario, senza appello, sbocco naturale di cognizioni sommarie.

Il secondo rilievo che vorremmo fare ci allontana per un momento dal *ius gladii* per condurci all'esame di alcune testimonianze le quali rimandano proprio ad interventi repressivi straordinari da parte dei governatori delle province, e inappellabili.

Cominciamo da

D.1,18,3 (Paul. 13 *ad Sab.*): Praeses provinciae in suae provinciae homines tantum imperium habet Habet interdum imperium et adversus extraneos homines, si quid manu commiserint: nam et in mandatis principum est, ut curet is, qui provinciae praest, malis hominibus provinciam purgare, nec distinguuntur unde sint.

(55) Cfr. *retro*, con nt. 49. Dal parallelo tra Ulpiano D.1,18,6,8 e Saturnino di D.1,16,11, costruisce un *ius animadvertendi* sinonimo di *ius gladii*, GARNSEY, *The Criminal Jurisdiction of Governors*, cit., p. 53.

(56) D.48,19,11,3 (Marc. 2 *de pub. iud.*): *Capitis poena est bestiis obici vel alias similes poenas pati vel animadverti*. E grammaticalmente e sintatticamente insostenibile che *animadverti* sia un pleonasma e sinonimo di *pati*. Se le parole da *capitis* e *pati* descrivono esaustivamente tutto il fenomeno della *pena capitis*, che sarà mai l'*animadvertere*? Va poi sottolineato che l'angolazione dell'intero frammento è quella della repressione *extra ordinem*. Non condividiamo l'appiattimento tra *imperium*, *animadversio* e *coercitio* in SHERWIN-WHITE, *Roman Society et Roman Law in the New Testament*, Oxford 1963, p. 4.

Quando si fosse trattato di estirpare i *mali homines* della provincia, i presidi non si preoccupassero se non erano del luogo e quindi erano sottratti al *forum domicilii* ⁽⁵⁷⁾: così le istruzioni dei principi ai governatori.

Ci sembra di cogliere in queste parole la eco di autorizzazioni ad *animadvertere* illimitatamente quando era in pericolo la sicurezza e l'ordine della provincia. Le parole *mali homines* e *purgare* non paiono rinviare a reati comuni ma a fenomeni malavitosi molto estesi che tanto pericolosi dovevano sembrare per la conservazione dell'ordine pubblico sì da autorizzarne la repressione senza badare di dove fossero i colpevoli: ciò lascia pensare che non ci si preoccupasse non solo del fatto che i *mali homines* fossero di un'altra provincia ma, circostanza particolarmente importante prima del 212, anche che fossero cittadini romani.

Il quadro si definisce meglio e i *mali homines* prendono un nome nel seguente passo di Ulpiano ove il giurista, forse parafrasando un *caput mandatorum* ⁽⁵⁸⁾, dà i primi consigli al *praeses bonus et gravis* per un buon governo della provincia:

D.1,18,13 pr. (Ulp. 7 *off. proc.*): Congruit bono et gravi praesidi curare, ut pacata atque quieta provincia sit quam regit. Quod non difficile obtinebit, si sollicitè agat, ut malis hominibus provincia careat eosque conquirat: nam et sacrilegos latrones plagiaros fures conquirere debet et prout quisque deliquerit in eum animadvertere, receptoresque eorum coercere, sine quibus latro diutius latere non potest.

Nella prima parte del frammento ci sembra accreditata l'idea della repressione straordinaria di fenomeni straordinari. Perché la provincia sia pacata e quieta, vale a dire per l'ordine pubblico, il preside deve anzitutto agire *sollicite*, onde estirpare dal suolo provinciale i *mali homines*. Nella seconda parte questa idea sembra offuscarsi: quella dei *fures sacrilegi plagiarum*, potrebbe apparire delinquenza comune. Senonché ci sembra si possa sostenere che l'intero passo sia incentrato sul *latrones* — quasi che sacrileghi e plagiari fossero gli stessi *latrones* — e sui loro fiancheggiatori (*receptores eorum* (i *latrones*) *sine quibus latro diutius latere non potest*).

⁽⁵⁷⁾ Le esigenze di ordine pubblico imponevano il così detto *forum delicti*: MOMMSEN, *Strafrecht*, cit., p. 357 s.; SHERWIN-WHITE, *Roman Society and Roman Law in the New Testament*, cit., p. 28 ss.; MAROTTA, *Multa de iure sanxit*, cit., p. 283 ss.

⁽⁵⁸⁾ MAROTTA, *Multa de iure sanxit*, cit., p. 255 s.; *Mandata principum*, cit., p. 162 nt. 88. D.1,18,13 pr., D.1,18,3 sopra citato e D.48,13,4,2 (Marc. 14 inst.): Mandatis autem cavetur de sacrilegiis, ut praesides sacrilegos latrones plagiaros conquirant et ut, prout quisque deliquerit, in eum animadvertant. et sic constitutionibus cavetur, ut sacrilegi extra *ordinem* digna poena puniantur, sono considerati congiuntamente in rapporto alle funzioni di polizia esercitate dai presidi per mezzo del loro *officium*, da PURPURA, sv. polizia (dir. rom.), in ED 36, Milano 1985, p. 106.

E contro i colpevoli sia animadversio, coercitio.

Ci pare che questo brano individui una precisa articolazione della competenza punitiva del preside, dove, in relazione a fenomeni **delinquenziali** di speciale gravità (il brigantaggio⁽⁵⁹⁾ doveva essere un vero e proprio flagello, ai confini della delinquenza politica, per fronteggiare il quale erano stati istituiti dei corpi di guardia nei nodi stradali più importanti e per la cui repressione ordinaria esistevano determinate procedure che dovevano essere seguite dagli irenarchi⁽⁶⁰⁾) si autorizzava una animadversio sollicita, vale a dire interventi repressivi d'urgenza, senza troppo badare a garanzie processuali, a sentenze ed appelli.

Questo speciale potere punitivo assume contorni nei seguenti passi. Cominciamo da

D.49,1,16 (Mod. 6 difj): Constitutiones quae de recipiendis nec non appellationibus loquuntur, ut nihil novi fiat, locum non habent in eorum persona, quos damnatos *statim puniri* publice interest: ut sunt insignes *latrones vel seditionum* concitatores vel *duces factionum*.

È interesse pubblico che certi condannati, come i più noti briganti, i fomentatori delle sedizioni e i capi delle fazioni siano puniti subito, senza dar loro la possibilità di interporre appello⁽⁶¹⁾. Così le costituzioni imperiali.

Ancora leggiamo

D.28,3,6,9 (Ulp. 10 ad Sab.): ... nam ut est orationem divi Marci expressum, tametsi provocantis vel ius pro quo provocatur appellatio non fuerit recepta, poena tamen sustinenda est, quod princeps rescripserit ad litteras praesidis et libellum rei cum litteris missum, nisi forte latro *manifestus* vel seditio *praerupta* factioque *cruenta* vel alia iusta causa, quam mox praeses litteris excusabit, moram non recipiant, non poenae festinatione, sed praeveniendi periculi causa: tunc *enim* punire *permittitur*, *deinde* scribere.

⁽⁵⁹⁾ Sul banditismo, sull'importanza del fenomeno per i suoi sconfinamenti dalla criminalità comune a forme sediziose (D.48,19,11,2: latrones... qui *factionem* habent), di pericolo per la pubblica sicurezza, la letteratura è, tutto sommato, piuttosto povera e frammentaria. Per un disegno del fenomeno v.: MACMULLEN, *Enemies of the Roman Order*, Cambridge Harvard Univ. pr. 1966, p. 265 ss.; SHAW, *Bandits in the Roman Empire*, in P&P 105 (1984), p. 3 ss.; Il bandito, in *L'uomo romano*, a cura di GIARDINA, Roma-Bari 1989, p. 337 ss.

⁽⁶⁰⁾ TERT. apol. 2,8: latronibus investigandis per universas provincias *militaris* statio sortitur. Sulla procedura che dovevano seguire gli irenarchi, *cum adprehenderit* latrones, v. D.48,3,6,1 (Marc. 2 iud. publ.).

⁽⁶¹⁾ V. CAMPOLUNGI, Gli effetti sospensivi degli appelli in materia penale, in *BI-DR* 75 (1972), p. 210 ss. L'a., soprattutto sulla base di D.28,3,6,9, sostiene che non si trattasse di divieto d'appello ma di mancata applicazione dell'effetto sospensivo dell'appello rispetto alla pena (p. 212 s.).

Orbene, sempre in istruzioni indirizzate dall'imperatore ai presidi, si insiste sull'obbligo di sospendere l'esecuzione della sentenza fino a quando il principe non abbia risposto alle lettere del preside, tranne che non si tratti di brigantaggio, di sedizioni, fazioni, e in ogni altra giusta causa (in questo non si può non vedere la via degli sconfinamenti e degli arbitrii nell'esercizio della repressione illimitata).

E, si badi bene, in tali accadimenti sembra non valessero neppure i privilegi dei decuriones-honestiores⁽⁶²⁾, anche loro passibili di esecuzione immediata e forse *sommaria*⁽⁶³⁾. Si legga infatti

D.48,8,16 (Mod. 3 de poenis): Qui caedem admiserunt sponte dolove malo, in honore aliquo positi deportari solent, qui secundo gradu sunt, capite puniuntur. Facilius hoc in decuriones fieri potest, sic tamen, ut consulto prius principe et iubente id fiat: nisi forte *tumultus aliter* sedari non possit⁽⁶⁴⁾.

10. Orbene, cerchiamo di combinare le due annotazioni che abbiamo or ora fatto: da una parte, l'indicazione, soprattutto ulpiana, del ius gladii come *animadversio* contro facinorosos homines, dall'altra l'esistenza di un potere di repressione eccezionale dei governatori delle province contro *mali* homines vagamente limitato circa l'oggetto (brigantaggio, factio, seditio e altre giuste cause), illimitato per quanto riguarda le forme processuali (non è detto, del resto, che fossero tutte cognizioni sommarie ed esecuzioni sul campo; il latrocinium, come la factio e la seditio^(64bis), erano crimini tipici) e la provocatio-appellatio al principe.

E in questa luce leggiamo

(62) Sui privilegi dei decurioni v. da ultimo, MAROTTA, *Multa de iure sanxit*, cit., p. 217 ss. V. anche GARNSEY, *Legal Privilege in the Roman Empire*, in P&P 41 (1968), p. 3 ss.

(63) MAROTTA, *Multa de iure sanxit*, cit., p. 218, si limita a sottolineare che il preside poteva comminare la pena di morte, senza mettere in evidenza che i decurioni erano privati dell'appello.

(64) Questo passo sembra in contraddizione con D.48,19,27,2 (Call. 5 de cognit.): *Alio quoque capite mandatorum in haec verba cavetur: «Si qui ex principalibus alicuius civitatis latrocinium fecerit aliudve quod facinus, ut capitalem poenam meruisse videatur, commiserint, vinctos eos custodies et mihi scribes et adicies, quid quisque commiserit»*. L'ipotesi più plausibile è quella che qui si contempli un caso di latrocinium non manifestum o, meglio, che il punto di vista sia quello della punizione ordinaria del ladrocinio; non quando — per l'ampiezza e la gravità del fenomeno — si autorizzava l'esercizio del ius gladii. Sul passo, v. BONINI, *I libri de cognitionibus* di Callistrato, Milano 1964, p. 113 s.

(64bis) Per la seditio e il tumultus: PS 5,22,1; D.48,19,38,2; C.9,30. Significativamente, HUMBERT, LÉCRIVAIN, sv. *maiestas*, in DS III, 2 p. 1558, parlano però di repressione sommaria. V. anche CAMPOLUNGI, *Gli effetti sospensivi degli appelli*, cit., p. 214 ss., con letteratura.

CTh.9,41,1 (Imp. Theod. A. et Valent. Caes. ad Hierium PP. (a. 425): Nulli iudicum exceptis his, qui in summa administrationis sunt positi potestate, vitae quoque noxiis ius adimendae sortiti, quemquam omnino inconsulta nostra clementia in ullo genere criminationis tristi liceat proscritionis tempestate percellere. Ad nos insimulationum genera, quaestionis ordo, criminum moles, documentorum probationumque pensanda libramenta mittantur. Nemo sibi praesumat moderatorum provinciarumque rectorum sub quibuscumque infulis potestatis quemquam patri monii universis privare subsidiis. In illos gladii sui et ius severitatis exerceant, in quos statim destringi *ferrum* iura praecipunt *quorumque differri supplicium materia est interitus plurimorum*⁽⁶⁵⁾.

La testimonianza ci sembra di importanza eccezionale per comprendere il contenuto del *ius gladii* e la sua reale consistenza. E proprio da questo punto di vista mai adeguatamente valorizzata dagli studiosi. Del resto, si tratta di un provvedimento diretto a ben altro scopo che a quello di dettar norma in materia di *ius gladii*⁽⁶⁶⁾. Lo scopo infatti è quello di vietare ai governatori di confiscare senza il consenso imperiale. La citazione del *ius gladii* è puramente casuale, del tutto estranea al contenuto dispositivo della legge. Per questo, tale citazione è stata negletta dal commento visigotico⁽⁶⁷⁾ ed omessa nella redazione giustiniana⁽⁶⁸⁾.

Nella prima parte del testo si fa divieto a tutti i giudici, tranne quelli *in summa administrationis positi*, di eseguire una condanna alla confisca dei beni *inconsulta nostra clementia*, cioè senza l'autorizzazione dell'impera-

(65) La costituzione è richiamata anche a sostegno dell'idea che la giurisdizione capitale del governatore fosse subordinata di regola all'autorizzazione imperiale, al pari della confisca. V. DE MARTINO, Storia della costituzione romana, V, Napoli 1975², p. 329 nt. 47 con letteratura, il quale si chiede che senso avrebbe avuto l'ultima parte della legge, ove è autorizzata l'esecuzione capitale in casi di urgente pericolo, se questi casi non avessero rappresentato l'eccezione rispetto alla regola che doveva imporre il consenso imperiale. LIEBS, Da ius gladii der romischen Provinzgouverneur in der Kaiserzeit, cit., p. 222, sottolinea l'introduzione, con il divieto imposto ai governatori di eseguire confische senza l'autorizzazione imperiale, di un quarto limite al *ius gladii* (altri limiti: le cause capitali della Oberschicht provinciale, la provocatio-appellatio dei cittadini, del resto ammessa assai restrittivamente, e la *relegatio* in insulam: p. 220-222).

(66) GOTHOFREDUS, *Codex Theodosianus*, III, Lipsiae 1738, ad CTh. 9,41,1.

(67) CTh. 9,41,1 *Interpr.* Visigoth ...: Nullus iudicum privatas facultates *fisci* nomine *procribere* aut occupare praesumat, sed ad *rem dominos referat causam*, pro qua hoc aliquis *mereatur* et quod *iussum fuerit, observetur*.

(68) C.9,48,1: Nulli iudicum liceat, exceptis his, qui in *summa* administrationis sunt *positi* potestate, proscritionis tempestate totius substantiae *aliquem percellere*, nisi ad nostras aures hoc *ipsum* referatur. LIEBS, Das ius gladii der romischen Provinzgouverneur in der Kaiserzeit, cit., p. 223, spiega la omissione di questa parte della costituzione con il fatto che essa rimanderebbe ad una eccezionalità (quella appunto in cui il supplicium poteva essere eseguito *statim*, quindi il *ius gladii* era illimitato) non nuova ma già da tempo accolta e la cui menzione pertanto si poteva anche tranquillamente omettere.

tore, «e per la confisca dei beni del reo siano inviati al tribunale imperiale le imputazioni, gli atti processuali, i crimini effettivamente compiuti e i documenti di prova».

Nella seconda parte, il divieto di confisca senza *iussus principis* è espressamente sancito per i *moderatores provinciarumque rectores*. E, a questo punto, si precisa che «essi continuano pure ad esercitare il loro *ius gladii* (quindi il loro potere di condannare senza *iussus principis*) nei confronti di coloro contro i quali le leggi stabiliscono che la spada debba essere impugnata subito e il differimento del supplizio dei quali è pericolo per tutti».

Siccome la confisca è pena che di solito si accompagna a quella capitale⁽⁶⁹⁾, l'imperatore vuol dire che i governatori mandino pure a morte (quando è loro consentito di farlo) senza l'ordine imperiale, ma in nessun caso confischino senza questo ordine.

Non solo apprendiamo, da un provvedimento imperiale, che il *ius gladii* (almeno quello che avevano i governatori delle province) era un potere repressivo libero da autorizzazioni imperiali, ma che si poteva esercitare solo in situazioni di urgenza, *statim*, ove un differimento del supplizio avrebbe potuto compromettere la salute pubblica e gli interessi generali.

A noi pare che il quadro offerto dalle fonti finora viste si componga nell'accreditare un'idea del *ius gladii*, almeno a partire dall'età dei Severi, ben diversa da quella corrente, che è quella di un generale potere di punizione capitale limitato, sia pure parzialmente, dall'appello al principe. Al contrario, il *ius gladii* era un potere eccezionale di punizione illimitata (cioè non sottoposta a provocatio o appello o autorizzazione del principe, né a forme cognitive particolari), abbracciante, per quel che concerne la sfera di competenza dei presidi, ogni giusta causa in cui l'indugio fosse pericoloso per l'ordine pubblico (esempi ricorrenti: *latrones*, *factio*, *seditione*).

11. Questa immagine del *ius gladii* si rafforza se spostiamo, per così dire, l'angolo d'osservazione. Leggiamo il seguente passo tratto dalla lettera di

AUG. ep.204,3: Non itaque reprehendimus, domine eximie et honorabilis fili, quod tales homines apud Thamugadem prius edicto admonendos existimasti: sed quod ibi dixisti, Noveritis vos debita *neci* dandos, putaverunt sicut eorum rescripta indicant, hoc te fuisse comminatum quod tu illos apprehensus fueras occisurus, non intelligentes de illa nece, quam ipsi sibi volunt ingerere, the locutum. Non enim tu in eos *ius gladii* ullis

⁽⁶⁹⁾ FUHRMANN, sv. *proscriptio* e *publicatio bonorum*, in RE XXIII,2, rispettivamente col. 2442 s. e col. 2498 ss.; WALDSTEIN, sv. *bona damnatorum*, in RE Suppl. X, col. 107 ss.

legibus accepisti, aut imperialibus constitutis, quorum tibi injuncta est executio, hoc praeceptum est ut necentur⁽⁷⁰⁾.

Sappiamo⁽⁷¹⁾ che Dulcitus, *vir spectabilis tribunus et notarius*, era stato mandato nel 420 in Africa da Onorio per sorvegliare la questione donatista, in quel momento relativamente tranquilla. Uno dei tanti commissari governativi che avevano avuto incarichi speciali, soprattutto nelle occasioni in cui i *circumcelliones* avevano dato sfogo alla loro rabbia mistico-sociale⁽⁷²⁾.

Quel che ci interessa della testimonianza agostiniana è che, ad un certo punto, il santo commenta la frase di un editto emanato da Dulcizio e destinato ai donatisti di Thamugadi: *Noveritis vos debitae neci dandos*. La frase era stata intesa dai destinatari come avvertimento, da parte del rappresentante dell'autorità statale, di morte dopo che fossero stati presi, quando invece sembra alludesse al fatto che loro (con il loro comportamento, pensiamo) si consegnavano alla morte. Ed infatti, precisa Agostino, Dulcizio non aveva ricevuto da nessuna legge il *ius gladii* contro di loro, né l'ordine di ucciderli era contenuto nelle disposizioni imperiali della cui esecuzione aveva avuto mandato; e quindi, sembra dire Agostino, lui non poteva promettere la morte a quella gente.

A questo punto poco importa sapere se fosse proprio vero che Dulcizio non aveva ricevuto il *ius gladii* (il che è plausibile, visto il momento di relativa tranquillità del rapporto con i donatisti) o se l'affermazione in questo senso di Agostino fosse piuttosto dettata dalla sua viva e costante preoccupazione che la punizione degli eretici da parte dello stato non si spingesse fino alla morte⁽⁷³⁾. Quello che importa sottolineare è che il *ius gladii* si configura anche come un potere repressivo assegnato a commissari con incarichi speciali, come quello di sedare la rivolta donatista, che in certi momenti ha assunto i caratteri della vera sedizione armata, gravemente pericolosa per l'ordine costituito.

Non è questo il luogo per diffondersi sul punto. Basti ricordare il fanatismo e la violenza dei circoncellioni, consacrati al sacrificio supremo, che uccidevano i nemici della fede ma anche assalivano, derubavano e sequestravano i nemici politici e sociali, i ricchi proprietari terrieri⁽⁷⁴⁾. Attesta Agostino: ... *Non tantum nos fustibus quassant ferroque concidunt; verum etiam in oculos extinguendos calcem mixto aceto incredibili excogitatione*

⁽⁷⁰⁾ Migne, PL, 33, col. 939 s.

⁽⁷¹⁾ MARTINDALE, *The Prosopography of the later roman Empire*, II, Cambridge 1980, sv. Dulcitus 1, p. 381 s.

⁽⁷²⁾ FRENZ, sv. Donatismus, in *Reallexikon für Antike und Christentum*, IV, Stuttgart 1959, col. 128 ss.; BAUS, EWIG, *L'epoca dei concili*, in *Storia della Chiesa* (dir. JEDIN), trad. it., II, Milano 1975, p. 152 ss.

⁽⁷³⁾ BAUS, EWIG, *L'epoca dei concili*, cit., p. 169.

⁽⁷⁴⁾ BAUS, EWIG, *L'epoca dei concili*, cit., p. 155; con letteratura citata alla p. 177.

sceleris mittunt. Domus insuper nostras compilantes, arma sibi ingentia et terribilia fabricarunt, quibus armati per diversa discurrunt, comminantes atque anhelantes caedes, rapinas, incendia, caecitates ... Vivunt ut *latrones*, *moriuntur ut circumcelliones*, honorantur ut martyres; et tamen nec latrones aliquando audivimus eos quos depraedati sunt, excaecasse⁽⁷⁵⁾.

E ci risiamo con i briganti.

Contro queste frange del movimento, più volte furono compiute operazioni punitive eccezionali da parte delle autorità della provincia o di incaricati speciali.

Ad uno di questi, tale Marcellinus vir *clarissimus* et spectabilis *tribunus* et *notarius*⁽⁷⁶⁾, Agostino⁽⁷⁷⁾ ricorda che la cura della pubblica disciplina lo aveva condotto a giudicare taluni circoncellioni ed altri chierici donatisti e di averne accertato la responsabilità per la uccisione di due presbiteri cattolici, uno dei quali aveva avuto anche gli occhi strappati e le dita spezzate. Agostino supplica Marcellino di non fare subire loro, come pena, quello che avevano commesso, chiedendo la loro incolumità fisica (*ut hoc nec facis, nec fieri omnino pemzittas*). Quindi non vi è dubbio che questo funzionario imperiale avesse avuto ciò che forse non era stato attribuito a Dulcizio, cioè il *ius gladii*. Nell'ampio mandato ricevuto e diretto alla composizione del dissidio donatista, oltre al compito di organizzare e presiedere il concilio di Cartagine del 411, vi era stato, con ogni probabilità, quello di conoscere eventuali atti di violenza che potevano, come nel passato era tante volte accaduto, avere avuto luogo⁽⁷⁸⁾.

Probabilmente, il *ius gladii* accordato al tribuno Marcellino per reprimere le malefatte di quei tali circoncellioni e chierici donatisti, concorreva con quello, diciamo ordinario, del proconsole Apringius⁽⁷⁹⁾ (che era anche suo fratello). Infatti in un'altra lettera Agostino⁽⁸⁰⁾ si rivolge al proconsole d'Africa e, dopo avergli ricordato la operazione di Marcellino e il fatto che gli imputati non *tormentis unguarum* atque *flammarum*, sed *virgarum* coerciti, avevano finito per confessare i loro orrendi crimini, si appella anche alla sua clemenza. Più precisamente Agostino dice al proconsole che, saputo della confessione, non dubita che i colpevoli sub iura tui securis esse *venturos*, e richiede anche a lui quel che aveva chiesto a Marcellino, di risparmiare loro la vita e altre pene corporali.

⁽⁷⁵⁾ AUG. ep. 88,8 (Migne, PL, 33, col. 307).

⁽⁷⁶⁾ MARTINDALE, *The Prosopography*, II, cit., sv. Marcellinus 10, p. 711 s.

⁽⁷⁷⁾ AUG. ep. 133 (Migne, PL, 33, col. 509 s.).

⁽⁷⁸⁾ Onorio commemora, dopo la morte di Marcellino, le sue *contra Donatistas gesta*: CTh. 16,5,55.

⁽⁷⁹⁾ MARTINDALE, *The Prosopography*, II, cit., sv. *Apringius* 1, p. 123.

⁽⁸⁰⁾ AUG. ep. 134,2 (Migne, PL, 33, col. 511); molti particolari sulle dita spezzate e occhi cavati.

12. D'altra parte, non mancano per questo periodo le notizie di incarichi speciali a *tribuni*, *notarii* e *comites* (attribuiti probabilmente con quel *mandata secreta scripta* di cui si parla in CTh.1,3,1) che conferivano, in certi ambiti, poteri repressivi assolutamente illimitati^(80bis). Basterebbe indagare nella storia delle eresie e nei conflitti di religione.

Di particolare significatoci sembra un passo tratto dai dialoghi del vescovo Severo Sulpicio degli inizi del V secolo. L'imperatore aveva deciso di inviare in Ispagna certi tribuni *qui haereticos inquirerent: deprehensis vitam et bona adimerent*. Tra i vescovi, *congregati apud Treveros* per discutere la vicenda, c'era Martino il quale, preso da scrupolo evangelico per la sorte di quegli eretici, cominciò ad adoperarsi affinché i tribuni non fossero mandati con il *ius gladii: ne tribuni cum iure gladiatorum ad Hispanias mitterentur*⁽⁸¹⁾.

Che il *ius gladii* significasse potere di fare piazza pulita di quel gruppo di rivoltosi della fede, non ci sembra discutibile. E ancora una volta ne verificiamo la menzione in rapporto a situazioni di emergenza in qualche modo avvicinati a forme di sedizione.

Questi casi di mandati speciali possono forse correttamente collegarsi a quel gruppo di epigrafi, soprattutto di età tardoimperiale, ove il *ius gladii* figura nella titolatura di alcuni comandanti straordinari di corpi militari ed attribuito a taluni prefetti dell'annona⁽⁸²⁾.

13. Prima di tirare le fila di quanto si è finora detto, vogliamo citare una ultima testimonianza che forse si colloca a metà tra titolarità ordinaria del *ius gladii* e le attribuzioni speciali. Si tratta dell'VIII editto di Giustiniano⁽⁸³⁾.

Con questo provvedimento⁽⁸⁴⁾ l'imperatore intese ripristinare la magistratura di vicario della diocesi del Ponto. Le ragioni del ripristino consistevano nel fatto che in quelle province si trovavano uomini dediti al brigantaggio ed alle uccisioni, che formavano bande armate⁽⁸⁵⁾ e che si sot-

^(80bis) Ad esempio, CTh.7,18,14 pr.: ... *velox ubicumque ... supplicium ... adversus Zatrone publicos desertoresque....* Tra le tante sedizioni, viene in mente quella di Tessalonica, con i suoi settemila morti caduti come «spighe falciate al tempo della mietitura, senza processi» (THEOD. *hist. ecc.* 5,17, in Migne, FG 82 col. 1232). Tutta da studiare è la conseguente legge di Teodosio (CTh.9,40,13 = C.9,47,20) sui trenta giorni prima di eseguire 'le sentenze iraconde'.

⁽⁸¹⁾ SULP. SEV., *dial.* 3,11 (Migne, PL, 20, col. 218).

⁽⁸²⁾ Testo e discussione, tra gli altri, in DE RUGGIERO, sv. *gladius*, in DE, III, cit., p. 533 s.; GARNSEY, *The criminal Jurisdiction of Governors*, cit., p. 52; PFLAUM, *Les procureurs équestres*, cit., p. 118 s., che chiama chefs militaires extraordinaires; LIEBS, *Da ius gladii*, cit., p. 219 s.

⁽⁸³⁾ IUST. ed. 8 de Ponticae dioceseos vicario (a. 548).

⁽⁸⁴⁾ Sul provvedimento: DIEHEL, *Justinien et la civilisation byzantine au VI siècle*, I, New York, rist. Paris 1901, p. 292; STEIN, *Histoire du Bas-Empire*, II, Amsterdam 1968, rist. Paris-Bruges 1949, p. 748 ss.

⁽⁸⁵⁾ IUST. ed. 8 *praef.* (trad. lat.): ... *Sed quandoquidem ex ipsis rebus cognovimus*,

traevano alle pene scappando in altre province giacché i singoli presidi non osavano esorbitare dai loro limiti territoriali. Mancava poi un magistrato di pronto intervento, che fosse al tempo stesso capo dell'esercito e con giurisdizione assoluta. Tutti gli avrebbero dovuto obbedienza, senza distinzione tra semplici privati, dignitari, soldati, sacerdoti, e non solo nelle cause penali ma anche civili⁽⁸⁶⁾. Ed infatti, dice Giustiniano⁽⁸⁷⁾, anche la licenza della spada concediamo a lui: ... και ξιφους αὐτῷ παρέχομεν ἄδειαν *nam etiam gladii ius ei concedimus* (trad. lat.). Una licenza tra le altre. «Sia a questo magistrato licenza di entrare in tutti i luoghi, anche chiese e monasteri⁽⁸⁸⁾ (in dispregio del diritto d'asilo e della inviolabilità dei luoghi sacri). Punirà i soldati. Reprimerà adulterii, omicidii e ladrocinii, ma soprattutto il ratto delle donne, i furti, le insidie e le violenze. Frenerà gli imbrobi a qualunque cetto appartengano, magistrati sacerdoti possessori»⁽⁸⁹⁾ (addio diritto alla giurisdizione criminale speciale degli *honestiores*). Tutto lascia credere che la giustizia penale rimessa a questo magistrato «d'ordine» fosse destinata a svolgersi al di fuori di regole processuali precise e dei limiti dell'appello⁽⁹⁰⁾. Del resto così dichiara Giustiniano in chiusura del provvedimento: ... *magistratum illis locis praefecimus adversus iniuriam et seditionem valentem* (trad. lat.)⁽⁹¹⁾.

In conclusione, *ius gladii* come potere di punizione illimitata in quei casi in cui differire la misura repressiva — in nome delle forme processuali ma soprattutto al fine di ottenere il consenso dell'imperatore — sarebbe stato sommamente deleterio per il mantenimento dell'ordine costituito. Potere di ristabilire la *publica disciplina* quando fosse gravemente turbata da fenomeni di turbolenza malavitosa organizzata e di sedizione.

Come, d'altra parte, fosse sfuggente, ambiguo e «politicizzabile» il concetto di *publica disciplina*; come dovesse essere facile ravvisare il carattere di *seditio* e di *factio* in ogni forma di protesta e nei movimenti ideologicamente non allineati, è cosa tanto ovvia che non mette neppure

viros habitare has provincias latrocinii et caedibus innutritos et qui viros semper congregent armatos iisque adversus se utantur ...

⁽⁸⁶⁾ IUST. ed. 8, I pr.

⁽⁸⁷⁾ IUST. ed. 8, cap. II, lin 3.

⁽⁸⁸⁾ IUST. ed. 8, cap. II, lin 8-18.

⁽⁸⁹⁾ IUST. ed. 8, cap. III, pr.-1.

⁽⁹⁰⁾ L'appello, ci pare di capire, è solo contemplato per la giustizia civile: IUST. ed. 8, I, 1.

⁽⁹¹⁾ IUST. ed. 8, cap. III, 4. Un discorso del tutto analogo si può fare a proposito del *dux seu biocolyta* (IUST. nov. 145, trad. lat.), magistrato militare straordinario preposto alle due Frigie e alla Pisidia per debellare le *turbae civiles* e le *Zatronum incursiones* (*praef.*); e che Giustiniano si è affrettato ad abolire (*nov. cit.*) quando il regime di occupazione militare del biocolita non è più stato tollerato dai locali i quali, tra l'altro, affermavano che ormai non c'erano più problemi di *latronum turbae* e di *seditiones* (cap. I).

conto di parlarne. I cristiani, prima e gli eretici, poi, devono averne saputo qualcosa.

14. Questa breccia, che poteva anche diventare una voragine, lasciata aperta nei rapporti tra cittadini e potere e nei meccanismi di protezione dei primi nei confronti del secondo, ha probabilmente derivazioni assai lontane. Il concetto di un potere repressivo che poteva esercitarsi illimitatamente solo per ragioni di pubblica sicurezza, deve aver iniziato a porsi in una con quello di un potere repressivo che, a garanzia del cittadino, doveva essere ordinariamente limitato, e quindi in parallelo con la *provocatio* (la dittatura come magistratura straordinaria potrebbe essere la più antica proiezione del *ius gladii*).

Ma forse solo con la legge Iulia de vi se ne è sancita formalmente l'esistenza. Leggiamo

PS.5,26. 1. Lege Iulia de ui publica damnatur, qui aliqua potestate praeditus eiudem Romanum antea ad populum, nune imperatorem appellan-tem necauerit necariue iusserit, torserit uerberauerit condemnauerit inue publica uincula duci iusserit. Cuius rei poena in humiliores capitis in honestiores insulae deportatione coercentur. 2. Hac lege excipiuntur, qui artem ludicram faciunt, iudicati etiam et confessi et qui ideo in carcerem duci iubentur, quod ius dicenti non obtemperauerint quidue contra disciplinam publicam fecerint: tribuni etiam militum et praefecti clas-sium alarumue, ut sine aliquo impedimento legis Iuliae per eos militare delictum coerceri possit⁽⁹²⁾.

Era fatto divieto al magistrato *aliqua* potestate praeditus, di uccidere o altrimenti coercire un cittadino senza appello.

Tra le eccezioni, rispetto alle quali riaffiorava il potere repressivo magistratuale in tutta la sua pienezza, erano contemplate la pubblica disciplina e la punizione dei soldati da parte dei loro superiori. Forse, rispetto al tenore originario della legge, c'è stato un successivo ampliamento di queste deroghe. Però non vi è ragione di credere che ciò abbia interessato le due eccezioni che ci interessano, particolarmente la pubblica disciplina⁽⁹³⁾.

⁽⁹²⁾ Passo disputatissimo, insieme con D.48,6,7 (Ulp. 8 *off.* proc.) e D.48,6,8 (Maec. 5 publ.), nella tematica della provocatio-appellatio (cfr. retro, ntt. 18, 22) e dei limiti alla repressione criminale magistratuale. Per tutti, GARNSEY, *The lex Iulia and appeal under the Empire*, cit., p. 167 ss.

⁽⁹³⁾ Sulle eccezioni, per tutti: PUGLIESE, *Appunti sul limite dell'imperium* nella repressione penale, Torino 1939, p. 60 s.; GARNSEY, *The lex Iulia and Appeal under the Empire*, cit., p. 172 ss. Né l'uno né l'altro autore dubitano (rispettivamente, p. 60 e p. 173) che l'eccezione rappresentata da coloro i quali quos *quidue contra disciplinam publicam fecerint* appartenesse al tenore originario della legge.

Dunque, per motivi di pubblica sicurezza, per fatti che turbavano l'ordine pubblico, riconducibili ai tradizionali concetti di factio, seditio, *latrocinium* o associazioni malavitose, ai magistrati maggiori era formalmente riconosciuto il potere di repressione illimitata anche sui cittadini. Di rango o no. A Roma come in provincia.

E così ai comandanti sui soldati⁽⁹⁴⁾.

15. Ricondotto il ius gladii — potere illimitato di polizia criminale — a quelli che riteniamo i suoi giusti confini, vale a dire l'ambito della pubblica disciplina e della repressione d'urgenza; sottolineatane la «legittimazione», la liceità dell'esercizio, da parte dei magistrati cum *imperio*, sancita dalla *lex Iulia de vi*⁽⁹⁵⁾, forse si guadagna un punto di osservazione nuovo, più fruttuoso, per discutere alcuni temi ormai classici: era il ius gladii un potere tradizionale, insito nell'*imperium* magistratuale, o era concesso, se non delegato, dall'imperatore⁽⁹⁶⁾? Erano i governatori di rango senatorio, in quanto tali, titolari del ius gladii, mentre tutti gli altri governatori e commissari speciali necessitavano di uno speciale conferimento⁽⁹⁷⁾? Fino all'età dei Severi ci furono solo titolarità sporadiche del ius gladii⁽⁹⁸⁾ o tutti i governatori erano depositari di tale potere⁽⁹⁹⁾? Interrogativi sui quali, nelle pagine che precedono, non abbiamo volutamente preso posizione.

Forse si acquisisce un punto di vista nuovo anche rispetto ai casi, posti dalle fonti atecniche e assai disputati in letteratura, di presunto illecito esercizio, mancato esercizio o lecito esercizio del ius gladii (aveva o non aveva il ius gladii Plinio⁽¹⁰⁰⁾ quando chiese a Traiano il da farsi circa la punizione dei cristiani? Fu esercizio indebito di ius gladii il caso di L. Cornelius Piso⁽¹⁰¹⁾, proconsole della Gallia Transpadana e quello dei cristiani di Lione⁽¹⁰²⁾?).

Forse si acquistano angolazioni e punti di vista nuovi ma si perde senz'altro una certezza su cui si è adagiata la dottrina, almeno da Mommsen

⁽⁹⁴⁾ Osserva SARTORI, Sulla repressione penale nelle province, cit., p. 12 nt. 23, che se erano esentati dalla *lex Iulia de vi* i tribuni *militum* e i *praefecti classium alarumve*, i quali potevano, secondo PS 5,26,2, coercire liberamente i soldati sottoposti, a maggior ragione dovevano avere potere repressivo illimitato gli ufficiali superiori.

⁽⁹⁵⁾ Una eco nel *merum imperium quod lege datur*, di D.1,21,1,1 (Pap. 1 *quae-st.*)? Cfr. retro. V. anche, sul termine *lex*, SPAGNUOLO VIGORITA, *Imperium mixtum*, cit., p. 142 s.

⁽⁹⁶⁾ Da ultimo, SPAGNUOLO VIGORITA, *Imperium mixtum*, cit., p. 142 s.

⁽⁹⁷⁾ Cfr. retro, nt. 22.

⁽⁹⁸⁾ JONES, I *appeal* unto Caesar, cit., p. 103 ss.

⁽⁹⁹⁾ GARNSEY, *The criminal Jurisdiction of Governors*, cit., p. 51 ss.

⁽¹⁰⁰⁾ PLIN. ep. 10,96. V. anche il caso di TAC. ann. 15,20.

⁽¹⁰¹⁾ SUET. de clar. rhet. 6.

⁽¹⁰²⁾ EUS. hist. eccl. V,1, 44.47.

in poi: che il *ius gladii* corrispondesse alla giurisdizione criminale ordinaria dei governatori di provincia.

ABSTRACT

According to the Author, *ius gladii* doesn't indicate the governors of provinces criminal jurisdiction or capital jurisdiction. It isn't a normal punitive power limited by the appeal to the Emperor, but it is a police power, an uncommon punitive power to be wielded in case of *seditio*, *factio*, *latrones* or upsetting *publica disciplina*, and it has no limit (principal texts: D.2,1,3; D.1,21,1 pr.; D.1,16,11; D.1,16,6 pr.; D.1,18,6,8; D.1,18,3; D.1,18,13 pr.; D.49,1,16; D.28,3,6,9; D.48,8,16; CTh.9,41,1; IUST. ed. VIII).

Secondo l'a., il *ius gladii* non designava la giurisdizione criminale dei governatori provinciali, o quella capitale. Non era l'ordinario potere punitivo limitato dall'appello. Il *ius gladii* era, invece, un potere di polizia, un potere repressivo illimitato che poteva essere esercitato in caso di *seditio*, *factio*, *latrones* e per il mantenimento della *publica disciplina* (testi principali: D.2,1,3; D.1,21,1 pr.; D.1,16,11; D.1,16,6 pr.; D.1,18,6,8; D.1,18,3; D.1,18,13 pr.; D.49,1,16; D.28,3,6,9; D.48,8,16; CTh.9,41,1; IUST. ed. VIII).

INDICE

ARRIGO D. MANFREDINI: <i>Misericordia ductus</i>	pag.	1
WANDA FORMIGONI CANDINI: <i>Quod meretrici datur repeti non potest. Ancora su D.12,5,4,3</i>	»	17
LUCETTA DESANTI: <i>Astrologi: eretici o pagani? Un problema esegetico</i>	»	27
CRISTIANA FIORAVANTI: <i>Ordine' pubblico e «incompatibilità manifesta-per le convenzioni di diritto internazionale privato uniforme»</i>	»	39
SERENA QUERZOLI: <i>Lo «stoicismo imperfetto» di Fiorentino</i>	»	67
ARRIGO D. MANFREDINI: <i>Ius gladii</i>	»	103